جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا

إبطال قرار التحكيم التجاري

دراسة مقارنة

رسالة قدمها الطالب
مكي شاكر محمود

الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

اشراف

الدكتور إبراهيم إسماعيل إبراهيم

أستاذ القانون التجاري

1439هـ 2018م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿...فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ

عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ

إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾

المائدة – اية 42

الاهداء

اهدي هذا العمل

الى

من اوصى الله تعالى ورسوله (ص) برهما وطاعتهما

والدتي

وروح والدي

الى

افراد اسرتي الذين اخذت كثيرا من وقتهم لإنجاز هذا العمل المتواضع

اعترافا بفضلهم وامتنانا لجميلهم

الى

اساتذتي الافاضل عرفانا مني بجزيل عطائهم

الى

جميع من ساندني بالقول والفعل في بذل الجهد والعطاء

لهم مني خالص الاحترام

اليهم جميعا اهدي هذا العمل

الباحث

الشكر والعرفان

لكل من علمني حرفا

لكل من له الفضل في تسهيل تحصيل العلم , وتمهيد الطريق امامي كي اكمل هذا البحث , ومهما كتبت وسجلت من الشكر والامتنان فإني قاصر عن الوفاء بهذا الدين الكبير لمن ساندني , واخص بالذكر اولا استاذي الدكتور ابراهيم اسماعيل ابراهيم فمن فضل الله سبحانه وتعالى ان انال فرصة كتابة هذا البحث تحت اشرافه فكان معلما وموجها انهلني من غزير علمه . ويتصاغر عظيم شكري امام الجهد والصبر الذي بذله خلال فترة اعداد الرسالة , فكان لكرم اخلاقه وسعة صدره وثراء علمه كل الاثر في اخراج هذا البحث الى النور , ولولاه لما انجزت هذه الرسالة , فاليه اتوجه بخالص الشكر واسمى آيات التقدير .

واتوجه بوافر الشكر لأساتذتي الاجلاء المحترمين الدكتور عزيز الحفاجي والدكتور ضمير المعموري و الدكتور هادي الكعبي والدكتور باسم العقابي والدكتور عبد الرضا الاسدي . والموقرين السادة عمادة وقسم القانون الخاص .

والامتنان الكبير للسادة ال بحر العلوم والرحمة والخلود لأستاذنا الدكتور محمد بحر العلوم .

ولا يفوتني ان اتقدم بالامتنان للسادة رئيس واعضاء لجنة المناقشة لتجشمهم العناء والجهد من اجل تقويم الرسالة ومناقشتها .

واتقدم بالتقدير العالي لموظفي مكتبة المعهد واخص (الاستاذ احمد الساعدي) , ومكتبة كلية القانون جامعة الكوفة المتمثلة بالست (سندس المشهدي) .

فجزاهم الله خير الجزاء

الباحث

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	1
الفصل الاول : مفهوم قرار التحكيم التجاري	5
المبحث الاول : ماهية قرار التحكيم التجاري	6
المطلب الاول : التعريف بقرار التحكيم التجاري	6
الفرع الاول : قرار التحكيم لغةً وفقها	7
الفرع الثاني : تعريف قرار التحكيم في القانون والقضاء	18
المطلب الثاني : أنواع قرارات التحكيم التجاري.	20
الفرع الاول : القوة التنفيذية لقرار التحكيم التجاري	22
الفرع الثاني : قرارات التحكيم التجاري من حيث القطعية	23
الفرع الثالث : قرار التحكيم التجاري الموضوعي وقرار التحكيم التجاري الإجرائي	26
الفرع الرابع : قرار التحكيم التجاري المنهي للنزاع وقرار التحكيم غير المنهي للنزاع . .	29
الفرع الخامس : قرار التحكيم التجاري بالتسوية وقرار التحكيم بالعدالة	31
الفرع السادس : قرار التحكيم التجاري وقرار المحكم الإضافي	32
المبحث الثاني : طبيعة قرار التحكيم التجاري وشروطه	35
المطلب الاول : الطبيعة القانونية لقرار التحكيم التجاري	35
الفرع الاول : النظرية الأحادية الاتجاه	38

الفرع الثاني : النظرية الثنائية 51
المطلب الثاني : شروط قرار التحكيم التجاري 59
الفرع الاول : الشروط الشكلية لقرار التحكيم التجاري 59
الفرع الثاني : الشروط الموضوعية لقرار التحكيم التجاري 68
الفصل الثاني : حالات إبطال قرار التحكيم التجاري 76
المبحث الاول : حالات الإبطال الشكلية 78
المطلب الاول : الإبطال لعدم الاعلان الصحيح 79
الفرع الاول : عيب التبليغ الذي يخل بمبدأ المساواة بين اطراف التحكيم 82
الفرع الثاني : عيب التبليغ الذي يخل بمبدأ المواجهة 83
الفرع الثالث : عيب التبليغ الذي يخل بمبدأ حقوق الدفاع لطرفي التحكيم 87
المطلب الثاني : تعيين المحكم على وجه مخالف للقانون 89
الفرع الاول : حالة تعيين محكم أو محكمين أو تشكيل هيئة تحكيم على وجه مخالف للقانون 91
الفرع الثاني : حالة تعيين محكم أو محكمين أو تشكيل هيئة تحكيم على وجه مخالف لاتفاق الأطراف 92
المطلب الثالث : موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم 93
الفرع الاول : حالة عدم جواز تسوية النزاع بالتحكيم 93
الفرع الثاني : حالة إبطال قرار التحكيم لمخالفته النظام العام والآداب 99
المبحث الثاني : حالات البطلان الموضوعية 104
المطلب الاول : بطلان قرار التحكيم بسبب غياب اتفاق التحكيم 105
الفرع الاول : حالة عدم وجود اتفاق تحكيم 105

الفرع الثاني : حالة وجود اتفاق تحكيم باطل 109
الفرع الثالث : إبطال قرار التحكيم لسقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته 111
المطلب الثاني : الإبطال لإتفاق التحكيم من ناقص الاهلية أو عديمها 114
الفرع الاول : أهلية اطراف التحكيم 115
الفرع الثاني : أهلية المحكمين 119
الفصل الثالث : إجراءات إبطال قرار التحكيم التجاري وآثاره 127
المبحث الاول : إجراءات إبطال قرار التحكيم التجاري 128
المطلب الاول : المحكمة المختصة بنظر دعوى إبطال قرار التحكيم 130
المطلب الثاني : شروط دعوى إبطال قرار التحكيم 138
الفرع الاول : الشروط العامة لدعوى إبطال قرار التحكيم التجاري 140
الفرع الثاني: الشروط الخاصة لدعوى إبطال قرار التحكيم التجاري 147
المطلب الثالث : ميعاد قبول رفع دعوى الإبطال 151
المبحث الثاني : آثار إبطال قرار التحكيم **التجاري** 156
المطلب الاول : الآثار الموضوعية والاجرائية لإبطال قرار التحكيم التجاري 158
الفرع الاول : الآثار الموضوعية المترتبة على إبطال قرار التحكيم التجاري 159
الفرع الثاني : الآثار الاجرائية المترتبة على إبطال قرار التحكيم التجاري 164
المطلب الثاني : أثر تنفيذ قرار التحكيم الاجنبي الباطل 169
الفرع الاول : اثر تنفيذ قرار التحكيم وفقا للقانون العراقي والمقارن 170
الفرع الثاني : اثر تنفيذ القرار وفقا للقانون العراقي واتفاقية نيويورك 180

الخاتمة 184

المصادر 186
.

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم وبارك على محمد و على آل محمد كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميد مجيد

المقدمة

1- التعريف بموضوع الرسالة :

صار التحكيم من اهم الظواهر القانونية المعاصرة , ومن الموضوعات المهمة التي تشغل حيزا كبيرا من الفكر القانوني والاقتصادي والسياسي على المستوى الدولي , ولم يعد استثناءً عن الاصل العام - ولاية القضاء - واصبحت الكثير من الدول تعنى بموضوع التحكيم وتحيط المؤسسات الوطنية بدرجة كبيرة من الرعاية حتى اتسع نطاقه ليشمل اغلب مجالات الحياة التطبيقية . فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يحال بموجبه اللجوء للتحكيم التجاري عند حدوث خلاف يتعلق بتفسير العقد او تنفيذه .

إن القواعد التي تحكم العقود الخاصة بالتعامل الداخلي تختلف عن تلك التي تحكم العقود الدولية , ومن ثم اختلاف طرق الطعن عليها او إبطالها فالأولى تحكمها قواعد القانون الداخلي والاخيرة تتم بين اطراف تنتمي لدول مختلفة على الاعم الاغلب, لها قوانينها الخاصة المختلفة ايضا في معالجة القضايا التي تطرح نتيجة الخلاف بين الاطراف , فاصبح اللجوء الى قواعد تحكيم دولية معروفة ومتبعة من قبل التجار امر متفق عليه . والذي يهمنا هنا بحث ودراسة الطعن في قرار التحكيم التجاري بوصفه احد اهم نتائج التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني .

وما زال التحكيم في النظام القضائي العراقي لا يحظى بالأهمية التي عليها التحكيم عربيا ودوليا وبالأخص تجاريا, وقد يكون الدافع هو ضعف ثقافة اللجوء للتحكيم , او للقناعة بعدم جدوى قرار التحكيم التجاري اذا كان يعاد النظر فيه من قبل القضاء العادي , او الاعتقاد بأن مواد قانون التحكيم العراقي لم تعد متلائمة مع ما يشهده التحكيم التجاري الدولي من تطور في الوقت الذي لم يتضمن قانون المرافعات المدنية العراقي احكاما خاصة بالتحكيم التجاري الدولي , ولا ينفذ قرار التحكيم لدى دوائر التنفيذ ما لم يصادق عليه من المحكمة المختصة , حتى لو كان المحكّم تم تعيينه من قبل المحكمة . او لتدخل المحكمة نافذةً في قرار التحكيم التجاري شكلا وموضوعا تصديقا وابطالا بعضا او كلا .

ويرد على قرار التحكيم ما يرد على الاحكام القضائية العادية , من خطأ في تطبيق القانون , او فساد في الاستدلال , او قصور في التسبيب , وبالتالي لا بد من الرقابة اللاحقة على قرار التحكيم سواء في

دولة المقر ام دولة التنفيذ , ليتمكن المحكوم ضده من الطعن على قرار التحكيم لتصويب ما شابه من عيب , للحد من اثاره .

فالقانون النموذجي حصر الطعن على قرار التحكيم في وسيلة واحدة وهي طلب بطلان قرار التحكيم بأسباب محددة , وتبعه قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل , وقانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001 وقانون التحكيم السوري الجديد رقم 4 لسنة 2008 في ذلك . بينما عاد وسمح بالاختصاص والطعن بالاستئناف قانون التحكيم السوداني الجديد رقم 1 لسنة 2016 , الذي كان قد عهد بالاختصاص لهيئة التحكيم وحصر الطعن بالبطلان فقط في قانونه لسنة 2005 الملغى.

2- اهمية الموضوع

التحكيم نظام يتم اللجوء اليه من قبل الاطراف للتحرر من القضاء العام لما به من اجراءات وتعقيدات احيانا , واذا كان التحكيم قضاءً مستقلاً وخاصاً فانه لا يعني ان كل ما يصدره المحكّم من قرارات تحكيم تكون صحيحة , قد يشوب قرار التحكيم التجاري ما يجعله محلا للبطلان , فتتطلب العدالة وجود نوع من الرقابة على قرار التحكيم ولو في حدود معينة , لذا تبرز اهمية موضوع إبطال قرار التحكيم في تفصيل الحالات والاجراءات المتبعة التي تؤدي الى بطلانه , سواء كانت موضوعية ام اجرائية , وبيان الآثار المترتبة ومدى جواز تنفيذ قرار تحكيم اجنبي في الدولة المطلوب التنفيذ فيها , سبق ان قضي ببطلانه في دولة مقر التحكيم .

لذا تكمن اهمية الدراسة في ابراز المشكلات التي تعتري قرار التحكيم وتؤدي الى بطلانه الشكلية منها والموضوعية , لكي يمكن سد الثغرات بوضع الحلول لتدارك مشروع قانون التحكيم التجاري المقترح في المعالجات التي يتبناها في تعديل احكامه , ذلك ان قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 النافذ لم تجر عليه تعديلات في مواد التحكيم منذ أمد بعيد , وهذا غير حاصل في اكثر المدارس القانونية استقرارا من جمود وثبات على قواعد قانونية طيلة هذه المدة خاصة والعراق لم يفرق بين التحكيم الداخلي والدولي وقد نظم مواد التحكيم بشكل شمولي وكلي , خصوصا مع حاجة العراق الماسة الى طفرات اقتصادية لمواكبة دول العالم التي كان في مصافها سابقا او احسن منها , باستقدام الشركات التجارية الكبرى عابرة القارات التي لا تقبل بديلا عن اللجوء للتحكيم التجاري الدولي لحل نزاعاتها .

3- هدف الرسالة

محاولة الباحث جذب التوجه للجوء الى التحكيم الذي يساعد القضاء المزدحم في دعاواه وتخفيف الضغط عنه , ويسانده القضاء بالتسريع والمشورة والتوجيه والمراقبة والمراجعة بعد سد الثغرات وتبسيط

الاجراءات وتوضيحها . واعادة الاهتمام بالتحكيم التجاري لما له من منافع تناسب وضع العراق فمثلا خلافات المقاولات تجاوزت الاف القضايا حسب احصائيات وزارة التخطيط لم تحسم بعد واثرها السلبي على طرفي النزاع , و يكون بالإمكان حلها لو يُضَيّقُ المشرع من تدخل القضاء الواسع في موضوع الخلاف , وبما يضمن التطبيق الامثل لقانون التحكيم المقترح , وبالتالي دفع الضرر عن طريق عدم بقاء قرارات تحكيم أو احكام معيبة , تضر بالأطراف ثم بالمجتمع , وحث المحكّمين على الحرص لإصدار قرارات تحكيمية سليمة خالية من العيوب , وصولا لتخفيف الضغط عن القضاء العادي بما يؤدي الى حسن سير العدالة وتحقيقها .

وذلك بالاستفادة من اتفاقيتي واشنطن لعام 1965 التي انظم العراق اليها عام 2012 , و اتفاقية نيويورك لعام 1958 التي شرع العراق بالتفاوض بالانضمام اليها و ستؤدي مع اصدار قانون تحكيم تجاري خاص متطور يسد الثغرات الموجودة ويبسط الاجراءات ويوضح الغموض ويتماشى بقواعده مع التطور الفكري والقانوني لنظام التحكيم العالمي , والاستئناس من احسن ما موجود في قانون التحكيم المصري والسعودي الجديد والسوري لعام 2008 والسوداني لعام 2016 والاخذ بنظر الاعتبار الانتقادات الفقهية بخصوصها . وكذلك الفرنسي الجديد لعام 2011 والنموذجي الذي تعد قواعده ذات تطبيق عالمي واخذها في الاعتبار مع مراقبة شفافة بهدف الوصول الى العدالة المرجوة .

4- مشكلة الدراسة

بوجود الكثرة والغلبة للدراسات والبحوث والمؤلفات في بطلان التحكيم في القانون المقارن وقلتها نسبيا للتحكيم العراقي , والاقل للتجاري منه , والندرة بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي . فقد يكون السبب الانتقالات المتسارعة في تطوير قوانين التحكيم العربية والدولية , ولا نلتفت عن ان التحكيم في العراق اصابه الجمود أو يكاد ولمدة طويلة بعد ما كان سبّاقا في التواصل مع التحكيم التجاري الدولي في بداية القرن العشرين. مما سبب العزوف عن تناوله بحثا وشروحا , ولتأخره عن من تقدم عنه , وبقي بحدود ما قبل الثورة التقنية للاتصالات والتطورات الكبيرة للعلاقات التجارية الدولية التي شهدها العالم في الآونة الاخيرة , فظلت احكام التحكيم في العراق دون أن ينالها الشراح لخلوها مما يعد جديدا عليها . فزادت الثغرات التي تحتاج الى سدها وبالأخص في التجارة الدولية . وبهذا تعد المصادر العراقية رغم وجودها , قليلة نسبة لما تحتاجها المتغيرات الكبيرة والمتطورة في نظام التحكيم , فضلا عن التحول الحاصل في العراق من اقتصاد الدولة الموجه الى اقتصاد على وفق اسس اقتصادية حديثة وتشجيع القطاع الخاص وتنميته مما يصاحب ذلك من نزاعات متوقعة مما يتطلب من حل لهذه النزاعات عن طريق التحكيم التجاري الذي يتفق عليه اطراف العلاقة , مما انعكس صعوبة في إتمام هذه الرسالة.

5- نطاق الدراسة

تناوُلُ إبطال قرار التحكيم لأسباب شكلية وبطلانه لأسباب موضوعية انطلاقا من اصداره من المحكّم بوصفه الركيزة الاساسية التي ستبنى عليها دعوى الإبطال وانتهاء بالحكم بإبطال قرار التحكيم . ولا يعد تناول الدراسة لقرار التحكيم بتأصيله وطبيعته القانونية وشروطه وانواعه خروجا عن نطاق البحث فمحل دعوى الإبطال هو قرار التحكيم مما يعد من متطلبات دعوى البطلان واساسها , وبالتالي تناول الدراسة لمفترضاته وكيفية اصداره وآثاره حتى تكتمل الفكرة عن إبطال قرار التحكيم التجاري حكما .

ستتطرق الدراسة الى قواعد ونظام دعوى الإبطال طبقا لقانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل وقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 ومشروع قانون التحكيم التجاري العراقي المقترح , وقانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم 11 لسنة 1992 المعدل كونه يمثل الحالة الوسطية بين القانون العراقي والقانون المصري المأخوذ عن القانون النموذجي ولأن الاماراتي قد واكب المتغيرات الكبيرة في التجارة الدولية الحديثة والالكترونية منها , التي تتطلب المرحلة الانتقالية المنشودة للعراق الاحتكاك به اكثر من وجهة نظر الباحث وقد تناولت الدراسة القوانين اعلاه في منطقة الطعن بالإبطال بمنهجية المقارنة

6- منهجية الدراسة

اتبعت الدراسة منهجية التحليل لنصوص مواد تحكيم القانون العراقي ومقارنتها بمواد تحكيم القانون المصري , وكذلك اتفاقيتي نيويورك 1958 وواشنطن 1965 بخصوص التحكيم التجاري الدولي ولجزئية إبطال قرار التحكيم التجاري بالذات, ومن الفقه العراقي العريق والمصري والتطور الفكري لأحكام القضاء العراقية , والاحكام المصرية والدول المقاربة كلما استفاد البحث من ذلك , ولأن المشرع العراقي لم يفصل التحكيم الداخلي عن الدولي , فقد ساير البحث هذا التوجه وتناول التحكيم التجاري الدولي دون تمييز وفصل عن الداخلي بغية الاستفادة من القانون النموذجي وقواعد التحكيم الفرنسية المستقرة و المتقدمة عالميا.

وعليه قسمت الرسالة على ثلاثة فصول تناول الفصل الاول مفهوم قرار التحكيم التجاري الذي قسم على مبحثين تناول المبحث الاول ماهية قرار التحكيم والمبحث الثاني طبيعة قرار التحكيم وشروطه , وخصص الفصل الثاني لحالات إبطال قرار التحكيم التجاري ووزع على مبحثين , الاول حالات الإبطال الشكلية و المبحث الثاني حالات البطلان الموضوعية , والفصل الثالث أُفرِغَ فيه إجراءات ابطال قرار

التحكيم وآثاره وخصص المبحث الاول لإجراءات إبطال قرار التحكيم والمبحث الثاني لآثار بطلان قرار التحكيم, وخلصت الرسالة بخاتمة تضمنت النتائج والتوصيات .

ومن الله التوفيق