الوسائل البديلة لحل النزاع
وأثرها على التجارة الدولية

المقـــدمـــة

تبقى مسألة تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية عموما ، من أهم موضوعات البحث التي أثارت وتثير جدلا وخلافا في نطاق الدراسات الفقهية والقضائية والتشريعية المتعلقة بها ، نظرا للتطور والتنوع الكبيرين اللذين أصابا أنماط هذه العقود ، واللذين أديا إلى كشف حقيقة مدى عجز التشريعات الوطنية عن مجاراة هذا التطور بوضع قواعد ونصوص تعالجها ، فضلا عن تطور وسائل الاتصالات ووسائل النقل اللذين أديا إلى تطور التبادل التجاري الدولي وازدهار الحياة الاقتصادية ، فزادت أهمية المدن التجارية والصناعية والمناطق الحرة وتعددت المعارض التجارية الدولية ، التي يتهافت عليها التجار من جميع أنحاء العالم بغية إبرام العديد من العقود ، علاوة على ذلك تكمن أهمية هذه الدراسة فيما تثيره من مشاكل فنية وقانونية بالغة الدقة والتعقيد ، وعدم التوازن القانوني والاقتصادي لأطرافها ، وتعدد المناهج التقليدية والحديثة التي حاولت معالجتها.

وليس بعيدا عن الفطنة صعوبة البحث في مسائل التنازع بين القوانين ، بالنظر إلى غموض عدد من المفاهيم القانونية المتصلة به ، وصعوبة ودقة العديد منها ، وإذا كان هذا هو حال تنازع القوانين بصورة عامة ، فما بال البحث في تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الدولية ، الذي يعد من أدق موضوعات القانون الدولي الخاص ، إن لم يكن أدقها على الإطلاق وأكثرها مشقة على الباحث ، حيث يكشف ذلك تعدد المناهج وتضارب الحلول وعدم استقرارها ، فعقود التجارة الدولية تثير صعوبات قانونية ليس لها حل واحد مستقر في التشريعات الوطنية ، وفي مقدمة هذه الصعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق . إذ نجد إن القضاء الوطني عند إجرائه هذا التحديد يلتزم في قواعد الإسناد في قانونه. هذه القواعد تؤدي إلى تطبيق قانون وطني قد يكون غريباً عن أحد الخصمين إن لم يكن غريباً عليهما معاً . وقد يكون صالحاً للعقود الوطنية ، ولكنه لا يتناسب مع عقود التجارة

الدولية ، زيادة على ذلك فأن التشريعات الوطنية تباينت فيما بينها بشكل يتعذر معه على أطراف العقد الاطمئنان على مصير حقوقهم المتعلقة بالعقد ، كما أدى التطور العلمي والتكنولوجي إلى اتساع نطاق عقود التجارة الدولية ، وظهور أنماط من العقود المستحدثة بالغة التعقيد ، سريعة التطور ، معظمها يمتد تنفيذها خلال فترة طويلة من الزمن ، تقوم خلالها علاقات متبادلة بين أطراف متعددة . لذا تأتي المنازعات المتعلقة بهذه العقود في غاية الصعوبة من الناحيتين القانونية والفنية ، وتواجه مسائل بالغة الدقة، وقد تكون محكومة بمبادئ وأعراف وعادات التجارة الدولية .

هذا من جانب ومن جانب آخر تكمن أهمية البحث في موضوع تسوية المنازعات في إطار عقود التجارة الدولية عن طريق الوسائل البديلة أو ما يسمى الودية ، لما يعرفه العراق من انفتاحا اقتصاديا وتشجيعا للاستثمار الأجنبي ، خاصة وهو يشهد متغيرات كثيرة قلبت كل الموازين وعلى جميع الأصعدة وما رافقها من دمار عام 2003، فكان لابد من البدء بعملية أعمار شاملة سواء في المجال الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي ، والذي يتوجب إجراء الإصلاحات القانونية أو إصدار التشريعات التي تتلاءم مع الوضع الجديد للعراق ، لاسيما كيفية التعامل مع الشركات التي سوف تدخل للاستثمار فيه . كل ذلك سوف يولد كثافة في المبادلات التجارية الدولية ، الأمر الذي يجعل المتعاملين الاقتصاديين الخواص منهم على وجه التحديد يبرمون شتى أنواع العقود الدولية ، التي كانت حتى وقت قريب حكرا على الدولة أو مؤسساتها العامة . فالمعرفة الجيدة بفن التجارة وخفاياها لا تكفي لجني الأرباح من الصفقات المبرمة ما لم يحسن المتعامل الاقتصادي التفاوض وكيفية صياغة العقود والفهم الجيد للاشتراطات التي تتضمنها قبل التوقيع.

وعلى الرغم من إن موضوع هذه الدراسة قد حظي باهتمام كبير في الفقه الغربي ، إلا إن هذا الموضوع لم يحظ بنفس القدر من الاهتمام في الفقه العربي ، وإن ظهرت مؤخراً بعض المؤلفات العربية التي تناولته بالدراسة ، إلا

إن الحاجة تبقى ملحة لمتابعة التطورات التي طرأت على هذه العقود ، سواء من حيث أنماطها المختلفة أو من حيث المناهج التي أعتمدها الفقه والقضاء والتحكيم بشأنها . فالتطورات المتلاحقة التي تصاحب هذه العقود ، تجعل من الصعوبة بمكان من أن تستوعب أي دراسة تمت في إطار زمني الإحاطة بكل مستجد يطرأ على هذه العقود ، لذا فأن الدراسات الخاصة بهذه العقود مهما بلغ عددها وعمقها تظل غير قادرة على الإلمام بهذا الموضوع المتغير بشكل مستمر.

ومما يزيد من صعوبة هذه الدراسة أن كثير من منازعات عقود التجارة الدولية ، يتم حسمها عن طريق اعادة التفاوض بين الطرفين والوساطة أو التوفيق والتحكيم التجاري الدولي وهذا يتم بسرية كاملة ، الأمر الذي يجعل مهمة الباحث صعبة في معرفة الأسباب التي تتأسس عليها قرارات التحكيم .

ونظرا لما تحتله الوسائل البديلة لحل النزاعات من مكانة بارزة في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي،وما شهده العالم منذ نصف قرن ويزيد من الحركة الفقهية و التشريعية لتنظيم الوسائل البديلة ، وما تمثله في الحاضر من فعل مؤثر على صعيد التقاضي كان من الطبيعي أن تعمل الدول جاهدة لإيجاد إطار ملائم يضمن لهذه الوسائل تقنينها ثم تطبيقها لتكون بذلك أداة فاعلة لتحقيق وتثبيت العدالة وصيانة الحقوق.

لذا سنحاول تسليط الضوء على هذا الموضوع من خلال تقسيمه الى مبحثين، في الأول نرى مفهوم الوسائل البديلة في حل النزاع، أما المبحث الثاني سنرى فيه أثر الوسائل البديلة في تطور التجارة الدولية، وذلك وفقا للمنهج الوصفي التحليلي.

المبحث الأول

مفهوم الوسائل البديلة في حل النزاع

المطلب الأول

ماهية الوسائل البديلة لحل النزاع

المطلب الثاني

أنواع الوسائل البديلة لحل النزاع

المطلب الثالث

مزايا الوسائل البديلة لحل النزاع

المبحث الثاني

أثر الوسائل البديلة في تطور التجارة الدولية

المطلب الأول

الوسائل البديلة لحل النزاعو تدخل القضاء

المطلب الثاني

فعالية القرارات المتخذة في حل النزاع

المطلب الثالث

التوفيق بين القوانين وأثره في تطور التجارة الدولية

المبحث الأول
مفهوم الوسائل البديلة في حل النزاع

زادت أهمية التجارة الدولية ، وتعقدت مشاكلها ، بحيث أصبح الاهتمام بمحاولة البحث عن حلول لمشاكلها القانونية، يشغل بال الباحثين والمشرعين فى مختلف الدول سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي .

وأصبح المجتمع التجاريالدولي ، تؤيده منظمات دولية وهيئات تجارية ، يسعى إلى خلق قواعد موحدة تحكم النشاط التجاريالدوليوآليات حل النزاعات التي قد تنشئ عنها، بغض النظر عن طبيعة النظام الاقتصادي الذى يسود في دولة من الدول ، ودون اعتبار لطبيعة النظام القانوني الذى تتبعه هذه الدول ، فهي قواعد تنبع من العرف التجاريالدولي دون اعتبار للتقسيم السائد فى دول العالم إلى دول اشتراكية ودول رأسمالية، ودول تطبق نظام القانون المشترك (قانون العموم Common Law)[1]، أو دول تطبق القانون المدني المشتق من القانون الروماني[2].

وبغية إعطاء تصور واضح عن الوسائل البديلة في حل النزاع، سنقسمه الى ثلاث مطالب، في الأول نرى فيه ماهية هذه الوسائل البديلة واعطاء تعريف محدد له، وفي الثاني سنرى أنواع الوسائل البديلة لحل النزاعات، وفي الثالث نرى فيه المزايا التي تتمتع بها والتي تحققها للأطراف المتعاقدة.

المطلب الأول
ماهية الوسائل البديلة في حل النزاع

أصبح اللجوء للوسائل البديلة لحل النزاعات في وقتنا الحالي أمراً ملحاً، وذلك لتلبية متطلبات الأعمال الحديثة عبر آليات التعاقد، والتي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد. فمع التطور المستمر في التجارة والخدمات، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، والحاجة إلى السرعة والفعالية في فض النزاعات، والتخصص من قبل من ينظر بهذه

النزاعات أو يسهم في حلها، لذا نشأت الحاجة لوجود آليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعّال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم[3].

فلا غرابة إذن أن تعرف الوسائل البديلة لحل النزاعات اهتماما متزايدا على صعيد مختلف الأنظمة القانونية و القضائية، وذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة و سرعة في البت و الحفاظ على السرية وما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم.لذا سنبين تعريف هذه الوسائل البديلة في فرع أول، وبيان خصائصها في فرع ثان.

الفرع الأول
تعريف الوسائل البديلة لحل النزاع

الوسائل البديلة لحل المنازعات (Alternative Dispute Resolution ADR) ، أو الطرق المناسبة لحل المنازعات كما تسمى في الوقت الحاضر Appropriate Dispute Resolution ، ويعبر عنها أحيانا "فض المنازعات" Dispute Resolution (DR) ، و هي (تلك الآليات التي يلجأ لها الأطراف عوضاً عن القضاء العادي عند نشوء خلاف بينهم، بغية التوصل لحل لذلك الخلاف). أو (أنها الطرق التي يتم فيها تسوية منازعات عقود التجارة الدولية دون رفع دعوى أمام المحاكم)[4].وعلى هذا الاساس نعتقد أن التجارب العديدة المتعلقة بحل النزاعات، تؤكد أن العدالة التي تنبني على أساس الاتفاق تكون أكثر إيجابية ولها آثار فاعلة من العدالة التي يطبقها القاضي، الذي يعتمد على نصوص قانونية مجردة.

و انطلاقا من هذا المعنى يخرج التقاضي عن إطار هذا التعريف، فهو لا يعد وسيلة بديلة لحل الخلافات بل وسيلة أصيلة، إذ أن الأصل في الأطراف اللجوء إلى المحاكم ومحاولة حل الخلافات عبر التقاضي في حال نشوء خلاف بينها.

وعلى الرغم من ذلك، فقد أدى ازدياد لجوء المتنازعين إلى هذه الوسائل في الفترة الأخيرة إلى عدم جواز تسمية تلك الوسائل بـ "البديلة"، ذلك أن كثرة اللجوء إليها أدت إلى تحولها في كثير من الأحيان إلى وسائل أصيلة يلجأ لها الأطراف ابتداء ، مستفيدين من مزاياها في سرعة حسم النزاع ،والحفاظ على السرية ،وخفض التكاليف في أوضاع كثيرة، إضافة إلى مرونتها من حيث إجراءات حل النزاع والقواعد المطبقة عليه[5].

وجدير بالذكر أن الوسائل البديلة لحل النزاعات، قد أصبحت من الوسائل الملائمة للفصل في مجموعة هامة من المنازعات، كما هو الشأن في منازعات التجارة الدولية وحماية المستهلك، والمنازعات الناشئة في بيئة الإنترنت، والتجارة الإلكترونية، والملكية الفكرية في العصر الرقمي وغيرها من المنازعات، حتى أصبح يطلق على هذه الوسائل بالنظر لطابعها العملي (الطرق المناسبة لفض المنازعات). بل لقد أصبح اللجوء إلى التحكيم مشروطا في غالب الأحيان بضرورة اللجوء مسبقا إلى اعادة التفاوض والوساطة أو التوفيق.

الفرع الثاني
خصائص الوسائل البديلة لحل النزاع

نحاول بيان هذه الخصائص بعدة نقاط متتالية وكما يلي :-

1) تنشأ منازعات عقود التجارة الدولية عادة بين شركات كبيرة ، وهذه الشركات في معظم الاوقات ترتبط مع بعضها البعض بعلاقات مستمرة، وأن أهمية استمرارية هذه العلاقات بين الاطراف تكون محور هام. لذلك يحرص الاطراف للوصول الى تسوية ودية.

2) تسوية منازعات عقود التجارة الدولية بالطرق القضائية عادة ماتكون تكاليفها باهضة، وخصوصا اذا ما أخذنا بنظر الاعتبار مدى تعقيد الاجراءات التي تتعلق بامور ذات تقنية عالية. وبالتالي اتباع الطرق البديلة في

حل المنازعات يكون أقل كلفة وخاصة في الدول التي تتقاضى رسوم عالية أو التي فيها اتعاب المحامين باهضة[6].

3) يعد عامل الوقت في حسم المنازعات مسألة مهمة ، نتيجة للتطور التكنولوجي المتسارع. وبالنسبة لاجراءات التقاضي فانها تاخذ وقت طويل، وقد تكون التكنولوجيا التي تم النزاع عليها قد فقدت قيمتها بسبب هذا التطور التكنولوجي. وبالتاكيد يكون من الافضل اتباع الوسائل البديلة لتسوية النزاعات التي تعتبر اجراءاتها أسرع بشكل ملحوظ مقارنة بالتقاضي.

4) ان منازعات عقود التجارة الدولية عادة ما تكون معقدة وتحتوي على مستوى عالي من التكنولوجيا المتطورة، مما يجعلها معقدة الحل وتحتاج في هذه الحالة الى تدخل خبراء في مجال المنازعة ذاتها، وهذا غير متوفر دائما في المحاكم الوطنية. لذا يحبذ البحث عن طريقة توفر لهم هكذا خبرات مثل الطرق البديلة لحل النزاع[7].

5) ان عقود التجارة الدولية غالبا ما تحتوي بشكل رئيسي على عنصر السرية التامة، وبالتالي اذا ما تم عرض النزاع على القضاء، فأنه بذلك سيكشف عنصر السرية لأن القضاء بشكل عام جلساته علنية. وبالتالي فان الالتجاء الى الطرق البديلة يكون أضمن وأفضل لتفادي أي كشف للأسرار.

6) ان منازعات عقود التجارة الدولية تتعدى الحدود الوطنية، وتتميز بطابعها الدولي ويختلف الطابع الوطني للمقاضاة أمام المحاكم الوطنية والنطاق الدولي للنزاع المرفوع أمام القضاء. وبالتالي يظهر هنا دور الطرق البديلة في حل هذه النزاعات من خلال ايجاد السبل والطرق الاسهل والأكثر مرونة التي يتفق عليها الأطراف.

المطلب الثاني
أنواع الوسائل البديلة لحل النزاع

تنقسم الوسائل الملائمة أو البديلة ADR إلى أقسام متعددة تختلف تبعا لأساس التقسيم ، ولعل أفضل تقسيم لها من حيث درجة

التدخل intervention من قبل طرف ثالث في النزاع ، وعلى وفق هذا التقسيم تتعدد الوسائل إلى أعادة المفاوضات والوساطة أو التوفيق والتحكيم[8]، وسنأتي على بيانها تباعا بثلاث فروع.

الفرع الأول
اعادة المفاوضات
Renégociation

التفاوض من الامور التي نمارسها باستمرار، اذ يعتبر أسلوب انساني ملازم لكافة أنشطة الحياة (التجارية والاقتصادية والاجتماعية و السياسية) وعلى كافة المستويات. ويكون التفاوض بين ذوي المصالح المتعارضة سواء كانوا أفراد أو منظمات أو دول أو قوى أو نظم. لذا يعتبر سمة من السمات المميزة للسلوك البشري في المجتمعات منذ أقدم العصور. ويعتبره البعض مفتاح النجاح في ادارة العلاقات على مختلف اشكالها، كذلك يعتبر التفاوض من أحدث العلوم الاجتماعية، ونال اهتمام الدول المتقدمة وأعطته مكانة كبيرة بعكس الدول النامية التي تنبهت لأهميته مؤخرا وتسعى لإتقانه[9].

فالمفاوضات، هي موقف تعبيري حركي قائم بين طرفين حول قضية معينة، يتم من خلاله عرض وتبادل وتكييف وجهات النظر المختلفة، من خلال استخدام كافة أساليب الاقناع للحفاظ على المصالح القائمة أو الحصول على منفعة جديدة، من خلال التنازل عن مصلحة معينة أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين[10].

كذلك يمكن تعريف التفاوض باعتباره آلية لتسوية النزاع القائم على الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين سعياً لحل الخلاف، وقيل إن التفاوض هو "التحاور والمناقشة للوصول إلى اتفاقمشترك بين طرفين للحصول على حل متفق عليه للحفاظ على مصالح الأطراف المتفاوضة وحلما بينها من مشكلات أو تقريب وجهات نظرها بأسلوب حضاري[11].

ومن التعريفاتالمتداولة أيضا، نذكر ما قرره البعض من أن التفاوض هو تبادل لوجهات النظر وتسويةالاختلافات والبحث عن مناطق محل اتفاق

مشترك والمصلحة المتبادلة والوصول لبعض أشكالالاتفاق شفويا أو تحريريا ، رسميا أو غير رسمي. ولا يحتاج التفاوض إلى أي طرف ثالث، بل يعتمد على الحوار بين الطرفين مباشرة ، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تمثيل المتنازعين بواسطة محامين أو وكلاء لهم، إذ لا يغيّر ذلك من طبيعة التفاوض، ما دام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار عن موكليهم[12].

ان افضل الاساليب التي يمكن اتباعها لتسوية المنازعات هو عادة اسلوب التفاوض بين طرفي النزاع . اذ ان التوصل الى تسوية ودية من خلال التفاوض تعمل لتلافي الاضرار بالعلاقة الودية بين الاطراف ، يضاف الى ذلك ان اسلوب التفاوض قد يوفر على الطرفين ما تستلزمه تسوية المنازعات بوسائل اخرى غير التفاوض من تكاليف باهضة ووقت اطول كثيرا ما لايتطلبه التفاوض.

ومع ان طرفي العقد قد يرغبان في محاولة تسوية منازعاتهما عن طريق التفاوض ، قبل اللجوء الى وسائل اخرى ، لذلك قد لا يكون من المرغوب فيه ان يمنع العقد اي من الطرفين ان يشرع في وسيلة اخرى من وسائل التسوية قبل انقضاء فترة محددة من الوقت مخصصة للتفاوض، وأبعد من ذلك ، اذا نص العقد على عدم جواز البدء في اجراءات اخرى لتسوية النزاع اثناء فترة التفاوض ، كان من الصواب ان يسمح للطرف المعني بالشروع في اجراء آخر حتى قبل انقضاء هذه الفترة في حالات معينة ، منها على سبيل المثال ، حينما يذكر احد الطرفين في أثناء سير المفاوضات انه ليس على استعداد لمواصلة التفاوض ، او عندما يكون الشروع في اجراء تحكيمي او قضائي قبل انقضاء فترة التفاوض امرا لازما من اجل الحيلولة دون فقدان حقه او سقوطه بالتقادم او بمضي المدة[13].

وبالنظر الى الميزات المتقدمة التي يحققها اسلوب التفاوض ، نجد ان كثيرا من التشريعات الوطنية الخاصة بنقل التكنولوجيا ، نصت على ضرورة ان تسوى منازعات العقود التي يكون موضوعها تكنولوجيا عن

طريق التفاوض ، ونذكر في هذا المجال المادة (11) من مشروع تنظيم نقل التكنولوجيا المصري الذي جاء فيه، ضرورة حل منازعات عقود نقل التكنولوجيا بالتفاوض والطرق الودية وفي حدود ما يسمح به القانون المصري [14].

كذلك فان معظم قوانين الاستثمار قد قضت بضرورة حل منازعات الاستثمار بالطرق الودية ، نذكر في هذا المجال ، قانون الاستثمارالاردني رقم (16) لسنة 1995 . الذي نص في المادة (33) منه على ان (تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمر والمؤسسات الحكومية الاردنية تسوية ودية عن طريق التفاوض . . .).

كذلك جاء في نص المادة 17 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية على ضرورة ان يسعى الطرفان الى تسوية اي خلاف او مطالبة بشأن هذه الاتفاقية بطريق التفاوض والتسوية الودية .

كذلك أشار نظام تسوية المنازعات في المواد 22و23 من اتفاقية الكات**GATT** لعام 1947 ، والذي اقتبسته منظمة التجارة العالمية **WTO** ، مبدأ المفاوضات التجارية، وهذا المبدأ معناه اعتبار منظمة التجارة العالمية هي الإطار التفاوضي المناسب لتنفيذ الأحكام أو تسويةالمنازعات[15].

أماموقف القانون العراقي، فهو واضح من خلال قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل، اذ أشار في المادة 27 الفقرة 4 منه،(إذا كان احد أطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها الالتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً). ويفهم من هذا النص الاطلاق بالاتفاق على آلية حل النزاع ومنها اعادة التفاوض اضافة للوسائل الاخرى، التي قد يتفق عليها الاطراف في حل نزاعاتهم.

الفرع الثاني
التوفيـــق
Médiation

وهـي مرحلـة متقدمـة مـن التفـاوض تـتم بمشـاركة طـرف ثالـث (وسيط)، يعمل على تسهيل الحوار بين الطرفين المتنازعين ومساعدتهما على التوصل لتسوية، إذن فهي آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين طرفين متخاصمين بحيث يعمل هذا المحايد على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتسهيل التواصل بينهما، وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع[16].

وبالتالي يتم حل الكثير من الخلافات عبر التفاوض المباشر بين الطرفين، ولكن قد تظهر الحاجة لوجود وسيط ، فإن كثيرا من المفاوضات قد تتعثر في مراحل مختلفة، أو أن حدة النزاع لا تسمح بوجود مفاوضات ابتداء بين الأطراف في بعض الأحيان، الأمر الذي يحتم الاستعانة بوسيط للمساعدة في دفع عجلة التفاوض إلى الأمام وجسر الهوة بين الطرفين.

وهنا يظهر ما يسمى بالموفق، ويبدو دوره في حالة اخفاق طرفا العقد في تسوية النزاع القائم بينهما من خلال التفاوض ، فقد يرغبان في محاولة التوصل الى تسوية ودية عن طريق التوفيق قبل اللجوء الى الاجراءات التحكيمية او القضائية ، والغرض من التوفيق هو التوصل الى تسوية ودية للنزاع بمساعدة طرف آخر محايد يحظى باحترام كلا الطرفين ، يطلق عليه اسم(الموفق) ، الذي غالبا ما يكون خبيرا في المجال الذي حصل النزاع بشأنه ، فالأحوال التي يتعلق فيها النزاع بمسائل ذات طابع تقني رفيع تخص اوصاف المعرفة الفنية او تتعلق بمسائل اقتصادية لها علاقة بتحديد مقابل التكنولوجيا ، يجب تسويتها بمساعدة ذوي الاختصاص والخبرة.

وهذا الطرف الثالث (الموفق) ، على خلاف المحكم او القاضي لا يفصل في النزاع ، بل يساعد طرفي العقد في التوصل الى تسوية ودية ، ويتحقق ذلك بأن يقترح عليهما حلولا معينة يتم الاتفاق عليها ، معنى ذلك ان

عملية التوفيق هي عملية غير خصامية ، ومن ثم فان الطرفين يكونا اقرب الى الاحتفاظ بعلاقة طيبة ، بل ان اسلوب التوفيق قد يحسن هذه العلاقة ، نظرا لأن نطاق التوفيق والاتفاق النهائي قد يتجاوزان الحدود الصارمة للنزاع الذي الجأهما الى التوفيق[17].

أما الوساطة فهي عملية طوعية بطبيعتها ولا يجوز للوسيط اتخاذ قرار بات في أساس النزاع، بل إن دوره ينحصر في محاولة تقريب وجهات نظر الطرفين (أو الأطراف) وجسر الهوة بينهما ، وفي طرح الحلول البديلة أمامهم دون فرض أي منها عليهم[18].

فالأطراف هنا هم الذين يصنعون النتيجة، فوظيفة الوسيط تقتصر على تيسير التواصل و التفاوض بين الطرفين لا التحكيم بينهم، و ينتج عن ذلك نتيجة هامة من الناحية العملية، تتلخص في قابلية الاتفاقية الناشئة عن الوساطة للتطبيق من الأطراف بشكل تلقائي كونهم هم الذين توصلوا إليها بمحض إرادتهم ولم تفرض عليهم من الخارج.

ومن الملفت للنظر أن الوساطة تنجح في حل حوال 75٪ إلى 90٪ من الخلافات التي يتفق الأطراف على حلها باستعمال هذه الآلية، فهي الأساس الذي يقوم عليه نظام (ADR) في التجارة الدولية ، فهي الوسيلة الأكثر استخداما في أغلب العقود التجارية الدولية الكبيرة مثل عقود الإنشاءات الدولية[19].

وتتخذ الوساطة أشكالا عديدة فهناك، الوساطة البسيطة (Simple) mediation، وهي التي تقترب من نظام التوفيق في وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات نطر المتنازعين . وهناك الوساطة تحت شكل قضاء صوري، و هي التي يتم فيها تشكيل هيئة يرأسها الوسيط تضم وكلاء عن أطراف النزاع، وذلك للوصول إلى حد مقبول من الطرفين. وهناك الوساطة الاستشارية(Mediation-Consultation) ، وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير استشارته أولا في موضوع النزاع ثم يطلبون منه بعد

ذلك تدخله كوسيط لحل النزاع. وهناك وساطة التحكيم-(Mediation Arbitration) ، وهي التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمته في الوساطة، وهناك أخيرا الوساطة القضائية (JudicialMediation) ، وهي المعمول فيها في النظم الانجلوسكسونية، حيث تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض اقتراح على الأطراف باللجوء بداية إلى الوساطة، وذلك كما هو الحال في النظام المعروف باسم(Summary Jury Trial) ،اذ يقوم المحلف المدني (Civil Jury) قبل الجلسة الرسمية بشرح مختصر للأطراف عن الموقف في الدعوى، ويتوصل معهم إلى إصدار حكم في شكل رأي (Advisory Verdict) ، يكون بمثابة الأساس الذي تقوم عليه المفاوضات في الوساطة[20].

يتبين مما سبق أن الوساطة تتخذ مجالا أوسع من التوفيق، فهي أكثر عمومية وأكثر مرونة.

وفي هذا الإطار فقد أعد المغرب مشروع قانون رقم 05- 08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، كما حث المشرع المغربي على الصلح في أكثر من مناسبة بل أوجبه في قانون المسطرة الجنائية الجديد بشأن جرائم معينة، وتم التركيز على مساطر الصلح في مدونة الأسرة ونزاعات الشغل والأمراض المهنية.كما أستحدث وسيلة أخرى تسمى التقييم الحيادي المبكّر (Early Neutral Evaluation)، ويتم التقييم الحيادي المبكر من خلال عرض الأطراف (أو محاميهم) لخلافهم أمام طرف محايد ذي ثقافة قانونية واسعة (محام أو قاضٍ سابق)، يتمكن من تقييم القضية المعروضة، وبعد أن يلتقي المحايد بالطرفين مجتمعين، يلتقي بكل طرف على حدة ليستمع منه عن التفاصيل المتعلقة بالوقائع والأحداث محل الخلاف، كما يستطيع الأطراف تقديم بياناتهم الخطية أمام المحايد، وفي النهاية، يصدر المحايد قراراً يبين من خلاله المراكز القانونية لكل طرف، ولا يكون رأي المحايد هنا ملزماً للأطراف، إذ لا يجبر أي منهم على الأخذ به. وفي الغالب،

يأخذ المحايد بعد إصدار "قراره" دور الوسيط، إذ يعمل على محاولة تقريب وجهات النظر بين الطرفين بعد أن بين لهما مراكزهما القانونية، ويطلق على هذه الآلية أيضاً تسمية (التحكيم غير الملزم)[21].

كذلك ورد في المادة 32 / 1 من قانون تشجيع الاستثمار في السودان الصادر في 19 / 7 / 1999 ، بانه في حالة حصول نزاع قانوني متعلق بالاستثمار ، فان مثل هذا النزاع يجب ان يعرض على التوفيق او التحكيم[22].

اما الموقف في العراق حيث لا توجد إشارات واضحة حول اللجوء الى هذه الوسيلة، لكن بالرجوع الى المادة 27 من قانون الاستثمار المشار اليها أنفا، يمكن الركون الى هذه الوسيلة لحل نزاعات الاستثمار ذات العنصر الاجنبي اذا ما رغب الاطراف باتباعها، ولكن ندعو المشرع الى الاخذ بزمام المبادرة وتنظيم هذه الوسائل سواء في قانون المرافعات المدنية أو ضمن قانون الاستثمار، بغية مسايرة التطور الحاصل في التشريعات من جهة، ومواكبة التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية وما رافقها من تطور في حل النزاعات الناشئة عنها.

الفرع الثالث
التحكيـــــم
Arbitrage

بات التحكيم في الوقت الحاضر الوسيلة الأكثر انتشارا لحسم المنازعات التجارية، ويعتبر التحكيم نوعا من القضاء الخاص، فهو وسيلة بديلة عن قضاء الدولة يقوم فيه أطراف النزاع بمحض إرادتهما الحرة على اللجوء إلى التحكيم لحل ما قد يثور من خلاف أو نزاع في المستقبلبمقتضى قرار له قيمة قضائية.فنرى اتجاه بعض التشريعات الوطنية في القانون المقارن لم تعرف التحكيم التجاري الدولي، بينما نجد أن بعضها عمد إلى وضع تعاريف له منها(م/1492) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، آخذاً بالمعيار الموضوعي، ولم يأخذ بمعيار اختلاف جنسية الاطراف أو المحكمين أو

مكان توقيع العقد أو تنفيذه أو مكان اجراء التحكيم، وإنما أخذ بالطابع الاقتصادي للنزاع بكونه تجارياً دولياً، فالمعيار الموضوعي السالف قد أسهم في تمكين القضاء الفرنسي من إيجاد قواعد موضوعية خاصة بالتحكيم[23].

كذلك الفقه حاول وضع تعريف للتحكيم بأنه (وسيلة لحسم نزاع بين شخصين، أو أكثر من أشخاص القانون الدولي بواسطة حُكم صادر عن محكم، أو مجموعة محكمين تختارهم الدول المتنازعة)[24]، ويعرفه البعض بأنه (الاتفاق على إحالة النزاع المتصل بمسألة من مسائل التجارة الدولية والناشئ بين الخصوم إلى جهة غير المحاكم للفصل فيه ويكون القرار التحكيمي الصادر ملزما لهم، ويسمى الاتفاق على التحكيم في نزاع معين مشارطة التحكيم، أو اتفاق التحكيم، أو العقد التحكيمي، أو وثيقة التحكيم)[25].

ولذلك يمكن تعريف التحكيم بأنه (وسيلة يختارها الأطراف لفض المنازعات الناشئة بينهم عن طريق طرح النزاع للبت فيه بقرار ملزم لهم من قبل شخص أو أشخاص يعينونهم بالاتفاق ويسمون بالمحكمين وذلك ضمن قواعد يختارها الأطراف أو يتركون للقوانين ذات العلاقة تحديدها)[26].

ويمكن للأطراف الاتفاق على اللجوء للتحكيم عند بدء العلاقة بينهم وقبل حصول نزاع، كأن يوردوا بنداً في عقدهم يشير إلى موافقتهم على إحالة أي خلاف ينشأ بينهم للتحكيم (شرط التحكيم) ، كما يمكن لهم إبرام اتفاقية تحكيم بعد نشوء الخلاف يبينوا فيها تفاصيل الخلاف وموافقتهم على إحالته للتحكيم (مشارطة التحكيم) ويسمى أحياناً (وثيقة التحكيم الخاصة)[27].

ولم يعد خافيا أن التحكيم قد أضحى طريقة مألوفة ومرغوبة لفض المنازعات والتي تنشأ في الغالب عن علاقات تعاقدية وذلك عوضا عن اللجوء إلى القضاء، بل أصبح التحكيم أكثر ضرورة في مجال علاقات التجارة

الدولية لأن كلا طرفي هذه العلاقة لا يرغب عادة الخضوع لقضاة محاكم الطرف الأخر[28].

وعلى خلاف الوساطة والتقييم الحيادي المبكر، يعتبر التحكيم من حيث نتيجته ملزماً، بحيث يملك المحكّم أو هيئة التحكيم سلطة اتخاذ القرار في أساس النزاع والبت فيه، وهذا على خلاف الوسيط الذي لا يملك هذه السلطة. كما أن التحكيم متى اتفق عليه (قبل نشوء النزاع أو بعده) يصبح ملزماً، ويتوجب على الأطراف السير به حتى نهاية إجراءاته وإصدار القرار المنهي للخصومة من خلاله . ويعتبر حكم التحكيم ملزماً ويستوي مع القرار الصادر عن المحكمة إذا ما تم تذييله بالصيغة التنفيذية.

أما الموقف في العراق، فقد نصت العديد من القوانين العراقية على التحكيم بحسبانه وسيلة مهمة لفض النزاعات التي تتعلق بالقضايا التجارية والاستثمارية، نذكر منها على سبيل المثالقانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل، وقانون الاستثمار الأجنبي رقم 13 لسنة 2006المعدل، فضلاً عن الاختصاصات التي اقرها القانون للغرف التجارية والصناعية المتخصصة وحسب قوانين تأسيسها[29].

أما التحكيم التجاري الدولي، فقد عرفه النظام القانوني العراقي منذ عام 1928 بالقانون رقم 34 لسنة 1928، المتضمن المصادقة على البرتوكول الخاص بشروط التحكيم الموقع في جنيف بتاريخ 1923/9/24، والمسمى(Protocol on arbitration clauses signed at Geneva)فقد تضمن البروتوكول المذكور بصحة الاتفاقات بين الدولة المتعاقدة المتضمنة حل الخلافات المتعلقة بالقضايا التجارية وغيرها من خلال التحكيم، وأن يتبع إرادة الطرفين وقانون الدولة التي يجري في أرضها التحكيم، وان تتعهد كل دولة متعاقدة بتنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في اراضيها وذلك بواسطة موظفيها بموجب قوانينها الوطنية[30].

بيد أن ذلك يجعل التحكيم مرهونا بمصادقة المحكمة المختصة على قرار التحكيم الصادر عن مؤسسات أو جهات التحكيم المختصة استناداً لأحكام قانون المرافعات المدنية الآنف الذكر، بناءً على طلب أحد الطرفين، عندها تطبق المحكمة المختصة قانون المرافعات والأحكام التي تضمنتها المواد(251- 276) منه، وهو ما يسمح للمحكمة المختصة النفوذ إلى أصل قرار التحكيم وملابسات إصداره وظروفه على وفق القانون العراقي، وهو ما يعني بالضرورة افراغ القرار التحكيمي من محتواه، فعلى سبيل المثال لو أتفق طرفا عقد من العقود التجارية الدولية على تجهيز معدات كهربائية ونص العقد على حل النزاعات الناشئة عن تطبيقه بالتحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية(ICC)، وحصل اخلال من أحد المتعاقدين ولجأ الطرف الآخر وفقاً للعقد المبرم الى غرفة تجارة باريس، فنظرت الاخيرة في الاختلاف وبعد سلسلة من الاجراءات التي اتبعتها الغرفة صدر القرار التحكيمي، فان الطرف الذي صدر القرار لصالحه لايستطيع تنفيذه في العراق بمجرد تقديمه لدوائر التنفيذ، بل لابد من إقامة دعوى أمام القضاء العراقي لغرض استصدار قرار لنفاذ الحكمالتحكيمي يسمى (قرار الأمر بالتنفيذ)، ومن المسلم به تطبيقا لقواعد التحكيم المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية، فان للقضاء صلاحية واسعة في النظر في القرار التحكيمي من الناحيتين الشكلية والموضوعية، وهو ما يعني عدم فائدة النص على التحكيم وان الأولى بأطراف العقد اللجوء الى القضاء العراقي ابتداءً لفض النزاع، ولا يمكن القول هنا بأن قرار التحكيم يمكن تنفيذه بالاستناد الى قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم 30 لسنة1928 ، اذ أن القانون المذكور يسري على الاحكام القضائية محدداً الشروط التي يمكن بمقتضاها تنفيذه داخل العراق، ولا يمكن تفسير سكوته قبولا بمبادئه العامة التي جاء بها برتوكول جنيف لسنة 1923، ومن ثم لا تعدو أن تكون قرارات التحكيم والنصوص التي تضمن الأخذ بها عبارات صماء لا أثر لها.

بيد أنه من جانب أخر فأن موضوع تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية عالجته اتفاقية نيويورك (Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards) المنعقدة بتاريخ 1958/6/10 والمتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم، والتي لم يصادق عليها العراق لحد الآن، ولعل البعض يرجع اسباب ذلك للعوامل التاريخية نتيجة التجارب التي مربها العراق شانه في ذلك شأن أغلب الدول العربية التي اتخذت موقفا سلبيا من التحكيم التجاري الدولي، للخسارة الكبيرة التي كانت تلحق به عند اختياره أسلوب التحكيم الدولي أمام المراكز وغرف التحكيم الدولية، أو سوء صياغة وتنفيذ العقود التي تتضمن شرط التحكيم، إذ لا يراعى الدقة في النص على شروط التحكيم وتنفيذ هذه العقود من جهات لا تمتلك الخبرة والمعرفة القانونية، وتنحصر جهودها بالشروط المادية للعقد كالسعر ومواصفات المواد وبحث العقد باعتبارها عملية تقليدية[31].

وهو ما دفع المشرع العراقي الى النص على حظر التحكيم والقرارات التي تصدر عن هيئات التحكيم الدولية، ومن ذلك قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 124 لسنة 1990 ،المتضمن حماية الأموال والمصالح والحقوق العراقية في داخل العراق وخارجه، وعلى الرغم من ذلك نجد العديد من النصوص الواردة في القانون،أو العقود التي تبرمها الجهات الحكومية تنص على شرط التحكيم، استجابة لحكم الضرورات العملية ومطالبة الشركات المتعاقدة بغية توفر الاطمئنان لرؤوس الاموال العائدة للشركات المستثمرة[32].

ولكن بعد التحول الجذري في العراق عام 2003، على جميع المستويات ومن ضمنها القانوني، اذ صدر قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل، الذي اشار صراحة في المادة (27) على جواز اللجوء للتحكيم التجاري الدولي، اذا ما اقتضت ارادة الاطراف التوجه الى اختيار قانون أو قواعد أو مبادئ وأعراف التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية.بالإضافة

الى تقديم مشروع قانون يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي الذي قدم لمجلس النواب منذ عام 2011 ولم يرى النور لحد الآن، لذا نأمل صدوره بأسرع وقت ممكن ليشكل خطوة جديدة بالاتجاه الصحيح.

المطلب الثالث
مزايا الوسائل البديلة لحل النزاع

مما لاشك فيه ان الوسائل البديلة لحل النزاعات اصبحت من مظاهر العصر ، لأهميتها الكبيرة في المعاملات التجارية عموما ، وبصفة خاصة المعاملات التجارية الدولية ، فعلى الرغم من ان هذه الوسائل كقضاء الدولة طريق لفض المنازعات بقرار يفترض تنفيذه اختيارا من قبل اطرافها ، فان الاعتبارات العملية تدعو دائما الى الاتفاق على أحدى هذه الوسائل وأكثرها التحكيم ، لطرح المنازعات على اشخاص محل ثقة الخصوم ، بدلا من طرحها على القضاء العادي ، اما للإفادة من خبرتهم الفنية ، واما لتجنب مشاكل التنازع الدولي للقوانين ، واما لتجنب علانية جلسات القضاء . وتطور التحكيم التجاري واتساع مجاله هو بمثابة رد فعل مضاد للتمسك بنصوص القانون، ويعبر عن رغبة اطراف النزاع في التخلص منه كي تحل طبقا لمبادئ اكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوطني.

والواقع ان النطاق الرحب لهذه الوسائل عادة في مجال التجارة الدولية ، تحقق مزايا عديدة تفسر شدة الاقبال عليها ورجحان كفتها على القضاء العادي . ويمكن ان نجمل هذه المزايا بالاتي:

أولا : السرية :

من اهم المزايا التي تحققها الوسائل البديلة للخصوم في معاملات التجارة الدولية هو سرية الاجراءات[33].

صحيح ان العلانية تحيط القضاء العادي وتعتبر من ضمانات العدالة، ولا يمكن جعل المرافعات سرية الا في حالات استثنائية أشار اليها قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969 المعدل، وذلك لحماية مصالح مشروعة ، الا

ان العلانية في المرافعات في نزاعات التجارة الدولية، تنقلب وبالا على التجارة اذا كان من شأنها اذاعة اسرار صناعة او معارف فنية او اتفاقات خاصة يحرصون على بقائها سرا ، بل ان بعض التجار يفضل خسارة دعواه على كشف اسرار تجارية تمثل في نظره قيمة اعلى من قيمة الحق الذي يخاصم من اجله في الدعوى.

والواقع ان طابع السرية في احكام التحكيم التجاري الدولي، وبشكل خاص في مواضيع العقود الدولية مثل عقود الترخيص الدولية وعقود الاقراض وبيع النفط والمواد الاولية لمشتري في عقود بين اطراف تقتضي مصالحهم عدم الاعلان عنها ، هو الذي يفسر ندرة الاحكام الصادرة والمنشورة ، الامر الذي يعوز الجانب العملي للدراسات العملية في التحكيم . غير ان ذلك لا يعادل في نظر التجار ما قد يترتب على التخلي عن السرية من اضرار عملية بالغة.

ثانيا : سرعة اجراءات الوسائل البديلة :

انما يعيب القضاء العادي هو بطء الاجراءات وهو امر لا يستجيب لمتطلبات التعامل التجاري الدولي ، ولذلك فان تسوية المنازعات عن طريق التحكيم أو التوفيق والوساطة أو اعادة التفاوض، يحقق لأطراف النزاع السرعة والبساطة في الاجراءات وهي سمات تتميز بها التجارة الدولية[34].

ومع ذلك لابد من الاشارة هنا الى ان التحكيم قد يكون معقدا او مرهقا وقد يستمر لفترات طويلة خصوصا اذا تعلق الامر بما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة او التحكيم الحر ، و قد يحاول احد اطراف النزاع اطالة اجراءات التحكيم دون مبرر كسبا للوقت ، ولذلك فقد حاولت بعض مؤسسات التحكيم التجاري الدولي تفادي التأخر بوضع مدد معينة يتوجب صدور الحكم فيها ، مثال ذلك ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة 18 من قواعد محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس . من وجوب صدور

الحكم خلال ستة اشهر من تاريخ توقيع الوثائق المنصوص عليها في المادة 13 [35].

ثالثا : كفاءة الوسائل البديلة :

ان القاضي قد يكون بارعا في مجال اختصاصه ، ولكنه في اغلب الاحيان يكون قليل الخبرة بشؤون التجارة الدولية ، وفي هذه الحالة قد يتعذر عليه الفصل في المنازعات المتعلقة بها ، الا بالاستعانة بخبير يعينه في كشف ما كان غامضا عليه من جوانب النزاع . فاذا تطلب الامر تعيين خبير واضاعة الوقت في انتظار تقريره وتحمل نفقات ذلك ، فانه بلا شك يكون من الاجدى من اطراف النزاع اللجوء الى الخبير مباشرة وتنصيبه محكما ليفصل في النزاع في وقت أقصر وبنفقات اقل أو جعله موفقا ليقدم لأطراف النزاع وجهات نظر تمثل حلولا لقضيتهم وما عليهم الا اختيار الحل الأفضل لهم بدون الزام، وهذا بناء على ما يمتلكه من خبرات في موضوع النزاع أو يصار الى الدخول بمفاوضات مباشرة وجها لوجه ويحاول كليهما بوضع مقترحات لحل النزاع[36].

وفي جميع الاحوال تكون القرارات صادرة من ذوي خبرة عالية وبإجراءات أقصر وأسرع وأيسر للطرفين بعيدا عن الاجراءات الموضوعة عادة من قبل التشريعات الوطنية، التي تتسم بالتعقيد والمدد الحتمية للمطالبة والتبليغ وتحديد الجلسات ومكانها وزمانها، وهذا كله يستغرق وقتا طويلا، وهذا الامر غير محبذ لأطراف التجارة الدولية.

رابعا : حياد التحكيم و التوفيق أو الوساطة:

من مزايا هذه الوسائل عدم خضوعهالأي جهة رسمية ولأي قانون غير الذي يختاره اطراف النزاع ، وهذا بعكس القضاة في المحاكم،اذ يلتزم هؤلاء مراعاة نصوص القانون لان احكامه المخالفة لنص القانون تكون بعيدة وواجبة النقض، حتى وان كانت تناسب ظروف الدعوى لمصلحة الخصوم[37] .

فمثلا في العقود الاستثمارية الدولية غالبا وعقود الترخيص الدولية خصوصا ، ترتبط دولة نامية بمستثمر اجنبي لا يثق عادة في قضاء الدولة المتعاقدة وفي قوانينها ، اذ من السهل على القاضي ان يتأثر بالدوافع الوطنية التي قد تخالف مصالح المستثمر، هذا بالإضافة الى ان القوانين في الدول النامية نادرا ما تتسم بالاستقرار.

خامسا : حرية الاطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق :

ان المنازعات في مجال التجارة الدولية ، كثيرا ما تثير صعوبات قانونية لا توجد في شأنها حلولا مستقرة ، الامر الذي يشيع القلق في التعامل التجاري الدولي ، وفي مقدمة هذه الصعوبات تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع والمحكمة المختصة في نظره . لكن هناك بعض الحالات القليلة التي توجد فيها اتفاقيات دولية تعين القانون الواجب التطبيق [38].

اضافة الى ذلك فان قواعد الاسناد في التشريعات الوطنية تتباين فيما بينها تباينا يتعذر معه على اطراف العلاقة القانونية الاطمئنان الى مصدر الحقوق النابعة عنها ، كما ان قواعد الاسناد تؤدي دائما الى تطبيق قانون وطني يكون غريبا على الخصوم او على احدهما ، وقد يكون هذا القانون الوطني صالحا للمعاملات الداخلية ، ولكنه في جميع الاحوال لا يناسب المعاملات الدولية لأنه لم يعد له ، ولذلك فان التحكيم أو التوفيق يكون هو الوسيلة التي تناسب الخصوم،لأنه يمكنهم من اختيار المحكم أو الموفق المناسب والقواعد المناسبة والمكان القريب.

سادسا : قلة تكلفة الوسائل البديلة بالمقارنة مع القضاء :

يرى جانب من الفقه، ان من مميزات التحكيم أو التوفيق قلة تكاليفها، مقارنة بالقضاء الرسمي بدرجاته المختلفة بما يستتبعه من رسوم ومصاريف واتعاب محاماة[39] .

ونعتقد انه في بعض الاحيان أن هذا الامر غير واقعي لأنه في جميع الدول النامية التي تأخذ بالتحكيم الدولي، مهما بلغت تكاليف القضاء فهي

ارخص من تكاليف التحكيم ، غير انه قد يكون فرق الكلفة بين القضاء العادي والتحكيم لا يرقى باهتمام الاطراف مثل الاهتمام بكسب الوقت في الحصول على حقوقهم .

المبحث الثاني
أثر الوسائل البديلة في تطور التجارة الدولية

لقد برز دور الوسائل البديلة في حل النزاعات في اطار التجارة الدوليةوحققت نجاحا كبيرا ، نتيجة لتزايد العلاقات الاقتصادية على الصعيد الدولي ، والرغبة في استمرار التعاون بين الاطراف المتعاقدة فضلا عن المميزات والمزايا التي تختص بها والتي سبق الاشارة اليها . ويتبين أن التحكيم التجاري الدولي يندرج تحت احد قسمين ، الاول يتمثل بالتحكيم وفق القانون، وهو الاتفاق الذي يبرمه طرفا العقد ، سواء كان شرطا في العقد الاصلي او باتفاق مستقل ويتضمن احالة النزاع الى التحكيم وفق القواعد الاجرائية والموضوعية لقانون معين .اما القسم الثاني ، فيتمثل بالتحكيم وفقا للقواعد التي تضعها احدى هيئات التحكيم الدائمة[40].

كذلك نحاول بيان الجهود الدولية بخصوص التوفيق بين القوانين من أجل حل النزاعات التي قد تواجه الأشخاص الذين ينتمون الى دول مختلفة، بمناسبة علاقات اجتماعية أو تجارية، لذا سنتعرض اولا لمدى فعالية هذه الوسائل ونطاق تدخل القضاء بهذه الوسائل، ومن ثم بيان اثر القرارات الصادرة بموجب هذه الوسائل بالنسبة للطرفين وللغير، وثالثا سنرى أساليب التوفيق بين القوانين.

المطلب الأول
الوسائل البديلة لحل النزاع وتدخل القضاء

يلقى نظام الوسائل البديلة لحل النزاعات هجوما يبلغ حد العنف أحيانا وخاصة في الدول النامية، فيرى البعض أن الوسائل البديلة (بمفهومها التقليدي) وإن كانت أسبق في الظهور من القضاء، فإن مرجع ذلك يتمثل في

تأخر ظهور الدولة بسلطاتها الثلاث، فالقضاء هو سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة، وهي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد، وإلا سادت الفوضى وضاعت حقوق الضعفاء[41].

فنظام الوسائل البديلة إذا كان ضروريا فهو شر لا بد منه لذلك يجب أن يظل له طابع الاستثناء، فكل القواعد والأحكام التي يكرسها نظام الوسائل البديلة هي من صنع الدول المتقدمة، بل أسهمت وتسهم في تكوين أدبياتها الشركات المتعددة الجنسيات، ولا يحكمها في ذلك إلا تحقيق مصالحها دون اعتداد بمصالح الدول النامية، فنظام الوسائل البديلة هو آلية من آليات النظام العالمي الجديد يستخدمها لضمان ريادة وزعامة دول الشمال المتقدم و بقاء تخلف وتبعية الجنوب المتخلف، فالمقصود بهذا النظام هو منع القضاء الوطني من النظر في المنازعات فهو بمثابة " طوق النجاة" الذي يمكن الشركات العالمية من بسط سيطرتها وتحصين نفسها ضد نزعات القاضي الوطني وتشدد القوانين في دول العالم الثالث[42].

أضف إلى ذلك يرى هذا الاتجاه أن فكرة إيجاد عدالة التهدئة والتسكين التي تحبذ الحوار بناء على الوساطة ليست فكرة مقبولة دائما، و تعطي الانطباع بأن الوسائل البديلة لتسوية النزاعات تساهم في خلق نوعين من العدالة : وهما العدالة المنتقصة والعدالة التقليدية.

لكن هذا الرأي لا يخلو من المبالغة، فالنظرة الموضوعية تكشف عن أن بطء إجراءات التقاضي وتعدد درجاته وارتفاع تكاليفه في الدول المتقدمة بوجه خاص، يجعل الوسائل البديلة أكثر ملائمة، فالقضاء ينوء كاهله بعدد من القضايا التي تطرح عليه، وفتح باب الوسائل البديلة يسهم في حل المشكلة على الصعيد الوطني خاصة مع توقع ازدياد الوعي بهذا النظام ومزاياه التي تكمن في الآتي:

1- تقليل عدد الدعاوى التي تحال على القضاء، فقد أثبتت تجارب البلدان التي أخذت بهذا النظام بأنها ساهمت بشكل مباشر في تخفيف العبء على المحاكم[43].

2- محدودية التكاليف واستغلال الوقت. اذ تؤدي الوسائل البديلة لتوفير الوقت والجهد والنفقات على الخصوم ووكلائهم من خلال إنهاء الدعاوى في مراحلها الأولى، فالوصول إلى حل خارج القضاء يكون من دون شك أسرع وأوفر.

3- يساهم في خلق بيئة استثمارية جاذبة، من خلال بث الطمأنينة والاستقرار في نفوس المستثمرين. وحسب ما يقال أن رأس المال الاستثماري جبان يبحث عن الاستقرار والأمان في البيئة التي يعمل فيها.

4- يمثل نظام الوسائل البديلة ضمانا له مفعول أكثر من قرار المحكمة، لأنها تكون مبنية على الواقع الحقيقي للأحداث، بينما يشوه هذا الواقع عندما يعرض أمام القاضي، لذا يمكننا القول بأن هذا النظام أقرب إلى الواقع من القضاء.

5- الخصوصية، اذ يكفل هذا النظام محافظة طرفي النزاع على خصوصية النزاع القائم بينهما، وذلك بغية خلق روابط جيدة بين الأشخاص أو المؤسسات، كما هو الشأن في الوساطة العائلية فهذا النظام يتيح للزوجين تقييم الأمور والبحث عن مصلحة الأبناء، وإيجاد طرق أفضل للمستقبل بالحوار والاحترام المتبادل مما يساهم في المحافظة على الروابط الاجتماعية. كذلك على مستوى التجار فهم يسعون لتحقيق مكاسبهم من خلال آلية ودية مبنية على التعاون في حل نزاعاتهم.

6- تحقيق مكاسب مشتركة لطرفي النزاع، فالتسوية النهائية لهذا النظام (خاصة الوساطة أو التوفيق) قائمة على حل مرض لطرفي النزاع.

7- المرونة، تتسم إجراءات هذا النظام بالمرونة لعدم وجود إجراءات وقواعد مرسومة محددة[44].

8- المحافظة على العلاقات الودية بين الخصوم، تبقى العلاقات الودية بين الخصوم قائمة في الوساطة أو التوفيق والتحكيم، بعكس الخصومة القضائية التي تؤدي في الغالب إلى قطع مثل تلك العلاقات.

9- توفير ملتقى لأطراف النزاع قبل بدء المحاكمة، تساعد جلسات التفاوض المباشر أو من خلال الوساطة على توفير ملتقى أخير بين الخصوم قد يساهم في حل النزاع.

10- الحلول الخلاقة التي يمكن التوصل إليها، تساعد جلسات نظام الوسائل البديلة على تجاوز العقبات وتوفير الحلول الخلاقة والإبداعية لحل النزاع، فلقد عرضت الوساطة أفكارا جديدة لحل الخلافات العائلية أوالتجارية، تعطي فيها الأولوية لإعداد مشترك للقرارات الضرورية في إعادة تنظيم الأسرة أو اعادة النظر في توازن الالتزامات العقدية، يكون أكثر من الاهتمام بالمطالبة بالحقوق الفردية.

11- تنفيذ اتفاقية التسوية رضائيا، لما كانت اتفاقية التسوية في الوساطة من صنع أطراف النزاع فإن تنفيذها على الأغلب سيتم برضائهم بعكس حكم القضاء الذي يتم تنفيذه جبرا[45].

بعد أن قمنا باستعراض أهم مزايا وأهداف نظام الوسائل البديلة لحل المنازعات مما يطرح التساؤل عن العلاقة القائمة بين هذه النظم والقضاء؟

الأصل أن نظام الوسائل البديلة يلعب دورا مكملا للقضاء على صعيد تخفيف حجم العبء الملقى على كاهل القضاء، فهو يسير معه جنبا إلى جنب في تحقيق العدالة، إلا أن دور القضاء في الحقيقة يختلف بحسب هل نحن أمام التحكيم أم الوساطة أو التوفيق، وهو ما يقتضي منا بيان هذا الدور في كلا الأمرين:

فبخصوص التحكيم يلعب القضاء دور المساند لخصومة التحكيم، فحتى يؤدي دوره المنشود كطريق استثنائي أو بديل للقضاء في الفصل في المنازعات، وحتى تتحقق فاعليته، فإن الأمر يقتضي تدخل قضاء الدولة بماله

من سلطة عامة يستطيع عن طريقه إجبار الخصوم على تنفيذ قرارات وأحكام المحكمين ، لذلك كان من اللازم أن يتدخل القضاء في مجال التحكيم للمساعدة ولإعطاء الصفة الإلزامية لقراراته وأحكامه[46] .

فللقضاء دور مساند لخصومة التحكيم منذ بدء إجراءات التحكيم، اذ يتدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم حيث نصت المادة 256 في فقرتها الأولى والثانية من ق.م.م (1- اذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد أتفقوا على المحكمين أو أمتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو أعتزله أو عزل عنه أو قام مانع من مباشرته ولم يكن اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم.

2- يكون قرار المحكمة بتعيين المحكم أو المحكمين قطعيا وغير قابل لأي طعن، أما قرارها برفض طلب تعيين المحكمين فيكون قابلا للتمييز طبقا للإجراءات المبينة في المادة 216 من هذا القانون).

وبذلك ينعقد الاختصاص بتعيين المحكم في هذه الحالة لرئيس المحكمة، ولا يتصدى هذا الأخير للتعيين من تلقاء نفسه، ولكن يجب أن يتقدم أحد طرفي التحكيم بطلب إليه لتعيينه، لكن ما ينبغي التنبيه إليه، أن رئيس المحكمة وهو يبت في الطلب المقدم إليه يبت فيه في إطار الأوامر المبنية على الطلب وليس في إطار القضاء الاستعجالي .

كذلك يمتد تدخل القضاء أثناء خصومة التحكيم، اذ تقتضي طبيعة النزاع المطروح على التحكيم اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية (المادة 269 ق.م.م)، وفي هذا الصدد يجمع الفقه العراقي على أن اختصاص المحكمة التحكيمية لا يؤثر على وظيفة قضاء المستعجلات لوجود دواعي عملية ناتجة عن حالة الاستعجال تبرر الإبقاء على اختصاص قاضي المستعجلات، سيما و أن أوامره لا تمس الجوهر، ولا تكتسب بالتالي أية حجية أمام محكمة التحكيم.

وعلى مستوى القضاء العراقي ، فانه يساير التشريعات المقارنة ، وكان موقفه أكثر وضوحا في قضية القرض العقاري و السياحي ضد شركة هوليداي إين، إذ أصدرت محكمة الاستئناف الكرخ قرارا قضى باختصاص قاضي المستعجلات في إصدار أمر يقضي بمواصلة أعمال البناء[47].

وعليه نجد معظم التشريعات وقواعد التحكيم في محاولة منها للعثور على أفضل السبل لإيجاد تعاون بين القاضي و المحكم، تعطي لطرفي التحكيم حق اللجوء إلى القضاء الوطني لاتخاذ إجراءات وقتية دون أن يكون هذا الاختصاص قاصرا على القضاء وحده (م/ 269 ق.م.م).

كذلك يمتد دور القضاء إلى ما بعد صدور حكم التحكيم، فأحكام التحكيم لا تكتسب بذاتها القوة التنفيذية ، والتي تخولها الحصول على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري، إذ أنها لا تعد سندات تنفيذية ، فالقوة التنفيذية لا تخلق حكم التحكيم إلا بصدور أمر خاص من جهة القضاء المختص يسمى الصيغة التنفيذية(م/ 272 ق.م.م) .

فتذييل الحكم بالصيغة التنفيذية يمثل اعترافا من قضاء الدولة بصلاحية الحكم وإمكانية تنفيذه جبرا بكافة الوسائل التي يتيحها القانون، وفي هذا الإطار ينحصر دور القضاء في التأكد من توفر الشروط اللازمة لتنفيذها ، دون تدخل في موضوعها ، فلا يملك القاضي التحقق من عدالة هذه الأحكام أو صحة قضائها في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد ، إلا أنه رغم ذلك يضل للقضاء دور كبير في مراقبة أحكام التحكيم للتثبت من صحة إجراءاتها وإمكانية تنفيذها ، دون أن يتعارض ذلك مع أحكام قطعية سابقة أو يخالف النظام العام في البلد المطلوب التنفيذ فيه (م/273 ق.م.م).

- أما بخصوص الوساطة أو التوفيق فالقضاء يلعب دور الفاعل الأصلي والمحرك الأساسي لتحقيق العدالة المتفاوض عليها، والتي أصبحت مصدرا للشرعية في القضاء بشكل عام.

فقد تبين للمؤسسة القضائية بأن أسلوب العمل القضائي التقليدي لا يتيح لها الاستجابة لبعض القضايا عن كثب ، بينما الوساطة تستطيع ذلك مما يجعلها تقوم بدور رئيسي للحلول المتفاوض عليها، وبما أن العدالة تهدف فعليا إلى تأمين السلام الاجتماعي وإعادة بناء الروابط والعلاقات الاجتماعية، وهذا ما يسمى بالعدالة البديلة، وهنا تحل الوساطة أو التوفيق والوسائل المتعلقة بها مكان القانون الجاهز وتعمل على وضع قانون "على القياس" لكل حالة بمفردها، وهو ما يجعل القضاء يقوم بدور رئيسي في إيجاد الحلول البديلة ، وإن كان البعض يعتقد بأن القضاة عند تطبيق الوسائل البديلة يفقدون سلطاتهم التي تتمثل في اتخاذ القرار ويعتبر الكثيرون بأن الحل القابل للتفاوض خارج الدعوى سينزع قواعد عملهم في القضاء[48].

لذا مع خلو القانون العراقي من نصوص واضحة وصريحة تنظم الوسائل البديلة لحل النزاع، فنحن ندفع باتجاه تنظيم الوساطة أو التوفيق والتحكيم بنصوص قانونية دقيقة تأخذ بنظر الاعتبار التشريعات الحديثة بهذا الشأن، وكذلك قوانين اليونسترال للتحكيم والتوفيق الدولي بغية مسايرة التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية، ولأجل ضمان بيئة سليمة جاذبة للاستثمار الأجنبي الذي ما زال العراق يعاني من عدم أقبال المستثمر الأجنبي على الرغم من الاعفاءات الضريبية والرسوم المعدومة وتخصيص الاراضي للمشاريع الاستثمارية، يجب أن يكون هناك تشريعات تعطي الضمان للمستثمر الاجنبي في حالة اقدامه على العراق.

المطلب الثاني
فعالية القرارات المتخذة في حل النزاع

سبق ان بينا ان ارادة الطرفين هي الاساس في اللجوء الى هذه الوسائل

حل نزاعاتهم عن طريق الوساطة أو التوفيق و التحكيم ، اي ان رغبة الطرفين في ايجاد حل لنزاعهما خارج القضاء ، هي التي جعلتهما يتفقان على حسم النزاع بإحدى هذه الوسائل البديلة ، وبعد صدور القرار التوفيقي أو القرار التحكيمي يكون النزاع قد وجد حلا له في تنفيذ القرار المذكور . واثر القرار التحكيمي بين الخصوم هو كأثر التحكيم القضائي ، وعلى هذا الاساس ، فان اول اثر للقرار هو التزام الطرفين بتنفيذه .

وتدل الاحصائيات ان الطرف المحكوم عليه ، يقوم في الغالب بتنفيذ قرار التحكيم بإرادته ويقال ان 90 ٪ من القرارات التحكيمية الصادرة طبقا لقواعد الغرفة التجارية ، تنفذ بشكل مباشر من الشخص الذي صدر قرار التحكيم ضده[49].

وان اساس التنفيذ الارادي لقرار التحكيم يكمن اذن في اتفاق الطرفين على التحكيم ، وهذا ما اشارت اليه قواعد الغرفة التجارية الدولية في المادة 24 ،التي ذكرت ان الطرفين عندما اخضعا نزاعهما للتحكيم التزما بتنفيذ القرار الذي يصدر دون تأخير وبالتنازل عن طرق الطعن التي يجوز لهما التنازل عنها .

ويضاف الى التزام الطرفين بتنفيذ قرار التحكيم ان كلا الطرفين يجب ان يمتنعا عن عرض النزاع ثانية على القضاء او التحكيم ، اذ يكسب القرار حجية الامر المقضي به منذ صدوره في حدود موضوع النزاع الذي تضمنه القرار المذكور ، وان كان بالإمكان الطعن فيه بإحدى طرق الطعن القانونية ، واكتساب القرار لحجية الامر المقضي به بين الخصوم ، لا يعني اكتسابه القوة التنفيذية ، وذلك لان الصفة التنفيذية لقرارات التحكيم تكون بموجب قرار سلطة عامة مختصة[50].

والقاعدة هي احترام القرار التحكيمي من قبل الاطراف وتنفيذه اختياريا من قبل الطرف الخاسر ، والا يقوم الطرف الذي تم الحكم لصالحه بموجب القرار التحكيمي ، ان يلجأ في حالة تقاعس الطرف الاخر وامتناعه

عن التنفيذ الى طلب التنفيذ من الجهات المختصة ، ويكون ذلك اولا بإضفاء الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي ، ذلك لان القرارات التي يصدرها المحكم ليس لها في اغلب الدول القوة التنفيذية ، لكي تقوم السلطات العامة باستعمال سلطتها لإجبار المحكوم عليه بالتنفيذ ، وعادة طلب اضفاء الصفة التنفيذية علىالقرار التحكيمي يطلب من المحكمة المختصة بنظر النزاع وفي المكان الذي توجد فيه اموال المدين المطلوب تنفيذ القرار ضده[51].

وهذه المسألة تنظمها مختلف الدول بموجب نصوص في قوانينها الوطنية ، هناك في بعض الدول ، قوانين خاصة بالتحكيم ، وفي دول اخرى تنظم مسائل التحكيم وكيفية تنفيذ القرار التحكيمي في قوانين المرافعات المدنية . وعليه فان قرارات التحكيم الوطنية تنفذ بموجب احكام القانون الوطني ، اما تنفيذ القرارات التحكيمية الاجنبية ، فتنفذ ايضا وفقا لقوانين الاجراءات الوطنية مع الاخذ بنظر الاعتبار نصوص الاتفاقيات الثنائية او الجماعية في حالة كون الدولة المراد تنفيذ القرار فيها منضمة الى تلك الاتفاقيات ، الامر الذي يقودنا الى القول بان اجراءات تنفيذ القرار التحكيمي الوطني تختلف عن الإجراءات الواجب اتباعها عند تنفيذ القرار التحكيمي الاجنبي . ولاشك ان الامر الذي يهمنا هو كيفية تنفيذ القرار الاجنبي كون مجال بحثنا ينصب في مجال التحكيم التجاري الدولي .

ومن اجل طلب الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي في التحكيم التجاري الدولي ، لابد من اختيار المكان الذي يراد منه الاعتراف بالقرار وتنفيذه ، وهذا المكان عادة ، هو البلد الذي توجد فيه اموال وممتلكات الشخص الذي صدر القرار التحكيمي ضده ، وقد تكون لهذا الشخص ممتلكات واموال موزعة في دول متعددة ، ففي هذه الحالة يكون لطالب التنفيذ اختيار المكان الاكثر ملائمة للاعتراف بالقرار وتنفيذه . وهنا نشير الى الارادة الحرة لطالب التنفيذ التي تتدخل لاختيار المكان الذي يتقدم الى

محاكمها ليحصل على قرار التنفيذ ، اذ تلعب هذه الارادة دورا كبيرا في تحديد المكان الملائم الذي يلبي مصلحته.

وجرت محاولات عديدة على الصعيد الدولي ، بهدف توحيد القواعد الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ، فعقدت عدت اتفاقيات تحكيم دولية تبين كيفية الاعتراف وتنفيذ تلك الاحكام او القرارات ، واهم الاتفاقيات التي اثرت في التشريعات الوطنية ووحدت اجراءات الاعتراف والتنفيذ هي اتفاقية نيويورك لعام 1958 ' التي لم يصادق العراق عليها لحد الآن، لذا سنحاول الاشارة الى بعض احكامها قدر تعلق الامر بموضوع بحثنا .

حيث يسرت اتفاقية نيويورك الاجراءات الخاصة بطلب الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم في الدول المنضمة اليها ، واشارت المادة الرابعة منها الى الوثائق التي يجب ان تقدم مع الطلب الى الدولة المراد منها الاعتراف وتنفيذ الحكم وهذه الوثائق هي كما يلي :

1. اصل الحكم الخاص بالتحكيم ، مصدقا او صورة للحكم مستوفية لشروط التصديق .
2. اصل الاتفاق المشار اليه في المادة الثانية، او صورة منه مستوفية لشروط التصديق.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة ، على انه اذا لم يكن الحكم او الاتفاق المذكور مكتوبا باللغة الرسمية للبلد المراد التنفيذ فيه ، فعلى طالب الاعتراف وتنفيذ الحكم ان يقدم ترجمة رسمية للوثائق المذكورة في تلك اللغة ، على ان تكون الترجمة مصدقة من قبل مترجم رسمي او محلف او من قبل جهة دبلوماسية او قنصلية[52] .

وللدولة التي يطلب منها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم فيها ، ان تقرر ايقاف تنفيذ الحكم او رفض تنفيذه ، ويتم ايقاف التنفيذ بناءا على طلب من احد اطراف النزاع ، من الشخص الذي صدر الحكم ضده ووقف

التنفيذ يكون عادة لإعطاء مهلة لمن صدر الحكم ضده لكي يتمكن من الاثبات بان الحكم غير قابل للتنفيذ ، لسبب من الاسباب التي تدعو الى رفض تنفيذه، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ، ان يقرر ايقاف تنفيذه ان رأى ذلك ملائما ، وله ان يقرر تقديم ضمانات مناسبة ، من الشخص الذي اراد ايقاف التنفيذ ، وذلك بناءا على طلب من الطرف الذي يريد تنفيذ الحكم . هذا ما نصت عليه المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك واوردت على سبيل الحصر الاسباب التي يمكن الاستناد اليها في رفض الاعتراف ورفض تنفيذ الحكم التحكيمي.

1. عدم اهلية اطراف اتفاق التحكيم ، وفقا للقانون الواجب التطبيق ، او عدم صحة اتفاقية التحكيم طبقا للقانون الذي اختاره اطراف النزاع وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك طبقا لقانون مكان صدور الحكم .
2. ان الطرف الذي صدر الحكم ضده لم يبلغ بشكل صحيح ، بتعيين المحكم او بإجراءات التحكيم ، او انه لم يكن بمقدوره ان يبدي دفاعه.
3. ان الحكم قد انصب على خلاف لم ترد الاشارة اليه في مشارطة التحكيم او شرط التحكيم ، او ان الحكم يتضمن قرارات تتجاوز ما نصت عليه مشارطة التحكيم . غير انه اذا كان الحكم يتضمن فقرات تتعلق بالمسائل الخاضعة للتحكيم ، ويمكن فصلها عن المسائل التي لا تخضع للتحكيم عندئذٍ يجوز الاعتراف وتنفيذ الفقرات الاولى من الحكم .
4. ان تشكيل هيئة التحكيم او ان اجراءات التحكيم لا تتطابق مع ما اتفقت عليه الاطراف او مع قانون الدولة التي جرى فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الاطراف على ذلك .
5. ان الحكم لم يصبح بعد ملزما للأطراف ، او انه قد ابطل ، او اوقف العمل به من السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه الحكم طبقا لقانون ذلك البلد .

هـذه الاسـباب الخمسـة عـددتها الفقـرة الاولى مـن المـادة المـذكورة .
وجدير بالـذكر ان السلطة المختصة لا تستطيع رفض الاعتراف والتنفيذ من تلقاء نفسها بناءا على تحقق احد الاسباب المشار اليها اعلاه ، وانما يجب ان يتم ذلك بناءا على طلب من احد اطراف النزاع ، غير ان الفقرة الثانية من المادة الخامسة قد جاءت بذكر سببين ، يجوز فيهما للسلطة المختصة في البلد المراد فيه الاعتراف وتنفيذ الحكم ان ترفض من تلقاء نفسها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الاجنبي اذا تبين لها ما يلي :

1. ان موضوع النزاع طبقا لقانون ذلك البلد لا يجوز حله بالتحكيم او .
2. ان الاعتراف وتنفيذ الحكم يتعارض مع قواعد النظام العام لذلك البلد.

تلك هي الاسباب التي اوردتها اتفاقية نيويورك بشأن رفض الاعتراف ورفض تنفيذ قرار التحكيم[53].

وبعد ان بينا الموقف على الصعيد الدولي ، ولو باختصار فيما يتعلق بكيفية الاعتراف وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، فلا بأس لو أشرنا الى موقف بعض التشريعات المدنية الوطنية في هذا المجال وسنأخذ موقف المشرع الفرنسي والعراقي بالتناوب في نقطتين متتاليتين .

الفرع الأول
موقف المشرع الفرنسي

لقد اوكل المشرع الفرنسي بموجب المادة 1477 من قانون المرافعات المدنية المعدل عام 1981 ، الى رئيس المحكمة الابتدائية ، بان يصدر الامر بتنفيذ قرار التحكيم بناءا على طلب احد الاطراف ، وبعد ايداع قرار التحكيم ونسخة من الاتفاق الى قلم المحكمة المختصة بالنزاع ، والايداع يكون من قبل المحكم او احد الاطراف ، ويتم اضفاء الصفة التنفيذية بالتأشير على قرار الحكم من قبل رئيس المحكمة وفي حالة رفض التنفيذ ، يجب ان يكون الرفض مسببا حسب المادة 1478 ، وهذا الاسلوب الذي يكتفي بأمر صادر من رئيس المحكمة المختصة لاضفاء الصيغة التنفيذية

دون تحديد جلسة ودعوة الخصوم ، وانما مجرد امر على عريضة يصدره رئيس الغرفة الابتدائية التي اودع اصل القرار في قلمها بناءا على طلب من ذوي العلاقة، وذلك بعد الاتفاق على القرار واتفاق التحكيم[54] .

وقد عالج قانون المرافعات المدنية الفرنسي المذكور ، مسألة الطعن في القرار التحكيمي في المواد 1481 وما بعدها وفي الاخص في المادة 1502 ، حيث اجاز الطعن بطريق الاستئناف ، كما يجوز الطعن بالقرار الذي يسبغ الصيغة التنفيذية على قرار التحكيم . وعددت المادة 1028 الحالات التي يجوز فيها طلب ابطال قرار التحكيم ، وطلب الابطال عند تحقق الحالات المذكورة ، يكون عن طريق الطعن بالاستئناف ولا يطعن بالقرار التحكيمي امام المحكمة بطريق الاعتراض على قرار التنفيذ[55].

الفرع الثاني
موقف المشرع العراقي

من الضروري في التحكيم الذي يجري بالعراق ، ايداع القرار مع اتفاق التحكيم ، الى قلم المحكمة المختصة بالنزاع خلال ثلاثة ايام من صدور القرار ، وان المحكمة المذكورة هي التي تضفي الصيغة التنفيذية وذلك بتصديقها عليه ، حسب نص المادة 271 من قانون المرافعات المدنية، ويتم ذلك بعد التحقق من توافر الشروط الشكلية التي اوجبها القانون في اصداره واستناده الى اتفاق صحيح على التحكيم (شرط او مشارطة التحكيم) ، كما تدقق المحكمة في صحة اختيار المحكمين وعدم مخالفتهم لقواعد الاجراءات الواجبة التطبيق ، وان يكون موضوع النزاع من المواضيع التي يجوز حسمها بالتحكيم . كما ان القرار يجب ان يكون قد صدر خلال المدة المحددة من قبل الطرفين او خلال ستة اشهر من تاريخ قبول المحكمين للتحكيم في حالة عدم الاتفاق ، الا اذا تم تحديد هذه المدة من قبل المحكمة (262 و 263) ، كما يجب ان يكون القرار مسببا وموقعا من اغلبية المحكمين[56] .

كذلك بينت المادة 274 ، سلطة المحكمة بتصديق القرار التحكيمي ، اذ (يجوز للمحكمة ان تصدق قرار التحكيم او تبطله كلا او بعضا ويجوز لها في حالة الابطال كلا او بعضا ان تعيد القضية الى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم او تفصل النزاع بنفسها اذا كانت القضية صالحة للفصل فيها) .

وتبين من هذه المادة السلطة الواسعة للمحكمة في مراقبة القرار التحكيمي، حتى انها تستطيع ان تترك قرار التحكيم جانبا وتقوم هي بالفصل في النزاع ، وهذا يعني ان المحكمة العراقية تباشر الرقابة على القرار التحكيمي من حيث الموضوع والشكل ، والقرار الذي تصدره المحكمة في هذا الشأن لا يقبل الاعتراض ، وانما يقبل الطعن بالطرق الاخرى المقررة في القانون حسب نص المادة 275 .

اما المادة 273 من قانون المرافعات ، فقد نصت على انه (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة ان يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها ان تبطله في الاحوال الاتية :

أولا : اذا كان قد صدر بغير بينة تحريرية او بناء على اتفاق باطل واذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق .

ثانيا : اذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام او الآداب او قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا المكان .

ثالثا : اذا تحقق من الاسباب التي يجوز من اجلها اعادة المحاكمة .

رابعا : اذا وقع خطأ جوهري في القرار او في الاجراءات التي تؤثر في صحة القرار .

المطلب الثالث

التوفيق بين القوانين وأثره في تطور التجارة الدولية

بهدف التوفيق بين قواعد التجارة الدولية وتوحيدها. ومنذ إنشائها أصبحت الأونسترال الجهاز القانوني الرئيس للأمم المتحدة في مجال قانون

التجارة الدولية. وتجدر الإشارة إلى أن الأونسترال لم تكن أول جهاز دولي يعمل في مجال التوفيق بين قواعد القانون التجاري والخاص. ومن المنظمات التي سبقتها في هذا المجال "مؤتمر لاهاي المعني بالقانون الدولي الخاص، وكذلك (معهد توحيد القانون الخاص) المعروف باسم (اليونيدروا)، فضلا عن مؤسسات أهلية عدة أبرزها "غرفة التجارة الدولية" **ICC** ، و "اللجنة البحرية الدولية" وكلها كانت تعمل حتى قبل أن يتم تأسيس الأمم المتحدة[57].

وبالنظر للعيوب التي مرت بها اعمال اللجان المشار اليها أعلاه، من هنا اتجهت الأنظار نحو الأمم المتحدة بوصفها المنظمة العالمية في مجال التوفيق بين قواعد القانون التجاري الدولي. وفي الأمم المتحدة، أكد الرأي المنادي بالتوفيق بين القوانين على المزايا الاقتصادية التي ستتحقق، سيما للدول النامية. بيْد أن الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أدركت أيضا أن نشاط التجارة الدولية يمكن أن يشكل أساسا لعلاقات ودية إذا كان يستند إلى مجموعة من القواعد المشتركة المستلهمة من مبادئ المساواة والاحترام المتبادل. وأدرك ممثلو قطاع الأعمال ومختلف التيارات السياسية على حد السواء العلاقة بين تعزيز التجارة وتسهيلها، وهما هدفان رئيسان للتوفيق بين القوانين، وكذلك الهدف الأكبر للأمم المتحدة المتعلقبتعزيز السلم العالمي والتنمية البشرية[58].لذا سنحاول بيان المشاكل العامة ذات العلاقة بوضع القواعد الدولية أولا، ومن ثم بيان أساليب التوفيق بين القوانين بنقطة ثانية.

الفرع الأول
المشكلات العامة المقترنة بوضع القواعد الدولية

ليس من السهل الحصول على إجماع بين مختلف النظم والعادات القانونية، لذا تتعرض القواعد الموحدة الدولية للنقد من قبل المتعاملين معها في كل دولة، الذين يشيرون إلى أن القانون الوطني يسمو على القواعد التي يتم التوصل إليها عن طريق المفاوضات، إن لم يكن من جهة الموضوع، فمن جهة

الأسلوب. وشأن أي عمل إنساني، تكون الاتفاقيات الدولية غير كاملة. وفي الواقع إن الظروف التي تجري في ظلها عملية وضع القواعد تكون توفيقية.

ولو نظرنا على المستوى الداخلي يُصاغ التشريع باللغة الوطنيةوفي سياق النظام القانوني الداخلي، وعن طريق أشخاص على دراية به. يتيح ذلكعادة الفرصة لمراعاة وحل المشكلات المحتملة المتعلقة بتحقيق الانسجام بين القوانين، أو التحقق من عدم التعارض مع القانون القائم في صياغة القانون الجديد أو عن طريق تعديل القانون السابق. لكن ذلك لا يحدث عندما يتم تحضير النص القانوني على المستوى الدولي لاستحداثه ضمن النظم القانونية المحلية. وعادة يكون أولئك الذين يتفاوضون على النص القانوني خبراء في مجال القانون محل البحث وعلى دراية بالمشكلات المتعلقة بتحقيق الانسجام مع النظام القانوني المحلي، والتي قد تتم مواجهتها في العديد من النظم القانونية. ومع ذلكيُصاغ النص القانوني إلى حد كبير بشكل مجرد، بمعنى في صيغة عامة يمكن تطويعها مع الظروف المحلية. فإذا تم ذلك بطريقة جيدة، سيصاغ بلغة واضحة، وسيكون من السهل ترجمته مع أقل احتمال للخطأ. وغالبا تكون النتيجة أسلوبا للصياغة غير مألوف للعديد ممن لديهم دراية بالتشريع الوطني في بلدهم[59].

وهذه المشكلات العامة تواجه عملية التوفيق بين القوانين على المستوى الدولي بغض النظر عن موضوع النص أو شكله. وتثير موضوعات تمثل إما صعوبات خاصة تتعلق بها، أو أحيانا تجعل المهمة أسهل. ومن المجالات التي تثير صعوبة خاصة مسألة طريقة عمل النظام القضائي. ورغم إن هناك عددا من الاتفاقيات عن التعاون القضائي، الا أنه ما من اتفاقية تحاول توحيد الإجراءات في المحاكم. وبالتالي يكون إعداد نص قانوني في المجال الدولي أكثر سهولة، رغم أن ذلك لا يضمن سرعة أو سهولة المفاوضات أو التطبيق على المستوى الداخلي[60].

وثمة صعوبة أخرى تواجه توفيق القوانين على المستوى الدولي، تتمثل في السعي للوصول إلى حلول وسط. وغالبا يعني ذلك أن القاعدة المفضلة في نظام قانوني معين، ربما يتم تخفيفها أو حتى تركها كلها، سيماعندما يكون من غير المحتمل أن تحصل على تأييد النظم القانونية الأخرى. ومن أبرز الأمثلة على ذلك، اعتماد قاعدة "الاستلام" كأساس لتكوين عقد البيع الدولي بموجب اتفاقية الأمم المتحدة (انظر المادتين 14 و 15) بدلا من قاعدة "الإرسال" التي تفضلها الدول التي تطبق النظام الأنكلوأمريكي. وعلى عكس ذلك، تؤيد الاتفاقية نفسها مبدأ جواز إلغاء الإيجاب في العقود المعمول بها في النظام الأنكلوأمريكي، حتى لو قيل إنه غير قابل للإلغاء، ومن ثم خرجت على المبادئ المستقرة في دول التقنين المدني[61].

ويرى المعارضون لعملية التوفيق بين النظم القانونية، إن هذا نموذج صارخ للحلول الوسط غير المقبولة. ولذلكيجب على الدول التي تنظر في اعتماد نصوص يتم التفاوض عليها دوليا، أن تكون على دراية بالأسباب التي تؤدي إلى مثل ذلك الانحراف عن القواعد المألوفة لديها، وأن يكون لديها الاستعداد لقبول إمكانية الاضطرار إلى تطبيق قواعد مختلفة لاعتماد قانون موحد[62].

واذا ما حددت الصعوبات جيدا. عندها يثار التحدي بالسؤال ما الذي ينبغي علينا أن نفعله عندما يكون التعارض غير مقبول...؟ في مجال منظمات مثل الأونسترال (وكذلك معهد اليونيدرواومؤتمر لاهاي)، تعتمد كل مراحل تجهيز النص الدولي والتفاوض عليه واعتماده على إرادة الدول. وبمجرد أن تقرر الدول إن التوفيق ضروري أو مرغوب فيه، عليها أن تستخدم الأدوات المتاحة لديها.

الفرع الثاني
أساليب التوفيق بين القوانين

تؤثر العوامل التي سبقت مناقشتها على الشكل الذي سيستخدمه المشرع

الدولي لصياغة النص التشريعي، وتعتبر الاتفاقيات الدولية الأداة التقليدية لتنظيم العلاقات القانونية بين الدول والأداة الرئيسة لتوحيد القوانين الوطنية على المستوى الدولي، في حين تعتبر القوانين النموذجية وغيرها من أشكال التوفيق بين القوانين الوطنية ابتكارا لم يُستخدم الا في الآونة الأخيرة[63].

وقد استخدمت الأونسترال أسلوبا مرنا فيما يتعلق بالأساليب التي تستخدمها في سياق أدائها للمهام المنوطة بها. وهذه الأساليب تعمل على مختلف المستويات وتتضمن أنواعا مختلفة من الحلول الوسط أو قبول الاختلاف. ويمكن تقسيم هذه الأساليب إلى ثلاث فئات رئيسة[64].

الأولى/ الأدوات التشريعية وتشمل الاتفاقياتوالقوانين النموذجية أو أحكام المعاهدات النموذجية.

الثانية/ الأدوات التعاقدية، وتشمل بنود وقواعد العقود النموذجية.

الثالثة/ فهي الأدوات الإيضاحية، وتشمل الأدلة الإيضاحية والأدلة القانونية لاستخدامها في الممارسة القانونية. وتظهر الأساليب التي تستخدمها الأونسترال، إلى حد ما، عملية التوفيق التي تحدث في مختلف مراحل تطور الأعمال. وبينما تسعى عملية التوفيق في معظم الحالات، إلى التقريب بين ممارسات تجري منذ أمد طويل، ثمة حالات يمكن النظر إليها باعتبارها نماذج (للتوفيق الوقائي). ويتضمن ذلك وضع مبادئ وممارسات جديدة تقلل الاختلافات عند وضع قوانين وطنية عن موضوعات جديدة. ويحدث ذلكعادة، في مجالات التجارة التي تتأثر بالتكنولوجيا الجديدة أو بممارسات الأعمال الجديدة مثل التجارة الالكترونية.

الخاتمة

في القرن الواحد والعشرين، لم يعد بوسع أية دولة أو حتى أي كيان يضم دولا عدة أن يعيش بمعزل عن العالم. وكما يُصنع كل شيء في مختلف البلدان وفق معايير ومقاييس موحدة، وكما تُنقل التكنولوجيا من بلد لآخر وتُستخدم تكنولوجيا تكاد تكون موحدة في كل البلدان، وكما تُصنع الوجبات الجاهزة والمساكن الجاهزة والملابس الجاهزة في كل مكان على وفق مقاسات موحدة، توضع القواعد القانونية الجاهزة أو الموحدة أو النموذجية لتستخدمها الدول في كل مكان. ولأن مختلف الدول تواجه المشاكل القانونية نفسها، وفي وقت تتزايد فيه حركة التجارة بين الدول بل وحركة الأفراد، أصبح لا مفر من توحيد القواعد القانونية التي تحكم الدول مع احتفاظ كل دولة بخصائصها التي تتميز بها عن غيرها. ومن هنا، أصبحنا نعيش أيضا في عصر القوانين الجاهزة التي تضعها منظمات دولية، كمنظمة الأمم المتحدة، أو منظمات إقليمية، كالاتحاد الأوربي، وغيرهما. وفي عالمنا العربي، ما أحوجنا إلى تحقيق الانسجام بين تشريعاتنا باعتباره توطئة لتحقيق الحلم الكبير وهو الوحدة العربية الشاملة. وتتدرج أساليب التوفيق بين النصوص القانونية وأدواته. وبشكل عام، توجد أربع أدوات لتحقيق ذلك التوفيق، هي الأدوات التشريعية والأدوات التعاقدية والأدوات الإيضاحية والأدوات الوقائية. وكل هذه الأدوات تكمل بعضها البعض لتحقق في النهاية الانسجام التشريعي بين الدول العربية.

ويمكن للأجهزة الوطنية، كإدارات التشريع في الدول والأجهزة الاتحادية والأجهزة الإقليمية، كمجلس تعاون الدول العربية الخليجية والجامعة العربية، أن تلعب دورا مهما في هذا المجال بما يحقق في النهاية الانسجام التشريعي بين مختلف الدول العربية. وإذا كانت منظمة كلجنة الأمم المتحدة المعنية بالقانون التجاري الدولي (الأونسترال) قد نجحت إلى حد كبير، في تحقيق الانسجام بين تشريعات دول تعتمد نظما قانونية مختلفة

وثقافاتها مختلفة ولغاتها مختلفة، من خلال اسهامات عدة منها قانون نموذجي للتحكيم وآخر للتوفيق، فالأمر أسهل بكثير بالنسبة إلينا في الدول العربية، إذا توفرت لدينا العزيمة والإصرار على زيادة الترابط بيننا والتقريب بين مجتمعاتنا. هذا من جهة ومن جهة أخرى.

نجد إن تطور الوسائل البديلة لتسوية النزاعات هو أكثر من تطوير في الأسلوب، إنه يظهر في الواقع الحاجة إلى تغيير عميق في النظام القضائي المعاصر ينقلنا هذا التغيير من القانون المفروض إلى القانون القابل للمفاوضة، وهذا يعتبر نهاية للدولة صاحبة النفوذ القوي التي تكون فيها القوانين والأنظمة الوسائل الوحيدة والمفضلة لتسوية النزاعات، فنحن أصبحنا نعيش في عالم يعطي أهمية كبرى للعقد.

وهذه إشارة بأن القانون موجود خارج الدولة، وبهذه الطريقة نكون قد انتقلنا من عدالة صارمة إلى عدالة أكثر مرونة، وذلك عن طريق تفعيل تطبيق أساليب الحلول البديلة باتخاذ مجموعة من الإجراءات نذكر منها:

1- تقنين نظام الوسائل البديلة في نصوص واضحة ومفصلة خالية من الغموض وغير قابلة للتأويل.

2- نشر وترسيخ ثقافة هذا النظام نظريا وممارسة.

3- مشاركة هيئآت الدفاع للعمل على اندماجه، وذلك بإدخال تعديلات على القانون المنظم لمزولة مهنة المحاماة(قانون رقم 65 لسنة 2007)، بخصوص السماح للمحامي بممارسة مهنة الوساطة أو التوفيق.

4- إيجاد مؤسسات أو أشخاص أكفاء ومؤهلين للقيام بهذا النظام.

5- المساهمة في إنعاش الوسائل البديلة لحل النزاعات، والقدرة على اقناع الاطراف المتنازعة بجدوى هذا النظام .

6- المساهمة في خلق جو من الثقة والاطمئنان وجلب الاستثمار الأجنبي عن طريق فض النزاعات بالوساطة أو التوفيق والتحكيم، وهذا يتطلب تعديل قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل بالشكل الذي اشرنا اليه.

7- نسج علاقات عمل وشراكة بين الأكاديميين ورجال الأعمال والمستثمرين والأسرة القضائية.

الهـــوامـــش

(1) جورجيت صبحى، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992 ، ص 22 .

(2)-D.M. Day: The Law of International Trade, Butterworth's,London. 1981, p.1 – 2 .

(3)-Clive M. Schmitt Hoff : The Export Trade, 6 thed, Stevens, London 1975, pp.6-7.

(4) د. أحمد انوار ناجي، الوسائل البديلة في حل النزاع وعلاقتها بالقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 ، ص 5.

(5) د. بسعي توفيق، التحكيم في عقود التجارة الدولية، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، كلية القانون، جامعة الجزائر، 1999، ص12.

(6) د. نبيل أحمد حلمي، التوفيق كوسيلة لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 56.

(7)-FOUCHARD (ph) L'arbitrage judiciaire, in , Etudes offertes a pierre BELLETT , Litec, paris 1991, p 167.

(8)هكذا أقرت منظمة التجارة العالمية آلية لفض النزاعات التي قد تحدث بين الدول تعتمد على مبدأ المصالحة الدولية كآلية أساسية ينبغي اللجوء إليها أولا ، ولا يتم اللجوء إلى التحكيم إلا بعد إخفاق المشاورات ،كذلك أقرت المادة 67 من الشروط العامة للإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين المعروف باسم- fidc- حيث تنص على اللجوء إلى الوساطة قبل اتخاذ طريق التحكيم. ويسبق هذا كله اللجوء للتفاوض المباشر لحل الخلافات متاح على الموقع: www.arablaw.org.

(9)بلال عبد المطلب بدوي ، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2001 ، ص97.

(10) د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية – القانون الواجب التطبيق وأزمته)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2007، ص123.

(11) دنبيل أحمد حلمي، مصدر سابق، ص59

(12) د. أحمد أنوار ناجي، مصدر سابق، ص 12.

(13) د.أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية، الفترة من 9- 11 ربيع الأول 1424 ه، الموافق 10- 12مايو 2003 م، ص11.

(14) د.عصام الدين مختار القصبي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين – تنازع الاختصاص القضائي الدولي)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص87 .

(15)د.أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص151.

(16) د. أمحمد برادة غزيول، الحلول البديلة (عدالة فاعلة لينة وقضاء مريح للطرفين)، مقال منشور بتاريخ 12/20/ 2012 ،متاح على الموقع : www.ailmaroc.net.

(17) د. نبيل أحمد حلمي، مصدر سابق، ص87.

. (18)- FOUCHARD (ph), op.cit. p.205

(19) قانون الاونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، مع دليل اشتراعه واستعماله 2002، منشورات الامم المتحدة، رقم المبيع (4. A.05.V)، فقرة 59.

(20) د.صادق محمدالجبران، التوفيقالتجاري الدولي منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، بيروت، 2006، ص98 .

(21) عبد الله درميش، التحكيم والتوفيق الدولي في المواد التجارية- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ،كلية الحقوق، الدار البيضاء، المغرب، 2007، ص101.

(22) أقر المجلس الوطني في السودان قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999م في جلسته رقم (41) من دور الانعقاد السابع بتاريخ 29 ربيع أول 1420هـ الموافق 12 يوليو 1999م.

(23) د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص97.

(24) د. عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، مطابع القدس، الاسكندرية، 1995، ص123.

(25) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص88.

(26) هناك تعاريف عدة وردت لبيان جوهر التحكيم ولكننا أخترنا أحدها لأنها تدل على نفس الفكرة ولا داعي لاستعراضها جميعا.

(27) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، مطبعة الاستقلال الكبرى، دار الفكر العربي، 1981، ص112.

(28) د.أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص56.

(29) د. نزار الطبقجلي، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، مجلة القضاء (تصدر عن نقابة المحامين في الجمهورية العراقية)، السنة الرابعة والاربعون، العددان الثالث والرابع، مطبعة الشعب، بغداد، 1989،ص 132.

(30) د. فؤاد العلواني، التحكيم التجاري الدولي في العراق (الواقع والتوصيات)، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، مصر، مايس/ 2009، ص66.

(31) د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص143. د. فؤاد العلواني، مصدر سابق، ص72.

(32) نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد (3299) في 1990/3/19، حيث نصت (م/1) منه على أن " تشكل لجنتان برئاسة وزير النقل

والمواصلات وعضوية مختصين في وزارة النقل والمواصلات والمنشآت المعنية، تتوليان مهمة الإشراف والمتابعة والتنسيق لتنفيذ أعمال مشروعي خط سكة حديد بغداد كوتناصرية بصرة أم قصر وإنشاء (13) رصيفاً تجارياً متعدد الأغراض في خور الزبير". أما (م/2) فقد خولت كلتا اللجنتين المذكورتين عدة صلاحيات فيما يتعلق بالمشروع الذي تشرفان عليه: ومنها (4. اقتراح إدخال شروط التحكيم الدولي في العقود) .

(33) د.محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997، ص67.

(34) د.محمد ابو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والافريقية التي تبنت قانون اليونسترال النموذجي، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الاول، مايو، 1999، ص41.

(35) د. فؤاد العلواني، مصدر سابق، ص92 .

(36) د. أحمد الورفلي، مداخلة حول التحكيم في العالم العربي واعادة اكتشاف التحكيم، بحث مقدم الى غرفة تجارة باريس، 2009، ص43.

(37) د. طالب حسن موسى، مصدر سابق، ص106.

(38) د.هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1995، ص99.

(39) د. طالب حسن موسى، مصدر سابق، ص123.. د. أحمد الورفلي، مصدر سابق، 52.

(40) د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص65..

(41) د أحمد الورفلي، مصدر سابق، 55.

(42) د. فؤاد العلواني، مصدر سابق، ص103 .

(43) مثل الولايات المتحدة الامريكية وبريطانيا وكندا وفرنسا بتأثير العوائل والتجار في مقاطعةالكيوبك في كندا.أشار اليها B.Oppetit, "Arbitrage, Médiation et conciliation" Rev.arb.2004, p.307

(44) مجموعة محاضرات ملقاة على موظفي وزارة النفط العراقية ضمن برنامج التدريب للفترة من (2005/6/5- 2005/7/22) في دولة كوريا الجنوبية للأستاذ(Jim kim).غير منشورة.

(45) يمكن الوقوف على أهمية التحكيم من اخلال الاجراءات الميسرة التي أقرها القانون النموذجي للأمم المتحدة. أنظر: الاونسترال، محلوظات عن تنظيم اجراءات التحكيم، فينا، 1996، 1- وما بعدها .

(46) د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، دار الكتب للطباعة والنشر، موصل، 2000،ص45.

(47) د. فؤاد العلواني، مصدر سابق، ص109 .

(48) شرح قانون الاونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، مع دليل اشتراعه استعماله، منشورات الامم المتحدة، رقم المبيع(4. V. 05. A)، فقرة 66.

(49) د أحمد الورفلي، مصدر سابق، 95.

(50)د. إبراهيم أمين النفياوي، القوة التنفيذية للأحكام، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2005، ص97.

(51) القاضي حسن فؤاد منعم، تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق، ط1، الناشر صباح صادق جعفر الأنبا ري، بغداد، 2009، ص78.

(52) د.عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية ،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص96.

(53) د. إبراهيم أمين النفياوي،مصدر سابق،ص111.

(54) د.عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص 122.

(55) د.عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية دراسة مقارنة، ط 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ،2010، ص98.

(56) د.عباس العبودي، مصدر سابق، 56.

(57) أنشئت لجنة الأمم المتحدة المعنية بقانون التجارة الدولية (الأونسترال)، وهي جهاز فرعي للجمعية العامة للأمم المتحدة، في سنة 1966.

(58) د.محمود محمد على صبره، استشاري الصياغة التشريعية لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي والبنك الدولي،ورقة عمل من مؤتمر "تجارب الدول العربية في إعداد وصياغة مشروعات القوانين مقارنة بالاتجاهات الدولية الحديثة"دبي: 12- 14 ديسمبر 2010.

(59) د. عمر الشريف، اطلالة على القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية، مصر، 2012، ص16.

(60) د. أماني سعد البغدادي، تحليل الجدل الفقهي والقضائي حول القانون واجب التطبيق على عقود المشاريع العقارية، مصر، 2012،ص 22.

(61) المستشار محمد عزت السيد، تجربة مصر في اعداد وصياغة ومراجعة مشروعات القوانين، مصر، 2012،ص 43.

(62) المحامي أحمد حداد، قانون التحكيم السوري على ضوء القانون النموذجي الدولي، دمشق، 2010، ص32. كذلك د. أماني سعد البغدادي، مصدر سابق، ص25.

(63) د. أحمد الورفلي، مصدر سابق، ص97.

(64) يتركز اختصاص الأونسترال في تنفيذ ثلاثة أنواع من النشاطات: الأول، وضع القوانين أو القواعد القانونية؛ والثاني، دعم الإصلاح القانوني وتقديم المساعدة الفنية؛ والثالث، نشر المعلومات بهدف رفع الوعي وتوحيد تفسير الصكوك الدولية.

أنظر د.محمود محمد على صبره، **مصدر سابق، ص 12.**

المصـــادر

أولا/ المصادر العربية:

أ) الكتب القانونية:

(1) د. أحمد انوار ناجي، الوسائل البديلة في حل النزاع وعلاقتها بالقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

(2) د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية – القانون الواجب التطبيق وأزمته)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2007.

(3) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، مطبعة الاستقلال الكبرى، دار الفكر العربي، 1981.

(4)د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

(5)د. إبراهيم أمين النفياوي، القوة التنفيذية للأحكام، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2005.

(6) القاضي حسن فؤاد منعم، تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق، ط1، الناشر صباح صادق جعفر الأنبا ري، بغداد، 2009.

(7) د. أماني سعد البغدادي، تحليل الجدل الفقهي والقضائي حول القانون واجب التطبيق على عقود المشاريع العقارية، مصر، 2012.

(8) المستشار محمد عزت السيد، تجربة مصر في اعداد وصياغة ومراجعة مشروعات القوانين، مصر، 2012.

(9) المحامي أحمد حداد، قانون التحكيم السوري على ضوء القانون النموذجي الدولي، دمشق، 2010.

(10) جورجيت صبحى، مبدأ الاستقلال فى الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992 .

(11) د.هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1995.

(12) د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

(13) د.محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997.

(14) د. نبيل أحمد حلمي، التوفيق كوسيلة لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

(15) د.عصام الدين مختار القصبى، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين – تنازع الاختصاص القضائي الدولي)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 .

(16) د. عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، مطابع القدس، الاسكندرية، 1995.

(17) د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، دار الكتب للطباعة والنشر، موصل، 2000.

(18) د.عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية ،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

(19) د.عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية دراسة مقارنة، ط 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ،2010.

(20) د. عمر الشريف، اطلالة على القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية، مصر، 2012.

(21) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

ب) المحاضرات و الرسائل والاطاريح الجامعية:

(1)بلال عبد المطلب بدوي ، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2001.

(2) عبد الله درميش، التحكيم والتوفيق الدولي في المواد التجارية- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ،كلية الحقوق، الدار البيضاء، المغرب، 2007.

(3) د. بسعي توفيق، التحكيم في عقود التجارة الدولية، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، كلية القانون، جامعة الجزائر، 1999.

(4) مجموعة محاضرات ملقاة على موظفي وزارة النفط العراقية ضمن برنامج التدريب للفترة من (2005/6/5- 2005/7/22) في دولة كوريا الجنوبية للأستاذ.(Jim kim) ،غير منشورة.

ج) البحوث والمقالات:

(1) د.أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية، الفترة من 9- 11 ربيع الأول 1424 ه، الموافق 10- 12مايو 2003.

(2) د. أحمد الورفلي، مداخلة حول التحكيم في العالم العربي واعادة اكتشاف التحكيم، بحث مقدم الى غرفة تجارة باريس، 2009.

(3) د.محمد ابو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والافريقية التي تبنت قانون اليونسترال النموذجي، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الاول، مايو، 1999.

(4) د. فؤاد العلواني، التحكيم التجاري الدولي في العراق (الواقع والتوصيات)، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، مصر، مايس/ 2009.

(5) د. أمحمد برادة غزيول،الحلول البديلة (عدالة فاعلة لينة وقضاء مريح للطرفين)،مقال منشور بتاريخ 12/20/ 2012.

(6) د.محمود محمد على صبره، استشاري الصياغة التشريعية لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي والبنك الدولي،ورقة عمل من مؤتمر "تجارب الدول العربية في إعداد وصياغة مشروعات القوانين مقارنة بالاتجاهات الدولية الحديثة"دبي: 12- 14 ديسمبر 2010.

(7) د. نزار الطبقجلي، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، مجلة القضاء (تصدر عن نقابة المحامين في الجمهورية العراقية)، السنة الرابعة والاربعون، العددان الثالث والرابع، مطبعة الشعب، بغداد، 1989.

د) القوانين:

(1) قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

(2) قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل.

(3) قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية رقم (30) لسنة 1928.

(4) النظام القانوني العراقي رقم (34) لسنة 1928، المتضمن المصادقة على البرتوكول الخاص بشروط التحكيم.

(5) قرارمجلس قيادة الثورة المنحل رقم (124) لسنة 1990.

(5) قانون الاستثمار الأردني رقم (16) لسنة 1995.

(6) قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999.

(7) الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لسنة 1980.

(8) قانون الاونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، مع دليل اشتراعه واستعماله 2002، منشورات الامم المتحدة، رقم المبيع (A.05.V .4).

ثانيا/ المصادر الأجنبية:

(1)D.M. Day: The Law of International Trade, Butterworth's,London. 1981 .

(2) Clive M. Schmitt Hoff : The Export Trade, 6 thed, Stevens, London 1975.
(3) FOUCHARD (ph) L'arbitrage judiciaire, in , Etudes offertes a pierre BELLETT , Litec, paris, 1991.
(4) B.Oppetit, "Arbitrage, Médiation et conciliation" Rev.arb, paris,2004.