مشروع "توفير التدريب القانوني
للمؤسسات القانونية والقضائية في العراق"

دورة تدريبية حول موضوع "التحكيـــــم"

23-24 شباط/فبراير، 2011

اربيل

الورقة الشرحية

إعداد: القاضي فادي الياس

تقديم: القاضي مظفر فتّاح سعيد

أولاً: المقدمة

في ظل إعداد ورقة شرحية تتعلق بموضوع التحكيم في العراق، تبرز ضرورة إعطاء لمحة عامة عن موضوع التحكيم والتي تتضمن موجز تاريخي عن التحكيم على الصعد الدولية والإقليمية والعراقية، إضافة إلى أنواعه وأساليبه.

ان ولاية الفصل في المنازعات تعود، في الأصل، الى القضاء الرسمي أو قضاء الدولة الذي يكون هو إحدى السلطات الرسمية في هذه الدولة، بحيث يضع القانون قواعد تنظيمه وكيفية عمله وجميع الوسائل التي تمكنه من القيام بوظيفته، ويعيّن طرق اللجوء اليه والأصول التي تتبع في درس القضايا والتحقيق والفصل فيها وطرق الطعن في الأحكام التي يصدرها ووسائل تنفيذها، وكذلك فإن القانون يضع ضمانات وافية تكفل استقلال القضاء وحياده، كما تكفل للمتقاضين الدفاع عن حقوقهم بحرية تامة والاستعانة عند الاقتضاء برجال اختصاص ــ اي المحامين ــ لتمثيلهم والدفاع عنهم.

إلا ان معظم القوانين لم تجعل سلوك طريق القضاء الزامياً للخصوم للفصل في منازعاتهم بل أنها تجيز لهم، سواء قبل رفع الدعوى أم أثناء النظر فيها أمام القضاء الرسمي للدولة، ان يعرضوا المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم على أفراد محكمين يطمئنون الى عملهم وخبرتهم ونزاهتهم، ويولونهم أمر الفصل بها. مع الاشارة الى ان هذا الطريق الاستثنائي للمقاضاة(**التحكيم الذي يشكل قضاءً خاصاً اتفاقياً يتم الاتفاق بشأنه من قبل المتقاضين**) يراعي مصلحة الخصوم، في بعض الأحوال، وذلك من خلال تجنيبهم نفقات الدعوى الباهظة والبطء في الحصول على حكم قطعي بشأنها، ومن خلال تمكينهم من الحصول على حل النزاع القائم بينهم أحياناً بمقتضى الانصاف (عن طريق التحكيم المطلق)، وأحياناً أخرى عن طريق صلح يتوصل المحكمون الى إجرائه بينهم فيضمن لهم سلامة العلاقات التي قد تسيء اليها الخصومة عادة في ما بينهم.

ومن الملاحظ ان ظاهرة التحكيم تلاقي انتشاراً واسعاً ومتزايداً في العالم بأسره، سواء على الصعيد الأقليمي أو على الصعيد الدولي، وهي ظاهرة طبيعية تواكب روح العصر وتغيراته الكبيرة المتلاحقة. ونظراً لكون موضوع الاستثمار يشغل أهمية كبرى على المستوى العالمي، كما له أهمية كبرى على المستوى العربي وذلك من منطلق مساهمته في تنفيذ البرامج التنموية بالسرعة التي تحقق لأي دولة قدراً مناسباً من التوازن مع مستويات نمو الاقتصاديات العالمية، بما يؤهلها للانخراط في المنظومة الاقتصادية العالمية، فإن الدول المضيفة للاستثمار تراعي العوامل التي تشجع المستثمر على توظيف رأسماله من خلال اصدار قوانين لحماية وتشجيع الاستثمار من جهة ووضع ضمانات لذلك ومن بينها تسهيل اللجوء الى التحكيم.

فمنذ منتصف القرن الماضي انتهج المستثمرون لدى الدول الأجنبية نهجاً يستبعد اللجوء الى المحاكم والقضاء المحلي لحل النزاعات وهو التحكيم، وقد وضعت هيئات دولية اتفاقيات لحماية الاستثمار الاجنبي واعتمدت التحكيم أسلوباً وحيداً لحسم النزاعات بين أطراف الاستثمار.

لا شك ان هناك تلازماً بين مؤسسة التحكيم وآلية الاستثمار وان الدول المضيفة توافق على التحكيم كضمانة اجرائية لتشجيع الاستثمار على أراضيها وتسعى بالدرجة الأولى الى تضمين قوانينها الصادرة لزيادة الاستثمارات وحمايتها نصوصاً صريحة تؤكد من خلالها قبول التحكيم.

وانطلاقاً من سياسة تشجيع الاستثمار نجد ان المشرع في معظم الدول قد نص في تشريعات الاستثمار المتعاقبة على ضمانات التحكيم، إذ تأكدت أهمية التحكيم بعد صدور قوانين الاستثمار التي حرصت على إجازة التحكيم في هذه العقود.

ان تشجيع قضاء الدولة للتحكيم (المؤسساتي والحر) ودعمه ومساندته وحمايته هو من الأمور المطلوبة، وهذ ما ذهب اليه القضاء في الدول المتقدمة(فرنسا، بريطانيا...)، اذ ان الفضل الأول لانتشار التحكيم التجاري يعود للقضاء الذي ما برح يمد يد العون والمؤازرة لمؤسسات التحكيم لتقوم بدورها كاملاً الى جانبه في تحقيق العدالة.

ان تأييد فكرة التحكيم ينطلق من احترام حرية المتعاقدين وارادتهم في تحديد مسار المحاكمة واجراءاتها، وكذلك رغبتهم في ابقاء تلك المحاكمة بعيدة عن الأضواء وعن تطبيق مبدأ علانية المحاكمة، اذ ان التحكيم يجري بصورة سرية لا يطلع عليها ، خلال مراحلها الأولى على الأقل، الا أصحاب العلاقة الذين يجدون في تلك السرية هامشاً من الأمان يجنبهم التشهير والتعقيد في العلاقات، خاصة متى كانوا من التجار، اذ يفضل هؤلاء ان لايعلم دائنوهم والمصارف التي يتعاملون معها بما لديهم من مشاكل ومنازعات.

وبالنظر لهذه الفوائد ومع الازدياد الملحوظ لحركة التعامل ولا سيما في الحقل التجاري، سواء في النطاق الوطني أم في النطاق الدولي، فقد تضاعف اللجوء الى التحكيم. ويتم ذلك عادة عن طريق ادراج بند تحكيمي في العقود ينص على حل جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد أو تفسيره بواسطة التحكيم. وتكون للتحكيم، في هذه الحالة، صفة احتمالية اذ تتوقف مباشرته فعلياً على حصول نزاع في المستقبل. أما اللجوء الى التحكيم بعد نشوء النزاع فيتم عن طريق انشاء عقد تحكيمي.

وانه بالنظر الى الصفة التعاقدية للتحكيم فقد ترك الخيار للمتعاقدين بين **أنظمة ثلاثة** هي:

1. نظام التحكيم العادي الذي يتبع فيه المحكم قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية.
2. نظام التحكيم المطلق الذي يعفي المحكم من تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية ويحكم فيه بمقتضى الانصاف.
3. النظام الذي يعفى المحكم من تطبيق أصول المحاكمة العادية ويبقيه ملتزماً بتطبيق قواعد القانون الموضوعية.

اننا نرى ألأخذ بالتقسيم الذي اعتمده الفقه والاجتهاد حول نوعي التحكيم، إذ جرى التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي باعتبار ان هذا التقسيم يستوعب في مضمونه كافة أنظمة التحكيم المشار اليها، وهذا ما اعتمده قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في الكتاب الثاني منه تحت الباب الأول من الكتاب المذكور المخصص للتحكيم إذ جاء القسم الأول من هذا الباب مختصاً بقواعد التحكيم في القانون الداخلي (المواد 762 الى808 أ.م.م) فيما القسم الثاني مخصص للتحكيم الدولي(المواد 809 الى 821 أصول مدنية).

أما بحسب قانون المرافعات المدنية والتنفيذ العراقي رقم 83 الصادر في 1969/5/27([1])، فإن **أنواع التحكيم في العراق هي:**

أ- **التحكيم الاختياري** الذي يمكن ان يكون بالصلح أو بالقانون كما يمكن ان يكون تحكيماً داخلياً كما يمكن ان يكون تحكيماً دولياً.

ب- **التحكيم الالزامي.**

ويلاحظ ان قواعد التحكيم في العراق، كما هو الحال بالنسبة لجميع الدول العربية باستثناء لبنان والبحرين، تطبق على التحكيم الداخلي والدولي دون تفرقة بينهما([2]).

الا ان هناك تشابهاً بين القانونين اللبناني والعراقي في كثير من الأحكام الأساسية والمبادىء الرئيسية المتعلقة بالتحكيم، لدرجة التطابق في بعض الأحيان، خاصة اذا أخذنا الاجتهادات القضائية في هذين البلدين. وعلى سبيل المثال يتفق هذان القانونان على ضرورة وجود اتفاق على التحكيم

---

[1] - منشور في "الوقائع العراقية" في العدد 1766، تاريخ 1969/8/10، واعتبر نافذ المفعول بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره أي في 1969/11/11)، الباب الثاني من الكتاب الثالث الذي اشتمل على ست وعشرين مادة(المواد 251 الى 276)

[2]- يراجع بهذا الشأن: د. حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية ص 20 وما يلها.

لتسوية النزاع، سواء أكان هذا النزاع حالياً أو مستقبلياً، وعلى ان يكون هذا النزاع مدنياً بالمعنى الواسع، بحيث يشمل النزاعات التجارية من ضمنها أو بالعكس.

بالنسبة لخصائص نظام التحكيم الاختياري العراقي: هذا التحكيم الذي ينظمه القانون رقم 69/83 انما ينبع من التراضي وأساسه سلطان الارادة الحرة، فهو تنازل عن حق الالتجاء الى القضاء والتزام بأن يطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصل فيه بقرار تحكيمي ملزم.

ويتميز التحكيم الاختياري في العراق بما يلي:

أ- يمكن ان يكون بالصلح أو بالقانون أو تحكيماً للحالات الخاصة كما يسمى التحكيم الحر Ad Hoc أو تحكيماً نظامياً لهيئة تحكيمية دائمة عن طريق مراكز التحكيم وهو ما يطلق عليه التحكيم المؤسسي. ويمكن ان يكون التحكيم الاختياري داخلياً كما يمكن ان يكون دولياً.

ب- انه يقر الشرط التحكيمي السابق للنزاع، والاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع.

ت- إذا تخلف أحد الخصوم عن تعيين محكمه عينته المحكمة.

ث- القرار التحكيمي لا ينفذ الا بعد مصادقة المحكمة القضائية عليه، التي يمكنها التصدي لأساس النزاع ثم إعلان بطلان القرار التحكيمي كلياً أو جزئياً، أو اعادة القضية للمحكمين أو تفصل فيها المحكمة اذا كانت جاهزة للحكم(المادتان 273 و 274 من قانون المرافعات المدنية).

ج- القرار التحكيمي غير قابل للإستئناف، لكنه قابل للإبطال. ويكون قرار المحكمة القضائية بالمصادقة أو الابطال غير قابل للاعتراض.

ثانياً: أهداف الدورة التدريبية

في ضوء ما أوضحنا أعلاه بشأن السياق العراقي، يجب أن تكون أهداف هذه الدورة واقعية وقابلة للتحقيق. ومن الصعب أن تحدد أهداف واقعية دون أن معرفة مستوى المشاركين وطبيعة نشاطهم.
على سبيل المثال، قد يكون من أن جميع أو الغالبية منهم شاركوا في دورات تدريبية أو ورش عمل أو مؤتمرات تتعلق بالتحكيم.

أن الهدف الأساسي من ورشة العمل ينبغي أن يتمحور حول تطور التحكيم في العراق مع التركيز على توضيح علاقة القضاء الرسمي بالتحكيم، وخاصةً:

1. بحث الأمور والمشاكل التي يمكن ان تواجهها هذه العلاقة.

2. كيفية ايجاد الحلول لها من خلال الاسترشاد بما توصل اليه الفقه والاجتهاد الحديثان في هذا المضمار، نظراً لكون مؤسسة التحكيم ــ لا سيما في الأمور التجارية وتحديداً التجارة الدوليةــ هي في تطور مستمر.

3. متابعة آخر النظريات الفقهية والتطبيقات القضائية في هذا الشأن التي جاءت متفقة مع النهج التوسعي والمسلك التحرري الذي يتجه اليه نظام التحكيم من خلال ما فعله المشترع في معظم الدول بوضع التشريعات المناسبة لتنظيم التحكيم بشقيه: الداخلي والدولي، وقد تضمنت تلك التشريعات نصوصاً مكنّت القضاء من ممارسة رقابة صارمة على عملية التحكيم لتصحيح مساره حيناً، ولمساعدة الفرقاء على متابعة عملية التحكيم وتجاوز العقبات التي قد تحول دون السير فيه أحياناً.

4. محاولة استعراض العقبات التي تواجه السير بالتحكيم من خلال تبيان الحالات التي يتدخل فيها القضاء في عملية التحكيم، سواء قبل انطلاقه أو خلاله أو حتى بعد انتهاء صدور القرار التحكيمي.

ويمكن تعديل أهداف دورة التدريب وفقاً لنوعية المتدربين ومستوى معرفتهم، وهو الأمر الذي سينعكس على تصميم برنامج ورشة العمل.

ثالثاً: مضمون هذه الدورة التدريبية

اننا من خلال ما تم استعراضه أعلاه، في الفقرتين الأولى والثانية، سنعالج في هذه الدورة المواضيع التالية موزعة على ثلاثة أيام وذلك بالقدر الذي يسمح لنا به الوقت المحدد:

اليوم الأول:

I- اتفاق التحكيم:

أ. (البند التحكيمي، والعقد التحكيمي)

ب. من يحق له اجراء اتفاق التحكيم

- الأشخاص الذين يحق لهم ذلك
- المنازعات التي يجوز ان تكون محلاً لاتفاق التحكيم

II- تدخل القضاء قبل انطلاق التحكيم

III- المحاكمة التحكيمية:

أ. المحكمون والهيئة التحكيمية

ب. مدة مهمة المحكمين(مهلة التحكيم)

ت. انتهاء مهمة المحكمين قبل انتهاء مهلة التحكيم

IV-تدخل القضاء أثناء التحكيم

اليوم الثاني:

I- القرار التحكيمي

أ. صدوره

ب. طرق الطعن في القرار التحكيمي

II- تدخل القضاء بعد صدور القرار التحكيمي

وقت للمناقشات

<u>رابعاً: المضمون التفصيلي للدورة</u>

أولاً: الاتفاق التحكيمي

بعد التطرق لأمور الاتفاق التحكيمي وشرحه، تطرح للبحث مسألة استقلالية شرط التحكيم:

1) **معنى الاستقلالية عموماً.**
2) **بالنسبة لعدد المحكمين.**
3) **مفاعيل الاتفاق التحكيمي:** (أثره بالنسبة للاختصاص)

وفي معرض بحث الاختصاص التحكيمي تجدر الإشارة إلى كيفية حصول التحكيم الاختياري، إذ قد يرد اتفاق التحكيم في صورة تحكيم منظم، وهو ما يطلق عليه التحكيم المؤسسي، أو صورة تحكيم حر أو ما يسميه البعض بالتحكيم الطليق، فنبحث تحت هذه الفقرة التحكيم المؤسسي من جانب، والتحكيم الحر من جانب آخر، والمفاضلة بينهما وذلك لإعطاء فكرة موجزة عن هاتين المؤسستين.

- **التحكيم المؤسسي**
  - ✓ أمثلة مؤسسات التحكيم المعروفة دولياً
  - ✓ لقواعد التحكيم المؤسسي
  - ✓ التحكيم مؤسسياً، فيجب التقيد بنظام التحكيم المطبق لدى مؤسسة التحكيم

- **التحكيم الحر Ad Hoc**

ثانياً: تدخل القضاء قبل انطلاق التحكيم

عند اللجوء الى التحكيم بالاستناد الى الاتفاق التحكيمي(بنداً كان أم عقداً وفقاً لما جرى بيانه آنفاً)، ويتفق الفرقاء على طريقة تعيين المحكم وتسميته، ولكن بعضهم يتلكأ او يتواني عن المساهمة، بعد نشوء النزاع، عن تعيين المحكم أو تسميته، في محاولة لعرقلة عملية التحكيم، وهذا أمر بات مألوفاً، وهو قد يؤدي في حال ترك الأمور عند هذا الحد، الى تعطيل عملية التحكيم قبل بدئها مما يستدعي تدخل المشترع، إضافة إلى ذكر عدة حالات تفضي إلى تدخل القضاء.

ثالثاً: تدخل القضاء أثناء التحكيم

من حيث المبدأ، يبقى القضاء بعيداً عن مجريات المحاكمة التحكيمية بعد انطلاقها، فالمحكم هو الذي يتولى قيادة التحكيم، كما القاضي، السير في إجراءاته توصلاً الى قرار حاسم في النزاع، ولكن بالرغم من ذلك يبقى القضاء المرجع الوحيد للتدخل بناءً لطلب الفرقاء أو المحكم، حرصاً على حسن سير تلك العملية والمساهمة ببعض الاجراءات الضرورية في حالات عديدة منها:

1- قيام سبب يستوجب رد المحكم

2- أوجه استعانة المحكم بالقضاء

أ-دعوة الشهود

ب- للمحكم ان يفصل في طارىء تطبيق الخط

ت- لا يستطيع المحكم ان يأمر بانابة قضائية، فهو لا يملك السلطة ولا الصفة ليستنيب قاضياً كما يفعل القضاة، فعليه ان يرجع في ذلك الى القاضي.

ث- مكان التحكيم

ج- المهل

3- تدخل القضاء لمنح سلفة وقتية في حال وجود بند تحكيمي:

أ- إذا كان المحكم قد وضع يده على النزاع بموجب بند تحكيمي

ب- أما إذا كان المحكم لم يضع يده بعد على النزاع

رابعاً: تدخل القضاء بعد صدور القرار التحكيمي

ان صدور القرار التحكيمي ليس نهاية المطاف، اذ يعود بعد ذلك للقضاء التدخل لمنحه الصيغة التنفيذية: فالمحكم ليس قاضياً كما سبق بيانه، لذلك لا يأخذ القرار التحكيمي طريقه الى التنفيذ ولا يمكن ان يكون قابلاً للتنفيذ، إذ لم يحصل تنفيذه طوعاً من قبل الخصم المحكوم عليه، الا بعد إعطائه الصيغة التنفيذية التي تعطى له من قبل قاضي الدولة وفق الأصول المحددة قانوناً.

أ- تنفيذالقرار التحكيمي الداخلي

ب – تنفيذ القرار التحكيمي الدولي

هناك اختلاف كبير في هذا الأمر بين القانونين العراقي واللبناني

باب اضافي: التحكيم الدولي

1- فكرة عامة

2- **تعريف التحكيم الدولي**

من خلال ما تقدم، فلا يهم في الأمر سوى موضوع الخلاف أي العملية المتنازع بشأنها والتي يتعلق بها التحكيم. فإذا تعلقت هذه العملية بأكثر من بلد، فإن التحكيم الذي يختص بها يعتبرن من جراء ذلك، تحكيماً دولياً. ويكفي من ثم ان تتناول انتقالاً لأعيان أو خدمات أو دفعاً لموال عبر الحدود.

نأمل من خلال ما تقدم ان نكون قد أعطينا فكرة موجزة وواضحة عن التحكيم الدولي بحسب ما هو متعارف عليه فهاً واجتهاداً.

خامسا": الخاتمة

بنتيجة كل ما تقدم يتحتم التأكيد، أن العلاقة بين التحكيم والقضاء سواء في الدعوى أو خارجها على صعيدي التشريع والاجتهاد القضائي لا يجب ان تكون إلا علاقة تكامل وتجانس فلكل من القاضي والمحكم اهتمام واحد هو فض النزاعات واحقاق الحق. وانه لنجاح التحكيم وتقدمه يقتضي تعاون هاتين المؤسستين (القضاء والتحكيم) بشكل ايجابي يسهل عمل المحكم وإجراءات التحكيم أثناء المحاكمة التحكيمية ويراقب هذا العمل من خلال إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي بعد صدوره، شرط ان تؤدي هذه المراقبة الى النتيجة المطلوبة دون تشدد يمكن أن يعطل الغاية من التحكيم.