معيار تجارية ودولية التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"

م. د. وليد عبدالله محمود
وزارة التربية / المديرية العامة للتربية في محافظة ديالى

Commercial and International Standard International Commercial Arbitration "A Comparative Study"

Dr.Waleed Abdullah Mahmoud
Ministry of Education / General Directorate of Education in Diyala Governorate

المستخلص: ان التحكيم التجاري هو التحكيم الذي يجري لفض نزاع حدث بمناسبة خلاف حول التزام بموجب علاقة قانونية تخص عملا من اعمال التجارة سواء كانت هذه العلاقة عقدية ام غير عقدية. وهذا يفرض علينا تحديد ووضع معيار محدد نميز من خلاله بين العمل التجاري والعمل غير التجاري ونحدد مفهوم التجارة الدولية، ليتسنى لنا وضع معيار محدد لتجارية الاعمال. فضلا عن عجز الفقه من ايجاد معيار محدد يصلح لتمييز التحكيم التجاري الدولي عن غيره من اشكال التحكيم وهذا العجز ترجم من خلال قواعد قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985)، مع التعديلات التي اعتُمدت في عام 2006 فلم تورد تعريفا للتحكيم التجاري الدولي وبهذا بمكن الاتفاق على تطبيق تلك القواعد حتى فيما يخص التحكيم الداخلي في حالة عدم وجود نص داخلي يمنع ذلك. وقد توصلت الدراسة الى انه بات من الضروري أن ينص القانون العراقي على معايير واضحة ومتكاملة للتحكيم التجاري الدولي، تتماشى مع المعايير الدولية وتلبي متطلبات الأطراف المحلية والدولية . **الكلمات المفتاحية: التحكيم التجاري الدولي – معايير – التجارة.**

Abstract : Commercial arbitration is the arbitration that resolves a dispute that has arisen in the context of a disagreement over an obligation under a legal relationship related to a commercial activity,

whether this relationship is contractual or non-contractual. This requires us to define and establish specific standards through which we distinguish between commercial and non-commercial activities and define the concept of international trade, so that we can establish a specific standard for commercial business. In addition to the inability of jurisprudence to find a specific standard suitable for distinguishing international commercial arbitration from other forms of arbitration, this inability was translated through the rules of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with the amendments adopted in 2006, which did not provide a definition of international commercial arbitration. Thus, it is possible to agree to apply those rules even with regard to domestic arbitration in the absence of an internal text prohibiting that. **Keywords**: International commercial arbitration – Standards – Trade.

المقدمة: نظراً للتطور التكنلوجي الذي وصل اليه العالم اليوم، ولوصول عمليات التبادل التجاري بين دول العالم الى حجم كبير جدا، ولسهولة نقل البضائع اليوم من اقصى نقطة الى اقصى نقطة في ارجاء المعمورة، ولتطور وسائل النقل والاتصال بحيث اصبح بالإمكان اجراء تعاقد باستخدام وسائل الاتصال الحديثة (الكترونية) بين شخصين يجتمعان بمجلس عقد الكتروني وليس تقليدياً ويبرمان عقداً الكترونيا ويوقعان عليه الكترونيا ويفصل بينهما آلاف الكيلومترات، وينتمون لدول مختلفة بالإضافة الى انتشار عقود نقل التكنولوجيا وعقود التعاون الصناعي وعقود الشركات المشتركة لذلك فقد وجد أطراف هذه المعاملات الدولية من التحكيم وسيلة مناسبة توفر لهم محكمين يمكنهم الاتفاق على تسميتهم للفصل فيما يثور بينهم من منازعات، بل وتلعب أرادتهم دوراً كبيراً في تنظيمه من حيث الاتفاق على التحكيم وتحديد نطاقه، وبيان الموضوعات التي تحل عن طريقه وإجراءاته والدولة التي يتم فيها التحكيم

التجاري، والقانون الذي يحكم النزاع شكلاً وموضوعاً، وان كل ذلك يتطلبُ منا إيجاد معايير محددة لمعرفة طبيعة التصرف المبرم وتحديد فيما اذا كان تجارياً او غير تجاري، ومن ثم معرفة نوعه من حيث كونه دوليا يتعلق بالتجارة الدولية او داخليا يتعلق بالتجارة الداخلية الوطنية، ولوضع مفهوم محدد جامع مانع لتجارية ودولية النشاط، لكي يتسنى لنا اسناده الى القواعد القانونية التي تحكمه. وان المشرع العراقي لم يكن غافلاً عن تنظيم التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين الأطراف، فنظم أحكامه في قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل، كما أشار اليه قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل والذي يعتبر وسيلة مقبولة لتسوية المنازعات الناشئة بمناسبة تطبيق قانون الاستثمار أو بسببه، حيث سمح المشرع للمستثمر الأجنبي اللجوء للتحكيم في حالات معينة. ولكن هل التحكيم الذي اشار اليه المشرع العراقي في قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦، ونظم احكامه في قانون المرافعات المدنية هو التحكيم التجاري الدولي أم هو التحكيم الداخلي؟ وما معيار التمييز بينهما؟

اولاً: أهمية البحث: تنبع أهمية هذا البحث من التحولات المتسارعة التي يشهدها العالم في مجال العلاقات التجارية الدولية، وما يترتب على ذلك من تعقيد في المعاملات وتزايد في النزاعات ذات الطابع التجاري العابر للحدود. ويُعد التحكيم التجاري الدولي الوسيلة الأكثر اعتمادًا وفعالية في تسوية هذه النزاعات، نظرًا لما يوفره من سرعة ومرونة وخصوصية، تتلاءم مع طبيعة العمل التجاري الذي يتميز عن العمل المدني بمبادئ كالائتمان وسرعة الإنجاز وتجاوز العديد من الشكليات القانونية التقليدية. كما تتجلى أهمية البحث في ضرورة تحديد المعايير التي تميز التحكيم التجاري الدولي عن غيره من أنواع التحكيم، وخاصة التحكيم الداخلي والمدني، وذلك في ظل التوسع الكبير في نطاق التجارة الدولية وازدياد الحاجة إلى آلية قانونية فعالة لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات.

ومن هنا، فإن تناول هذا الموضوع بالبحث والتحليل يسهم في تعزيز الفهم القانوني لمفهوم التحكيم التجاري الدولي، ويوفر أساسًا نظريًا يساعد على رسم الحدود بينه وبين صور التحكيم الأخرى، مما يعزز من فاعلية وشفافية النظام القانوني المنظم للعلاقات التجارية الدولية.

ثانياً مشكلة البحث: نظرًا للتطور المتسارع في العلاقات التجارية الدولية وتزايد حجم المعاملات عبر الحدود، أصبح التحكيم التجاري الدولي أحد الوسائل الأساسية والفعّالة لحل النزاعات التي تنشأ عن هذه العلاقات. غير أن هذا التحول أفرز إشكالية قانونية وعملية تتمثل في غياب معايير دقيقة ومحددة تميز التحكيم التجاري الدولي عن غيره من أشكال التحكيم الأخرى، سواء الداخلي أو المدني. وتزداد هذه المشكلة تعقيدًا في ظل التداخل بين القواعد الوطنية والدولية، وتعدد الهيئات التحكيمية واختلاف القواعد الإجرائية المطبقة، مما يستدعي الوقوف على المعايير التجارية والدولية التي يُبنى عليها توصيف التحكيم بأنه "تجاري دولي"، ومدى كفاية هذه المعايير لتحقيق التوازن بين خصوصية المعاملات التجارية ومتطلبات العدالة الدولية.

وعليه، تتمحور مشكلة البحث في السؤال الآتي:

ما هي المعايير التي يمكن اعتمادها للتمييز بين التحكيم التجاري الدولي وغيره من صور التحكيم وما مدى فاعلية هذه المعايير في تنظيم العلاقات التجارية الدولية وحل النزاعات الناشئة عنها؟

ثالثاً: أسباب اختيار البحث: ويأتي اختيار هذا الموضوع نتيجة الجدل الفقهي والقانوني الواسع حول تحديد هوية التحكيم التجاري الدولي، وتمييزه عن غيره من صور التحكيم الأخرى ووسائل تسوية المنازعات البديلة، خاصة مع تعدد الجهات والقواعد والأنظمة التي تنظم هذا النوع من التحكيم. لذلك، فإن البحث في المعايير التي تحدد ما إذا كان التحكيم ذا طبيعة تجارية ودولية يُعد من القضايا الجوهرية التي تساعد في ضبط المفهوم وتطبيقاته، وتُسهم في تحقيق قدر أكبر من اليقين القانوني في العلاقات التجارية الدولية.

رابعاً: اهداف البحث : يهدف هذا البحث إلى تحقيق مجموعة من الأهداف الرئيسية تتمثل في:

1- تسليط الضوء على المعايير التي تميز الأعمال التجارية عن الأعمال المدنية، من خلال دراسة وتحليل المعايير التي أوردها الفقه لتحديد الفروقات بينهما

2- دراسة المعايير الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري.

3- الوصول إلى صياغة معيار واضح ومحدد للتمييز بين التحكيم التجاري الدولي وغيره من أنواع التحكيم، من خلال دمج المفاهيم والمعايير القانونية والتجارية والدولية ذات الصلة.

رابعاً: منهجية البحث: يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن كإطار رئيسي للدراسة، حيث يتم تحليل المفاهيم القانونية والتجارية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي بشكل دقيق ومنهجي، ومن ثم مقارنتها مع المعايير والقواعد السائدة في القوانين الوطنية والدولية ذات الصلة.

خامساً: هيكلية البحث: نظرًا لأهمية موضوع البحث، تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين رئيسيين: المبحث الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي ويتضمن هذا المبحث مطلبين: تعريف التحكيم التجاري الدولي. وتمييز التحكيم التجاري الدولي عن المفاهيم والوسائل المشابهة له.

المبحث الثاني: معيارية التحكيم التجاري الدولي ويتناول هذا المبحث أيضًا مطلبين: المعايير التجارية للتحكيم. المعايير الدولية للتحكيم.

نختتم البحث بخاتمة تتضمن استنتاجات رئيسية وتوصيات تسهم في تطوير الفهم القانوني والتطبيقي لمعايير تجارية ودولية التحكيم التجاري الدولي.

المبحث الاول: ماهية التحكيم التجاري الدولي

يعتبر التحكيم من الموضوعات الهامة التي تحظى باهتمام كبير من جانب الدول المتقدمة والدول النامية ونتيجة لتطور الحياة الاقتصادية والاتجاه نحو الاقتصاد الحر وتشابك العلاقات الدولية بين الافراد والشركات الاجنبية والوطنية ورغبة المستثمر الاجنبي في عدم الخضوع لقانون وقضاء الدولة الوطني، فقد بدا التحكيم وسيلة رضائية لفض المنازعات في الظهور من جديد الى جانب قضاء الدولة الوطني ولغرض الالمام به لابد من التطرق الى تعريفه وتمييزه من النظم المشابهة وعلى النحو الاتي.

المطلب الاول: تعريف التحكيم التجاري الدولي

المطلب الثاني: تمييز التحكيم التجاري الدولي عن النظم المشابهة

المطلب الاول: تعريف التحكيم التجاري الدولي

يعود أصل كلمة "التحكيم" في اللغة العربية إلى مصدر الفعل "حَكَمَ"، وهو مشتق من "الحكمة"، التي تعني إدراك الأشياء على وجهها الصحيح، ومعرفتها بأفضل العلوم، كما تدل على العلم والفقه والرأي السديد. وقد ورد في استعمالات العرب: "حكّموه بينهم" أي جعلوه حَكَمًا للفصل في أمرٍ ما، و"احتكموا إليه" أي طلبوا منه الحكم[1].

ويُقال أيضًا "حكمه في الأمر"، أي جعله صاحب القرار فيه، و"احتكم" أي رضي بحكمه. أما "المُحكَّم" – بفتح الكاف – فيُطلق على الشيخ المجرب، الموصوف بالحكمة، لما لديه من رجاحة عقل وخبرة، وهو ما يعكس صلة التحكيم بمفاهيم العدالة والحياد والخبرة [2].أما من حيث الاصطلاح، فقد عُرّف التحكيم بأنه "نظام خاص للتقاضي ينظمه القانون يسمح بمقتضاه للخصوم في منازعات معينة بأن يتفقوا على اخراج منازعة قائمة أو مستقبلية عن ولاية القضاء العام في الدولة وذلك لتحل هذه المنازعة بواسطة شخص او اشخاص عاديين يختارهم الخصوم ويسندون إليهم الفصل في النزاع"[3]، ويعرف ايضاً بأنه "نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها. أو هو مكنة أطراف النزاع بإقصاء منازعتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبق القانون كي ما تُحل عن طريق أشخاص يختارونهم" [4].

1 . د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1992، ص6.
2 . الفيروزابادي "مجد الدين محمد بن يعقوب" القاموس المحيط اعداد وتقديم محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط ٢، ٢٠٠٣، ص ١٠١١، لويس معلوف، المنجد في اللغة، دار المشرق، بيروت، ط ٣٥، ص ١٤٦.
3 . د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص7.
4 . مصطفى ناطق صالح، دور التحكيم التجاري في حسم المنازعات المصرفية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة بغداد، مجلد15، ال عدد53، ص17.

اما تعرف التحكيم فقها فقد اختلف الفقه في تعريف التحكيم، فذهب جانب من الفقه الى تعريفه بانه "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما او هو جعل الغير حاكما فيكون الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي" [1] وان المراد بالخصمين في التعريف الفقهي اعلاه هما الفريقان المتخاصمان فيشمل ما لو تعدد الفريقان والمراد بالحاكم هو ما يعم الواحد والمتعدد، وعرفه آخرون بانه "الية تهدف الى الفصل في مسألة تتعلق بالعلاقات القائمة بين طرفين او عدة أطراف بواسطة شخص او عدة اشخاص المحكم او المحكمين والذين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يفصلون في المنازعة بناء على هذا الاتفاق، دون ان يكونوا مخولين بهذه المهمة من قبل الدولة"[2]

وعرف الفقه الغربي التحكيم بانه "نظام للقضاء الخاص تقضي فيه الخصومة ويعهد بها الى اشخاص يختارون للفصل فيها" ومن خلال التعاريف يتضح ان الاتفاق على التحكيم قد يحدث قبل النزاع فيسمى شرط التحكيم او يحدث بعد النزاع فيسمى مشارطة التحكيم [3] .اما التحكيم التجاري الدولي فقد عرف على انه بأنه "التحكيم الذي يهدف الى حل المنازعات المالية ذات الطابع الدولي، أي المنازعات التجارية المشتملة على عنصر أجنبي. ويخضع هذا التحكيم كقاعدة عامة لسلطان ارادة الاطراف فيه" [4]وعُرف ايضا بأنه "الية خاصة لفض المنازعات، تجد مصدرها في اتفاق الأطراف، وتتميز بإخضاع المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية او المتضمنة لعنصر أجنبي لأشخاص من الغير، يتم اختيارهم بشكل مباشر او غير مباشر للفصل في المنازعة المعروضة بحكم يتمتع بحجية الامر المقضي فيه"[5].

حيث ان التحكيم كوسيلة لفض المنازعات قد يأتي لحل منازعات مختلفة قد تكون نزاعات جنائية او أحوال شخصية او مدنية، ولكن ما يعنينا في دراستنا هذه هو تحديد مفهوم التحكيم

1 . ناصر محمد عثمان معايير دولية التحكيم، بحث منشور في المؤتمر السنوي السادس عشر التحكيم التجاري الدولي، مج ١، جامعة الأمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ط ١، ٢٠٠٨، ص ١٣.
2 . د. حفيظة السيد حداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٧، ص ٤٣.
3 . ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار الفكر العربي، 1981، ص19.
4 . د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص ١٩، د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص ٨٢ وما بعدها.
5 . د. طارق كاظم عجيل، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة اهل البيت كلية القانون جامعة ذي قار، بالعدد 25، ص396.

التجاري الدولي والذي يكون موضوع المنازعة فيه ناشئا عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية كانت ام غير عقدية، ومن بعض الامثلة على ما يعتبر من قبيل الاعمال التجارية (يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية كانت أو غير عقدية) ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات المصارف والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والإنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية [1].مما لا شك فيه أن التحكيم التجاري الدولي وكما هو واضح من تعاريف الفقهاء يتميز بانه قضاء خاص إن مصدره اتفاق الأطراف ويؤدي وظيفة حسم النزاع الناشئ بين الأطراف. ويكون حكمه ملزم للأطراف الذين اختاروه ويتعلق بالتجارة الدولية او مشوب بعنصر أجنبي. أما بالنسبة للتشريعات فنجد ان قانون المرافعات العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل لم يشرْ الى تعريف التحكيم ولكنه أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما أجاز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين أما قانون الاستثمار العراقي النافذ فلم يشرْ ايضا إلى تعريف التحكيم ولكنه أشار في المادة (27) الفقرة (4) منه على انه "يجوز لأطراف النزاع الالتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي".

أما بالنسبة للقانون المصري فقد أشار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل في نص المادة (٤) الفقرة (١) على انه" ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بأراداتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى أجراءات التحكيم بمقتضى أتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن ذلك"

أما التحكيم التجاري فأنه يعد تجاريا إذا كان النزاع قد نشأ عن علاقة قانونية ذات طبيعة اقتصادية، وذلك ما أكدته المادة (2) من قانون التحكيم المصري. والتي تقضي بأنه "يكون

1 . د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية / دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص 41

التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت او غير عقدية ...".

أما التحكيم الدولي فقد عرّفه في المادة الثالثة بأنه " كل تحكيم موضوعه نزاع يتعلق بالتجارة الدولية، ويُعتبر دوليًا إذا توفر أحد ما يلي:

1 مركز الأعمال الرئيسي لأحد الطرفين يقع في دولة أخرى وقت إبرام الاتفاق.

2 توافق الطرفين على اللجوء إلى منظمة أو مركز تحكيم دولي دائم (سواء داخل مصر أو خارجها).

3 موضوع النزاع يمتد إلى أكثر من دولة.

4 إذا كان المركزان في نفس الدولة وقت الاتفاق، وكان مكان إجراء التحكيم أو تنفيذ الالتزامات أو الموضوع مرتبطًا بدولة أخرى"

كما عرفه قانون التحكيم السوري بأنه "اسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلا من القضاء سواء كانت الجهة التي ستتولى اجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة او مركزا دائما للتحكيم ام لم تكن كذلك" [1]

عرّف القانون السوري التحكيم التجاري الدولي بأنه:" التحكيم الذي يكون موضوع النزاع متعلقًا بالتجارة الدولية – ولو جرى داخل سوريا – وذلك إذا كان مركز الأعمال الرئيسي للطرفين في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، أو مكان إجراء التحكيم، أو تنفيذ جزء جوهري من الالتزام، أو الموضوع نفسه مرتبط بأكثر من دولة واحدة"[2].

يتضح من استعراض التعاريف السابقة أن التحكيم يُعد قضاءً خاصًا، لا يرتبط بالنظام القضائي الرسمي للدولة من الناحية الإدارية أو التنظيمية، سواء أُجري بواسطة أفراد أو هيئات تحكيمية.

1 . المادة 1 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008
2 . المادة 2 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008

وهو بهذا المعنى يمثل وسيلة بديلة لحل النزاعات خارج إطار القضاء العام، تستند إلى إرادة الأطراف واستقلالية الإجراءات. أما من حيث التمييز بين الأعمال التجارية وغيرها، فإن الاعتماد على مصطلحات اقتصادية بحتة – مثل وصف النشاط بأنه "اقتصادي" أو "ربحي" – لا يُعد كافيًا أو دقيقًا، وذلك لأن العديد من الأنشطة، كالأعمال الزراعية مثلاً، تندرج ضمن الأنشطة الاقتصادية، لكنها لا تُعد بالضرورة من قبيل الأعمال التجارية بحسب التصنيف القانوني. ولذلك، فإننا نرى أن نهج المشرّع المصري أكثر واقعية واتساقًا، إذ لم يكتفِ بوصف الأعمال التجارية بصفة عامة، بل عمد إلى تحديدها من خلال تعداد أمثلة واضحة، مع ترك المجال مفتوحًا لقياس ما يماثلها عليها، مما يُسهّل التكييف القانوني للنزاعات في سياق التحكيم التجاري.

نقترح على المشرع العراقي تعريف التحكيم التجاري الدولي بأنه " وسيلة قانونية يتفق بموجبها طرفان أو أكثر على إحالة النزاع الناشئ عن علاقة تجارية ذات طابع دولي إلى هيئة تحكيم مستقلة، للفصل فيه بقرار مُلزم، ويُعد النزاع ذا طابع دولي إذا كان لأطرافه مراكز أعمال رئيسية في دول مختلفة، أو إذا كان محل النزاع أو تنفيذه أو أثره يمتد إلى أكثر من دولة، سواء جرى التحكيم داخل العراق أو خارجه."

المطلب الثاني: تمييز التحكيم التجاري الدولي عن غيره من النظم المشابهة

تبدو اهمية هذا التمييز في ان التحكيم التجاري الدولي ليس هو النظام الوحيد الذي يتدخل فيه شخص من الغير مختار بمعرفة الخصوم في علاقاتهم التعاقدية، فالغير قد يتدخل في علاقة الخصوم على أكثر من وجه؛ كخبير، أو كوسيط، أو كمحكم، فما هو المعيار الذي يمكن عن طريقه التمييز بين التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض المنازعات وبين كل من التوفيق والصلح والخبرة والتحكيم الداخلي

سوف نتناول في هذا المطلب التمييز بين التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض المنازعات وبين كل من التوفيق والصلح والخبرة والتحكيم الداخلي وذلك على النحو التالي:

الفرع الاول: التحكيم التجاري الدولي والتوفيق: يُعد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بمثابة قبول صريح من جميع الأطراف المعنية بأن يكون القرار التحكيمي هو الفصل النهائي في النزاع القائم بينهم، دون الرجوع إلى القضاء الوطني. فالتحكيم يمثل خيارًا نهائيًا وحاسمًا يُستبعد بموجبه الطريق القضائي العادي، ما لم ينص الاتفاق على خلاف ذلك. وبناءً عليه، فإن الاتفاق المقترن بتحفظ أحد الأطراف أو جميعهم بالاحتفاظ بحق اللجوء إلى القضاء وطرح النزاع عليه، لا يُعد اتفاق تحكيم بالمعنى القانوني الصحيح، لأنه ينفي عن التحكيم صفته الإلزامية والنهائية. وعليه، فإن الأطراف عندما يبرمون اتفاق تحكيم، فإنهم لا يُكلّفون المُحكَّم بمهمة الوساطة أو التوفيق، ولا يُمنح لهم حق اللجوء إلى القضاء في حال فشل تلك المحاولات، بل يُفهم من ذلك أنهم ارتضوا أن يكون التحكيم بحد ذاته هو وسيلتهم الوحيدة والنهائية لحل النزاع[1]. في المقابل، فإن التوفيق يُفهم على أنه "اتفاق الأطراف على السعي إلى تسوية النزاع بشكل ودي، عبر شخص أو لجنة يختارونها تُعرف بالموفق أو الموفقين"، حيث تقتصر مهمة الموفق على استجلاء مواضع الخلاف وتقديم مقترحات غير ملزمة لحل النزاع. وتظل هذه المقترحات رهينة بقبول الأطراف، فإن قُبلت انتهى النزاع وديًا، وإن لم تُقبل، بقي للأطراف الحق في اللجوء إلى القضاء أو التحكيم[2].ومن ثم، فإن التوفيق يظل نظامًا إراديًا بالكامل من حيث بدايته ونهايته، ولا يرتب التزامات قانونية مُلزمة، مما يُضعف من أثره الحاسم في إنهاء النزاع. على عكس التحكيم، الذي يُنتج حكمًا نهائيًا مُلزمًا للخصوم، يصدر عن هيئة تحكيم ذات طبيعة قضائية مستقلة، ويُعد بمثابة فصل قاطع في النزاع.

الفرع الثاني: التحكيم التجاري الدولي والصلح: نصت المادة (698) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل على أن الصلح هو: "عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي". ويتفق الصلح مع التحكيم من حيث الأساس المشترك بينهما، إذ يُفترض في كلٍّ منهما وجود نزاع بين طرفين، ويهدف كلاهما إلى حسم هذا النزاع خارج إطار القضاء التقليدي.

1 . د. فوزي محمد سامي مصدر سابق، ص١٨.
2 . د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، الكويت، ١٩٩٦، ص ٢٠.

كما يشتركان في أن ما لا يجوز التصالح عليه، لا يجوز أيضًا التحكيم بشأنه، باعتبار أن كليهما يقوم على تنازل جزئي عن الحقوق.

إلا أن هناك فروقات جوهرية بين الصلح والتحكيم التجاري الدولي، أبرزها:

1- أن الصلح يتم بإرادة الطرفين بدءًا وانتهاءً، أي أن حسم النزاع يتم من خلال اتفاق مباشر بين المتنازعين أنفسهم، دون تدخل طرف ثالث ملزم. أما التحكيم التجاري الدولي، وإن بدأ باتفاق الطرفين، إلا أنه ينتقل بعد ذلك إلى يد هيئة التحكيم، التي تتولى إدارة الإجراءات وإصدار القرار التحكيمي دون أن يكون للطرفين سلطة التدخل في مجريات الفصل.

2- يُعد الصلح تصرفًا تعاقديًا ناتجًا عن عمل إرادي مشترك، في حين يُعتبر التحكيم عملًا قضائيًا يتم الفصل فيه من قبل المحكم، الذي يُصدر حكمًا له ذات القوة الملزمة التي يتمتع بها الحكم القضائي.

3- كما أن الصلح يقوم غالبًا على تنازل متبادل من كل طرف عن جزء من حقوقه بهدف الوصول إلى تسوية ودية، في حين أن التحكيم لا يشترط هذا التنازل، إذ يمكن للمحكم أن يُصدر حكمًا بكامل حقوق أحد الطرفين، حتى في الحالات التي يُفوَّض فيها "بالحكم على وجه الصلح"[1].

وهكذا، يتضح أن الصلح يظل في جوهره تسوية رضائية إرادية، بينما التحكيم، رغم نشأته التعاقدية، يأخذ طابعًا قضائيًا ملزمًا في مراحله النهائية.

الفرع الثالث: التحكيم التجاري الدولي والخبرة: تُعد وظيفة المحكَّم مختلفة جوهريًا عن وظيفة الخبير، سواء من حيث الطبيعة القانونية للمهمة أو من حيث الأثر المترتب عليها. فالخبير يُكلَّف عادةً بإبداء الرأي الفني في مسألة معينة تُعرض عليه من المحكمة أو هيئة التحكيم،

1 . د. محسن شفيق التحكيم التجاري الدولي دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، بلا سنة طبع ص ١٤ – ١٥. ود. فوزي محمد سامي مصدر سابق، ص ١٨.

ويكون دوره استشاريًا فقط، أي أن رأيه غير ملزم للخصوم أو للجهة التي تنظر النزاع، سواء كانت محكمة أو هيئة تحكيمية. وبذلك، فإن الخبير لا يفصل في جوهر النزاع، بل يُستعان به لإيضاح جانب فني أو تقني غامض ضمن القضية المطروحة، دون أن تكون له سلطة اتخاذ قرار حاسم فيها، ولذلك لا يُعد محكَّمًا بأي حال.

أما المحكَّم، فمهمته تختلف تمامًا، إذ إنه يُخوَّل سلطة الفصل في موضوع النزاع، ويُصدر حكمًا تحكيميًا ملزمًا ونهائيًا لطرفي النزاع. ويُعد هذا الحكم بمثابة قرار قضائي صادر عن هيئة تحكيمية مستقلة. ويُضاف إلى ذلك أن هناك فرقًا في آلية العمل بين كل من المحكَّم والخبير. فالمحكَّم يعتمد في إصدار قراره على ما يُقدمه له الأطراف من مستندات ووثائق قانونية، وما يُثار خلال المرافعات من دفوع وطلبات، كما أنه يلتزم بمبدأي العلانية والعدالة، ويجب أن يُمنح كل طرف حق الدفاع الكامل، والاطلاع على ما يُقدمه الطرف الآخر. أما الخبير، فإنه يُباشر مهمته الفنية استنادًا إلى خبرته الذاتية ومعلوماته السابقة، إضافة إلى ما يُقدَّم له من بيانات، وله أن يُبدي رأيه أو يمتنع عن ذلك، دون أن يكون مُلزمًا بإتباع قواعد المرافعة والخصومة، ودون حاجة للرجوع إلى الأطراف في كل جزئية من جزئيات عمله [1].ومن هنا، يُشبه المحكَّم في وظيفته القاضي، إذ يتولى حسم النزاع وفقًا للإجراءات والأصول القانونية، بينما يبقى الخبير مساعدًا فنيًا للهيئة القضائية أو التحكيمية، لا يُناط به إصدار أحكام أو تقرير الحقوق.

الفرع الرابع: التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي: يعد التحكيم الداخلي ذلك النوع من التحكيم الذي تتركز جميع عناصره داخل دولة واحدة، سواء من حيث موضوع النزاع، أو جنسية الأطراف، أو المحكّمين، أو مكان تنفيذ الحكم، دون أن يمتد أي من عناصره خارج نطاق تلك الدولة. أما التحكيم التجاري الدولي، فهو على النقيض من ذلك، حيث تتوزع عناصره بين أكثر من دولة، ويُعد التحكيم دوليًا متى كان، على سبيل المثال، مكان التحكيم في دولة تختلف عن الدولة التي يُراد تنفيذ الحكم فيها، أو إذا كان الأطراف من جنسيات مختلفة، أو إذا كان موضوع النزاع متعلقًا بتجارة دولية[2]. وتُعد التفرقة بين التحكيم الداخلي والدولي ذات أهمية بالغة، نظرًا

1 . د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٢٤٦.
2 . د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص20.

لما يُثيره التحكيم التجاري الدولي من إشكاليات قانونية خاصة تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، ومن أبرز هذه الإشكاليات: **تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم،**

تحديد القانون الذي يُحكم إجراءات التحكيم، وتحديد القانون الذي يُنظّم موضوع النزاع التحكيمي ذاته. كما أن هذه التفرقة تُؤثر في نطاق سريان بعض القواعد القانونية الخاصة، والتي يُحصر تطبيقها على التحكيم التجاري الدولي فقط دون الداخلي. ومثال ذلك القاعدة التي أقرها القضاء الفرنسي، والمتعلقة بصحة شرط التحكيم الوارد في العقد المُبرم بين دولة أو جهة عامة، متى كان العقد دوليًا ومرتبطًا بمصالح التجارة الدولية[1].وعلاوة على ما تقدم، تبرز التفرقة بين التحكيم الداخلي والدولي في مدى الرقابة القضائية التي تُمارسها المحاكم الوطنية على أحكام التحكيم. وهنا تختلف الأنظمة القانونية باختلاف معاييرها في أمرين أساسيين:

نطاق الرقابة: فبعض التشريعات تُشدّد الرقابة على أحكام التحكيم الداخلي، بينما تُخففها أو حتى تُغفلها في التحكيم ذي الطابع الدولي.

طبيعة الرقابة: إذ تسمح بعض الأنظمة بالطعن في أحكام التحكيم الداخلي بوسائل تختلف عن تلك المقررة للطعن في أحكام التحكيم الدولي.

ومن ناحية أخرى، فإن أحكام التحكيم الداخلي لا تستفيد عادةً من المعاهدات الدولية التي تنظم مسألة الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مثل اتفاقية نيويورك لعام 1958، والتي يقتصر نطاقها على أحكام التحكيم ذات الطابع الدولي، ومع أن هذه التفرقة تُعد من المسائل الجوهرية، إلا أن الدول تتبنى معايير مختلفة في تحديد "دولية التحكيم". فبعضها يعتمد على المعيار الاقتصادي، أي أن التحكيم يُعد دوليًا متى اتصلت المنازعة بمصالح التجارة الدولية. بينما تعتمد دول أخرى على المعيار الجغرافي، والذي يستند إلى تعدد جنسية الأطراف، أو اختلاف أماكن التحكيم والتنفيذ، أو موقع مراكز أعمال الأطراف.

1 . د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص 94و95.

المبحث الثاني: معيارية التحكيم التجاري الدولي

تتجلّى الأهمية البالغة في التمييز بين ما إذا كان التحكيم يُجرى بشأن مسائل تجارية أو مسائل مدنية، وذلك بالنظر إلى اختلاف القواعد القانونية التي تحكم كل من المجالين. فالقانون التجاري يتميّز بمجموعة من الأحكام الخاصة تختلف عن تلك المقررة في القانون المدني، لا سيما في موضوعات مثل: (قواعد الإثبات، والتضامن بين المدينين، الإعذار ومهلة الوفاء (نظرة الميسرة)، قابلية الحق للتداول، الإفلاس، صفة التاجر)، وبالإضافة إلى ما سبق، فإن التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي شكّلت محل اهتمام فقهي واسع، وخاصةً في سياق إعداد وصياغة اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها. فقد دعت غرفة التجارة الدولية في باريس آنذاك إلى اعتماد مصطلح "التحكيم الدولي"، للدلالة على ذلك النوع من التحكيم الذي ينفصل عن الأنظمة القانونية الوطنية، ويُستجاب من خلاله لمتطلبات التجارة الدولية، دون أن يكون خاضعًا لسيادة قانون وطني بعينه. وعليه، ونظرًا لأهمية هذه التفرقة في التكييف القانوني لنوع التحكيم، وتحديد النظام القانوني المطبق عليه، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين:

المطلب الأول: معايير تجارية التحكيم

المطلب الثاني: معايير دولية التحكيم

المطلب الأول: معايير تجـــاريـــة التحكيم

تبرز ضرورة التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال غير التجارية (المدنية) باعتبار أن كلا النوعين يخضع لنظام قانوني مختلف، فالأعمال التجارية تنفرد بمجموعة من القواعد التي تتسم بالمرونة والسرعة وتراعي عنصر الائتمان، بخلاف الأعمال المدنية التي تخضع لقواعد أكثر تحفظًا وشكلية. وانطلاقًا من هذا التمايز، أصبح من الضروري وضع معيار دقيق يميز بين العمل التجاري والعمل المدني، لضمان تطبيق القواعد القانونية الملائمة على كل نوع منهما.

ورغم الأهمية البالغة لهذا التمييز، إلا أن غالبية التشريعات لم تضع تعريفًا جامعًا مانعًا لمفهوم العمل التجاري، وإنما اكتفت بتعداد بعض الأنشطة التي اعتبرتها ذات طبيعة تجارية، وألحقت بها ما يشابهها من أعمال. وقد تبنّى بعض الفقه هذا الاتجاه، معتبرًا أن معيار التمييز ينبغي أن يُستمد من القانون الوطني المعني، غير أن هذا الرأي يغفل عن أن التمييز بين العمل التجاري وغير التجاري ليس مجرد مسألة داخلية، بل له انعكاسات مباشرة في سياق التحكيم التجاري الدولي، حيث يتوقف على هذا التمييز تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحال إلى التحكيم. وفي إطار البحث الفقهي، ظهرت نظري نظريتين لتمييز العمل التجاري عن العمل غير التجاري وهما النظرية الشخصية وتضمنت هذه النظرية معيارين هما معيار الحرفة، ومعيار المشروع، والنظرية الموضوعية تضمنت ثلاثة معايير هي معيار المضاربة ، ومعيار التداول ، ومعيار التداول بقصد المضاربة وسنتناول هاتان النظريتان ومعاييرهما بالبحث في فرعين تباعا :

الفرع الأول: النظرية الشخصية (الاقتصادية): وبمقتضى هذه النظرية فان العمل يكون تجاريا اذا مارسه التاجر، اي أن العمل يكتسب الطبيعة التجارية إذا صدر ممن له صفة التاجر، وقد وضعت هذه النظرية معيارين لتمييز التاجر عن غير التاجر فإذا تم تمييز التاجر عن غير التاجر اصبح من السهل تمييز العمل التجاري عن غير التجاري ، وقد انتقدت هذه النظرية فهي وان اوجدت معياران لتمييز التاجر عن غيره إلا ان الاخذ بها في كل الاحوال ينطوي على ظلم للتاجر فهي تفترض ان كل الاعمال التي يقوم بها التاجر تجارية والحقيقة ليست كذلك فقد يشتري التاجر منزلا ليسكنه او يقوم بنقل بضاعة لمساعدة منكوبين او محتاجين، يضاف الى ذلك عدم وجود معيار دقيق يفرق بين التاجر و غير التاجر ولكون هذه النظرية تعتمد في تحديد نطاق القانون التجاري على التاجر و تعتبر القانون التجاري القانون الذي ينظم عمل ألتجار[1] عليه سأتناول معياريها بالبحث تباعا :

1 . د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص25.

اولاً: معيار الحرفة: بمقتضى هذا المعيار فان العمل يعتبر تجاريا استنادا الى من يمارسه (مضمونها أن العمل التجاري هو كل عمل يصدر من شخص احترف التجارة) [1] و أساس هذا المعيار هو القانون التجاري الفرنسي حيث نص على ما يلي "يعد تاجرا كل شخص طبيعي او معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة له " [2] وقد انتقد هذا المعيار بشدة ، حيث ان هذا المعيار يحتاج الى معيار اخر نحدد بموجبه العمل التجاري لكي يمكن ان نطلق على من يحترفه صفة التاجر، حيث ان الاخذ بهذا المعيار(يجعلنا ندور في حلقة مفرغة فنقول أن التاجر هو الذي يمارس عملا تجاريا و العمل التجاري هو الذي يقوم به التاجر) [3]، يضاف الى ذلك فان هناك كثير من الاعمال تمارس لمرة واحدة وتكون الغاية منها تجارية "كما أن معيار الحرفة يؤدي لإخراج أعمال ذات طبيعة تجارية فقط لأنها لم تصدر من شخص يحترف التجارة كالأوراق التجارية والتصرف بها و الأعمال المنفردة" [4].

عليه فان هذا المعيار لا يكفي وحده لتمييز العمل التجاري عن العمل غير تجاري، اذ يعتبر العمل تجاريا اذا كان متعلقا بمزاولة حرفة تجارية وغير تجاري او(مدنيا) إذا لم يكن متعلقا بمزاولة الحرفة التجارية حتى لو كان القائم بها تاجرا، ويترتب على هذا المعيار أن تصبح التفرقة بين الأعمال التجارية بطبيعتها والأعمال التجارية بالتبعية عديمة الفائدة لأن الأعمال التجارية حسب هذا المعيار هي جميع الأعمال التي تتعلق بالحرفة التجارية، مثلا عندما يقوم فلاح بشراء مكائن زراعية لا ليستعملها لزراعته فقط بل ليعمل عليها ويستثمرها، ووفقا لما تقدم فان هذا المعيار يتطلب تدخل قانوني لحصر الحرف التجارية أو وضع معيار للتفرقة بين الحرفة التجارية والحرفة غير التجارية (المدنية)، إلا ان القوانين الحديثة لم تأخذ بهذا المعيار فقط بل لجأت الى وضع معايير قانونية يمكن بواسطتها تمييز العمل التجاري عن العمل غير التجاري.

1 . د. نداء محمد الصوص، مبادئ القانون التجاري، دار اجنادين، مكتبة المجتمع العربي، عمان الأردن ط 1 ،2007، ص 18
2 . المادة 1 من القانون التجاري الفرنسي.
3 . د. الشاذلي نور الدين، القانون التجاري /مدخل للقانون التجاري، دار العلوم، الجزائر،2003، ص 33.
4 . د. فوزي محمد سامي، شرح القانون ألتجاري المجلد الاول، مكبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط 1، 997، ص 39.

ثانياً: معيار المشروع: ويعتمد هذا المعيار على معيار الحرفة ويعتبره اساسا له، ولكن استنادا الى هذا المعيار فان معيار وجود الحرفة هو وجود المشروع، أي ان العمل لكي يكون تجاريا يجب ان يمارسه الشخص بشكل معتاد ومتكرر بشكل مشروع وباعتماد هذا المعيار يكون من السهل تمييز العمل التجاري عن العمل غير التجاري اذ من السهولة التعرف على المشروع كفتح محل تجاري او مكتب تجاري أو مصنع، ولهذا المعيار أساس قانوني فبعض الأعمال لا تعتبر تجارية قانونا إلا إذا مورست على شكل مشروع أو مقاولة مثل أعمال توريد ونقل البضائع او الاشياء او الاشخاص والوكالة بالعمولة، وقد انتقد هذا المعيار ايضا ، كونه لم يوضح متى يكون المشروع تجاريا ومتى يكون المشروع غير تجاري، فهناك مشاريع خيرية لا تهدف الى الربح، كما ان هناك مشاريع البحث العلمي التي لا تهدف كذلك الى الربح، وبالنظر الى التشريعات التجارية الحديثة نرى انها لم تعتمد معيارا واحدا يمكن ان نميز من خلاله العمل التجاري عن العمل غير التجاري، لكون أن الأعمال التجارية التي ذكرتها كافة التشريعات لم تكن تستند الى معيار واحد حيث أن بعضها يعتبر تجاريا ولو وقع منفردا وأيا كانت صفة القائم به تاجرا أم غير تاجر، في حين أن بعضها الآخر لا يعتبر كذلك إلا إذا وقع على سبيل الاحتراف، وفقاً لهذا المعيار (لأنها تستبعد العمل المنفرد و إن كان يهدف لتحقيق الربح كما تستبعد ما يعرف بالأعمال التجارية بطبيعتها كما أنه إلى جانب المقاولات التجارية توجد مقاولات مدنية) [1]. نحن نتفق مع من يذهب الى انه لا يمكن الاخذ بمعيار واحد (لأن الأخذ بكل معيار على حدى لا يكفي لتعريف العمل التجاري لكن كل المعايير تساهم في تحديد نطاق القانون التجاري و تعدد المعايير يسهل على القاضي حل النزاعات كما يوسع من نطاق القانون التجاري بما يتوافق مع التطور الاقتصادي ألسريع) [2].

مما تقدم فأنه يجب طرح المعايير الشخصية (الاقتصادية) جانبا والبحث عن معايير موضوعية (قانونية) يمكن من خلالها تمييز الاعمال التجارية عن الاعمال غير تجارية من خلال العمل القانوني ذاته.

1 . د. فوزي محمد سامي، المصدر السابق، ص 39
2 . د. شاذلي نور الدين، المصدر السابق، ص 33

الفرع الثاني: النظرية الموضوعية(القانونية): وبمقتضى هذه النظرية فإن العمل يكون تجاريا استنادا الى طبيعته دون النظر لصفة القائم به سواء كان تاجرا ام لا. وقد تمخضت هذه النظرية عن ثلاثة معايير مرتبطة بطبيعة النشاط الذي يقوم به الشخص بغض النظر عما اذا كان تاجرا ام لا، وقد تكون هذه النظرية اوسع من سابقتها (هي التي تنظر إلى القانون التجاري على أنه قانون النشاط التجاري و ليس قانون التجار)[1] .وسأتناول هذه المعايير الثلاثة بالبحث تباعا .

اولاً: معيار المضاربة: بمقتضى هذا المعيار فان العمل يكون تجاريا اذا كان بقصد الربح، (وفقا لها فإن العمل التجاري هو العمل الذي يهدف لتحقيق الربح) [2] وان من اهم اوجه انتقاد هذا المعيار هو ان هناك كثير من الاعمال التي تهدف الى تحقيق الربح لكنها ليست تجارية مثل المهن الحرة و ألزراعة كذلك لأن قصد الربح أمر كامن في النفس لا يمكن الوقوف عليه بسهولة، ولكن رغم انتقاد هذه النظرية إلا أن هذا لا ينفي كونها جاءت بعنصر جوهري في الأعمال التجارية و هو المضاربة لتحقيق الربح [3] .ويعتمد هذا المعيار لتمييز العمل التجاري عن العمل غير تجاري على عنصر المضاربة وتحقيق الربح، أي ان كل نشاط يسعى من خلاله الشخص الى تحقيق الربح يكون عملا تجاريا، فالمضاربة تكون صفة جوهرية من صفات النشاط التجاري والتي يمكن من خلالها ان نضع اطارا محددا للعمل التجاري، فهي تضع كل عمل يهدف الى تحقيق الربح في قائمة الاعمال التجارية[4].

وقد انتقد هذا المعيار حيث ان الاخذ به في كل الاحوال يؤدي الى اطلاق الصفة التجارية ليس فقط على العمل التجاري وحده بل تكون ملازمة لكل الاعمال حيث تشمل حتى اصحاب المهن الحرة فأصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامي يسعون إلى تحقيق الربح وبالتالي فإن الأخذ بهذا المعيار سيؤدي إلى إضفاء الصفة التجارية على أعمال المحاماة والطب والتي هي اعمال مدنية بحته، في حين لم يفسر هذا المعيار اساس تجارية بعض الاعمال التي يعتبرها القانون تجارية رغم عدم توافر قصد المضاربة فيها كسحب الكمبيالات،

1 . د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص25.
2 . د. فوزي محمد سامي، المصدر السابق، ص 39
3 . د. نداء محمد الصوص، المصدر السابق، ص 18
4 . د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص33.

كما ان الاخذ بهذا المعيار يؤدي الى اعتبار بيوع التاجر التي لا تؤدي الى تحقيق الربح من قبيل الاعمال التجارية كما في حالة البيع بسعر التكلفة والتي غالبا ما يرمي من ورائها التجار الى تحقيق ارباح غير منظورة. وهكذا فإنه لا يمكن الأخذ بمعيار المضاربة وحده كأساس للتفرقة بين العمل التجاري والعمل الغير تجاري فهذا المعيار واسع من ناحية وضيق من ناحية أخرى[1].

ثانياً: معيار التداول: وبمقتضى هذا المعيار فان العمل يكون تجاريا حسب إذا تعلق بالتوسط في تداول الثروات منذ خروجها من يد منتجها و حتى وصولها للمستهلك أما إنتاج السلع فلا يدخل في مفهوم العمل التجاري لأن السلعة لم تدخل بعد في دائرة التداول "وكذلك شراء المستهلك للسلعة يعد مدنيا و ليس تجاريا لأنها لا تطرح للتداول من جديد" [2] ويبين هذا المعيار أن العمل التجاري يتحقق في التوسط في عملية تداول السلعة والنقود والصكوك في وقت واحد وبأن العمل التجاري هو العمل الذي يرمي إلى تسهيل تداول هذه الثروات من وقت خروجها من يد المنتج إلى حين استقرارها في يد المستهلك واستنادا الى هذا المعيار يعتبر من قبيل الاعمال التجارية تطبيقا قيام اصحاب المصانع والمشاغل بشراء المواد الأولية لتحويلها إلى سلع صالحة للاستهلاك، وعلى العكس من ذلك لا يعتبر من قبيل الاعمال التجارية وفقا لهذا المعيار الاعمال التي تخص هذه المواد الاولية دون تداولها، ويؤخذ على هذا المعيار أن التوسط في التداول إذا لم يكن مقترن بقصد المضاربة وتحقيق الربح فانه لا يعد من قبيل الاعمال التجارية وبالتالي يخرج من نطاق القانون التجاري نشاطات الجمعيات التعاونية الاستهلاكية، ولا تعد من قبيل الاعمال التجارية كونها تقتصر على أعضائها ولا تهدف الى تحقيق الربح كونها تبيع بسعر التكلفة ، كما أن هذا المعيار لا يتفق واتجاه القوانين الحديثة في القانون التجاري فالصناعات الاستخراجية للنفط والمعادن تعتبر وقفا لمنطوق هذا المعيار أعمالا غير تجارية، وقد انتقد هذا المعيار بما انتقد به سابقيه كونه يدخل تحت وصف الاعمال التجارية اعمالا لا تعتبر تجارية، ويستبعد من قائمة الاعمال التجارية اعمالا تعد من قبيل

1 . د. شاذلي نور الدين، المصدر السابق، ص 27
2 . د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص34.

الاعمال التجارية، عليه فهذا المعيار لا يصلح وحده كأساس لتمييز العمل التجاري عن غير التجاري[1] .

ثالثاً: معيار التداول بقصد المضاربة: وقد ظهر هذا المعيار ليتجاوز سلبيات المعيارين السابقين حيث جمع هذا المعيار بين معياري المضاربة والتداول، وبمقتضاه يكون العمل تجاريا اذا كان يهدف الى تحقيق الربح من خلال التوسط في تداول الثروات، وقد وفق هذا المعيار في تجاوز بعض سلبيات المعيارين السابقين ولكنه لم يسلم من الانتقاد كون الاخذ به في كل الاحوال يؤدي الى اخراج الاعمال التي تأتي بصيغة مشاريع من مفهوم الاعمال التجارية[2].

نستخلص مما سبق انه لا يمكن الاخذ باي معيار من المعايير السابقة لوحده واعتماده كأساس لتمييز العمل التجاري عن العمل غير التجاري عليه فان التشريعات الحديثة لم تأخذ بأي معيار من المعايير السابقة لوحده بل لجأت الى اعتماد التعداد على سبيل الحصر تارة وعلى سبيل المثال تارة اخرى بعد ان عجز الفقه عن ايجاد معيار جامع مانع .والسبب في ذلك حسب رأينا محاولة القوانين الحديثة ادخال اكبر عدد من النشاطات المتنوعة التي لا يجمع بينها ضابط محدد ضمن مفهوم العمل التجاري والسبب في ذلك ايجاد مصادر تمويل متعددة للموازنات المالية الحكومية والتوسع في مصادر الدخل العامة للدولة لمواجهة النفقات المتزايدة .

الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة: في اطار المشرع العراقي فقد نص قانون التجارة العراقي النافذ على ما يلي "تعتبر الاعمال التالية اعمالا تجارية اذا كانت بقصد الربح ويفترض فيها هذا القصد مالم يثبت العكس:

اولا: شراء او استئجار الاموال منقولة كانت ام عقار لأجل بيعها او ايجارها.

ثانيا: توريد البضائع والخدمات.

ثالثاً: استيراد البضائع وتصديرها وأعمال مكاتب الاستيراد والتصدير

1 . د. شاذلي نور الدين، المصدر السابق، ص 28
2 . د. نداء محمد الصوص، المصدر السابق، ص 18.

رابعا: الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية.

خامسا: النشر والطباعة والتصوير والإعلان.

سادسا: مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة.

سابعا: خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الأخرى.

ثامنا: البيع في محلات المزاد العلني.

تاسعا: نقل الاشياء او الأشخاص.

عاشرا: شحن البضائع او تفريغها او إخراجها.

حادي عشر: التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية.

ثاني عشر: استيداع البضائع في المستودعات العامة.

ثالث عشر: عمليات المصارف.

رابع عشر: التامين.

خامس عشر: التعامل في أسهم الشركات وسنداتها.

سادس عشر: الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة وأعمال الوساطة التجارية الأخرى" [1]

كما نص قانون التجارة العراقي على ما يلي " يكون انشاء الاوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملا تجاريا بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته " [2]، وقد نص ايضاً على انه

1 . المادة 5 من القانون التجاري العراقي رقم 30 لسنة 1984.
2 . المادة 6 من القانون التجاري العراقي رقم 30 لسنة 1984.

" أولا : لا يعتبر تاجرا من يمارس حرفة صغيرة ، ثانيا : تعتبر حرفة صغيرة كل حرفة ذات كلفة زهيدة يمارسها الشخص مقتصرا في ذلك على نشاطه البدني او على استخدام آلات ذات قوة محركة صغيرة" [1].

أما في إطار القانون المصري فأن التحكيم يعد تجاريا إذا كان النزاع قد نشأ عن علاقة قانونية ذات طبيعة اقتصادية، وذلك ما أكدته المادة (2) من قانون التحكيم المصري والتي تقضي بأنه "يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون اذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت او غير عقدية ...". وفي إطار قواعد القانون النموذجي للتحكيم لسنة (١٩٨٥) لم يتم وضع معيار محدد لمعرفة متى يكون التحكيم تجاريا، ولكن قواعد القانون النموذجي ذكرت الحالات التي يمكن اعتبار التحكيم فيها تجاريا، حيث ذكرت مصطلح "التجارية" يجب ان يفسر تفسيرا موسعا؛ ليشمل جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية تعاقدية او غير تعاقدية حيث ان العلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل – وليس على سبيل الحصر – الحالات الآتية: "جميع المعاملات التجارية العابرة للحدود او تبادل البضائع والخدمات اتفاقات التوزيع، التمثيل التجاري، التأجير التمويلي، انشاء المصانع الخدمات الاستشارية الهندسة الترخيص، الاستثمارات التمويل العمليات البنكية التأمين اتفاقات الاستغلال والامتياز الشركات المشتركة والأشكال الاخرى للتعاون الصناعي والتجاري، نقل البضائع والاشخاص سواء الجوي او البحري او البري" [2].

يتضح من خلال العرض السابق لمواقف التشريعات أن التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال غير التجارية (المدنية) يمثل مسألة محورية، لها أثر بالغ في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، لا سيما عندما يكون النزاع محل تحكيم. إذ أن النظام القانوني الذي يُحكم العلاقة التجارية، سواء من حيث الإثبات، أو التقادم، أو التضامن، أو شروط ممارسة النشاط، يختلف اختلافًا جذريًا عن ذلك المطبق في العلاقات المدنية.

1 . المادة 11 من القانون التجاري العراقي رقم 30 لسنة 1984.
2 . د. ناصر عثمان محمد عثمان المصدر السابق، ص ٦٤.

وقد بيّنا أن غالبية التشريعات، بما فيها القانون العراقي، لم تعتمد معيارًا جامعًا مانعًا لتعريف "العمل التجاري"، وإنما لجأت إلى التعداد التشريعي لبعض الأعمال التي تعتبر تجارية بطبيعتها، وفتحت المجال لإلحاق الأعمال المشابهة بها، ما يضفي على هذا التعداد طابعًا غير حصري. كما أن المشرع العراقي اشترط في بعض الحالات قصد الربح وصفة التكرار أو الاحتراف ليُضفى على العمل الصفة التجارية، بينما اعتبر أعمالًا أخرى تجارية بصرف النظر عن هذه الشروط. أما في مجال التحكيم، فإن تحديد ما إذا كان التحكيم "تجاريًا" من عدمه يرتبط ارتباطًا وثيقًا بطبيعة العلاقة القانونية محل النزاع، وهو ما أكد عليه كل من التشريع المصري وقواعد القانون النموذجي (الأونسيترال)، حيث تم تفسير "الطبيعة التجارية" تفسيرًا موسعًا ليشمل كافة المعاملات ذات الطابع الاقتصادي، التعاقدية وغير التعاقدية، دون الوقوف عند المصطلح التقليدي للعمل التجاري في القوانين الوطنية.

لذلك نقترح على المشرّع العراقي عند تنظيمه لمسألة التحكيم التجاري الدولي، أن يأخذ بنهج توسيع مفهوم "العمل التجاري" ليشمل جميع العلاقات الاقتصادية ذات الطابع العابر للحدود، بما ينسجم مع الاتجاهات الحديثة في التحكيم التجاري الدولي، ويراعي متطلبات التجارة والاستثمار العالميين.

المطلب الثاني: معيار دولية التحكيم التجاري

يلعب التحكيم دوراً هاماً في التجارة الدولية وفي الوقت الحاضر، ففي الكثير من العقود الداخلة وفي نطاق التجارة الدولية، توجد ثمة نصوص عقدية تفيد أنه حال نشأة أي نزاع حول نص عقدي معين، فإن هذا النزاع سوف يتم حله عن طريق التحكيم.

فمن الواجب إجراء ثمة تفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، هذا بالرغم من أن بعض الدول إنما ينظم التحكيم الداخلي والدولي فيها داخل تقنين واحد، ولكن مثل هذا الوضع لم يمنع المشرعين من التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي داخل التقنين المعنى، فعلى سبيل المثال، فالمشرع الفرنسي يميز التحكيم الدولي عن التحكيم الداخلي، وينظم النوع الأول بقواعد

معينة، في حين أنه ينظم النوع الثاني بطائفة أخرى من القواعد، بما يفيد أن كل نوع من أنواع التحكيم المتقدمة، له قواعده وأحكامه الخاصة، والتي لا تصلح للانطباق على النوع الآخر.

لقد جاء الفقه بجملة من المعايير التي دعا الى استخدامها كأساس لتمييز دولية التحكيم التجاري إلا ان بعض تلك المعايير قد تعرضت للنقد وبالرغم من ذلك فقد اخذت بها بعض التشريعات الوطنية وسنتناول تلك المعايير بالبحث تباعا.

الفرع الاول: المعيار المكاني: استنادا الى هذا المعيار يكون التحكيم دوليا بالنسبة لدولة معينة اذا كان القرار التحكيمية قد صدر خارج اقليمها في حين يراد تنفيذه فيها، فإذا ما كان القرار التحكيمية قد صدر خارج الدولة التي يراد تنفيذه فيها عد التحكيم اجنبيا، "اما اذا كان قرار التحكيم قد صدر في نفس الدولة التي يراد تنفيذه فيها عد التحكيم وطنيا" [1]

وهذا ما اخذ به قانون التحكيم المصري حيث نص على ما يلي " رابعاً : إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت ابرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة (أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعينه(ب) مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين (ج) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع" [2] وقد نص القانون السوري على ما يلي " التحكيم التجاري الدولي : التحكيم الذي يكون موضوع النزاع فيه متعلقا بالتجارة الدولية –ولو جرى داخل سورية –وذلك في الاحوال الاتية 2– اذا كان مركز الاعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت ابرام اتفاق التحكيم وكان احد الاماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة أ–مكان اجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم ام اشار الى كيفية تعيينه ب– مكان تنفيذ جزء جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الاطراف " [3]، وقد تعرض هذا المعيار لانتقاد شديد فلو فرضنا ان اجراءات التحكيم في منازعة تجارته معينة قد تمت في دولة معينة في حين صدر القرار التحكيمي في دولة اخرى وتم التوقيع عليه في دولة ثالثة فجنسية

1 . د.هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، منشأة المعارف بالإسكندرية ،2008، ص 51.
2 . المادة 3 رابعا من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994
3 . المادة 1 الفقرة 2 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008.

اي من هذه الدول الثلاثة سيكتسب التحكيم (وهكذا سيظل هذا التحكيم من دون هوية) [1] .يقوم هذا المعيار على أساس جغرافي بحت، إذ يُربط بين مكان صدور الحكم التحكيمي وجنسيته، باعتبار أن الحكم التحكيمي يستمد جنسيته من الدولة التي صدر فيها. فعلى سبيل المثال، إذا صدر الحكم التحكيمي في فرنسا، فإنه يُعد ذا جنسية فرنسية[2]، وهكذا في باقي الحالات. وقد لقي هذا المعيار قبولاً لدى بعض فقهاء القانون، كما اعتمدته اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث نصت في الفقرة الأولى من مادتها الأولى على أن: "تنطبق هذه الاتفاقية على الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة في أراضي دولة غير التي يُطلب تنفيذ الحكم فيها، إذا كانت هذه القرارات ناشئة عن نزاعات بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين..."

ومع ذلك، فقد وُجّهت عدة انتقادات لهذا المعيار، من أبرزها ما يلي:

أولاً: إذا صدر الحكم التحكيمي في دولة غير الدولة التي عُقدت فيها كافة جلسات واجتماعات هيئة التحكيم، يُثار التساؤل حينها حول مدى أهمية مكان صدور الحكم وحده في تحديد جنسيته، وهل يعقل أن يُنسب الحكم إلى دولة لم تُجرَ فيها غالبية إجراءات التحكيم[3] .

ثانيًا: قد تستغرق عملية التحكيم عدة أشهر، تتضمن دراسة موسعة للنزاع والوثائق المقدمة، بالإضافة إلى عقد جلسات للمرافعة وسماع الخصوم. فهل من المنطقي تجاهل كل هذه الإجراءات لمجرد أن الحكم قد صدر فعليًا في بلد مختلف، ثم نسبته إلى ذلك البلد وحده لتحديد جنسيته؟

ثالثًا: غالبًا ما يكون المحكّمون من جنسيات مختلفة، خصوصًا إذا كانت هيئة التحكيم متعددة الأعضاء. كما أن أطراف النزاع قد ينتمون إلى دول متعددة، ومن الطبيعي أن يقيم كل منهم في بلد مختلف. ومع تطور وسائل الاتصال الحديثة كشبكات الإنترنت والاتصالات المرئية، أصبح

1 . د. هشام خالد، المصدر السابق، ص 53.
2 . د. جمال محمود الكردى، جنسية حكم التحكيم واثرهما في تحديد مركزه في الاقليم الوطني، دار النهضة العربية -القاهرة، لسنة ٢٠٠٧، ط١، ص١٦-
3 . د ابو زيد رضوان، مصدر سابق، ص٦٣.

من الممكن إجراء كامل التحكيم عن بُعد دون الحاجة إلى اجتماع فعلي، بل بات من المألوف ألا يلتقي أطراف التحكيم وجهًا لوجه طوال مدة الإجراءات. وقد يؤدي ذلك إلى صعوبة بالغة في تحديد مكان فعلي لصدور الحكم، وبالتالي إلى إشكالية في تعيين جنسيته بدقة [1].

وبناءً على ما تقدم، فإن الاقتصار على المكان الجغرافي لصدور الحكم كمعيار وحيد لتحديد الجنسية قد لا ينسجم مع طبيعة التحكيم الدولي المتطورة، التي تتسم بالمرونة العابرة للحدود وتتطلب معايير أكثر شمولاً وعدالة في تحديد جنسية الحكم التحكيمي.

الفرع الثاني: معيار الاجـراءات: ظهر معيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم نتيجة لرفض جانب من الفقه[2] المعيار السابق، وذلك لكثرة السلبيات التي يثيرها، فقد اخذ بعض الفقهاء بهذا المعيار على اساس ان "التحكيم يتمتع بجنسية الدولة التي صدر عنها القانون الاجرائي المعني" [3] فإذا ما طبق القانون الاجرائي لدولة معينة على نزاع تجاري اصبح التحكيم الجاري في هذا النزاع متمتعا بجنسية الدولة صاحبة القانون الاجرائي حتى لو تم اجراء هذا التحكيم خارج دولة القانون الاجرائي، وهذا ما اخذت به اتفاقية نيويورك والتي صادقت عليها المانيا، واتفاقية جنيف لعام 1961 حيث اعتدت الاخيرة بالقانون الاجرائي الذي يحكم الخصومة التحكيمية [4]، ففي حالة ما اذا استعان المحكمون بقانون اجرائي اجنبي في اجراء معين من اجراءات التحكيم تم النص عليه في قانون دولة غير الدولة التي يجري فيها التحكيم كإجراءات الكشف والمعاينة، او الاستماع الى شهادة شهود، او اي اجراء من الاجراءات الاخرى التي يقتضيها الحال لحسم النزاع القائم، عد التحكيم اجنبيا بالنسبة للدولة التي تم فيها، وقد انتقد هذا المعيار ايضا، واهم ما وجه اليه من انتقادات هي "انه يترك الباب مفتوحا للبحث عن القانون المذكور منذ بداية التحكيم وحتى اصدار القرار النهائي بحسم النزاع " [5] وقد اعتبر

1 د. غالب علي الداودي، د.حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية-الموطن-مركز الاجانب واحكامه في القانون العراقي، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد العراق، ١٩٨٢، ص١٧٥ وما بعدها، وبالمعنى ذاته ينظر: د.عباس العبودي، شرح احكام قانون الجنسية العراقسة رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦، ص198.

2 . د. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام المُحكمين، دار الفكر الجامعي بالاسكندرية، ١٩٩٧، ص ٤٥ ، وكذلك: د. جمال محمود الكردى، مصدر سابق، ص١٨ .

3 . د.هشام خالد، المصدر السابق ص 53

4 . د. هشام خالد، المصدر نفسه ص 56

5 . د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص .98

جانب من الفقه هذا المعيار هو المعيار الانسب للتمييز التحكيم الوطني عن التحكيم الدولي. "وقد ذهبت اتفاقية نيويورك الى اعتبار الحكم التحكيمي المعني اجنبيا حتى لو صدر في ذات الدولة التي يراد تنفيذه على ترابها وذلك اذا كانت الخصومة التحكيمية خاضعة لقانون مرافعات اجنبي" [1].لم يَسلم هذا المعيار من النقد، إذ وُجهت إليه عدة مآخذ، لا سيما في الحالات التي لا يكون فيها قانون الإجراءات قد تم اختياره مسبقًا من قبل أطراف النزاع، بل يتم تحديده لاحقًا من قبل هيئة التحكيم. ففي مثل هذه الحالة، قد تترتب نتائج غير عادلة، منها المساس بعدالة الإجراءات ذاتها، وذلك لأن التحكيم يقوم في جوهره على مبدأ الاختيار والرضائية. كما أن منح المُحكَّم سلطة الانفراد باختيار القواعد الإجرائية التي يراها ملائمة، دون إشراك الأطراف أو الحصول على موافقتهم، قد يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الخصوم ويُضعف ثقتهم في عدالة العملية التحكيمية[2]. لذلك، يُستحسن أن يقوم المُحكَّم بإطلاع أطراف النزاع على القواعد الإجرائية التي يعتزم تطبيقها، ومناقشتها معهم قدر الإمكان، تحقيقًا لمبدأ الشفافية وتعزيزًا لثقة الأطراف في إجراءات التحكيم.

الفرع الثالث: المعيار الشخصي: ويقصد بالمعيار الشخصي المعيار المتعلق بأشخاص اطراف النزاع، من حيث اختلاف جنسياتهم او موطنهم وقد ذهب الى ذلك قانون اليونسترال النموذجي حيث اعتبر ان "التحكيم يكون دوليا وذلك اذا ما تم تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد في دولة مختلفة عن تلك التي يتوطن فيها المتعاقدون وذلك في اللحظة التي يتم فيها توقيع الشرط التحكيمي او المشارطة التحكيمية " [3] هناك دول اخذت بهذا المعيار وهي سويسرا حيث ذهب قانون التحكيم السويسري الفيدرالي الصادر في 1987/11/19 الى" اعتبار التحكيم دوليا اذا كان شرط التحكيم او مشارطة التحكيم قد تم ابرام اي منهما بين شخصين لا يتوطن احدهما على الاقل او يقيم في سويسرا وقت التوقيع على اي من الوثيقتين المتقدمتين شريطة اتمام العملية التحكيمية في سويسرا " [4]. هذا ما ذهب اليه الفانون المصري حيث نص على ما يلي "

1 . د. هشام خالد، المصدر السابق، ص 55_56
2 . د.نادية معوض، مصدر سابق، ص١٤١
3 . د.هشام خالد ،المصدر السابق ،ص 59
4 . د. هشام خالد، المصدر نفسه، ص 58.

يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية: أولاً : إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل اقامته المعتاد" [1] . وقد ذهب الى ذلك ايضا القانون السوري حيث نص على "ان التحكيم التجاري يكون دوليا إذا كان مركز الاعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت ابرام اتفاق التحكيم ...." [2]. وقد وجهت الى هذا المعيار انتقادات كثيرة اهمها حسب تقدير الاستاذ سمارتانو "ان الخصومة تبقى متمتعة بالجنسية الوطنية حتى لو تضمنت عنصر اجنبي " [3]

ويتبين لنا ان التحكيم حين يخرج عن كونه تحكيما وطنيا "على الصعيد الخاص بالتجارة الدولية فانه يأخذ أحد طابعين الاول دولية ذات طابع أجنبي، والثاني دولية طليقة كل ذلك متى استبعدنا التحكيم الوطني او التحكيم المحلي حيث لا يثير صعوبات تذكر في هذا المجال بحسبان ان يخضع تماما للقوانين الوطنية الداخلية"

الفرع الرابع: معيار عدم الاستناد الى اي نظام قانوني وطني: استنادا الى هذا المعيار فان التحكيم يكون دوليا غي جال لم يستند الى اي نظام قانوني وطني "بحيث يعتمد هذا التحكيم على قواعد مغايرة عن تلك التي تتبعها الانظمة القانونية الوطنية سواء على الصعيد الاجرائي للخصومة او على صعيد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع" [4]، وربما يلجأ اطراف العلاقة الى وضع تلك القواعد بأنفسهم بطريقة مباشرة او ربما تكون مستقاة من مصادر تختلف عن تلك المصادر التي تستمد منها الانظمة القانونية الوطنية، وهذا ما نص عليه قانون التحكيم المصري حيث نص على مايلي "إذا اتفق طرفاً التحكيم على اخضاع

1 . المادة الثانية اولا من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
2 . المادة 1، فقرة 2 قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008.
3 . د. هشام خالد، المصدر السابق، ص 60.
4 . د. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي ،1981، ص 58.

العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم" [1]

وقد نص ايضا قانون التحكيم السوري على ما يلي "1- لطرفي التحكيم حرية تحديد القانون الذي يجب على هيئة التحكيم تطبيقه على موضوع النزاع 2- اذا اتفق طرفا التحكيم على اخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي او اتفاقية دولية او اية وثيقة اخرى وجب العمل بما تشتمله هذه الوثيقة من احكام خاصة بالتحكيم " [2] . وعلى هذا الاساس سنكون امام مصدر جديد يستند الى ارادة الاطراف في ايجاد قواعد قانونية جديدة وهذه القواعد تعمل في ظل القانون الداخلي، وتكون الصفة الدولية للتحكيم مكتملة عندما ينشا التحكيم وتدار الخصومة ويصدر الحكم دون اللجوء الى اي مصدر قانوني وطني [3].وينطبق هذا المعيار ايضا في حال لجا اطراف النزاع الى التحكيم وفق القواعد والأسس الثابتة بموجب الاتفاقيات الدولية ،كون تلك الاتفاقيات تكون ملزمة بموجب القانون الدولي للدول الموقعة عليها، "ومن تلك الاتفاقيات اتفاقية واشنجتون لعام 1965 والخاصة بتسوية نزاعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الاجانب التابعين للدول الاخرى المتعاقدة " [4]، وبموجب الاتفاقية السابقة فان الدول الاطراف انشات مراكز متخصصة لتسوية منازعات الاستثمار المعنية، فعند قيام اطراف العقد بتضمينه شرطا ينص على اختصاص مركز تحكيمي معين، ينعقد الاختصاص لذلك المركز بتسوية اي نزاع ينشا عن ذلك العقد، وتكون الدول ملزمة بتنفيذ كل ما يصدر من قرارات تحكيمية بموجب تعهداتها عند توقيعها على تلك المعاهدة ، وقد وقعت كثير من الاتفاقيات ذات الصلة، " كالاتفاقية الخاصة بنقل الركاب والأمتعة بواسطة السكك الحديدية وهذه الاتفاقية تم التوقيع عليها في برن بتاريخ 1961/2/25" [5]، وهناك كثير من الاتفاقيات الاخرى ذات الصلة بالتجارة الدولية، ولهذا يمكن القول ان التحكيم وفقا لهذه الاتفاقيات واية اتفاقيات تجارية دولية اخرى يكون تحكيما تجاريا دوليا لاستناده الى اتفاقيات دولية.

1 . المادة 5 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008
2 . د. هشام خالد، المصدر السابق، ص 61
3 . المادة 6 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994
4 . د. هشام خالد، المصدر السابق، ص 62
5 . أ. عليوش قربوع، مصدر سابق، ص٣١ وينظر د. هشام خالد، المصدر السابق، ص 73

الفرع الخامس: معيار طبيعة المنازعة: وبموجب هذا المعيار فإن التحكيم التجاري يكون دوليا اذا كان متصلا بنظم قانونية واقتصادية مختلفة، ولهذا فإن مثل هذا التحكيم يكون دوليا حتى لو تم الاتفاق على التحكيم استنادا لقانون دولة معينة " مادام الثابت ان العملية التحكيمية المعنية على صلة بأكثر من نظام قانوني" [1] ان اتصال التحكيم بعدة نظم قانونية لا يتحقق إلا اذا كان العقد التجاري الذي نشا عنه النزاع التحكيمي قد انعقد بين اطراف من دول مختلفة (تجارة دولية)، وفي هذا الصدد نص قانون التحكيم المصري على ما يلي" يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية ثالثا : إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة " [2]ونحن نرى ان هذا المعيار قد دمج ما بين المعيارين المكاني والشخصي

الفرع السادس: معيار اجراء التحكيم من قبل منظمة تحكيم دائمة: وبمقتضى هذا المعيار فإن التحكيم التجاري يكون دوليا اذا تم اجراؤه من قبل منظمة مختصة بالتحكيم سواء احالة هذه المنظمة التحكيم الى محكم منفرد او هيئة تحكيمية وقد نص على ذلك قانون التحكيم المصري بالقول " يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية ثانياً : إذا اتفق طرفاً التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها" [3] . ومن الملاحظ ان هذا المعيار قد رسم صورة محددة لدولية التحكيم التجاري، ولكن من جهة اخرى فان الاخذ بهذا المعيار يضفي الصفة الدولية على نزاعات داخلية في كل عناصرها فالأخذ بما نص عليه القانون المصري يخرج من نطاق الصفة الوطنية بالنسبة لطرفي نزاع مصريين اتفقوا على اخضاع نزاعهم لمركز تحكيم القاهرة الدولي ويعتبره تحكيما دوليا.

يظهر لنا انه ليس هناك معيار موحد متفق عليه عالميًا، بل تختلف الرؤى بين الدول والفقهاء، ويمكن القول إن الطبيعة الدولية للتحكيم تتحقق غالبًا عند اجتماع عدة عناصر من المعايير

1 . د. هشام خالد، المصدر السابق، ص 75
2 . د. هشام خالد، المصدر نفسه، ص89
3 . المادة 3 ثالثا من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

السابقة، وليس من خلال معيار منفرد بذاته. ولذلك، يُفضل اتباع منهج تعددي أو تركيبي يجمع بين المعايير الإجرائية، والشخصية، والجغرافية، والموضوعية للوصول إلى توصيف أكثر عدالة وواقعية لدولية التحكيم التجاري. لذلك نقترح على المشرع العراقي تبني معيار مركب متكامل يجمع بين:

1- وجود عنصر أجنبي في أطراف النزاع (المعيار الشخصي).

2- تطبيق قانون إجراءات تحكيم أجنبي أو اتفاق الأطراف على ذلك (المعيار الإجرائي).

3- ارتباط موضوع النزاع بأكثر من دولة (معيار طبيعة المنازعة).

مع إتاحة حرية اختيار القانون الإجرائي مع ضمان مشاركة الأطراف ويكون ذلك نص صريح بأن المحكم يجب أن يطلع الأطراف على القواعد الإجرائية ويأخذ موافقتهم، لضمان الشفافية والثقة، مع الأخذ في الاعتبار إمكانية إجراء التحكيم عن بعد، وعدم الاقتصار على المكان الجغرافي فقط، تضمين أحكام تشجع على اللجوء إلى مراكز التحكيم الدولية أو الدائمة مع عدم استبعاد التحكيم الدولي في حال عدم اللجوء لمركز دولي، لأن العنصر الدولي هو الأساس

الخاتمة

اولاً: الاستنتاجات:

ومن خلال ما تقدم نستنتج ما يلي:

1- لم تضع التشريعات العراقية تعريف واضح ومحدد لمفهوم الأعمال التجارية ومحددات التحكيم التجاري والدولي، مما يخلق حالة من الغموض القانوني وصعوبة تطبيق الأحكام بفعالية.

2- تبين من خلال الدراسة أن الفقه لم يتمكن من صياغة معيار محدد جامع مانع لتحديد الأعمال التجارية التي يمكن أن يخضع النزاع المتعلق بها للتحكيم التجاري، مما يجعل من الصعب التمييز بدقة بين التحكيم التجاري والتحكيم المدني. يعود هذا التشتت إلى تنوع التشريعات في تحديد الأعمال التجارية، التي تعتمد أحيانًا على نوعية العمل ذاته، وأحيانًا على صفة الشخص الممارس له. كما أن بعض الأعمال التي تتشابه في طبيعتها تُصنف بشكل مختلف حسب التشريعات، بسبب رغبة المشرعين في توسيع نطاق الأعمال التجارية لزيادة الإيرادات الحكومية، وفي الوقت نفسه استثناء بعض الأعمال الحيوية (كالزراعة) لدعم ممارسيها. لذلك، لا يوجد معيار واحد يمكن الاعتماد عليه بشكل مطلق، ويظل الأمر بحاجة إلى معيار متكامل يوازن بين هذه المتغيرات.

3- عجز الفقه عن ايجاد معيار موحد لتحديد متى يكون التحكيم التجاري دولياً، وهو ما تعكسه قواعد اليونسترال التي لم تقدم تعريفًا صريحًا للتحكيم الدولي. وتعتمد التشريعات الوطنية عادة على مزج عدة معايير—كجنسية الأطراف، مكان انعقاد التحكيم، والقانون المطبق—وفقًا لظروف كل دولة ومصالحها الاقتصادية والقانونية، مع الأخذ بعين الاعتبار حرصها

4- إن الطبيعة الدولية للتحكيم لا تتحقق عادةً من خلال الاعتماد على معيار واحد مستقل، بل تظهر بصورة أوضح عند اجتماع عدة عناصر مستمدة من المعايير المختلفة. لذلك، فإن اتباع منهج تركيبي يجمع بين المعايير الإجرائية والشخصية والمكانية والموضوعية يُعد النهج الأمثل، كونه يوفر تصورًا أكثر دقة وعدالة وواقعية لتوصيف التحكيم التجاري الدولي.

ثانياً: التوصيات:

1- نقترح على المشرع العراقي سن قانون تجاري دولي يحدد اي من الاعمال يعتبر من قبيل اعمال التجارة الدولية مع وضع معايير عامة محددة تبين ذلك ويضع القواعد القانونية التي تحكم العلاقات التجارية الدولية على شكل اتفاقية دولية عامة وذلك لان التحكيم التجاري هو التحكيم الذي يجري لفض نزاع حدث بمناسبة خلاف حول التزام بموجب علاقة تخص عملا من اعمال التجارة سواء كانت هذه العلاقة عقدية ام غير عقدية. وهذا يفرض علينا تحديد ووضع معيار محدد نميز من خلاله بين العمل التجاري والعمل غير تجاري وبعدها نحدد مفهوم التجارة الدولية، ليتسنى لنا بعدها وضع معيار محدد لتجارية التحكيم، وبالنظر لتوسع نطاق التجارة الدولية وازدياد حجم التبادل التجاري العام والخاص بين دول العالم ولما يرافق هذا التوسع في النشاط التجاري الدولي من نزاعات تحدث عند ابرام وتنفيذ تلك التصرفات وما ينشا عند ابرامها وتنفيذها من مسؤوليات عقدية كانت ام تقصيرية (مدنية) او حتى جزائية لما قد يرافق عمليات تنفيذ تلك التصرفات من حوادث قد تشكل افعالا تقع تحت طائلة الخرق بارتكاب افعال ممنوعة بموجب القوانين الجزائية مقصودة كانت ام غير مقصودة تترتب عليها مسؤوليات مدنية تتطلب التعويض وعليه اصبح من الضرورة الملحة

2- نقترح على المشرع العراقي تبني معيار مركب متكامل يجمع بين: وجود عنصر أجنبي في أطراف النزاع، تطبيق قانون إجراءات تحكيم أجنبي أو اتفاق الأطراف على ذلك ارتباط موضوع النزاع بأكثر من دولة (معيار طبيعة المنازعة).

3- نقترح وضع اتفاقية دولية عامة يرسم من خلاله الاجراءات القانونية الواجب اتباعها عند المطالبة بالحق الناشئ عن تلك العلاقات او الافعال التي ترتكب بمناسبتها اضافة الى تشكيل مؤسسات قضائية دولية تنظر القضايا التجارية الدولية على غرار محكمة العدل الدولية وإلزامها بسقوف زمنية محددة لحسم تلك النزاعات سيما وان ادلة الاثبات فيها ستكون ميسرة لاستنادها الى عقود مكتوبة وتتم في ضوء

نصوص قانونية مكتوبة ومقننة ومجموعة في متن واحد وليست اعراف متناثرة، ولإنهاء الجدل حوله والذي يسبب ارباكا واضحا مما يؤثر سلبا على النشاط التجاري

قائمة المصادر

أولا: المعاجم اللغوية

1 - الفيروزابادي "مجد الدين محمد بن يعقوب" القاموس المحيط اعداد وتقديم محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط ٢، ٢٠٠٣.

2 - لويس معلوف، المنجد في اللغة، دار المشرق، بيروت، ط ٣٥.

ثانيا: الكتب والبحوث القانونية

1- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1992.

2- جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية / دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.

3 - حفيظة السيد حداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٧.

4 - ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار الفكر العربي، 1981.

5- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، الكويت، ١٩٩٦.

6- محسن شفيق التحكيم التجاري الدولي دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، بلا سنة طبع.

7- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.

8- باسم محمد صالح، القانون التجاري النظرية العامة –التاجر – العقود التجارية، المكتبة القانونية، بغداد.

9- نداء محمد الصوص، مبادئ القانون التجاري، دار اجنادين، مكتبة المجتمع العربي، عمان الأردن ط 1 ،2007.

10- الشاذلي نور الدين، القانون التجاري /مدخل للقانون التجاري، دار العلوم، الجزائر،2003.

11- فوزي محمد سامي، شرح القانون ألتجاري المجلد الاول، مكبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط 1، 997،

12- هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، منشأة المعارف بالإسكندرية ،2008.

13- جمال محمود الكردى، جنسية حكم التحكيم واثرها في تحديد مركزه في الاقليم الوطني، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة ٢٠٠٧.

14- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام المُحكمين، دار الفكر الجامعي بالاسكندرية،1997.

15- مصطفى ناطق صالح، دور التحكيم التجاري في حسم المنازعات المصرفية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة بغداد، مجلد.15

16- ناصر محمد عثمان معايير دولية التحكيم، بحث منشور في المؤتمر السنوي السادس عشر التحكيم التجاري الدولي، مج ١، جامعة الأمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ط ١، ٢٠٠٨.

.17- طارق كاظم عجيل، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة اهل البيت كلية القانون جامعة ذي قار، بالعدد 25.

ثالثاً: القوانين:

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

القانون التجاري العراقي رقم 30 لسنة 1984.

قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006.

قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008.