



## المسائل غير الخاضعة للتحكيم<sup>1</sup>

(دراسة مقارنة)

ID No.3722

(PP 51 - 80)

<https://doi.org/10.21271/zjhs.24.6.4>

نعيمه كمال علي

كلية القانون - جامعة صلاح الدين - أربيل

Naema.Ali@su.edu.krd

كاوان اسماعيل ابراهيم

كلية القانون - جامعة صلاح الدين - أربيل

kawan.ibrahim@su.edu.krd

الاستلام : 2020/08/18

القبول : 2020/11/18

النشر : 2020/12/25

### ملخص

إن حرية أطراف العلاقات القانونية في عرض المنازعات التي تنشأ بينهم على التحكيم ليست مطلقة، وإنما هناك مقيدات تحد من إرادة وحرية أطراف العلاقة حيث ليس أمامهم سوى قضاء الدولة لغرض اللجوء إليه عند حدوث المنازعات بينهم، وهذا ليس تقليلاً من شأن التحكيم، حيث يعد التحكيم من الوسائل البديلة عن القضاء لتسوية المنازعات، وقد شاع اللجوء إليه مؤخراً في العقود الدولية خصوصاً، بحيث يندر أن نجد عقداً دولياً لا يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد فالتحكيم عدالة راقية ومرجع الرقي هذا يعود إلى أنه من ينشدها يتخلى عن الطريق المألوف للحصول على العدالة، كما أنه يخفف العبء الكبير على كاهل القضاء في حسم عدد من المنازعات بطريقة ترضى المتخاصمين، وتقوم هذه الوسيلة على مبدأ الحرية التعاقدية حيث ان التشريعات التي تبنت هذه الوسيلة لم تحدد نطاقها، بل تركت الحرية للمتنازعين باللجوء إليه، إلا ان هناك مسألة مهمة يجب أخذها بنظر الاعتبار وهي أن يكون موضوع النزاع من المسائل التي يجوز تسويتها بالتحكيم.

وقد قامت البلدان بوضع قيود للحفاظ على مصالحها ومنها قيد النظام العام، بمعنى أنه يجب إستبعاد كل منازعة تتعارض مع النظام العام، وقد ربط المشرع القابلية للتحكيم بفكرة النظام العام، فالمنازعات التي تتعلق بالنظام العام لايجوز التحكيم فيها أي كان نوع العلاقة التي تنشأ عنها النزاع، والعلة في هذا الإستبعاد عائد إلى رغبة المشرع في طرح بعض المنازعات على قضاء الدولة لحكمة يقدرها المشرع بإجراءات خاصة بها تكفل تحقيق الردع العام والخاص و وهذا ما لا يتوافر في نظام التحكيم.

وبالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل يتضح إن هذا القانون لم يحدد المسائل التي يجوز التحكيم فيها، إنما أعتمد مقياساً في جواز أو عدم الجواز التحكيم هو قابلية الموضوع للصلح، وهذا ما أوضحته المادة (704) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل، ويلاحظ إن هذه المادة إستثنت من الصلح القضايا المتعلقة بالنظام العام، وكذلك إستثنت منها القضايا المتعلقة بالحالة الشخصية، أو إرتكاب جريمة معينة عدا الإلتزامات المالية المترتبة على الحالة الشخصية أو إرتكاب إحدى الجرائم.

إلا ان تحديد مايعد من النظام العام أمر صعب لأن هذه الفكرة مرنة، فهي نسبية ومؤقتة، ففكرة النظام العام تختلف باختلاف المكان والزمان فما يعد من قبيل النظام العام في دولة ما قد لا يعد كذلك في دولة أخرى كما أن مايعد من النظام العام في وقت ومكان معينين قد لايعد كذلك في وقت آخر وفي نفس المكان، لذلك عمد الفقه إلى تبني معايير حديثة لقابلية النزاع للتحكيم وهو معيار: حرية التصرف بالحقوق ومعيار الطابع المالي للنزاع ومعيار الإختصاص الحصري للسلطات العامة.

وتوصلت الدراسة إلى، أن مجرد وجود قواعد قانونية أمره تنظم مسألة معينة لا يكفي بحد ذاته للقول بعدم قابلية هذه المسألة للفصل فيها بطريق التحكيم، وإنما لابد أن يكون من شأن الفصل في هذه المسألة عن طريق التحكيم مخالفة للنظام العام.

وخير جزاء على صدور قرار تحكيمي في مسألة لايجوز التحكيم فيها هو البطلان، وإبطال القرار التحكيمي الذي يناقض مبدأ عدم الخوض في المسائل التي لايجوز فيها التحكيم، قد حددت إجراءات سواء كانت واردة في قوانين المرافعات أو في القوانين الخاصة بالتحكيم، حيث يتم إبطال القرار التحكيمي من خلال دعوى البطلان، حيث ترفع أمام قضاء الدولة التي ينفذ فيها القرار التحكيمي.

الكلمات المفتاحية : التحكيم

### المقدمة

#### اولاً: مدخل تعريفى بموضوع الدراسة:-

يعد التحكيم من الأنظمة القديمة الحديثة في آن واحد، فقد عرفته البشرية في المجتمعات البدائية، وقد نشأ التحكيم قبل قضاء الدولة حيث كان سائداً في المجتمعات القبلية، بأعتبره الأداة الفردية لتسوية المنازعات ودياً، وقد أقرت الشريعة الإسلامية

1 بحث مستل من رسالة الماجستير الموسومة ب (المسائل غير الخاضعة للتحكيم -دراسة مقارنة-) للباحثة (نعيمه كمال علي) مقدمة الى قسم القانون في كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة صلاح الدين - والمجزأة تحت إشراف (الإستاذ المساعد الدكتور كاوان اسماعيل ابراهيم) والتي تمت مناقشتها بتاريخ (2017/4/20).

التحكيم فضاء منصوصاً عليه في القرآن الكريم وهو محدد في آياته البيّنات كما قال عز وجل في محكم كتابه [إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعماً يعظكم به إن الله كان سمياً بصيراً] (سورة النساء، الآية (58)).

ويتبين من ظاهر الآية أن الإنسان ليس مأموراً بأن يحكم بل أن يعدل إذا حكم، وقد اتسع نطاق التحكيم وعم الاعتراف به لدرجة أن معظم دول العالم تنظمها قانونياً رغم اختلاف أنظمتها القانونية وظروفها الاقتصادية، وقد تطورت حتى أصبح يفضل التحكيم على الوسيلة التقليدية المتضمنة اللجوء إلى القضاء، بفضل سرعة الفصل في النزاع، وتجنب إجراءات التقاضي الطويلة والمعقدة، وكذلك يمثل أيضاً إرادة أطرافه سواءً في اختيار المحكمين أو مكان التحكيم أو قانون الواجب التطبيق على النزاع ... وغيرها من المزايا الأخرى التي يقدمها نظام التحكيم لإرادة طرفي التحكيم، مما يكون له أثر فعال سواءً في تقبل الحكم أو تنفيذه.

ويرتكز التحكيم على أساسين في نشوئه وهما إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة، وإذا كان المشرع يجيز التحكيم وبقدره فإنه لا ينزع من المحاكم اختصاصها في التحقيق من سلامة الاتفاق على التحكيم، والتحقق من صفة وأهلية المتعاقد وكذلك من أهلية وصلاحيّة المحكم وفي موضوع النزاع مما يصح فيه التحكيم، لذا يبقى اللجوء إلى التحكيم بمثابة الإستثناء من الأصل يتعين اللجوء إليه أن يكون محل النزاع مما يقبل التسوية عن طريقه، علماً عندما أجازت التشريعات اللجوء إلى التحكيم لم تعترف به على إطلاقه دون قيود تحد من نطاقها بل أرتأت الدول وضع قيود بغية الحفاظ على مصالحها انطلاقاً من اعتبار أن التحكيم في بعض المسائل أو الحالات يضر بها، وقد ربطت أغلب التشريعات في جواز اللجوء إلى التحكيم أو عدم جوازه بالنسبة للمنازعات بين قابلية هذه المنازعات للصلح أو عدم قابليتها له، وقد استثنى المشرع العراقي بنص صريح من التحكيم المواضيع التي لا يجوز فيها الصلح والمواضيع التي تتعلق بالنظام العام.

### ثانياً: مشكلة الدراسة:-

#### تكمّن مشكلة هذه الدراسة في النقاط الآتية:

1\_ بما أن المشرع العراقي أعتمد معيار جواز الصلح في المسألة من عدمه لتحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم، فإن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح أو المسائل المخالفة للنظام العام تحتاج إلى توضيح، هل مجرد تطبيق قواعد من النظام العام على النزاع يجعل الموضوع غير قابل للتحكيم؟ أم انه يمكن للمحكم تطبيق القواعد المتعلقة بالنظام العام تحت رقابة القضاء ، والمبدأ الذي تبناه المشرع العراقي وغيره من المشرعين، مالا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم تواجه صعوبات قائمة لا يستهان بها ذلك أنه لا تلازم بين القابلية للصلح وجواز التحكيم، بمعنى أنه ليس كل مسألة قابلة للصلح يجوز أن تكون محللاً أو موضوعاً للتحكيم، فالمشرع قد يرى لسبب أو لآخر عدم جواز التحكيم في بعض المسائل بالرغم من جواز الصلح فيها.

2\_ هناك اتفاق بين فقهاء التحكيم أن من مساوئ التحكيم عدم اعتماد ضوابط وأسس ومعايير واحدة لتحديد المواضيع القابلة للتحكيم، فهي تختلف من بلد إلى آخر وأن أكثر ما يقلق المستثمرين هو تحديد مبادئ النظام العام وما ينتج من ذلك من ضياع لأحكام تحكيمية فقدت امكانية التنفيذ لعلّة عدم قابلية التحكيم أو لعلّة مخالفة النظام العام.

3\_ معظم الدول تتخذ معيار النظام العام لقابلية المنازعات للتحكيم، وهو معيار غير واضح ويختلف من دولة إلى أخرى ولكل دولة مفهومها الخاص للنظام العام وهو معيار غامض وبالتالي لا يمكن الحديث عن نظام عام مشترك بين جميع الدول، وتتطوي الاعتماد على فكرة النظام العام نتائج بالغة الخطورة من بينها أن القاضي ربما أباح لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فردية، فلسفية أو دينية يعتنقها، بدل من مذهب عام تدين به الجماعة بأسرها.

#### ثالثاً: أهمية الدراسة وأسباب إختيار الموضوع:-

ان لدراسة (المسائل غير الخاضعة للتحكيم) أهمية كبيرة وذلك لعدة أسباب منها:

1- ان معرفة موقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة في المسائل التي يجوز فيها التحكيم، ومعيار هذه الدول في المسائل المتعلقة بالنظام العام ذات أهمية، وذلك للوصول إلى ضوابط ومعايير محددة تفي في ظل مرونة فكرة النظام العام وأحكام القضاء.

2- لم يعد خافياً أن التحكيم قد أضحي طريقة مألوفة ومرغوبة لفض المنازعات، وذلك عوضاً عن اللجوء إلى القضاء، بل أصبح التحكيم أكثر ضرورة في مجال علاقات التجارة الدولية أو في العقود التي تسمى حديثاً بعقود الدولة لذلك، فقد



سعت العديد من المنظمات الدولية إلى محاولة وضع تنظيم قانوني للتحكيم من خلال إبرام العديد من المعاهدات والإتفاقيات الدولية، تعالج كافة المسائل المتعلقة بالتحكيم، وإصدار قوانين نموذجية، وإنشاء مراكز وهيئات دائمة للتحكيم، وهو ما ألقى بضلاله على مختلف الدول التي سارعت إلى الاعتراف بالتحكيم كوسيلة بديلة عن قضاء الدولة لتسوية المنازعات، وإصدار تشريعات جديدة تنظم مختلف المسائل المتعلقة بالتحكيم، غير أن هذه التشريعات تشابهت في بعض المسائل واختلفت في أخرى، مما فتح الباب أمام الفقه والقضاء لإبداء الرأي في هذه المسائل، وإقتراح الحلول المناسبة لمعالجة القصور الذي احتوته، وفي هذا الإطار تأتي دراستنا هذه لتسليط الضوء على كل من، قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969، والقوانين المقارنة من خلال مقارنة وبيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما، وبيان مواطن النقص واقتراح بعض الحلول التي نراها مناسبة من وجه نظرنا.

#### رابعاً: نطاق الدراسة:-

يتحدد نطاق هذه الدراسة بالمسائل القانونية التي لا يشملها التحكيم الذي يجري بين الدول لفض المنازعات في مجال القانون الخاص، أما التحكيم الذي يرمي إلى حل النزاعات بين الدول فلا مجال لبحثه هنا.

#### خامساً: منهج الدراسة:-

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي (Analysis Approach) وذلك عن طريق تحليل المواد القانونية في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل ومقارنتها من خلال استخدامنا لمنهج المقارن (Comparative Approach)، بين قانون المرافعات المدنية العراقي وبين التشريعات المقارنة، وبالأخص قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 المعدل و قانون التحكيم الأردني رقم (3) لسنة 2001 وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم رقم (90) لسنة 1983 مع الإشارة إلى الإتفاقيات الدولية بشأن التحكيم، هذامع الإشارة إلى ما تيسر من مواقف القضاء وبيان مدى تطابق المواقف القانونية والفقهية والقضائية من عدمه.

#### سادساً: هيكلية الدراسة:-

في ضوء ما تقدم وبهدف الإحاطة بالموضوع من كل جوانبه المختلفة في القانون العراقي والقوانين المقارنة، ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين على النحو الآتي :

نتطرق في المبحث الأول إلى دراسة معايير تحديد قابلية النزاع للتحكيم وذلك من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مطالب نبحث في المطلب الأول معيار حرية التصرف بالحقوق، وفي المطلب الثاني معيار الطابع المالي لموضوع النزاع، ونخصص المطلب الثالث لمعيار الإختصاص الحصري للسلطات العامة.

وفي المبحث الثاني ندرس الأثر المترتب على الإخلال بمبدأ عدم صلاحية الموضوع للتحكيم، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين إثنيين، نبحث في المطلب الأول موقف التشريعات الوضعية من دعوى بطلان حكم التحكيم، أما في المطلب الثاني يكون الكلام عن إجراءات دعوى البطلان في التشريعات الوضعية.

وأخيراً ختمنا الدراسة بخاتمة تضمنت أهم الاستنتاجات والإقتراحات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة.

#### 1- معايير تحديد قابلية النزاع للتحكيم

تنص المادة (251) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل على أنه: (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن عقد معين)، من خلال هذا النص يمكن القول ان اية منازعة قانونية وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع يمكن ان تكون محلاً لاتفاق التحكيم حين نقرأ هذا النص منفرداً ودون قيود أو نصوص أخرى، وفي البداية ومن خلال عموم نص هذه المادة يظهر ان المشرع العراقي قد ترك الباب مفتوحاً بالنسبة للمسائل التي يجوز التحكيم فيها، ولكن إذا أردنا التفسير السليم لهذه المادة، فيجب جمع كل النصوص القانونية ذات العلاقة بها ثم تفسيرها حتى يكون التفسير كاملاً، وتقودنا هذه القاعدة بدورها إلى دائرة القيود التي يجب ان يراعيها أطراف العلاقات القانونية عند عرض المنازعات التي تنشأ بينهم للتحكيم، لأن المشرع العراقي وضع قيداً في المسائل التي تخرج عن اختصاص التحكيم في المادة (254) من قانون المرافعات المدنية ونص على أنه: (لا يصح التحكيم الا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا يصح الا ممن له اهلية التصرف في حقوقه ويجوز التحكيم بين الزوجين طبقاً لقانون الأحوال الشخصية وأحكام الشريعة الإسلامية).



ومن خلال هذا النص نجد ان المشرع قد ربط بين قواعد التحكيم وقواعد الصلح، التي ايضاً لم يحدد نطاقها، وبهذه الحالة يقتضي الرجوع إلى القانون المدني لتحديد نطاق عقد الصلح لكي يتضح لنا فيما بعد نطاق التحكيم حيث تنص المادة (704) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على ما يأتي:

1- يشترط في المصالح عنه مما يجوز أخذ البديل في مقابله ويشترط ان يكون معلوماً ان كان يحتاج الى القبض والتسليم.  
2- لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية او التي تنشأ عن ارتكاب احدي الجرائم (ذنون 1954، ص258)

وفي مصر نص على عدم قبول التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح (تنظر المادة (11) من قانون التحكيم المصري)، وباستعراض قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 نجده يقرر في المادة (9) (.....) ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح).

وتنص المادة (762) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983 على أنه: (تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح)، كما تنص المادة (765) منه أن (العقد التحكيمي عقد بموجبه يتفق الأطراف فيه على حل نزاع قابل للصلح ناشئ بينهم عن طريق تحكيم شخص أو عدة أشخاص).

ويلا حظ على ان تشريعات البلدان العربية المقارنة تتفق فيما بينها على حظر التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها. أما في فرنسا فقد عالج نص المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي المعدل الصادر في (21/3/1804) المعدل بالمرسوم التشريعي المرقم (131) لسنة 2016 المسائل التي لا يجوز حسمها عن طريق التحكيم مباشرة، حيث تنص هذه المادة على أنه: (لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بحالة أو أهلية الأشخاص أو المتعلقة بالطلاق أو الانفصال الجسماني أو في المنازعات المتعلقة بالإدارات أو المؤسسات العامة وبوجه عام جميع المنازعات التي تهم النظام العام).

لكن مع تطور النظرة الى التحكيم واتساع حركة اللجوء إليه ثار جدل بين الفقهاء في فرنسا بخصوص نص هذه المادة (الرفاعي 2006، ص366) إذ انتقد الفقه بمعظمه ربط رفض القابلية للتحكيم بمجرد تعلق النزاع بالنظام العام، فالفقيه (Hebraud) قال وأيده في ذلك العديد من الفقهاء بأن العقد التحكيمي لا يمكن إستبعاده بمجرد أن محل النزاع تكون خاضعة لإطار أمر وتطرح بشكل إحتمالي مسائل تمس النظام العام (جمال 1998، ص155) لأن القيود الناجمة عن النظام العام بالنسبة لعدم قابلية النزاع للتحكيم هي من أهم الصعوبات التي تثار في مادة التحكيم وهذا يرجع بدهاءة الى غموض فكرة النظام العام (الرفاعي 2006، ص389).

وأنه سيؤدي إلى تضيق مجال التحكيم إلى أبعد الحدود، باعتبار أن كل العلاقات التي ينظمها القانون تتضمن مقتضيات تتعلق بالنظام العام (جمال 1998، ص104) وأمام هذه الصعوبة عمد الفقه والقضاء الى ضرورة التعامل بمرونة مع النصوص و إلى تبني عدة معايير لتحديد قابلية المنازعات للتحكيم وهو معيار حرية التصرف بالحقوق (la libre Responibilité des droit)، وكما أن بعض التشريعات الليبرالية كالتشريعات السويسري والألماني، اعتمدت معياراً آخر وهو معيار الطبيعة المالية للنزاع (La nature patrimoniale de la cause) وبالإضافة إلى هذين المعيارين فأن جميع الدول تحد من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات لإنها ترى وجود مصلحة هامة تحتم أن تنظر بها إحدى السلطات العامة التابعة لها، وهذا يسمى بالإختصاص الحصري لسلطات العامة (Competence exclusive des autorités des Etats).

وبناء على ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نبحث في المطلب الأول معيار حرية التصرف بالحقوق، وفي المطلب الثاني معيار الطابع المالي لموضوع النزاع، ونخصص المطلب الثالث لدراسة معيار الإختصاص الحصري للسلطات العامة.

## ٢- معيار حرية التصرف بالحقوق

يكون الحق قابلاً للتصرف عندما يكون داخلاً في دائرة التعامل ويحق لحائزه أو صاحبه التصرف فيه بالبيع أو الهبة أو التنازل عنه، والتصرف بالحق يعد اقوى السلطات التي يخولها الحق العيني على الشيء لصاحبه بجانب سلطتي الاستعمال والاستغلال (محمد 1982، ص48).

واتفاق التحكيم باعتباره تصرفاً قانونياً يتطلب ان يكون من يود ابرامه له حرية التصرف وهذا ما تؤكدته المادة (254) من قانون المرافعات المدنية العراقي اذ تنص على أنه: (لا يصح التحكيم الا في المسائل التي يجوز فيها الصلح. ولا يصح الامن له أهلية التصرف في حقوقه)، ويبدو ان كل من القانون التحكيم المصري والأردني سلك نفس اتجاه المشرع العراقي في تبنيهما هذا المعيار الى جانب معيار الطابع المالي للنزاع في مسألة قابلية النزاع للتحكيم.



اما بالنسبة للقانون اللبناني فإنه يبين من خلال نصوص المادتين (762) و(765) بأنه لم يتبن المشرع اللبناني معيار حرية التصرف بالحقوق كمعيار لقابلية الموضوع للتحكيم بل ذكر فقط قابلية النزاع للصلح، الا انه بالرجوع الى مضمون وروحية قانون الموجبات والعقود المتعلقة بعقد الصلح يسمح بتجاوز تعبير قابلية النزاع للصلح أو جواز المصالحة والقول بمعيار حرية التصرف بالحقوق (رحال 2012، ص 268).

ويمكن تحديد المسائل التي لا تخضع للتحكيم على ضوء هذا المعيار على أساس المصلحة التي تتقرر بشأنها حرية التصرف بالحقوق أو عدمها بمعنى آخر يختلف نطاق القابلية للتحكيم هنا باختلاف طبيعة المصلحة، اي باختلاف ما اذا كانت حرية التصرف أو عدمها مقررة لأجل حماية مصلحة خاصة أي الطرف الضعيف أم لأجل حماية مصلحة عامة تمنع طبيعتها اللجوء الى التحكيم بشأن بعض المواضيع (Fauvarque\_ cosson (B) 1996، 57).

وبناء عليه نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول معيار حرية التصرف بالحقوق وحماية الطرف الضعيف، ونخصص الفرع الثاني لدراسة عدم القابلية للتصرف لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة.

### ٢-١ معيار حرية التصرف بالحقوق وحماية الطرف الضعيف

يقرر المشرع عادة، صراحة أو ضمناً، منع اللجوء إلى التحكيم بغية حماية الطرف الضعيف، فعن طريق منح حرية التصرف بالحقوق أو عدمه، تقرر في بعض الحالات جواز اللجوء الى التحكيم أو عدمه ويظهر ذلك في التطبيقات الخاصة بقانون العمل. حيث يتسم قواعد قانون العمل بطبيعتها الآمرة إذ لا يجوز مخالفتها إلا إذا كانت المخالفة فيها مصلحة للعامل، وذلك لأنها تعتبر من النظام العام، إذ انها تعتمد بصورة مباشرة على حفظ التوازن بين طرفي عقد العمل من خلال حماية الطرف الضعيف وهو العامل، من استغلال رب العمل وبنفس الوقت حماية صاحب العمل من تمرد العامل وعدم إطاعته أو تنفيذ أوامره وتعليماته.

ولكن قد يحدث ان أحد الأطراف يتعسف باستعمال حقه مما يؤدي إلى نشوء نزاع، ولحل مثل هذه المنازعات فقد وضع المشرع آليات قانونية لذلك من خلال الهيئات المختصة كذلك الإجراءات الواجبة الإلتباع، ويتجلى ذلك من خلال الإطار الذي حدده المشرع (العطين 2016).

وقد عرف قانون العمل العراقي النافذ رقم (37) لسنة (2015) مفهوم منازعات العمل بأنه: (أي نزاع ينشأ بين عامل أو مجموعة عمال أو منظمة عمال أو مجموعة منها، مع صاحب عمل أو مجموعة منهم أو منظمة أصحاب عمل أو مجموعة منها، من جهة أخرى حول حقوق قائمة تتمثل بأحكام هذا القانون أو القوانين النافذة الأخرى الخاصة بالعمل والعمال أو حول قضايا تتعلق بآليات تطبيق أو تفسير عقد عمل فردي أو إتفاقية عمل جماعية نافذة أو قرار تحكيم، أو نزاعات ناشئة حول مصالح مستقبلية تتعلق باقتراح تعديل شروط الإستهخدام أو إعتمااد شروط إستخدام جديدة).

وفي هذه الحالة يثور تساؤل هل يجوز التحكيم في القضايا العمالية رغم أنها محمية بموجب قواعد أمرّة؟ للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التمييز بين التحكيم في منازعات العمل الجماعية، وبين التحكيم في منازعات العمل الفردية وذلك في نقطتين وكمايلي:

#### أولاً التحكيم في منازعات العمل الجماعية:

**تأخذ أغلب الدول بالتوفيق، والتحكيم كطريق لحسم المنازعات العمل الجماعية،** حفاظاً على حسن العلاقات بين طرفي عقد العمل، وما تطلبه هذه العلاقة من تعاون ومودة ويساعد العامل على استمراره في العمل لدى صاحب العمل.

**وبالنسبة للعراق** فإن قانون العمل الملغي رقم (71) لسنة 1987 لم يأخذ بالتحكيم لحل المنازعات العمل الجماعية، وإنما ما أخذ به هو نظام التوفيق الإجباري، وكانت محاكم العمل صاحبة الاختصاص النوعي للنظر في منازعات العمل، و هذا ما أكدته قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان العراق في قرار لها بأنه: (لدى عطف النظر على موضوع الطعن لوحظ أن المحكمة نظرت في الدعوى بخلاف الاختصاص النوعي الذي يعد من النظام العام، حيث أن الدعوى منصبّة على عقد عمل مبرم بين المدعى (المميز) والمدعى عليه تم اتهامه من قبل الأخير دون وجه حق حسب زعم المدعى لذا فأن الدعوى يكون النظر فيها من اختصاص محكمة العمل حسب أحكام قانون العمل) (رقم القرار /828/ الهيئة المدنية) في (29/ 12/ 2015)، "القرار غير منشور". (2015).



ولكن بعد صدور قانون العمل الجديد رقم (37) لسنة (2015)، أجاز المشرع اللجوء الى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة في عقد العمل وقد أخذ المشرع العراقي بالتحكيم الإختياري لحل المنازعات بين العمال وأصحاب العمل. و حسناً فعل المشرع العراقي في التشريع الجديد، إذ كما جاء في الأسباب الموجبة للقانون أنه مضى مدة طويلة على سريان قانون العمل الملغي، وكون أغلب أحكامه لا تنسجم وطبيعة المرحلة الراهنة فضلاً أن قواعدھا تتعارض مع المعايير الدولية واللجوء الى التحكيم والحلول السلمية قبل اللجوء الى الاضراب السلمي الذي أجازھ القانون.

**و نضيف،** حيث انه الهدف من التحكيم هو التيسير على المتقاضين باختصار الوقت واحترام إرادة الطرفين بما يتفقون به لفض نزاعاتهم بأيسر السبل، لأن حل النزاعات عن طريق المحاكم يستغرق وقتاً طويلاً مما يستهلك وقتاً وجهداً وكذلك بعض المصاريف، لذلك فمن الأفضل لأصحاب العمل والعمال حل نزاعاتهم وتسويتها بعيداً عن المحاكم، ولما كانت القوانين إلا إنعكاساً للواقع الإقتصادي، وبما أنه شهد العراق تحولاً عن النهج الاشتراكي الذي يقوم على ملكية الدولة لوسائل الإنتاج، إلى النهج القائم على الحرية الإقتصادية وتعظيم دور القطاع الخاص في عملية التنمية، كان لابد من تغييرات تشريعية تعبر عنها، وأيضاً من أسباب جلب الإستثمار الأجنبي والمحلي هو شعور المستثمر ان هناك وسائل تؤدي إلى حمايته من استغلال الآخرين، سواءً السلطة أمر الأشخاص وكون المستثمر يسعى دائماً إلى تحقيق الربح، وكون الدول المستضيفة للاستثمار في المقابل تسعى إلى جلب الإستثمار من أجل النمو الإقتصادي وتشغيل الأيدي العاملة، فأن نقطة الجذب هي السعي مع تفعيل الوسائل التي تتفق مع تحقيق الاستثمار الوهي الوسائل البديلة وعلى رأسها التحكيم في القضايا العمالية، حتى يشعر المستثمر أنه يمكن فض أي نزاع عمالي خلال فترة قصيرة دون أي إرهاب في الإجراءات.

**وبالنسبة للقانون المصري** ففي ظل قانون العمل السابق رقم (137) لسنة 1981 كان يأخذ بالتحكيم الإجباري بصورة مطلقة، حيث كان يتم إحالة أوراق النزاع إلى هيئة التحكيم دون موافقة الأطراف على ذلك (دسوقي 2003، ص 141)، ولذلك كان موقف المشرع المصري منتقداً في ظل القانون السابق، ولقد حاول المشرع في قانون العمل الحالي رقم (12) لسنة 2003 معالجة ما وجه اليه من نقد، فاشترط رضا طرفي النزاع أو على الأقل أحدهما لإحالة النزاع العمالي لهيئة التحكيم.

**أما بخصوص القانون الأردني،** فلم يأخذ به، ولكن حرص المشرع الأردني على تنظيم وسائل رضائية فعالة لحل المنازعات العمالية الجماعية (العطين 1996، ص 204)، وهذا وقد فرض المشرع اللبناني الوساطة والتحكيم بالقانون (حسين 2009، ص 581).

**يبدو فيما سبق** أن منازعات العمل الجماعية تدخل ضمن المسائل التي يجوز التحكيم فيها، ونؤيد موقف المشرع العراقي في قانون العمل رقم (37) لسنة 2015 حيث جعل التحكيم إختيارياً لا إجبارياً، حيث أن طرفي النزاع يختارون المحكمين ويعينون مكان التحكيم وينضمون إجراءاته ويتفقون على القانون الواجب التطبيق، فيستند التحكيم عندئذ في كليتھ إلى سلطان الإرادة، ولا نؤيد التحكيم الاجباري فيه تنعدم إرادة الأطراف سواءً فيما يتعلق باللجوء إليه أو فيما يتعلق باختيار الجهة التي تباشره ويصبح التحكيم نظاماً مفروضاً عليهم، ولا يجوز للمشرع أن يفرض التحكيم قسراً على أشخاص لا يسعون إليها بإرادتهم الحرة، ومن جانب آخر، أن حق الإلتجاء إلى القضاء من الحقوق العامة وتتعترف بها الدساتير والقوانين للكافة.

### ثانياً التحكيم في منازعات العمل الفردية:

ان التشريعات المقارنة قد ميزت بين النزاعات الفردية والجماعية في فض المنازعات العمالية و امكانية اللجوء الى التحكيم كوسيلة لحل النزاع.

فقد وجدنا أن التشريع العراقي و أغلب التشريعات المقارنة قد أخذت بالتحكيم في منازعات العمل الجماعية، لكن بالنسبة لمنازعات العمل الفردية فهناك تباين، بالأراء في امكانية الأخذبها، ويمكن أن يكون السبب هو حالة الضعف التي تلازم العامل، وكون المنازعات الجماعية أكثر تنظيماً وذات أهمية اقتصادية واجتماعية جديرة بالاهتمام، وبالنسبة لقانون العمل العراقي النافذ، فلم يميز بينهما.

ونحن نؤيد ما ذهب اليه المشرع العراقي بعدم تميزه بالنسبة في امكانية اللجوء الى التحكيم سواءً أم كانت المنازعات فردية او جماعية، وذلك لأن قواعد قانون العمل وإن كانت أمرة ولكنها ليست الأمرة المطلقة إذ يجوز مخالفتها إذا كان هناك مصلحة أفضل للعامل كما أن قواعد قانون العمل جاء لحفظ التوازن بين العامل ورب العمل وكذلك المحافظة على حقوق العمال، من حيث القدرة المالية والوقت.



وقد كرسست المادة (6) من اتفاقية روما لسنة 1980، هذا المعنى عندما نصت على أنه: (على الرغم من القواعد الواردة في المادة (3) وبخصوص عقد العمل، فإن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق ليس من شأنه أن يحرم العامل من الحماية المقررة وفقاً للنصوص الآمرة في القانون على النحو التالي: عند عدم وجود اختيار للقانون وفقاً لنص المادة (3) يخضع عقد العمل:

أ- لقانون الدولة التي يؤدي فيها العامل عمله بطريقة معتادة تنفيذاً للعقد، حتى لو كان متصلاً بشكل عارض بدولة أخرى.  
ب- إذا لم يكن العامل يؤدي عمله بطريقة معتادة في نفس الدولة، يخضع عقد العمل لقانون الدولة التي توجد فيها المؤسسة التي استخدمت العامل، إلا إذا أتضح من مجمل ظروف التعاقد أن عقد العمل يتصل بروابط أكثر وثوقاً مع دولة أخرى، ففي هذه الحالة يطبق قانون الدولة الأخرى.

ويلاحظ على هذه المادة أنها حاولت توفير حماية خاصة للعامل بحسابه الطرف الضعيف في العقد، وذلك من خلال جعل قانون الإرادة محدداً ومشروطاً بأن لا يؤدي إلى حرمان العامل من الحماية التي يمكن أن تكفلها له القواعد الآمرة في القانون المتوقع تطبيقه بموجب الفقرة (2) من المادة المذكورة (حامد ميراني 2005، ص 93). وبالرجوع إلى موقف المشرع المصري، نجد أنه كنظيره العراقي، لم يميز بين منازعات العمل الفردية والجماعية في إمكانية اللجوء إلى التحكيم.

وفي الأردن قد حدد قانون العمل الأردني الجهة القضائية التي يتم اللجوء إليها في فض المنازعات العمالية في عقد العمل الفردي وحصرتها في محكمة الصلح صاحبة الإختصاص النوعي في النظر في هذه القضايا. وهذا يعني أنه لاجال لحل المنازعات التي تنشأ عن عقد عمل الفردي عن طريق الوسائل البديلة ومنها التحكيم، حيث جاء النص بشكل لا يمكن تفسيره إلا تفسير واحد وهو أنه حل المنازعات يكون عن طريق القضاء الوطني. أما في لبنان عملاً بالمادة (79) من قانون العمل اللبناني والمعدل بموجب القانون رقم (207) لسنة 2000 يختص مجلس العمل التحكيمي، بصورة عامة في جميع الخلافات الناشئة بين أرباب العمل والأجراء، وهذا المجلس التحكيمي ينبثق من تجمع العمال أو من نقابة مهنية تهتم بأمور العمال ولا يعتبر بأي شكل من الأشكال صورة من صور التحكيم. وهكذا يتبين لنا أن أرباب الأعمال والعمال في عقد العمل الفردي في لبنان يملكون دائماً إمكانية إخضاع نزاعهم لمحكمة، ولكن فقط بعد إنقضاء عقد العمل.

## ٢-٢ عدم القابلية للتصرف لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة

**يظهر الواقع العملي،** من انه يتم استبعاد التحكيم في بعض المنازعات لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، ومن بين هذه المنازعات تبرز تلك المنازعات المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية.

**وتعد نزاعات الملكية الصناعية،** من أكثر المواضيع تأثيراً بمفهوم القابلية للتحكيم، خاصة وأن لأصحابها حقوق إستثنائية بالإستغلال التي تعتبر إستثناء من مبدأ الاختكار، وتظهر العلاقة الوطيدة بين حقوق الملكية الصناعية ومفهوم النظام العام، من هذا المنظور فالسلطة العامة المكلفة في الدولة، هي التي تحرص على تحديد الشروط القانونية للإستثمار بحق الملكية، بالإضافة إلى تسليمها لشهادات الملكية المثبتة للحق (د. فيض الله 1999، ص 168). وقد وفرت اتفاقية تريبس (TRIPS) بالإضافة إلى حق المؤلف والحقوق المجاورة حماية لسبعة أنواع من الحقوق وهي: العلامات التجارية المؤشرات الجغرافية " الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية" براءات الإختراع " التصميمات التخطيطية الرسومات الطبوغرافية للدوائر المتكاملة" حماية المعلومات السرية: (المعلومات غير المصرح عنها) " مكافحة الممارسات المنافية للمنافسة المشروعة في التراخيص التعاقدية.

ومن الضروري التركيز على مسألة القابلية للتحكيم في المنازعات التي تنشأ حول صحة وإستثمار براءات الإختراع التي تشكل الدعامة الأساسية للملكية الصناعية والتجارية.

**ان التحكيم يمثل آلية أساسية لحل منازعات الملكية الفكرية بين المتعاملين في السوق** سواءً أم كان على المستوى المحلي أو على المستوى الدولي، فعلى المستوى المحلي كل منظومة تشريعية حديثة من قانون للتحكيم يعنى بحل المنازعات بوجه عام والتجارية منها على نحو خاص، ومن بينها منازعات الملكية الفكرية، أما على الصعيد الدولي فإن المنازعات التي تنشأ بين الدول من جراء المعاملات التجارية التي تجرى واقعاتها بينها يجرى فيها في إطار ثنائي من خلال اللجوء إلى التحكيم سواءً في مراكزه الأساسية أو من خلال التحكيم غير المؤسسي (علي 2016، ص 616)، أما على صعيد نظام العلاقات التجارية متعددة الأطراف فإن



( یعنی بحل ما قد ينشأ من منازعات بين الدول في مجالات WTO نظام تسوية المنازعات في المنظمة التي تجسد هذا النظام ) التجارة الدولية ومن بينها منازعات الملكية الفكرية، أما المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد والشركات (جهات القطاع غير وهذا لودل على شيء فإنما يدل تسويتها ) یعنی بنظر هذه المنازعات من أجل WIPO الحكومي) فإن مركز التحكيم والوساطة في ( على أن هذه المنازعات تكون قابلة لحلها عن طريق التحكيم حتى وأن كانت الجهة التي تقوم بعملية التحكيم عبارة عن مركز WIPO معين بذاته الذي هنا هو مركز التحكيم والوساطة التابعة لـ)

**وفي إطار التشريعات الوضعية، بالنسبة للتشريع العراقي والتشريعات المقارنة،** من خضوع المنازعات المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية للتحكيم فلانجد في قانون المرافعات المدنية العراقي ولاحتى قانون براءة الإختراع العراقي، نصاً يدل على جواز أو عدم جواز اللجوء الى التحكيم في المنازعات المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية، ولكن تطرق قانون الإستثمار العراقي، بشكل غير مباشر لهذا الموضوع حيث نصت الفقرة (ج) من المادة (21) من هذا القانون على انه: يتكون رأس مال المشروع المشمول بأحكام هذا القانون مما يأتي: (الحقوق المعنوية التي تشمل براءات الإختراع والعلامات التجارية المسجلة والمعروفة الفنية والخدمات الهندسية والإدارية والتسويقية وما في حكمها).  
والجدير بالذكر أن قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 أجاز لطرفي النزاع اللجوء الى التحكيم عند حدوثها وذلك بموجب الفقرة (1) من المادة (27).

**وبالنسبة للتشريعات المقارنة** ومنها المصري، فأنها أجازت بصورة عامة التحكيم فيما يتعلق باستغلال براءة الإختراع لأن الأمر هنا يتعلق بحق مالي يجوز التصالح بشأنها، أما المنازعات المتعلقة بصحة وسريان البراءة يعد مجالاً محظوراً في التحكيم، وبالتالي المنازعات المتعلقة بالتقليد أو التزييف والمنازعات المتعلقة بملكية البراءة تكون مستبعدة من نطاق التحكيم (معوض 2009، ص 90).

والجدير بالملاحظة أنه انفرد قانون براءات الإختراع اللبناني بالنص على امكانية اللجوء في منازعات الناشئة عنها الى التحكيم، حيث جاء المادة (39/ب) من قانون براءات الاختراع اللبناني، رقم (240) الصادر بتاريخ (8/7/2000). على أنه: (لا تحول هذه الأحكام دون اللجوء إلى التحكيم في حدود المواضيع التي يجوز الصلح فيها).

و لذلك يجوز التحكيم في المنازعات المتعلقة باستثمار براءات الاختراع أي المنازعات الناشئة عن عقود الإجازة الخاصة بها، أو التنازل عنها لأن في هذا النوع من المنازعات، المصلحة العامة لا تكون مطروحة فيها، أما المنازعات المتعلقة بصحة البراءة أنه لا يمكن أن تكون موضوعاً قابلاً للتحكيم، وذلك لسببين: السبب الأول، أن المحكمين لا يمكنهم البت في صحة براءة الإختراع كونه سنداً صادراً عن السلطة العامة، والسبب الثاني، أن قرار إبطال براءة الإختراع له أثر مطلق (بردان 2004، ص 287). والجدير بالذكر أن التشريع العراقي والتشريعات المقارنة قد وضعت جزاءات جنائية على الاعتداء على براءة الإختراع، وبالنسبة للمشرع العراقي، فان قانون براءة الإختراع والنماذج الصناعية العراقي المعدل، قد حدد صور الإجراءات التحفظية لمنع انتهاك حقوق براءة الإختراع، وما يلاحظ على موقف المشرع العراقي أنه أكتفى فقط بالجزاءات المدنية دون الجزاءات الجنائية، وهذا بخلاف المشرع المصري حيث وضع جزاءات جنائية متمثلة بالغرامة والحبس، على كل اعتداء على حق صاحب البراءة بالتقليد. وهكذا يتضح، أنه عموماً قد فرقت التشريعات الحديثة بين نوعين من النزاعات المتعلقة ببراءة الإختراع، منها ما يقبل التحكيم، ومنها لا يقبل التحكيم فالنزاعات التي تدور حول وجود أو صحة البراءة، هي نزاعات تختص بها المحاكم القضائية حصراً ولا تقبل التحكيم، أما النزاعات التي تدور حول تنفيذ العقود، ولاسيما التراخيص المتعلقة باستثمار حقوق براءة الإمتياز أو المسؤولية التعاقدية الناجمة عن الإلتزامات التعاقدية للأطراف مستثمري هذه البراءات فتكون قابلة للتحكيم (معوض 2009، ص 92).

### ٣- معيار الطابع المالي لموضوع النزاع

يعني هذا المعيار أن كل نزاع ذات طابع مالي، يكون قابلاً للتحكيم، أي كل نزاع يمكن تقويمه بالمال ومن ثم يمكن التعامل فيه والتنازل عنه كما يمكن انتقاله الى الخلف بالميراث، وسواءً كان هذا الحق من الحقوق المدنية أو التجارية، فالمهم ان يكون النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع إقتصادي (حداد 2005، ص 121).

ويعد هذا المعيار إحدى ثمار تطور الفكر القانوني المتعلق بالتحكيم وقد تم تبنيه في عدد من الدول، وتبلغ الثقة في نظام التحكيم أقصى مدى له في القانون السويسري، حيث يكون محلاً للتحكيم كل نزاع ذات طبيعة مالية، فلا يفرق هذا القانون بين نزاع يتصل بمسألة تتعلق بالنظام العام أو لا تتعلق به (الطباخ 2010، ص 56).



وبالنسبة للقانون العراقي فقد تبنى هذا المعيار ويستنتج ذلك من خلال نص المادة (1/704) من القانون المدني الذي يشترط على أنه للمصالح ان يكون مما يأخذ بدله، ونص في الشطر الثاني منه يجوز الصلح على المسائل المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب احدي الجرائم.

**كما أن المشرع المصري** يشترط أن يكون الحق محل التحكيم حقاً مالياً، والصفة المالية مستفادة من المادة (11) من قانون التحكيم المصري، والمادة (551) من القانون المدني حيث يشترط أن يكون الحق محل التحكيم حقاً قابلاً للتصرف فيه وما يقبل التصرف هو الحق المالي على خلاف الحق غير المالي، كما أن المادة الثانية من قانون التحكيم التي عرفت تجارية التحكيم بأنه كل نزاع ينشأ حول علاقة ذات طابع اقتصادي عقدية كانت أو غير عقدية.

**وبالنسبة للقانون الأردني والقانون اللبناني** فأجازا التحكيم في المسائل المالية ولكن مع وجود قيود واستثناءات ترد عليها في بعض من المسائل لقابلية النزاع للتحكيم من عدمه (حداد 2005).

الا إنه ليس جميع الحقوق المالية يمكن ان تكون محلاً للتحكيم فإن ما تقضيها القواعد العامة في القوانين المدنية العربية من انه لا يجوز التصرف بالأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة أو الحجز عليها أو تملكها بمرور الزمان.

كما أن هناك مسائل غير قابلة للتحكيم وذلك لكونها مسائل خارجة عن نطاق القابلية للتحكيم من الناحية الموضوعية بسبب طابعها غير المالي، وهي مسائل الأحوال الشخصية وحقوق الشخصية، والمسائل غير المالية المتعلقة بحقوق الملكية الأدبية والفنية، وسوف نقوم ببيان هذين النوعين من المسائل غير الخاضعة للتحكيم في فرعين مستقلين نخصص الفرع الأول للبحث في مسائل الأحوال الشخصية وحقوق الشخصية، ونبحث في الفرع الثاني حقوق الملكية الأدبية والفنية.

#### ٤-١ مسائل الأحوال الشخصية

ان مسائل الأحوال الشخصية لا تخضع للتحكيم لكون العلاقات الناشئة عنها ليست علاقات مالية، فضلاً عن وجود نصوص قانونية تمنع ذلك سواء بصورة صريحة أم ضمنية، لأنه يلتقي فيها القانون بالدين وبمسائل الحل والحرمة ولذلك يفضل الكثير من التشريعات العربية في هذه الأمور اعطاء قضاء الدولة اختصاصاً حصرياً بشأنها وابعادها بالتالي عن مجال التحكيم (العنزي 2006، ص 210).

ويتفق غالبية الفقه، على تقسيم مسائل الأحوال الشخصية إلى مواد متصلة بالأحوال الشخصية البحتة، ومواد تتصل بالمصالح المالية، أي تتصل بالمال، وتمثل مسائل الأحوال الشخصية البحتة والتي لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنها المسائل المتعلقة بتحديد حالة الشخص القانونية إزاء الدولة والمجتمع، والمسائل المتعلقة بعمر الشخص أو تحديد جنسه وجنسيته، وكذلك المسائل المتعلقة بتحديد وضعه العائلي، وتنظيم الأسرة، فكل هذه المسائل تخرج عن نطاق القابلية للتحكيم (عبدالوهاب حجيري 2013، ص 144).

وبالرجوع الى قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل والقانون المدني العراقي يمكننا معرفة الموضوعات التي تعتبر من الأحوال الشخصية في العراق وهي: الزواج، الطلاق، الولادة، النسب، الحضنة، الوصية، النفقة، الوقف، الميراث، والأهلية (عبدالوهاب حجيري 2013، ص 144).

وهذا ما أكدها لمشرع المصري بضرورة اللجوء لاتفاق التحكيم في العقود ذات طابع تجاري أو مدني أو اداري في قانون التحكيم المصري، وبالتالي لايجوز التحكيم في خصومة تتصل بما إذا كان الولد شرعياً، أم متبني، أم لاينتسب إلى أسرة، أم خصومة تتعلق بما إذا كان عقد الزواج صحيحاً أم باطل، أو خصومة تتصل بما إذا كان شخص ما يعتبر وارثاً أم غير وارث، أو في خصومة تتعلق بحضانة طفل رضيع، أو بحقوقه على والديه، أو في خصومة تتعلق بالحجر على شخص (أبو الوفاء 1988، ص 74).

ويختلف تحديد المقصود بالأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى فبعض الدول تضيق من نطاق مفهوم الأحوال الشخصية ففي فرنسا تدخل في مدلول الأحوال الشخصية: الحالة، Etat، والأهلية Capacite، وثمة وفر من الأحكام الفرنسية التي تقرر عدم جواز التحويل في الحالة الشخصية، وكل اتفاق يرمي إلى هذا الغرض قد قضى ببطلانه لمخالفته للنظام العام، وهكذا فان الآثار القانونية للزواج لا يمكن تغييرها باتفاق الطرفين، كما لا يمكن تحقيق الطلاق أو حتى الفراق بالرضى المتبادل، وتشمل هذه القاعدة أيضاً الأمور الأخرى كحق النفقة أو الوصاية أو حضانة الأولاد، و في جميع هذه الحالات يقوم الحد من حرية الفرد على أساس أن هذه الأمور تخضع لنظام تشريعي يعتبر من النظام العام في فرنسا (لويد 1956، ص 5).



ومن خلال هذا العرض يمكن القول بأن موضوع الأحوال الشخصية البحتة والتي تتفق جميع التشريعات المقارنة على عدم امكانية اخضاعها للتحكيم تتناول أحكام الأسرة من بدايتها الى النهاية.

وتناولت الشريعة الإسلامية هذه المواضيع في أحكام ثابتة أساساً في القرآن بالدرجة الأولى و الذي يعتبر المصدر الأول والأساسي من مصادر الفقه، ويليه بالدرجة الثانية السنة النبوية أي ما ورد عن النبي (صلى الله عليه وسلم) من قول أو فعل أو تقرير، وهذه المسائل في كثير من الدول وخاصة الدول الإسلامية يختلط فيها حق الله بحق العبد (د. يوسف 2013، ص 105)، والتي قنن المشرع وعدد أحكامها بنصوص أمرة لا يصح الإنفاق على خلافها مما يقتضي عدم جواز الصلح، والتحكيم فيها (عبدالوهاب حجيرة 2013، ص 153).

وكذلك فإن أحكام الأهلية أيضاً تعتبر من النظام العام، فلا يجوز أن تكون محلاً للمصالحة أو التحكيم، فلا يجوز لشخص أن يتفق مع آخر على التحكيم لكي ينزل عن أهليته أو يزيدها أو ينقص منها، وفي جميع هذه الحالات يقوم الحد من حرية الفرد لأن هذه الأمور تخضع لنظام تشريعي يعتبر من النظام العام (عبدالله 2006، ص 69).

وفيما يتعلق بحل النزاعات الأسرية فإنه يجوز إختيار حَكَمين للبت في مسائل النزاع أو الشقاق بين الزوجين استناداً إلى قوله تعالي [وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها] (سورة النساء، الآية (35))، وهذا ما أكد عليه قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة (2/41) منه حيث نصت على أنه: (على المحكمة إجراء التحقيق في أسباب الخلاف فإذا تبين لها وجوده تختار حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج أن وجدا للنظر في إصلاح ذات البين)، والجدير بالذكر أن مسألة إختيار (الحكم) الوارد في هذا المقام والذي سمي بالتحكيم من قبل الفقه (الزملي 2014، ص 185) والذي نص عليه قانون الأحوال الشخصية بصدد الشقاق بين الزوجين فإنه وحسب وجهة نظرنا ليس تحكيميا بالمعنى الدقيق والذي يكون فيه قرار المحكم أو المحكمين ملزماً لطرفي النزاع، أما الحكمين الوارد ذكرهما في المادة السالفة فلا يتجاوز مهامهما "الإجتهاد" في اصلاح الزوجين، كما جاء في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة، وإذا تعذر عليها ذلك لا يمكن لهما إلزام الزوجين بأن يتصالحا، وإنما يقومان برفع الأمر الى المحكمة مع بيان الطرف الذي ثبت لهما تقصيره.

وهكذا يتبين أنه اتجهت نية المشرع إلى أن يبعد من نطاق التحكيم هذه النزاعات لأهميتها البالغة، ولحماية مصالح شخصية وجددها جديرة بالحماية نظرا لخطورتها وأهميتها الإجتماعية (مشمش 2009، ص 51)، لأنها ترتب آثاراً ليس على الشخص نفسه فقط، بل تمتد إلى أشخاص آخرين مثل الأبناء أو الورثة وغيرهم (منديل 2011، ص 65).

ولكن على الرغم من عدم إمكانية التحكيم في أمور الأحوال الشخصية البحتة، إلا أنه يجوز التحكيم في الحقوق المالية التي تترتب على الحالة الشخصية، فعلى سبيل المثال يجوز التحكيم في مؤخر الصداق للمطلقة وكذلك في أغراض جهازها ونفقة العدة وكذلك يجوز في النفقة لمن له حق النفقة على غيره أن يتحكم بشأن ما يستحقه من نفقة مدة معينة، أو أجر حضانة وسكن الحاضنة ويجوز التحكيم للوارث وبقية الورثة على نصيبهم من الميراث وصولاً إلى التخارج ولكن لا يجوز التحكيم على صفتهم كوارثين فهذا من النظام العام (تارا 2005، ص 90)، وكذلك يجوز التحكيم في المصالح المالية المترتبة على الأهلية، فيجوز للناصر بعد أن يبلغ سن الرشد أن يلجأ إلى التحكيم مع من تعاقده معه وهو قاصر في إجازة العقد بشروط معينة، (الحياوي، مبادئ التحكيم، 3ط، المكتبة القانونية، بغداد، 2004، ص 83).

أما فيما يتعلق بالجنسية تعتبر متعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام، فلا يجوز التحكيم في مسألة اكتساب الجنسية مثلاً، أو إسقاطها أو تركها لأنها من المسائل التي تمثل حق للدولة ومظهر من مظاهر سيادة الدولة، إلا أنه يجوز التحكيم في دعوى التعويض عن القرار الإداري الصادر بالمخالفة لقانون الجنسية (الزعيبي 2010، ص 86).

وفي رأينا، أن قضايا الأحوال الشخصية في العراق وكثير من البلدان، وخاصة الإسلامية مرتبطة بالجانب العقائدي التي تدخل ضمن الحلال والحرام والمعيار العام الشامل لاعتبار المسألة مخالفة للنظام العام والآداب هو الشريعة الإسلامية مما زاد من الأمر قدسية لاسيما تلك التي ذكرت صراحة في القرآن الكريم جملةً وتفصيلاً، كأنصبه أصحاب الفروض مثلاً، وهذا ما جعلت هذه المسائل أكثر قدسية في نظر المجتمع الكوردستاني والعراقي خصوصاً والبلدان الإسلامية عموماً، حتى بالنسبة للديانات السماوية الأخرى مثال، المسيحيون يلجأون الى القواعد الدينية في عقود الزواج والطلاق، وغيرها من المسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية حتى قضايا النسب والبنوة الشرعية أصبحت لها حساسية أبعد من النصوص الدينية، حيث أنها اختلطت بالعادات والتقاليد الاجتماعية ربما تكون في بعض الأحيان أكثر قسوة من القواعد الدينية، مما أدى إلى أن يتعامل أفراد المجتمع بحذر وحساسية شديدة مع هذه المسائل، فلذلك أن مجرد التفكير في عرض مثل هكذا مسائل على التحكيم يكون مردوداً ولا يمكن القبول به بأي شكل من الأشكال.

## ٤-٢ حقوق الملكية الأدبية والفنية

الملكية الأدبية أو الفنية: هي نظام الحماية المقرر بشأن المصنفات في حقل الآداب والفنون والذي بدأ وجوده التنظيمي بإبرام اتفاقية برن، لحماية المصنفات الأدبية والفنية، وبموجبه تحمي المواد المكتوبة كالكتب، والمواد الشفهية كالمحاضرات، والمصنفات الفنية الأدائية كالمسرحيات والموسيقى والتمثيل الإيمائي والمصنفات الموسيقية، و المصنفات المرئية والسمعية كالأشرطة السينمائية والمواد الإذاعية السمعية، والفنون التطبيقية كالرسم والنحت، والصور التوضيحية والخرائط والتصميمات والمخططات والأعمال المجسمة المتعلقة بالجغرافيا والخرائط السطحية للأرض، وبرامج الحاسوب وقواعد البيانات وهذا القسم من الملكية الفكرية يعرف أيضاً بحقوق المؤلف، ويلحق به ما أصبح يطلق عليه الحقوق المجاورة لحق المؤلف، المتمثلة بحقوق المؤدين والعازفين والفنيين في حقل الفنونجرافات (التسجيلات الصوتية وحق الإذاعة) (رحال، 2012، ص 259).

وبالنسبة لموضوع الملكية الأدبية وحقوق المؤلف فله ارتباط وثيق مع النظام العام، حيث يهدف هذا الأخير إلى إضفاء حماية على كل القواعد والمبادئ المرتبطة بالأخلاق والآداب والمصالح لمجتمع ما، أي كل ما يحمي حرية هذا المجتمع، لكن هذا التشدد الحمائي يجب أن لا ينعكس سلباً على مصالح إقتصادية أختارها المالك الفكري بأن يخضع إنتاجه لعمليات تجارية يبتغي من ورائها الربح، وما التحكيم إلا وسيلة إضافية لضمان الحقوق يقتضي اللجوء إليها عند الحاجة (رحال، 2012، ص 270).

ويعد حق المؤلف من الموضوعات المهمة على الصعيد الاقليمي والعالمي في ضوء ما يشهده التطور العلمي والفني والأدبي الذي أصبح من مميزات هذا العصر ومقياس التقدم في الوقت الحاضر.

وأنه قد يثور في بعض الحالات منازعات بشأنه، ربما يثور هناك سؤال هل يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأن هذه المنازعات؟ ومبعث هذا التساؤل هو ما يمكن أن يصطدم به هذا الموضوع من مشاكل تتعلق بفكرة النظام العام، أن الإجابة على هذا التساؤل توجب التمييز بين المنازعات المتعلقة بالحقوق المالية للمؤلف وبين المنازعات المتعلقة بالحقوق الأدبية العائدة له وذلك في فقرتين مستقلتين:

### 1\_ الحق الأدبي (المعنوي) للمؤلف.

يقصد بالحقوق الأدبية للمؤلف مجموعة من الحقوق الفرعية التي تستهدف حماية شخصية المؤلف كميته للمصنف (رحال، 2012، ص 278)، ويعتبر الحق الأدبي للمؤلف أحد جوانب الهامة في الملكية الفكرية ويهدف هذا الحق إلى حماية شخصية المؤلف كمبدع للمصنف كونه ملتصقاً به، ولا يجوز التنازل عنهن ولا التصرف فيه ولا الحجز عليه وانه حق دائم لا يقبل التقادم وانه لا يقبل الإنتقال إلى الورثة وهذه الحقوق قائمة بدءاً من تاريخ العمل وانتهاء بحياته (أوبكر 2008، ص 42). وبالنسبة لأصحاب الحقوق المجاورة لحق المؤلف فأن فنان الأداء بعكس أصحاب الحقوق المجاورة الأخرى يتمتع بحق أدبي نظراً لكون ما يؤديه يمثل ابداعاً مبتكراً ويبرز شخصيته الأدبية والفنية التي يعد الأداء أو التمثيل انعكاساً لها (أبو عمر 2005، ص 119).

وتتمثل الحق الأدبي للمؤلف وفقاً للمادة (10) من قانون حماية حق المؤلف العراقي. من العناصر التالية:

أ\_ الحق في نسب مصنفه إليه.

ب\_ حق المؤلف في تعديل مصنفه.

ت\_ حق المؤلف في منع الغير من إجراء أي تعديل أو تغيير أو إعتداء على المصنف.

ث\_ حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول ووقف نشره.

ج\_ حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه.

فانطلاقاً من الطابع غير المالي للحق الأدبي العائد للمؤلف ومن عدم إمكانية التنازل أو التصرف بهذا الحق، فقد حظر اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات وذلك إستناداً لمعيار القابلية للتحكيم.

### 2\_ الحق المالي للمؤلف:

يعني الحق المالي للمؤلف إعطاء صاحب إنتاج ذهني حق احتكار وإستغلال هذا الحق بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالي، وهذا الحق وان توافرت فيه صفة الاحتكار والإستثثار الا أنها تقبل التصرف والانتقال، أما إستثثار صاحب المنتج لحقوقه المالية فيتخذ أشكالاً متعددة وهي:

أ\_ نشر المصنف.

ب\_ نقل المصنف إلى الجمهور.

ت- حق التبع أي حق المؤلف في الحصول على نسبة من ثمن بيع النسخ الأصلية من المصنف في كل مرة يتغير فيها مالك هذه النسخ.

**ويتيمز الحق المالي للمؤلف بخصيصتين أساسيتين هما:** انه حق إستثنائي للمؤلف، أي ان حق إستغلال المصنف مالياً هو للمؤلف وحده، وأنه حق مؤقت للمؤلف، أي إنقضاء هذا الحق بفوات مدة معينة يحددها القانون (بكر ص 107). وعليه فيمكن اللجوء إلى التحكيم فيما يخص في النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية للمؤلف، وذلك إستناداً إلى الطابع المالي التي تتمتع به هذه الحقوق وهو معيار لقابلية المواضيع للتحكيم .

وفي العراق والتشريعات العربية المقارنة ليس هناك ما يمنع أن تكون مثل هذه الحقوق قابلة لإجراء الصلح بشأنها وامكانية التصرف بها في إطار التحكيم الداخلي أم الدولي (د. بردان 2004، ص 306)، وبالمقابل فإنه يميز في فرنسا بين التحكيم الداخلي والدولي في هذه المنازعات ففي العلاقة القانونية الداخلية يكون البند التحكيمي المدرج في العقد بين المؤلف والناشر باطلاً انطلاقاً من الطبيعة المختلطة لعقد النشر (صالح 2006، ص ص 45\_46)، وحيث لايجوز إدراج بنود تحكيمية في عقود متمتعة بهذه الصفة، اما في العلاقات القانونية الدولية فإنه بالإمكان اللجوء إلى التحكيم فيها بواسطة البنود التحكيمية، كون هذه العلاقات تستفيد من القواعد المادية المقررة في ميدان التحكيم الدولي، والتي تمنح البنود التحكيمية في العلاقات الخاصة الدولية فعالية خاصة (بردان 2004، ص 306).

#### 5- معيار الاختصاص الحصري للسلطات العامة

**يقصد بهذا المعيار** إستبعاد التحكيم في المسائل التي يقرر المشرع بأن اختصاص البت فيها يعود للسلطات التابعة للدولة، القضائية أو الإدارية، وفي معظم الأحيان يكون هذا الاختصاص للسلطات القضائية، فالمشرع ينص غالباً على أن يكون النظر في بعض القضايا من إختصاص المحاكم التابعة له، كما أن المعروف ان الأمور المتعلقة بأعمال سلطات الدولة الثلاث (التشريعية، والقضائية، والتنفيذية) تخرج بطبيعتها عن نطاق التحكيم واخراجها عن نطاقه لا يحتاج الى نص يقره، لأن كل ما يتعلق بسلطات الدولة الثلاث يدخل ضمن مفهوم النظام العام (بردان 2004، ص 309).

ويتقرر الإختصاص الحصري إما لهيئات قضائية أو إدارية، أو لجان خاصة، يكون لها وحدها أمر البت في بعض المنازعات، فلايجوز التحكيم بصدد نزاع على دستورية القانون أو اللائحة أو صحة قرار إداري، أو على إجراء من إجراءات التقاضي أمام المحاكم أو رد القضاة فإن هذه المسائل تتعلق بصميم نظام الدولة ولا يكون الفصل فيها إلا للدولة، أو على أستحقاق ضريبة أو عدم أستحقاقه للإدارة المالية هي التي تقرر استحقاق الضريبة أو تعيين ما يستحق منها بقرار من قبلها، والرقابة على صحة هذا القرار تخضع لرقابة السلطة القضائية وحدها، وكذلك لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالجنسية لأنها تمس سيادة الدولة على مواطنيها (جمال 2003، ص 69)، وبما أن الدولة هي الشخص الوحيد من أشخاص القانون العام التي تمنح الجنسية ومن ثم لا يمكن بأي حال من الأحوال الدخول مع الدولة كطرف في منازعة تحكيم بصدد إكتساب الجنسية، أو إسقاطها أو تركها (سكيكر 2007، ص 49).

**وتظهر أهم التطبيقات العملية** لهذا المعيار بصدد منازعات الإفلاس، وكذلك المنازعات الخاصة بالمسائل الجنائية ولبيان هذه التطبيقات سوف نقوم ببحث هذين النوعين من التطبيقات في فرعين مستقلين: نبحث في الفرع الأول التحكيم ومنازعات الإفلاس، وفي الفرع الثاني التحكيم في المسائل الجنائية.

#### 5-1 التحكيم ومنازعات الإفلاس

يقصد بمنازعات الإفلاس، المنازعات المتعلقة عن الإفلاس الشخصي أو إفلاس الشركات، وفي بعض الدول كفرنسا مثلاً يمتد هذا المفهوم ليشمل المنازعات المتعلقة بالتقويم والتصفية، والإفلاس نظام لايسري إلا على من يحترف النشاط التجاري (بردان 2004، ص 309).

والجدير بالذكر، أن التشريع العراقي لديه نظامان للتنفيذ على أموال المدين، بحيث يختلف كل نظام بحسب صفة المدين والعوامل التي أدت إلى عجز المدين عن الوفاء، وكذلك صفة الدين تجارياً كانت أم مدنياً (حنا 2013، ص 8).



فإذا كان المدين تاجراً وتوقف عن دفع ديونه التجارية فعند ذلك يتم تطبيق نظام الإفلاس عليه، أما إذا كان المدين غير تاجر وكانت أمواله لا تكفي للوفاء بديونه فيكون نظام الحجر على المدين المفلس (الإعسار المدني) هو الذي يتم تطبيقه (حنا 2013، ص9).

وقد عرف المشرع العراقي الإفلاس في الفقرة (1) من المادة (566)، النافذة من قانون التجارة العراقي الملغي، رقم (149)، لسنة (1970). بأنه: (كل تاجر وقف عن دفع دينه التجاري يعتبر في حالة إفلاس ويشهر إفلاسه بحكم يصدر بذلك). والإفلاس قانوناً، هو طريقة التنفيذ على مال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية، يهدف إلى تقوية الائتمان ودعم الثقة في المعاملات المالية وذلك بسلسلة من الإجراءات والقواعد لحماية مصالح الدائنين وصيانة حقوقهم لتمكينهم من الحجز على ما تبقى من أموال المدين ووضعها تحت يد القضاء (حمو 2008، ص9)، فهو نظام جماعي لتصفية أموال المدين المتوقف عن الدفع ويهدف الى تحقيق المساواة بين الدائنين.

وعليه، سنبحث في الإفلاس، وأسباب المنع في التحكيم، و تاريخ صدور حكم الإفلاس وأثره على القابلية للتحكيم في النقاط التالية وكالاتي:

### أولاً: عدم قابلية منازعات الإفلاس للتحكيم وأسبابه:

يستقر الفقه (القليوبي، 2003، ص3)، والقضاء على أن نظام الإفلاس يتصل بالنظام العام، كونه يمس المصلحة العامة للتجارة والاقتصاد والمجتمع، حيث ينشأ عنه آثاراً تتصل بالمدين والدائنين والعاملين بالمشروع الذي ينهار تماماً ويتم تصفيته، وكذلك المتعاملين معه من موردين ومشتريين ومستهلكين.

**ويرى الفقه** (127, p, 1987, Ancel)، في هذا الصدد أن الهدف المتمثل بتركيز المنازعات تمهيداً لحلها بسرعة، وحماية المصلحة العامة للائتمان هما اللذان دفعا إلى تقرير هذا الإختصاص، وأن اللجوء الى التحكيم في ذلك يخالف الهدف المتوخى من النص، ذلك لأن المحكمة التي أعلنت الإفلاس تعتبر أقدر من غيرها على الفصل في المنازعات الناشئة عن الإفلاس نظراً لوقوفها على ظروف الإفلاس وتصرفات المفلس ولوجود دفاتر للمفلس وجميع المستندات المتعلقة بالأعمال الوارد عليها النزاع في مركزه التجاري الواقع في نطاق المحكمة التي قضت بالإفلاس، الأمر الذي يسهل عليها الفصل في هذه المنازعات، كما أن ضرورة عدم المساس بمصالح الغير و حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، يعتبر سبباً لمنع التحكيم بخصوص منازعات الإفلاس، إذن هناك اسباب عديدة وراء تقرير الإختصاص الحصري لمحكمة الإفلاس، وكل هذه الأسباب تدخل في نطاق النظام العام، فالإجراءات الجماعية مقررة إذن بغية تحقيق المصالح العامة، وذلك عكس الإجراء التحكيمي الذي يستهدف تسوية نزاع محدد، غالباً ما يكون تعاقدياً بين شخصين ولا يهم سواهما.

ولايجوز فرض العقوبة المقررة على التاجر المفلس بالتدليس أو بالتقصير من قبل محكمة الجزاء، إلا إذا صدر حكم من محكمة البداية بشهر افلاسه، وأكتسب الحكم درجة البتات (قوة الشيء المحكوم به) وإذا قدمت شكوى على تاجر لاثامه بجريمة الإفلاس أو التدليس لدى محكمة الجزاء أو التحقيق، فعلى تلك المحكمة أن تقرر وقف الفصل فيها إلى حين صدور حكم من محكمة البداية بشهر الإفلاس، ويكون الحكم الصادر من محكمة البداية بكون المدين تاجراً ومتوقفاً عن الدفع وان الدين تجاري، أو خلاف ذلك، حجة أمام محكمة الجزاء (خطاب 1961، ص92).

### ثانياً: تاريخ صدور حكم الإفلاس وأثره على القابلية للتحكيم:

من الضروري أن نميز مرحلة ما قبل صدور الحكم بالإفلاس وما بعد صدور مثل هذا الحكم وكما يلي:

#### 1\_ التحكيم قبل الحكم بالإفلاس:

ان اتفاق التحكيم إذا كان مبرماً على وجه صحيح من قبل المدين قبل إعلان إفلاسه أو إخضاعه لإجراء جماعي، فإنه يكون ملزماً للمدين ويمكن الإحتجاج به بوجه الدائنين وسائر أشخاص التفليسة فاتفاق التحكيم وقواعده هي التي تحكم المنازعة، وينفذ إتفاق التحكيم بواسطة السنديك (أمين التفليسة) الذي يباشر إجراءات التحكيم ويكون له السلطة، خصوصاً في مباشرة الإجراءات وتعيين المحكمين (د. بردان 2004، ص316)، ويستوي أن يتم التحكيم من خلال مشاركة التحكيم أو شرط التحكيم، فكلاهما نافذ في حق جماعة الدائنين وأمين التفليسة، لأن المدين المفلس وقت إبرام مشاركة التحكيم كان له حق التصرف وبالتالي يحتج بالحكم الصادر، في منازعة التحكيم المبرم عقدها قبل شهر الإفلاس في مواجهة الدائنين وأمين التفليسة، وقد أستقر المحكمون في أحكامهم على أن بداية إجراءات التفليسة أثناء نظر خصومة التحكيم لا يشكل سبباً للقضاء بعدم إختصاص هيئة التحكيم،



وعند تنفيذ إتفاق التحكيم والبدء في إجراءات تصفية أموال المدين، يظهر هناك، دائن للمدين المفلس لا يمكنه المثول أمام هيئة التحكيم، وحتى ولو كان الأمر يخص دائن ذو دين ممتاز (عفيفي 2012، ص 85). والسبب في ذلك أنه منذ صدور الحكم بشهر الإفلاس يقف حق الدائنين في مباشرة الدعاوي والإجراءات الفردية ضد المدين ويحل محله حق جماعة الدائنين الممثلة بوكيل التفليسة، بعد إذن قاضي التفليسة في مباشرة الدعاوي والإجراءات الجماعية (عيد 1972، ص 341).

وهذا ما أكدته أحكام القضاء بهذا الصدد، فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرار لها على أنه: (تعتبر تصرفات المدين المفلس صحيحة إذا صدرت قبل تاريخ التوقف عن الدفع أما بعد هذا التاريخ وحتى صدور الحكم بأشهر الإفلاس فتكون تصرفات المدين خاضعة للبطلان) ( رقم القرار (325/ هيئة عامة أولى/ 72)، تاريخ القرار (19/ 3/ 1977)، منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام بوزارة العدل \_ العراق، العدد (1)، السنة الثامنة، 1977، ص 89).

## 2\_ التحكيم بعد الحكم بالإفلاس:

إن إحدى الآثار التي تترتب على الإفلاس هو عدم إمكان المفلس التقاضي أو اتخاذ الإجراءات القضائية بشأن الأموال التي غلت يدها عن إدارتها والتصرف فيها (حنا 2013، ص 187)، ولا يمكنه التقاضي ولا يجوز إقامة الدعاوي من المفلس أو عليه ومن ضمنها إبرام إتفاق التحكيم وعليه، فلا يجوز التحكيم في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع، أو بشأن تقرير بطلان تصرف تم في فترة الريبة، أو بشأن نزاع يتعلق بتحديد مسؤولية مدير التفليسة، أو ما يتفرع عن شهر الإفلاس وأي نزاع آخر يكون سببه الإفلاس وتتعلق بالتفليسة (والي 2007، ص 124).

فجميع هذه المنازعات تدخل في نطاق الاختصاص الحصري للمحكمة التي قضت بالإفلاس، ويكون لها ارتباط وثيق به بحيث تتأثر به وتتأسس على أحكامه، ويجوز التحكيم بشأن نزاع لا يتعلق بحالة الإفلاس، كما إذا تعلق الأمر بعقود أو وقائع سابقة على حالة الإفلاس، أو تعلق بنزاع متولد أو ناشئ عن عدم تنفيذ العقد إذا كان مستقلاً عن حالة الإفلاس (الرفاعي 2006، ص 396).

ولايكون للمدين المفلس بعد صدور حكم الإفلاس، أن يبرم مشاركة التحكيم أو الإشتراك فيها إلا عن طريق أمين التفليسة فأمين التفليسة هو الذي يجوز له إبرام مشاركة التحكيم مع المتعاملين مع المدين المفلس، وذلك بعد إذن قاضي التفليسة، وأمين التفليسة عندما يبرم مشاركة التحكيم، فإنه يقوم بها لصالح جماعة الدائنين (عفيفي 2012، ص 86).

والجدير بالذكر أن منع المفلس من اللجوء إلى التحكيم لا يشمل سوى الأموال والحقوق المرفوعة يده عنها، بمعنى آخر يكون للمفلس اللجوء إلى التحكيم بشأن بعض الحقوق التي تتعلق بآثاره الفنية أو الأدبية مثلاً والتي لم تشر بعد، فهذه الحقوق بوجه عام من الأموال التي لا تدخل في التفليسة، أي الأموال التي لا يجوز الحجز عليها، كذلك الأموال التي تكفي لمعيشة المدين ومن يعيلهم من وارداته والسفائح وسندات الأمر وسائر الأوراق التجارية القابلة للتداول.

وأجاز المشرع العراقي لأمين التفليسة بأن يتدخل في النزاعات التي تكون متعلقة بأموال التفليسة سواءً أم كان النزاع يتعلق بحقوق أو دعاوي عقارية، وأن يقوم بإنهاء هذه النزاعات سواءً بالصلح أو بالتحكيم، إلا أنه يجب ملاحظة أن دخول امين التفليسة في هذه النزاعات وقيامه بالإجراءات المطلوبة يتوقف على إذن قاضي التفليسة بذلك، ولكن لا يجوز لقاضي التفليسة إعطاء الإذن للأمين إلا بموافقة أو أخذ رأي كل من المراقب، وسماع أقوال الممثل عن المفلس.

أن قبول التحكيم أو تنفيذ الصلح الذي يقوم به أمين التفليسة في النزاعات أو الدعاوي التي يدخل فيها تتوقف على قيمة النزاع الذي تم فيه الصلح أو التحكيم، فإذا كانت قيمة النزاع غير معينة أو كانت أكثر من خمسة ملايين دينار كما جاء في الفقرة (الثانية) من المادة 661 من قانون التجارة العراقي رقم (149) لسنة 1970 المعدلة بموجب قرار سلطة الإئتلاف المؤقتة رقم (78) لسنة 2004 والمنشور في جريدة الوقائع العراقية رقم (3983) بتاريخ (1-6-2004)، فلا يكون الصلح أو قبول التحكيم نافذاً إلا بعد تصديقه من جانب قاضي التفليسة على شروط هذا الصلح أو التحكيم وقد يتم ذلك بحضور الممثل عن الشركة المفلسة وسماع أقواله، وإذا أعترض الممثل على شروط الصلح أو التحكيم أو لم يعترض أو لم يحضر أثناء التصديق رغم تبليغه فلا قيمة لإعتراضه ولا لعدم حضوره أي أثر على نفاذ الصلح أو التحكيم الذي تم تصديقه من قبل قاضي التفليسة.

إلا أن المشرع يجيز الطعن أمام المحكمة المختصة في قرار قاضي التفليسة إذا كان قراره رفض التصديق على شروط الصلح أو قبول التحكيم، أما إذا كانت قيمة النزاع لا تزيد عن خمسة ملايين دينار فإن الصلح أو التحكيم يعد نافذاً بمجرد الإتفاق مع أمين التفليسة دون انتظار تصديق قاضي التفليسة على ذلك.

يستنتج مما سبق ذكره أن المشرع قد راعى مصالح المفلس عندما نص على دعوة المفلس للحضور وسماع أقواله أثناء تصديق الصلح أو قبول التحكيم لأخذ رأيه في الشروط التي يتم الإتفاق عليها قبل التصديق عليها بالرغم من أن حضوره أو عدم حضوره



أو إبداء إعتراضه على هذا الإجراء لا تأثير له في نفاذ الصلح أو القبول بالتحكيم، لكن هذا لا يعني عدم التقييد برأي المفلس، بل إن هدف المشرع في هذه الحالة هو علم المفلس أو معرفته في تلك التي يتم الإتفاق عليها في النزاعات التي تكون هو الطرف الأساسي فيها، كما وأن حضور المفلس قد يساعد في تسهيل حل تلك المنازعات وإنهائها (حنا 2013، ص 188). وقد أعطى المشرع الحق لأمين التفليسة أثناء الإتفاق على الصلح أو قبول بالتحكيم في التنازل عن حقوق المفلس أو الإقرار بحقوق الغير، إلا أن هذا التنازل أو الإقرار بحق الغير يستلزم تصديق قاضي التفليسة وكذلك أخذ رأي كل من شخص المراقب والمفلس، وإلا فإن هذا التصرف يعد باطلاً لعدم مراعات الشروط القانونية المبينة في المادة (661) من قانون التجارة العراقي رقم (149) لسنة (1970).

## ٥-٢ التحكيم في المسائل الجنائية

يتضمن القانون الجنائي مجموعة القواعد التشريعية التي تحدد الجرائم وتضع مختلف العقوبات المطبقة بشأنها وهي عقوبات غالباً يراعي في قوتها ما يخلفه الفعل الإجرامي على النظام العام والأمن داخل المجتمع، فالقانون الجنائي هو أقرب القوانين إلى حماية المجتمع بوسائل زجرية، إضافة أنه يحمي قوانين إجتماعية واقتصادية وأخلاقية ولذلك فإن الصلح على الجرائم الجنائية غير جائز ومن ثم لا يصح أن تكون موضوعاً لاتفاق التحكيم. (المنصوري 2010، ص 659)، ولكن ذلك لا يعني الاستبعاد المطلق بمجرد إثارة منازعة ذات طبيعة جزائية أمام المحكمين، لأن دور الصلح والتحكيم لا يمكن إخفاءه في المجتمعات القبلية، حيث أن المحاكم تبقى على الحد الأقصى للعقوبة أو تحكم بأخف العقوبة بناءً على وجود الصلح أو التحكيم بين الجاني وبين المجنى عليه أو مع ذويه من عدمه، وبناءً على ذلك سوف نستعرض مبدأ استبعاد التحكيم في منازعات القانون الجنائي وأسبابه، والتحكيم والصلح القبلي وتأثيره على مسار اصدار الحكم في القضاء في نقطتين فرعيتين على التوالي:

### 1\_ مبدأ استبعاد التحكيم في القانون الجنائي:

ان القانون الجنائي هو القانون الذي يكفل حماية مجموعة من الحقوق العامة والخاصة ويتضمن القانون الجنائي مسائل لا يمكن التحكيم بشأنها، حيث أن مسائل التجريم والعقاب تتميز بجملة من الخصائص من شأنها أن تربط إنفراد قضاء الدولة بالفصل فيها، لأن المحكم ليس من إختصاصه الحكم بجزاءات جنائية (د. الرفاعي 2006، ص 323)، حسب (مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

وبناء على ذلك لايجوز التحكيم فيما يلي من المسائل في القانون الجنائي:

أ\_ تحديد المسؤولية الجنائية.

ب\_ تحديد الفعل الإجرامي.

ج\_ تقرير العقوبة الجنائية.

د\_ تنفيذ هذه العقوبة.

فكل هذه المسائل تكون من اختصاص المحكمة الجنائية (عمر 2011، ص 114)، ولأن توقيع العقوبات الجنائية لا يصح أن يتولاه أفراد عاديون، لأن حق الدعوى العمومية عن الجرائم يتعلق بالمجتمع وتتولاه الادعاء العام نيابة عن المجتمع لأن الإدعاء العام ممثل عن المجتمع ووظيفته هي حماية الصالح العام وحماية العدالة وهي من النظام العام، فلا يجوز الصلح والتحكيم فيها، فالمادة الأولى من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 المعدل أعطت حق تحريك الدعوى الجزائية للإدعاء العام إلى جانب المتضرر من الجريمة.

كما أن إجازة التحكيم في المسائل الجنائية، والتي تتدخل فيها الادعاء العام وجوباً معناه أن تكون الادعاء العام طرفاً في التحكيم أمام المحكمين، وهذا يفوت الغرض الذي تقوم به الادعاء العام كونها تؤدي دورها أمام القضاء بصفتها نائبة عن المجتمع، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها على انه: (تحديد مسؤولية الجاني عن الجريمة وتعلقها بالنظام العام، لا يصح أن يكون محلاً للصلح أو تحكيم مؤداه بطلان الالتزام القائم على ثبوت الاتهام في حكم المحكمين) (عبدالصادق 2014، ص 790).

ثم أن المنع وحظر التحكيم، هنا لا يسري على المحكمين فقط، إنما يسري أيضاً على المحاكم المدنية، لأن المحاكم المدنية تكون ممنوعة من الفصل في المسائل الجنائية ومن ثم يكون من باب أولى ممنوعاً على المحكمين الفصل في هذه المسائل.



كما لا يجوز التحكيم في الخلافات عن اعمال تتنافى مع الآداب، كالنزاعات التي تحصل عن تعاطي الدعارة أو المتعلقة بها، لأن أصل الالتزام بها مخالف للنظام العام والآداب أما إذا كان النزاع حول تعهد بإصلاح ضرر أصاب المرأة من جراء علاقة جنسية غير شرعية انتهت، فإن صحة التعهد تقره الآداب العامة وبذلك يجوز فيه التحكيم (عباس 1982، ص92).

وليجوز التحكيم في المنازعات المتعلقة بأموال تمنع الأنظمة التعامل فيها كديون المراهنات والمنازعات الناشئة عن الدعوى بطلب دين قمار أو المخدرات والأسلحة والأوراق النقدية المزورة، أو فيما إذا كان الدين يعتبر دين قماراً أولاً، وذلك لعدم مشروعية المحل، وفقاً للمواد (288\_389) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

وصفوة القول إنه لايجوز التحكيم على مسألة مما نص القانون على تجريمه، سواءً كان النص في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر بموجب نصوص جزائية فيه.

وبهذه الحالة فان التحكيم يكون في مبلغ التعويض عن الضرر المادي والضرر الأدبي في جرائم القتل وكذلك الأضرار الناتجة عن الجرائم غير العمدية مثل حوادث السيارات، كما أنه تتفق التشريعات المقارنة على جواز التحكيم في المصالح المالية الناشئة عن ارتكاب الجرائم (Majid، 268).

هذا وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها على أنه: (أن الفقرة الثانية من المادة (704) من القانون المدني أجازت الصلح على المصالح المالية التي تنشأ عن ارتكاب احدي الجرائم) رقم القرار (1748) ص(1958، تاريخ القرار، (15/ 10/ 1958)، منشور في مجلة) القضاء (الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، العدد (1) السنة السابعة عشرة، مارت 1959، ص(68).

وقد سبق وأشرنا على أن قانون المرافعات المدنية العراقي والتشريعات المقارنة، أجازت التحكيم في كل نزاع يجوز فيها الصلح، لذا فإنه يجوز التحكيم على كل مصلحة مالية ناشئة عن ارتكاب احدي الجرائم.

**ومن خلال ملاحظة التشريعات العربية** يتبين أن المشرع اليمني سلك مسلكاً مغايراً من بقية التشريعات، حيث أجاز الصلح ومن ثم التحكيم في الدماء، وأساس هذه الإجازة هي الشريعة الإسلامية، لأن الأصل العام في الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي جواز العفو والصلح عن القصاص وعن الجرائم العمدية والخطئية، وهي جرائم الإعتداء على حياة الإنسان أو على سلامته، فكل من التحريم والعقاب في هذا القسم ثابت بالنص، إلا أن عقاب القصاص والدية حق مشترك بين الدولة التي تمثل المجتمع وبين المجني عليه (حال حياته) وورثته (بعد وفاته) والحق الخاص هو الغالب لأن ضرر المجني عليه وأسرته أكثر من ضرر المجتمع (الزملي 2015، ص31\_32)، لذلك يجوز في الشريعة الإسلامية العدول من القصاص إلى الدية أو العفو وبهذه القاعدة قد تميز بها التشريع الإسلامي عن بقية التشريعات الوضعية، أي إمكانية اللجوء إلى التحكيم في جرائم الإعتداء على حياة الإنسان.

## 2\_ التحكيم والصلح الجنائي القبلي وتأثيره على مسار اصدار الحكم:

عرف التحكيم في المسائل الجنائية و غيرها قبل ظهور القضاء، لان القضاء يستمد سلطاته من الدولة، فقد تطورت العدالة الجنائية عبر التاريخ من عدالة فردية يقضي فيها الإنسان لنفسه عن طريق الثأر والقصاص الفردي باعتباره الوسيلة الأقدم لتحقيق عدالة فردية لذا كان من المنطقي ظهور التحكيم في النظام القبلي او العشائري، فقد كانت الجريمة رد فعل اجتماعي ازاء جريمة أخرى سبقتها، حيث كان جلب الحق المسلوب او التعويض عنه يتم بالنفس التي وقع عليها الاعتداء (الخلف 2006، ص13).

وكان التحكيم شائعاً عند عرب الجاهلية وقبل مجيء الإسلام و قد اعتمد العرب في تحكيمهم على اتباع العرف و سنن من قبلهم و الاحتكام لذوى الرأي و الخبرة و الفطنة، و عندما ظهر الاسلام أولى اهتمام خاص بالفصل في المنازعات على أساس العدل، وجعل العدل أهم أسس تقوم عليها الشريعة الإسلامية الغراء، والإسلام لم يكتف في حل المنازعات بإصلاح الفرد وتقوية عقائده وأخلاقه وتقويم سلوكياته، بل فرض لحلها القضاء وأنشأ له المحاكم والدواوين بدءاً من الرسول الكريم (صلى الله عليه وسلم) حيث كان حاكماً وقاضي بأمراً، كما أن الإسلام شرع وسيلة التحكيم لحل المنازعات وأولى لها ضوابط وقواعدها وكان لها دورها في حل المنازعات بين المسلمين، قال تعالى [إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل] (سورة النساء، الآية (58))، فعبارة (حكمتم) شاملة للحكم من قبل القضاء أو الحكم من قبل المحكمين، كما ان لرسول الكريم (صلى الله عليه وسلم) قد حكم قبل الإسلام وقد احتكم إليه العرب في وضع الحجر الأسود عند بناء الكعبة فانهى بحكمه النزاع (أباريان 2008، ص36). وما زال حتى يومنا هذا تعقد الجلسات التحكيمية في القبائل و المجتمعات العشائرية، دون اللجوء للقضاء لحسم المنازعات كافة و منها المنازعات الجنائية (فكري 2016).

ولكن التساؤل هنا هل ان هذه التحكيمات تتم بصورة عشوائية أم هناك إجراءات واصول تتبع عند القيام بمثل هكذا التحكيمات؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول ان هناك إجراءات معينة يتم اتخاذها لتسوية المنازعات والخصومات في هذه





المجتمعات عن طريق التحكيم، وهي إجراءات كثيرة والواقعة أن الإجراءات العرفية للتحكيم في القضايا الجنائية في المجتمع القبلي أو العشائري إجراءات معقدة، لأنها لا تهدف فقط إلى مساعدة إنهاء النزاع، ولكنها تهدف إلى جانب ذلك إلى محاولة رد اعتبار تلك الجماعة المعتدى عليها، مثال على ذلك إذا كان هناك قضية قتل، فأنها لا تساعد أهل القتل على قبول الدية فقط، بل تساعدهم إلى رد اعتبارهم لأنه يعتبر قتل أحد أعضائها بمثابة انتقاص هيبتها بين الوحدات القبلية الأخرى في مجتمع، حيث تعتمد فيه الجماعة على قوتها الذاتية في الدرجة الأولى لحماية مصالحها (عرفة 2006، ص 422).

وهذا ما يدفع أحياناً إلى أن تندفع تلك الجماعة المعتدى عليها لتتأثر لنفسها، وتختار للثأر رجلاً ممن يحتلون مراكز الزعامة أو مراكز اجتماعية مرموقة حتى يقال إنها تأرت لنفسها فهي تأخذه من الرجل القوي، لذلك حرصاً على حقن الدماء وتقديماً من استمرار عداوات الدم يتم اللجوء إلى التحكيم كما هو شائع لدى القبائل اليمنية.

وفي المجتمع الكوردي يسعى وفد الأعيان إلى أهل القتل إلى تحقيق ضمان الأمن العام في المجتمع، ويقوم بهذه الإجراءات عادة أعيان القبائل، وهم أشخاص لهم مراكز سياسية وقبلية متعددة، وتطلق عليهم بعض القبائل، مصطلح (الشيخ) أو (بك)، وعادة يتم إختيار هؤلاء للقيام بهذه المهمة لأنهم يكونوا مشهورون بالقوة والدراية، ليتمكنوا من التأثير على أهل القتل أو الجماعة المعتدى عليها لتقبل مبدئياً إمكانية مناقشة النزاع والنظر في تسويته سلمياً عن طريق قبول الدية، بالتحكيم والصلح. وذلك عن طريق "العرف القبلي" إذ هو قوانين غير مكتوبة يتم اللجوء إليها لحل المنازعات بين الأفراد، ويكتفي أطراف النزاع بالصلح مشافهة وشهادة الحاضرين لمجلس التحكيم والصلح الجنائي القبلي، وفي هذه الحالة يصبح من الصعوبة بإمكان الرجوع عن الصلح، تنفيذاً لتعاليم الشريعة الإسلامية السمحاء التي تأمر بالوفاء بالعهد، إضافة أن هذه الصفة من صفات أهل القبائل التي ما زالوا يفتخرون بها (عرفة 2006، ص 459).

وبالنسبة للقوة التنفيذية للتحكيم الذي يجري بين القبائل والعشائر والهيئات الاجتماعية التابعة للأحزاب السياسية في إقليم كردستان، فإنه لا ينتقص التحكيم من اختصاص المحكمة الأصلية في حال اللجوء إلى التحكيم في القضايا الجنائية، لكن المحكمة في هذه الحالة تأخذ هذا التحكيم بالاعتبار (كعرف قضائي)، في تحديد الحد الأدنى للعقوبة المقررة (مقابلة شخصية أجريت مع السيد القاضي (عبدالباسط عبدالله فرهادي- رئيس محكمة جنابات) 2016)، وقد سلكت محاكم إقليم كردستان هذا المسلك احتراماً لإرادة الخصوم من جهة، ومن جهة أخرى كي تساعد على أن يعمر الأمن داخل المجتمع بعد ما أفسدته الجريمة، إذ ينتزع التحكيم الآثار السيئة التي تخلفها الجريمة في نفس المجني عليه أو ذويه، وتعود معه جسور الصفا والمودة بين الجاني والمجني عليه، وفي هذه الحالة ان هيئة المحكمة لها السلطة التقديرية بأن تبقى على العقوبة المقررة أو تقوم بتخفيف العقوبة وذلك حسب خطورة الفعل الإجرامي، ونرى أنه على الرغم من أهمية هذا الإتجاه لمحاكم الإقليم في إحترام إرادة خصوم عند إتفاقيهم باللجوء إلى التحكيم في الدعوى الجزائية وإنهاء النزاع بينهم بشكل سلمي، إلا أنه يجب أن تراعي المحكمة عند تقرير العقوبة درجة الخطورة الاجتماعية الناجمة عن الجريمة وتأخذ بنظر الإعتبار شخصية المجرم وماضيه وظروفه الشخصية بالإضافة إلى الظروف الموضوعية التي تحيط بالقضية.

## 6- الأثر المترتب على الإخلال بمبدأ عدم صلاحية الموضوع للتحكيم

إن تحديد المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها لا تكون ذو قيمة قانونية إذا لم يكن هناك جزء قانوني للقضايا التي تعرض على هيئات التحكيم و صدور أحكام تحكيمية بصددها.

فإنفاق التحكيم شأنه شأن العقود الأخرى، يجب أن يكون محله قابلاً للتعامل فيه، وذلك وفق المعايير التي سبق وان بحثناها في المبحث الأول من هذه الدراسة، وعلى رأس هذه المعايير معيار تعلق الموضوع بالنظام العام والآداب، وقد تبني المشرع العراقي فكرة البطلان كجزء على مخالفة التصرف للنظام العام، واعتبر العقد باطلاً إذا خالف محله أو سببه النظام العام، وعلى هذا فإنه إذا كان اتفاق التحكيم ينشئ التزاماً على عاتق كل من الطرفين بالإلتجاء إلى التحكيم، فإنه الإلتجاء إلى التحكيم باعتباره محلاً للإلتزام يجب أن لا ينصب على ما يتعلق بالنظام العام وإلا كان اتفاق التحكيم باطلاً، ويبدو أن هذا الموقف قد تم تبنيه من قبل التشريعات الوطنية للبلدان المختلفة كل حسب المصالح العليا له.

وإذا تم التحكيم رغم ذلك وبناءً على هذا الاتفاق الباطل، فإن القضاء الوطني للدولة التي يتم تنفيذ حكم التحكيم فيها يمنع عن اصدار حكم بتنفيذ حكم التحكيم الصادر نتيجة الاتفاق الباطل.

وهكذا يتبين لنا أن جزء الإخلال بمبدأ عدم صلاحية موضوع النزاع للتحكيم هو البطلان، وخير وسيلة لإقرار هذا البطلان هو الدعوى القضائية.



وعليه من خلال هذا المبحث نتطرق إلى دعوى البطلان و موقف التشريعات محل الدراسة من إجازتها كطريق للطعن وإجراءات دعوى البطلان في التشريعات الوطنية المقارنة، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نبحت في المطلب الاول عن موقف التشريعات الوطنية المقارنة من دعوى بطلان حكم التحكيم، أما في المطلب الثاني فيكون الكلام عن إجراءات دعوى البطلان في التشريعات الوضعية.

### 6-1 موقف التشريعات الوطنية المقارنة من دعوى بطلان حكم التحكيم

أن هيئات التحكيم قد تصيب وقد تخطأ، كآية جهة لحسم المنازعات بين الخصوم، وقد اتجهت غالبية التشريعات المقارنة لتدارك العوار الذي يصيب حكم التحكيم، إلى الأخذ بنظام دعوى البطلان، وأن الأغلب الأعم من هذه التشريعات حصرت إمكانية مراجعة حكم التحكيم على طريق وحيد فقط وهو دعوى البطلان، والبعض الآخر وسع من طرق مراجعة حكم التحكيم، فأضاف إلى إمكانية رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، طرق الطعن الأخرى، التي تباشر ضد الأحكام القضائية. وهذا ما سوف نبثه في هذا المطلب، وقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول موقف القانون العراقي، وفي الفرع الثاني موقف التشريعات المقارنة من دعوى بطلان حكم التحكيم.

### 6-2 موقف القانون العراقي من دعوى بطلان حكم التحكيم

أجاز قانون المرافعات المدنية العراقية للخصوم الطعن بقرارات المحكمين وطلب إبطالها أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع وذلك وفقاً للمادة (273)، التي تنص على أنه: (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه وللحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله في الأحوال الآتية .....). كذلك أجاز المشرع العراقي للخصوم الطعن بالحكم الذي تصدره المحكمة بتصديق قرار التحكيم أو بطلانه بطرق الطعن المقررة قانوناً عدا الطعن بالاعتراض وذلك وفقاً للمادة (275) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

يتضح مما تقدم أن طرق الطعن في القانون العراقي بالنسبة إلى قرارات التحكيمية كما يأتي:

- 1\_ الطعن ببطلان القرار التحكيمي أمام المحكمة المختصة التي أودع لديها القرار المذكور.
- 2\_ الطعن بإتباع الطرق الخاصة بالطعن بالأحكام القضائية عدا الاعتراض، ويكون الطعن في هذه الحالة منصباً على الحكم الذي تصدره المحكمة المذكورة حول القرار التحكيمي (سامي 2008، ص 396)

**وهكذا يتضح** ان طلب البطلان في القانون العراقي يكون في صيغة دفع بعد تقديم (ايداع) الحكم للمحكمة المختصة حسب المادتين (271) (272) من قانون المرافعات المدنية العراقي، ويفترض في القانون العراقي تبليغ الطرفين بالحكم، ويطلب أحدهما تنفيذه، حسب المادة (272) التي تنص على انه: (لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاء أو اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب احد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة).

وعندئذٍ يجوز للطرف الآخر الذي تم تبليغه بهذا الطلب أن يرد عن طريق إثارة الدفع بالبطلان، كما يستطيع الخصم من إقامة الدعوى الأصلية بطلب بطلان القرار التحكيمي ولو قبل إقامة الدعوى بطلب المصادقة عليه، لتوافر المصلحة القانونية أيضاً في هذا الصدد (الحيواي 2004، ص 157\_ 158).

كما أن المشرع العراقي أجاز الطعن ضد الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة حول القرار التحكيمي بكل طرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام القضائية بإستثناء طريق الاعتراض (الاعتراض على الحكم الغيابي)، وعلّة عدم قبول الاعتراض على قرارات المحكمين، هو ان عقد التحكيم قد تم برضا الطرفين فإذا تخلف أحدهما عن الحضور، فإنه يكون قد قصر في حقه فلا يلوم إلا نفسه ولذلك فلا يقبل من الخصم أن يعترض على حكم لم يرى هو حرمة (المؤمن 1977، ص 55)، بالإضافة إلى أن الاعتراض لا ينسجم مع السرعة التي هي من أهم مقاصد التحكيم، ولأن الخصوم لا يمكن أن يكونوا على جهل بمهمة التحكيم وما يقتضيه من وجوب الادلاء بدفاعهم وطلباتهم (العلام 1996، ص 497).

**وهكذا يتبين** أنه في حالة وجود نزاع معروض على التحكيم يتضمن مسألة من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها ومع ذلك تم عرض المسألة على هيئة تحكيم أو على محكمين فإنه يتم الدفع ببطلان التحكيم فيها وذلك من خلال دفع يتم تقديمه ببطلان الحكم التحكيمي الذي يتم من خلال طرق الطعن العادية بإستثناء الاعتراض على الحكم الغيابي، بمعنى أنه ليس هناك وسيلة أخرى لإخراج المسألة من نطاق التحكيم سوى طريق الدفع ببطلان الحكم التحكيمي.



### ٦-٣ موقف التشريعات المقارنة من دعوى بطلان حكم التحكيم

انتهجت غالبية تشريعات البلاد العربية نهج قانون لجنة الأمم المتحدة (الأونسيترال)، حيث لم تجز الطعن على حكم التحكيم سواءً بالطرق العادية أو غير عادية، وأجازت فقط رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

فبالنسبة للقانون المصري، ورغم أن حكم التحكيم لا يخضع لطرق الطعن التي تخضع لها الأحكام القضائية والمنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1968 المعدل، إلا أنه لإعتبارات الموازنة بين الصالح العام في وضع حد للمنازعات، وبين مصلحة الخصوم، وتوفيقاً بين الطبيعة الخاصة للتحكيم وما يقتضيه من سرعة الفصل في النزاع، وبين ضرورة إصلاح أخطاء أو عوار حكم التحكيم (الصالوري 2005، ص 215)، وضع المشرع المصري، نظاماً خاصاً مستقلاً ومتميزاً للطعن في الحكم التحكيمي مستهدياً في ذلك بالقانون النموذجي للتحكيم (قانون الأونسيترال)، فلم يجز إلا دعوى البطلان كطريق أصلي ووحيد للطعن في أحكام التحكيم وإستناداً إلى أسباب إجرائية محددة، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (52) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على أنه: (لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية)

وعادت الفقرة الثانية من ذات المادة لتقرر أن السبيل الوحيد للطعن في حكم التحكيم وإلغائه هو رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، إذ جاء نص المادة المذكورة ليؤكد ذلك بقولها: (يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين)، وهذا ما سارت عليه قرارات القضاء في مصر، وتتمتع بهذه الحصانة كل أحكام التحكيم التي تصدر وفقاً لأحكام قانون التحكيم المصري، أي أحكام التحكيم الذي يجري في مصر سواءً أكان تحكيمياً وطنياً أو دولياً أو أحكام التحكيم الذي يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه للقانون المصري وذلك إذا تعلق الأمر بتحكيم تجاري دولي (أحمد البربري 2014، ص 211).

وقد قصد المشرع المصري بشكل خاص إستبعاد الطعن بالإستئناف في أحكام المحكمين وهي مسألة يختلف فيها القانون المصري عن بعض القوانين الأخرى، فالقانون اللبناني يجيز الطعن بالإستئناف في أحكام المحكمين كما سنتطرق إليه لاحقاً، وترجع العلة في منع الإستئناف في القانون المصري في رأي بعض شراح المصيرين، إلى أن المشرع رأى أنه طالما اتفق الخصوم على إستبعاد ولاية قضاء الدولة فإنهم في الوقت نفسه يريدون إستبعاد إصلاح حكم التحكيم عن طريق قضاء الدولة أيضاً (محمد 2008، ص 97).

**وفي رأينا** حسن فعل المشرع المصري في إبعاد الطعن بالإستئناف في أحكام المحكمين لأن الإستئناف في مجال التحكيم يأتي في غير محله، فلا حاجة للجوء إلى العدالة التحكيمية، إذا ما أعيد النظر بعد ذلك في النزاع بأكمله.

وبما أن قانون التحكيم المصري يعتبر أحد المصدرين الرئيسيين لقانون التحكيم الأردني، فإننا نجد أن القانون الأردني بعد أن كان يقرر بنظام الفسخ في القانون القديم، جاء في قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2002 وفي نص المادة (48) بالآتي: (لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن بأي طرق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية ولكن يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المواد (49، 50، 51) من هذا القانون).

وبهذا أصبح دعوى البطلان، في كل من القانون المصري، والقانون الأردني هي الوسيلة الوحيدة للطعن بحكم التحكيم، والتي يمكن بموجبها إبطال حكم التحكيم، وقد سارت بعض القوانين العربية على نهج قانون التحكيم المصري.

أما بالنسبة لموقف المشرع اللبناني فإن القرار التحكيمي يقبل دائماً الطعن بالإستئناف دون التقيد بأي نصاب، والمشرع اللبناني يسمح باستئناف حكم المحكم الوطني دون الدولي الصادر في لبنان الذي لا يقبل إلا الطعن بالإبطال وفقاً للمادة (819)، من قانون أصول المحاكمات اللبنانية وحتى إذا أُنقِ الطرفان على إخضاع حكم المحكم الدولي للطعن فيه بالإستئناف فإن هذا الإتفاق يكون باطلاً، مع الملاحظة أن القانون اللبناني وإن لم يجز إستئناف القرار التحكيمي الدولي بحد ذاته، إلا أنه أجازته ضد القرار الصادر بصدد الاعتراف به أو بصدد تنفيذه سواءً أم كان قرار التحكيم الدولي صدر في لبنان أو في الخارج.

وبعد استعراضنا لموقف التشريعات بصدد دعوى البطلان كطريق للطعن في أحكام المحكمين وجدنا، أن المشرع العراقي لم يجز الطعن بالقرار التحكيمي عدا الطعن عليه بالبطلان، أما القرار الصادر من المحكمة المختصة بالتصديق على القرار يقبل الطعن بكل طرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام القضائية بإستثناء طريق الاعتراض، وبالنسبة للمشرع المصري والأردني فضيقتا في من إمكانية الطعن على حكم التحكيم وحصره بدعوى البطلان، وبالنسبة للمشرع واللبناني فقد أتاح الطعن على حكم التحكيم بالإستئناف والطعن بالتماس إعادة النظر، وإعتراض الخارج عن الخصومة.



كما وجدنا أن المشرع العراقي ونظيره المصري والأردني لم يفرقا بين قرارات التحكيم المحلية والدولية، بينما المشرع اللبناني قد فرق بين قرارات التحكيم المحلية والدولية وبطرق الطعن فيها.

#### 6-4 إجراءات دعوى البطلان في التشريعات الوضعية

أن دعوى البطلان شأنها شأن أي دعوى مدنية لها أحكام واصلول لابد من مراعاتها والتقييد بها من قبل اطرافها وحتى تكون هذه الدعوى صحيحة وناجزة للأثر القانوني الذي يراد من تقديمها لذا لابد من الالتزام بالاختصاص النوعي والمكاني وكذلك الالتزام بالمدد التي وردت في القوانين الموضوعية والشكلية لغرض تقديمها خلالها. كما ان لهذه الدعوى أثر قانوني عند رفعها وصدور حكم بات فيها، وبناء على ذلك سوف نبث في هذه الحالات المذكورة في ثلاثة فروع مستقلة حيث نخصص الفرع الأول لميعاد رفع دعوى البطلان، ونخصص الفرع الثاني لدراسة المحكمة المختصة برفع دعوى البطلان امامها، ونبث في الفرع الثالث آثار دعوى البطلان.

#### 6-5 ميعاد رفع دعوى البطلان

أن حق الخصم في الطعن في الحكم محدود بسقف زمني، يتعين إقامة دعوى البطلان من خلاله وذلك حتى لا يبقى موقف المحكوم له معلقاً مدة طويلة، مما يؤدي إلى عدم إستقرار المعاملات والمراكز القانونية، ويؤدي إلى تراكم القضايا أمام القضاء، وتأخير إنجازها لذا حدد المشرع مدد الطعن وهي من النظام العام لا يجوز زيادتها أو نقصانها، وقد نصت المادة (171) من قانون المرافعات المدنية العراقية على أنه: (المدة المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد إنقضاء المدد القانونية). وفي قرار لها قضت محكمة التمييز الاتحادية على أنه: (المدد الزمنية لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد إنقضاء المدد القانونية) (المشاهدي 1998، ص227).

وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة التمييز إقليم كوردستان العراق بقرار لها على أنه: (أن المدد القانونية المحددة للطعن هي من النظام العام، وبالتالي فلا يجوز تجاوزها ويترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق في الطعن) (رقم القرار 867/ الهيئة المدنية)، تاريخ (30/ 12/ 2015)، "القرار غير منشور" (2015).

وفيما يتعلق بموقف قانون المرافعات المدنية العراقية حول تحديد مدة الطعن على حكم التحكيم فإنه بخلاف التشريعات المقارنة قد أغفل هذه المسألة مما تعرض إلى نقد من قبل فقهاء وشرح القانون.

وهذا معناه أن المحكوم عليه يستطيع أن يقيم دعوى إبطال القرار التحكيمي في أي وقت يشاء، مادام المحكوم له لم يحصل من المحكمة المختصة بعد على حكم بتصديق قرار المحكمين، إذ كان من المفروض على المشرع العراقي أن يحدد مدة لأقامه دعوى إبطال القرار التحكيمي، كأن تكون هذه المدة شهر من يوم حسم الدعوى من قبل المحكمين (قصير 2015، ص196).

وبالنسبة للقانون المصري، فإن المادة (1/54) من قانون التحكيم المصري تنص على أنه: (ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه...)، يتبين من خلال هذه المادة أنه تقرر ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في خلاله وهو ميعاد التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ولقد وضع المشرع المصري ميعاداً طويلاً ملحوظاً للطعن في حكم التحكيم، إذ يتجاوز هذا الميعاد في مدته جميع المواعيد المقررة للطعن في الأحكام القضائية في القانون المصري في الظروف العادية.

وبهذا الصدد أتقد فقهاء القانون، والمختصين في قانون التحكيم هذه المدة بأنه لا تتلاءم مع طبيعة نظام التحكيم وما يهدف إليه من سرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه، إذ الغاية من مدد الطعن وتحديدها أن يراعى فيها المعقولية وأن يكون مناسبة لغرض تمكين الخصم من الاطلاع على الحكم الصادر ضده واتخاذ الإجراءات المناسبة للطعن فيه (الحداد 2007، ص231).

ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصري قد أستعار هذه المدة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي هو مصدر لقانون التحكيم المصري، إذ نص عليها القانون النموذجي في المادة (34/ب/3).



أما بالنسبة للقانون الأردني فقد نصت المادة (50) من قانون التحكيم الأردني على أنه: (ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تبليغ حكم التحكيم للمحكوم عليه)، ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع الأردني نص على فترة الثلاثين يوماً وذلك لتقديم الطعن، وقد كان المشرع الأردني موفقاً في تقصيره لهذه المدة، فهو لم يأخذ بالنص كما جاء في المصدرين التاريخيين للقانون وهما قانون الأونسيترال النموذجي وقانون التحكيم المصري الذي نص على مدة تسعين يوماً، وبمسلك المشرع الأردني هذا، يكون قد تجنب الانتقادات التي وجهت للمشرع المصري.

وبالنسبة للقانون اللبناني فإن مدة الطعن بالحكم التحكيمي حدده المشرع في المادة (2/802) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني وجعلته خلال (30) يوماً من تاريخ تبليغ القرار المعطي الصيغة التنفيذية، أي أن مدة رفع دعوى البطلان لقرار التحكيم في القانون اللبناني هي ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ وبعد هذه المدة يكون الطعن غير مقبول قانوناً.

ويلاحظ من خلال هذه النصوص اتفاق كل من المشرع الأردني واللبناني، حول مدة ثلاثون يوماً للطعن بطلان حكم التحكيم. ويبدو لنا أن هذه المدة كافية ومقبولة لرفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي وتتماشى مع طبيعة التحكيم وعليه نقترح على المشرع العراقي ان يأخذ بهذه المدة عند صدور قانون التحكيم العراقي.

### 6-1 المحكمة المختصة بدعوى البطلان

إن أغلب التشريعات الوطنية قد حددت المحكمة المختصة بنظر الطعن في حكم التحكيم، سواءً أكانت التشريعات التي تجيز فقط الطعن بطريق دعوى البطلان، أو التشريعات الأخرى التي تجيز بالإضافة إلى طريق دعوى البطلان طريق الطعن بالاستئناف، ووضعت هذه التشريعات إجراءات محددة لرفع الطعن الذي أجازته على حكم التحكيم، لذا سنقوم بالتعرف على المحكمة المختصة بنظر الطعن وإجراءاتها في القانون العراقي و التشريعات المقارنة

وقد أنط المشرع العراقي الإختصاص بدعوى البطلان في قانون المرافعات، للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وهي محكمة الدرجة الأولى (عادة محكمة البداية)، ويلاحظ إن المشرع العراقي قد رسم طريق الطعن بقرار التحكيم من قبل الخصوم دون الالتفات كون القرار التحكيم المطعون به كان قراراً تحكيمياً وطنياً أو دولياً، ومرجع ذلك أنه، أن المشرع العراقي تناول موضوع التحكيم دون أن يحدد ما إذا كانت هذه الأحكام تتعلق بالتحكيم الوطني أو الدولي، وكانت أحكامه مطلقة بهذا الصدد، وبين قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ إجراءات الطعن التي يجب مراعاتها وذلك وفقاً للمادة (173) وهي تبين إجراءات الطعن بالأحكام بصورة عامة، والتي يمكن تحديدها كما يأتي:

- 1- يكون الطعن على الحكم بعريضة تشتمل على أسباب الطعن وبيان المحل الذي يختاره الطاعن لغرض التبليغ والحكم محل الطعن وتاريخه والمحكمة التي أصدرته.
- 2- يعد دفع الرسم الخطوة الأولى التي يبدأ بها للطعن.
- 3- يجب على الطاعن أن يقدم مع مرفقات العريضة صوراً منها يبلغ الخصوم وتجرى التبليغات وفقاً للقانون.
- 4- لا يقبل الطعن في الأحكام إلا ممن خسر الدعوى ولا يقبل ممن أسقط حقه إسقاطاً صريحاً أمام المحكمة أو بورقة مصدقة من الكاتب العدل.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد نصت المادة (2/54) من قانون التحكيم المصري على أنه: (تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون، وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الأختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع)، وتنص المادة (التاسعة) من ذات القانون على أنه: (يكون الأختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواءً جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الإختصاص لمحكمة إستئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة إستئناف أخرى في مصر).

**ويلاحظ من نص المادتين** سالفتي الذكر أن المشرع المصري قد فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي، فجعل الإختصاص بنظر دعاوى البطلان لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا كان التحكيم داخلياً، أما في حالة التحكيم التجاري الدولي فينعتد الإختصاص بنظر دعوى البطلان لمحكمة إستئناف القاهرة أو لمحكمة الإستئناف المتفق عليها (الرمح 2009، ص456). ويترتب على ذلك، أنه إذا رفعت دعوى بطلان حكم التحكيم أمام محكمة غير مختصة جاز التمسك بعدم الأختصاص النوعي أو القيمي أو المحلي بحسب الأحوال (الصانوري 2005، ص236).

وبالنسبة لإجراءات رفع دعوى البطلان، فبرغم من أنها ترفع أمام محكمة الإستئناف مباشرة إلا أن الدعوى بشأنها ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحاكم (والي 2007، ص 617)، أي وفقاً للقواعد العامة الواردة في قانون المرافعات. أما فيما يتعلق بموقف المشرع الأردني فإنه تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم في القانون الأردني، وفقاً لأحكام نص المادة (1/2)، من قانون التحكيم من قبل محكمة الإستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك وعليه فإن المشرع الأردني قد أعتبر التحكيم بمثابة الدرجة الأولى من درجات التقاضي، إذ جعل الاختصاص بنظر دعوى البطلان لمحكمة الإستئناف في جميع الأحوال، وهو ما يعد خروجاً على حكم القواعد العامة في الاختصاص، وكذلك خروجاً على مبدأ التقاضي على درجتين، وقد كان باعث المشرع لهذا الموقف حرصه على سرعة الفصل في دعوى البطلان، فضلاً عن أن الأمر يتعلق بصحة أو بطلان حكم، فمن المناسب طرحها على محكمة أعلى من الدرجة الأولى (الأحدب 2009 ص 1108).

وبالنسبة لموقف المشرع اللبناني فإن المحكمة المختصة بنظر الطعن بالبطلان والإستئناف في القرار التحكيمي الداخلي والدولي في لبنان، وفقاً لأحكام القانون اللبناني هي محكمة الإستئناف الصادر في نطاقها القرار التحكيمي، ويحدد نطاق محكمة الإستئناف وفقاً للمكان الذي تم ذكره في قرار التحكيم، وإذا لم يذكر المكان الذي صدر فيه هذا القرار، فإنه يمكن تحديده من خلال البيانات الأخرى الواردة في القرار.

وتتبع عند الطعن في قرار التحكيم سواءً أم كان الطعن عن طريق البطلان أو بطريق الطعن بالإستئناف، ذات الإجراءات التي تتبع عند الطعن في الحكم القضائي، فقد نصت المادة (804) من قانون اصول المحاكمات اللبناني على أنه: (يقدم كل من الإستئناف والطعن بطريق الإبطال ويجري التحقيق والفصل فيه، وفق القواعد والأصول المقررة للخصومة أمام محكمة الإستئناف).

ويلاحظ أن النصوص التي سبق ذكرها في القوانين المقارنة جعلت الإختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم لمحكمة الدرجة الثانية، وفي رأي البعض (الجبير 2009، ص 105)، أنه وإن كان ذلك يسهل على الأطراف الوصول إلى حلول المرجوة بشكل يحقق الحكمة من اللجوء إلى التحكيم، إلا أنه يقضي على مبدأ هام يعد ضماناً من ضمانات التقاضي هو مبدأ التقاضي على درجتين، بحيث يستطيع المحكوم ضده تعويض ما فاته في الدرجة الأولى من درجات التقاضي لأسباب قد لا ترجع لإرادته، كون هذه الدعوى مبتدأة ومستقلة من المفترض أن تكون محاكم الدرجة الأولى.

## ٦-٧ آثار دعوى البطلان

أن آثار دعوى البطلان لحكم التحكيم تتمثل في زاويتين، الزاوية الأولى هي الآثار التي تترتب على رفع هذه الدعوى، وأما الثانية فهي الآثار التي تترتب على قضاء المحكمة المختصة ببطلان حكم التحكيم:

### 1\_ الأثر الذي يترتب على رفع دعوى البطلان:

وفقاً للمادة (272) من قانون المرافعات المدنية العراقية لا ينفذ قرار المحكمين مالم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع، لذلك لم يجد المشرع العراقي حاجة للبحث عما إذا كان طلب إبطال القرار التحكيمي يوقف تنفيذه أولاً، لأن هذا التنفيذ لا يبدأ إلا بعد أن تصادق المحكمة المختصة على القرار.

وكان المشرع المصري يرتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، وان كان للمحكمة السلطة التقديرية باستمرار التنفيذ حسب المادة (3/513) من قانون المرافعات المدنية المصري الملغي لسنة 1949.

ولكن لدراسة أثر رفع دعوى بطلان حكم المحكمين في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (27) لسنة 1994 المعدل من الضروري بيان ما جاء في نص المادتين (57 و 1/58) من قانون التحكيم المصري، حيث تنص المادة (57) على أنه: (لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية، وعلى المحكمة الفصل في طلب بوقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره، وإذا أمرت بوقف التنفيذ، الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر)، وهكذا يتضح لنا مما جاء في المادة السابقة أنه لا يترتب رفع الدعوى وقف التنفيذ، وكما جاء في المادة (58) على أنه (لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان حكم قد قضى).

فليس مجرد التقدم بطلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة المختصة مستوفياً جميع المستندات أن يعني ذلك إمكانية إصدار أمر فور تقديمه بتنفيذ الحكم، فقد قيد المشرع المصري المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ إلا بعد فوات ميعاد رفع دعوى البطلان، فأوجب على القاضي عدم إصدار الأمر بالتنفيذ إلا بعد فوات ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وهو تسعين يوماً. أما المشرع الأردني فقد نص في المادة (53) على أنه: (لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن موعد بطلان حكم التحكيم قد إنقضى). غير أنه لم يعالج في هذا النص حالة رفع المحكوم ضده دعوى بطلان خلال الثلاثين اليوم التالية لتبليغه، إلا انه نص المشرع الأردني في المادة (51) من قانون التحكيم على أنه: (إذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه ويكون قرارها في ذلك قطعياً، وإذا قضت ببطلان حكم التحكيم فيكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ، ويرتب على القرار القطعي بطلان حكم التحكيم سقوط اتفاق التحكيم). ويفهم من نص هذه المادة انه يوقف التنفيذ بقوة القانون (يدر 2012، ص 157).

وبالنسبة للقانون اللبناني، فأتجه المشرع اللبناني في المادة (803) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، إلى أن مباشرة دعوى البطلان توقف تنفيذ حكم التحكيم مع مراعات قواعد التنفيذ المؤقت للأحكام التي تطبق على أحكام التحكيم، فمجرد رفع دعوى البطلان أمام المحكمة المختصة، يترتب عليه إيقاف تنفيذ حكم التحكيم.

**وهكذا يتبين** أنه أختلف التشريعات المقارنة بخصوص أثر رفع دعوى البطلان، فأتجه المشرع اللبناني بأن مباشرة دعوى البطلان توقف تنفيذ حكم التحكيم مع مراعاة قواعد التنفيذ المؤقت للأحكام التي تطبق على أحكام التحكيم، ومن جهة فقد تراجع المشرع المصري عن موقفه السابق المشابه لموقف المشرع اللبناني الحالي، حيث كان يترتب على رفع دعوى ببطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه مالم تقض المحكمة باستمرار التنفيذ.

## 2\_ الأثر المترتب على صدور الحكم في دعوى البطلان:

أن الحكم في دعوى البطلان إما أن يصدر برفضها وتأييد حكم التحكيم وإما بقبولها وإبطال هذا الحكم فإذا صدر الحكم برفض الدعوى ببطلان التحكيم هذا يعني استمرار حكم التحكيم، وتنفيذه وأما إذا صدر الحكم في دعوى البطلان بحكم التحكيم فإن هذا يعني زوال هذا الحكم وزوال كل الآثار التي يترتب عليه، ويعني ذلك أنه إذا كان هذا الحكم لم ينفذ بعد فإنه يصبح غير قابل للتنفيذ وإذا كان قد تم تنفيذه فور صدوره كما في بعض التشريعات مثل التشريع الفرنسي والتشريع اللبناني، فيجب أن تعاد الحال إلى ما كانت عليه قبل تمام التنفيذ، والسؤال المطروح هنا هو: هل تفصل المحكمة التي نظرت دعوى البطلان وحكمت ببطلان الحكم في موضوع النزاع؟

بالنسبة للمشرع العراقي يظهر أنه كان مرناً بهذا الصدد، فقد أجاز للمحكمة المختصة أن تصدق قرار التحكيم أو تبطله كلاً أو بعضاً بحسب الأحوال، وفي أي حالة من حالات البطلان الكلي أو الجزئي فان للمحكمة الخيار في أن ترجع الدعوى للمحكمين للإصلاح ما شاب القرار من أخطاء تؤدي إلى بطلانه أو أن تقوم المحكمة المختصة بالفصل بهذا النزاع بنفسها إذا كانت الدعوى صالحة للفصل فيها، علماً أن قرار المحكمة القضائي في هذه الحالة غير قابل للاعتراض عليه غيابياً، ولكن يجوز الطعن به بكل الطرق القانونية الأخرى.

أما بالنسبة للمشرع المصري، فلم ينظم قانون التحكيم المصري أثر الحكم ببطلان حكم التحكيم وكذلك لم يعط المشرع المحكمة التي تنظر دعوى البطلان ولاية التعرض لموضوع النزاع أو الحكم فيه، فلا تملك التصدي لفحص طلبات المحكمين وإصدار حكم بنهي النزاع، وإنما يقتصر دورها على الحكم برفض الدعوى أو الحكم بالبطلان (الجببير 2009، ص 240).

وبالنسبة لموقف المشرع لأردني، فقد نص في المادة (51) من قانون التحكيم الأردني على أنه: (إذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه ويكون قرارها في ذلك قطعياً، وإذا قضت ببطلان حكم التحكيم فيكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ، ويرتب على القرار القطعي بطلان حكم التحكيم سقوط اتفاق التحكيم). ويتضح من النص السابق أن الحكم في دعوى البطلان يصدر، إما برفضها وتأييد حكم التحكيم أو قبولها وإبطال الحكم، فإذا صدر الحكم برد الدعوى، فإن هذا يعني استقرار حكم التحكيم، وعلى المحكمة المختصة أن تأمر بتنفيذه ويكون قرارها في ذلك قطعياً لا يقبل الطعن فيه. ويتبين أيضاً من هذا النص أن المشرع الأردني كنظيره المصري لم يعط المحكمة التي تنظر دعوى البطلان ولاية التعرض لموضوع النزاع أو الحكم فيه (الأحدب 2012، ص 319).

وفيما يتعلق بالمشرع اللبناني نجده قد أعطى المحكمة المختصة، التي تنظر دعوى البطلان سلطة التصدي لنظر موضوع النزاع والفصل فيه، إذا قضت ببطلان قرار التحكيم، حيث نصت المادة (801) من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه: (إذا أبطلت



المحكمة المقدم إليها الطعن بطريق الإبطال القرار التحكيمي فإنها تنظر في الموضوع في حدود المهمة المعنية للمحكم مالم يتفق الخصوم على خلاف ذلك).

وقد هدف المشرع بهذا النص إلى غرضين: الأول يتمثل في اختصار الوقت للطرفين للوصول إلى حل نهائي لنزاعهما ذلك لولا وجود هذا النص لكان أضطر الطرفان في حال وجود بند تحكيمي وبحكم استمرار آثاره رغم إبطال القرار الرجوع أما إلى المحكمين أنفسهم أو إلى محكمين آخرين للفصل في النزاع مجدداً والخضوع بعد ذلك إلى طرق الطعن بالإستئناف أو الإبطال ضد القرار الجديد، أما الغرض الثاني، فيتتمثل في ردع الخصم، الذي يرغب في اللجوء إلى الطعن بالإبطال بقصد المماطلة (مشيمش 2009، ص 284).

**ونرى في هذا الشأن** أن تتصدى المحكمة للموضوع وإعطائها سلطة الفصل فيه هو أكثر تمشياً مع طبيعة التحكيم وهدفه حيث، أن ذلك يؤدي إلى ألا يرجع المتخاصمان إلى نقطة الصفر أو إلى نقطة البداية بعد الحكم ببطان حكم التحكيم، لأي سبب كان ويجعل النزاع مطروحاً دائماً في إطار عملية التحكيم، وعلى فرض أن هناك سوء نية من أحد أطراف التحكيم، فإن ذلك مردود عليه بأنه أصبح الموضوع مطروح على القضاء فيفضل فيه قول الفصل فيترتب عليه أن يرد مكر أحد الطرفين سوء نية إليه، لذلك نقترح على المشرع العراقي أن يأخذ بمثل هذا الحكم عند صدور قانون التحكيم العراقي.

**كما نرى** أن موقف المشرع اللبناني كان أكثر توفيقاً، وذلك في جعل قصر اختصاص محكمة الفصل في النزاع في حدود مهمة المحكم المبنية في اتفاق التحكيم، وفي طلبات الخصوم وليس لها الخيار.

## الخاتمة

بعد أن تمت دراستنا هذه بعون الله سبحانه وتعالى توصلنا إلى مجموعة من الإستنتاجات، وعدد من الإقتراحات ونجمل فيما يأتي أهم تلك الإستنتاجات والمقترحات.

### أولاً: الإستنتاجات:

- 1- يعد نظام التحكيم في النظام القانوني العراقي من الأنظمة المعروفة في قانون المرافعات المدنية والتجارية الملغي، وكذلك في قانون المرافعات المدنية النافذ، كما أن مجلة الأحكام العدلية التي كانت نافذة في العراق لحين نفاذ القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 كانت تعالج أحكام التحكيم، إلا ان قضية المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها لم تكن محددة بشكل عام الا عندما صدر قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رغم ان هذا التحديد يكتنفه الغموض وعدم الدقة.
- 2- تتفق جميع التشريعات المقارنة على أن مسائل الأحوال الشخصية والمسائل الجنائية لا تصح أن تكون موضوعاً لإتفاق التحكيم، ولكن هذه التشريعات تستثنى ما يتعلق بالخلافات المالية الناشئة عن الحالة الشخصية أو عن ارتكاب احدي الجرائم.
- 3- أن مسألة إختيار (الحكم) الوارد في هذا المقام والذي سمي بالتحكيم من قبل الفقه والذي نص عليه قانون الأحوال الشخصية بصدد الشقاق بين الزوجين فقد توصلنا إلى أن هذه العملية القانونية التي تجري تحت إشراف القضاء ليس تحكيماً بالمعنى الدقيق والذي يكون فيه قرار المحكم أو المحكمين ملزماً لطرفي النزاع، حيث أن الحكمين الوارد ذكرهما في الآية الكريمة من سورة النساء في القرآن الكريم والتي تم التأكيد على إختيارهما بموجب المادة (41) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل، لا يتجاوز مهامهما "الإجتهد" في اصلاح الزوجين، كما جاء في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة، وإذا تعذر عليها ذلك لا يمكن لهما إلزام الزوجين بأن يتصالحا، وإنما يقومان برفع الأمر الى المحكمة مع بيان الطرف الذي ثبت لهما تقصيره.
- 4- توسع نطاق القابلية للتحكيم بفعل قرارات المحكمين والمحاكم وآراء الفقه التي تبنت معايير جديدة في تحديد المواضيع التي يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنها وإلى درجة يمكن معها القول بأن نطاق القابلية للتحكيم أصبح أكثر اتساعاً من ذي قبل، فانتقال الإجتهد إلى تبني معيار تعلق موضوع النزاع بالنظام العام إلى معيار خرق النظام العام، ومن ثم تبنيه مؤيداً من الفقه للمعايير الحديثة المتمثلة بمعيار حرية التصرف بالحقوق و معيار الطابع المالي للنزاع ومعيار الاختصاص الحصري للسلطات العامة.



- 5- عندما يكون هناك نزاع يعرض على التحكيم ويتضمن مسألة من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها ومع ذلك تم عرض المسألة على هيئة تحكيم أو على محكمين فقد توصلنا إلى أنه يتم الدفع ببطلان التحكيم فيها وذلك من خلال دفع يتم تقديمه ببطلان الحكم التحكيمي الذي يتم من خلال طرق الطعن العادية بإستثناء الإعتراض على الحكم الغيابي، بمعنى أنه ليس هناك وسيلة أخرى لإخراج المسألة من نطاق التحكيم سوى طريق الدفع ببطلان الحكم التحكيمي.
- 6- أن معظم الأنظمة الوطنية والدولية قد عدت مخالفة النظام العام سبباً لبطلان ورفض أو عدم تنفيذ حكم التحكيم، مثلاً المادة (6/800) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، والمادة (2/53) من قانون التحكيم المصري والمادة (1) من قانون التحكيم السعودي، والمادة (48/ب) من قانون التحكيم الأردني.
- 7- اتفقت أغلب القوانين المنظمة للتحكيم أن الطعن بالبطلان هو السبيل الوحيد للطعن بالحكم التحكيمي دون طرق الطعن بالأحكام القضائية، وذلك للطبيعة القانونية لحكم التحكيم التي لها خصوصية معينة.
- 8- لم يتطرق المشرع العراقي في نصوص قانون المرافعات المدنية التي عالجت أحكام التحكيم مسائل متعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في الدول الأجنبية، وإنما تطرق فقط إلى أحكام التحكيم الداخلية، ولم يعط لقرارات المحكمين قوة الأحكام القضائية إذ أن القرار التحكيمي لا ينفذ ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة.

### ثانياً: الاقتراحات:

- 1- نظراً للقصور التشريعي الذي يتضمنه قانون المرافعات المدنية العراقي الحالي، من جهة وما تتطلبه الظروف الإجتماعية والإقتصادية التي يمر بها العراق من جهة أخرى، وما تفرضه علينا العلاقات الدولية خاصة التجارية منها، نقترح على المشرع العراقي أن يلغي باب التحكيم في قانون المرافعات المدنية النافذ، وإن يفرد التحكيم بقانون خاص، وأن يستعين بالقوانين المتطورة لبعض الدول مهتدياً بأراء الفقه في هذا المجال، وبالأخص أن يتضمن مايلي:
  - أ- بما أن هناك قوانين مهمة متطورة كالقانون الفرنسي لتنظيم قواعد التحكيم لذا نوصي المشرع العراقي بأن يؤخذ بنهج القانون الفرنسي بوصفه نموذجاً يسترشد بأحكامه إلى جانب القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.
  - ب- ندعو المشرع العراقي بالنص صراحة على جواز التحكيم في المسائل الإدارية على أن يكون اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية والعقود التي تبرمها الدولة بموافقة الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة ولايجوز الإنابة والتفويض في هذه الصلاحية اسوة بالقانون المصري الذي نص على ذلك.
  - ت- النص على ان يكون طلب الإبطال هو الطريق الوحيد أمام الأطراف للطعن في القرار التحكيمي مع تحديد لحالات التي يجوز فيها إبطال حكم التحكيم على سبيل الحصر.
  - ث- ندعو بأن يأخذ المشرع العراقي بنص مماثل لنص القانون المصري، على أن لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في عريضة الدعوى، وكان الطلب مبنياً على أسباب جديدة.
  - ج- النص على رفع دعوى البطلان خلال (30) يوماً تبدأ إما من تاريخ صدور الحكم إذا كان حضورياً، وأما من تاريخ تبليغ المحكوم عليه بالحكم أو اعتباره مبلغاً.
- 2- نقترح على المشرع العراقي تعديل قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (30) لسنة 1928 ليشمل تنفيذ أحكام المحكمين، إذ لا توجد نصوص واضحة وصريحة تتعلق بتنفيذ تلك الأحكام في ظل قانون المرافعات المدنية وبالتحديد المواد (251\_ 276) الباب الثاني الخاص بالتحكيم، كما ندعو المشرع العراقي بضرورة الانضمام إليإتفاقية نيويورك الخاصة بإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958 لأنها تشكل عاملاً من عوامل الانفتاح وجذب الإستثمارات، علماً أن أغلب الدول المنضمة إلى تلك الإتفاقيات لديها قوانين خاصة للتحكيم.
- 3- بما أن العراق وكذلك إقليم كردستان قد انقطعا عن اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات، لاسيما التحكيم الدولي بسبب اتهام الدولة سياسة الاقتصاد الاشتراكي، وكذلك الانقطاع عن المجتمع الدولي لمدة ليست بقصيرة، وكذلك الإبتعاد عن الدخول في علاقات التجارة الدولية، فإنه من الضروري تطوير اهتمام أقسام القانون في الجامعات وادخال مادة التحكيم ضمن مناهج الدراسة لهذه الأقسام كمادة مستقلة، كما نقترح أن تشرف المراكز البحثية التابعة للجامعات على مراكز التحكيم بحيث يتم فتح دورات لإعداد المحكمين والمستشارين في أمور التحكيم .
- 4- نقترح على القضاء العراقي والكوردستاني الاتجاه نحو العمل على مراعاة النظام العام والآداب على أسس سائدة في المجتمع، تحافظ على المصالح العليا للمجتمع وأن لا يؤسس النظام العام على أفكار طائفية أو مذهبية ضيقة.



5- بما ان إقليم كوردستان العراق يتمتع بالاستقرار السياسي والاقتصادي والأمني نوعاً ما وهذه الحالة تجعلها منطقة خصبة لجذب الاستثمار الأجنبي، ولعلي أنه بآن المشرع الكوردستاني خط خطوات متقدمة في سبيل تطوير قوانينه حيث قام بسن تشريعات حديثة وقوانين خاصة تواكب التطورات الحاصلة في مجال الإستثمار والتجارة الدولية، ونذكر منها قانون الإستثمار لإقليم كوردستان العراق، رقم (4) لسنة 2006، وقانون النفط والغاز لإقليم كوردستان رقم (22) لسنة 2007، وقانون حماية وتحسين البيئة في إقليم كوردستان رقم (8) لسنة 2008، لذا نرى انه من الضروري على غرار هذه القوانين إصدار قانون تحكيم خاص بإقليم كوردستان في المسائل المدنية والتجارية.

## قائمة المصادر

### القرآن الكريم

#### الكتب

1. أباريان، د.علي (2008)، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
2. أبو الوفاء.د.أحمد(1988)، التحكيم الاختياري والإجباري ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية.
3. أبو عمر.د.مصطفى احمد(2005)، حقوق فنان الأداء، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الإسكندرية.
4. أحمد البربري.د.محمود مختار (2015)، التحكيم التجاري الدولي، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة.
5. أحمد.د.محمد، طه سيد (2015)، ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية.
6. الأحذب.د. عبد الحميد (2009)، موسوعة التحكيم في البلدان العربية،، الكتاب الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
7. البستاني.عبد الله (1980)، الوافي، المعجم الوسيط في اللغة العربية، بدون ذكر مكان الطبع والنشر.
8. الجغبير.د.إبراهيم رضوان (2009) بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
9. الحداد.د.حفيظة السيد (2007)، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
10. الحكيم.د.عبد المجيد والبكري.د.عبد الباقي و البشير، د. م. حمد طه (2009)، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج1، ط3، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.
11. الحياوي.نبيل عبد الرحمن (2004)، مبادئ التحكيم، ط3، المكتبة القانونية، بغداد.
12. الخلف.د.علي.حسين و الشاوي.د. سلطان. عبد القادر (2006)، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد.
13. الداوودي.د.غالب، والهداوي.د. حسن محمد(2001) القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ج2، ط1، المكتبة القانونية، بغداد \_شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.
14. الرفاعي.د. شرف عبد العليم (2006)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، (دراسة في القضاء )، دار الكتب القانونية.
15. الرفاعي.د. أشرف عبد العليم(2006)، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية .
16. الريح.د. عبد الله عيسى(2009)، حكم التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية.
17. الزعبي.د.محمد عبد الخالق (2010)، قانون التحكيم كنظام قانوني قضائي إتفاقي من نوع خاص به أهم إتفاقيات وتشريعات التحكيم الدولية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية.
18. الزلمي.د.مصطفى إبراهيم(2015)، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط25، مكتب التفسير، أربيل.
19. الزلمي.د. مصطفى إبراهيم(2015)، مدى سلطة الإرادة في الطلاق، ط1، إحسان للنشر والتوزيع.
20. السنهوري.د.عبد الرزاق أ.حمد(1968)، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة.
21. الشقاوي.د.محمود.د.سمير(2011)، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.
22. الصانوري.د. مهند أحمد (2005)، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
23. العلام.عبد الرحمن(2009)، شرح قانون المرافعات المدنية، ج1، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.
24. العلام.عبد الرحمن(1996)، شرح قانون المرافعات المدنية، رقم (83) لسنة 1969، مع مبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون، ج1، ط4، مطبعة العاني، بغداد.
25. العنزي.د.ممدوح.عبد العزيز(2006)، بطلان قرار التحكيم التجاري الدولي الأسباب والنتائج، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
26. الملوكي.د.إياد عبد الجبار(2009)، قانون المرافعات المدنية، ط2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.
27. المنشاوي.د.علتحميم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقاتاً للقانون رقم (27) لسنة1994، المعدل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
28. المنصوري.د.أبو جعفر(2010)، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
29. المؤمن.حسن (1966)، لوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر، بيروت.
30. الناشف.أ.نطوان (1998)، لزواج المدني الإختياري في لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان.



31. الندوي. د. آدم وهيب (2011)، لمرافعات المدنية، ط3، المكتبة القانونية، بغداد.
32. بردان. د. أياد محمود (2004)، لتحكيم والنظام العام (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
33. بكر. دعصمت. عبد المجيد (2013)، صول المرافعات المدنية، شرح أحكام قانون المرافعات الدنية رقم (83) لسنة 1969، في ضوء التطبيقات القضائية وآراء الفقه، مع الإشارة إلى الفقه الإسلامي والقوانين العربية ودور التقنيات العلمية في التقاضي المدني، ط1، منشورات جامعة جيهان الأهلية، أربيل.
34. جمال. دمصطفى محمد و عبدالعال، د. عكاشة محمد (2003)، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية.
35. جمال. دمصطفى محمد و عبدالعال، د. عكاشة محمد (1998)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
36. حداد. د. حمزة احمد (2010)، التحكيم في القوانين العربية، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
37. حسين. عبد الطيف حمدان (2009)، قانون العمل، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
38. خليل. د. أحمد حمد (2002)، قواعد التحكيم في القانون اللبناني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
39. سامي. د. فوزي محمد (2008)، لتحكيم التجاري الدولي، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
40. البشير. د. محمد طه و، طه. د. غني حسون (1982)، الحقوق العينية (الأصلية والتبعية) ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد.
41. سكيكر. د. محمد علي (2007)، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
42. سلامة. د. أحمد (1962)، أحوال الشخصية للوطنين غير المسلمين والأجانب، ط2، دار الفكر العربي، بيروت.
43. سليمان. شعيب أحمد (1981)، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الإقتصادية العامة، دار الرشيد للنشر، بغداد.
44. صالح. د. باسم محمد (2006)، القانون التجاري، المكتبة القانونية، بغداد.
45. عبدالصادق. د. أحمد محمد (2014)، لمرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، ط7، دار الفكر والقانون، المنصورة.
46. عبدالله. د. نجيب أحمد (2006)، التحكيم في القوانين العربية (دراسة مقارنة) في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية.
47. عبدالوهاب حجيبة. د. محمد مهدي (2013)، بطلان حكم التحكيم، دراسة مقارنة، قانون التحكيم المصري وقانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الإقتصادية وإستثمارية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
48. عرفة. محمد السيد (2006)، لتحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، ط1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.
49. عفيفي. د. معتز (2012)، نظام الطعن على حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
50. علي. د. حميد محمد (2016)، لحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، ط2، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.
51. عيد. د. إدوارد (1988)، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، ج10، ج11، ج12، بدون ذكر مكان الطبع، بيروت.
52. فهمي. د. وجدي راغب (1974)، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، ج1، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية.
53. فيض الله. د. حسين توفيق (1999)، اتفاقية الـ (WTO/ GATT) وعولمة الملكية الفكرية، مؤسسة (O.P.L.C.) للطباعة والنشر، أربيل، كردستان.
54. محمد. نبيل و خلوصي. محمد ماجد (2008)، لمطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية، دار الكتب القانونية، مصر.
55. معوض. د. نادية محمد (2009)، التحكيم وحقوق الملكية الفكرية، دار النهضة العربية، القاهرة.
56. مندبل. اسعد فاضل (2011)، احكام عقد التحكيم وإجراءاته، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بغداد.
57. ناصيف. د. الياس (2012)، العقود الدولية التحكيم الإلكتروني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
58. والي. د. فتيحي (2007)، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية.
59. يدر. د. أمال (2012)، لرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، ط1، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت.
60. يوسف. د. محمد خليل (2008)، حق المؤلف في القانون، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت.

#### الرسائل والأطريخ

1. عبدالله . تاراسعيد (2005)، التحكيم في المنازعات المدنية والشريعة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين \_ أربيل.
2. حامد ميراني. عبد الله فاضل (2005)، القواعد الآمرة وتطبيقها على العقد الدولي، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة دهوك.
3. حنانهرو سليم (2013)، النظام القانوني لإفلاس الشركات، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة كويه، 2013.

#### المجلات

1. الأحذب. د. عبد الحميد (2012)، التحكيم المطلق بالصلح والإنصاف والعدل والتحكيم بالقانون، بحث منشور في مجلة (التحكيم العربية و العالمية)، بيروت، العدد (15)، تموز (يوليو)، السنة الرابعة.
2. رجال. د. علي (2012)، التحكيم في قضايا الملكية الفكرية، بحث منشور في مجلة (التحكيم العربية والعالمية)، بيروت، العدد (16)، السنة الرابعة، تشرين الأول (أكتوبر).



3. حمد.د.نسبیه إبراهيم (2008)، حماية الائتمان التجاري، بين الإعسار المدني والإفلاس التجاري، بحث منشور في مجلة (الرافدين للحقوق)، التي تصدرها كلية القانون بجامعة الموصل، العدد (38)، كانون الأول، السنة الثالثة عشر.
4. خطاب.ضياء شيت (1961)، الإفلاس الواقعي في قوانين الدول العربية، بحث منشور في مجلة (القضاء)، الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، العددان (1،4).
5. لويد.دنيس (1956)، مفهوم النظام العام والآداب في القانونين الإنكليزي والفرنسي، ترجمة، د. زكريا حسن زكري، بحث منشور في مجلة (القضاء)، الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، الأعداد (1،2،3،4،5)، شباط، السنة الرابعة عشرة،

#### القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
2. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل.
3. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
4. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.
5. قانون التجارة العراقي رقم (149) لسنة 1970 الملغي (عدا الباب الخامس منه).
6. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 المعدل.
7. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
8. قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (27) لسنة 1994 المعدل.
9. قانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
10. قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.
11. قانون أصول محاكمات المدنية اللبنانية رقم (90) لسنة 1983.
12. القانون المدني الفرنسي الصادر في (21/ 3/ 1804) والمعدل في (9/7/1975) المعدل بالمرسوم التشريعي المرقم (131) لسنة 2016 (القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز 2009، بيروت، جامعة القديس يوسف، ترجمة د. أدوارد عيد و د. بشير بيلاني).
13. قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد (مرسوم 14/ 5/ 1980).

#### القرارات القضائية

1. رقم القرار (1748) ص (1958)، تاريخ القرار، (15/ 10/ 1958)، منشور في مجلة (القضاء) الصادرة عن نقابة المحامين في العراق، العدد (1) السنة السابعة عشرة، مارت 1959.
2. رقم القرار (599/ مدينة ثانية (174)، تاريخ القرار (1/ 9/ 1974)، منشور في (النشرة القضائية) الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة التمييز في العراق، العدد (3)، السنة الخامسة، 1974.
3. رقم القرار (325/ هيئة عامة أولى (72)، تاريخ القرار (19/ 3/ 1977)، منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام بوزارة العدل \_عراق، العدد (1)، السنة الثامنة، 1977.
4. رقم القرار (677/ الهيئة المدنية)، تاريخ (19/ 11/ 2015)، "القرار غير منشور.
5. رقم القرار (828/ الهيئة المدنية) (في 29/ 12/ 2015)، "القرار غير منشور.
6. "رقم القرار (867/ الهيئة المدنية)، تاريخ (30/ 12/ 2015)، "القرار غير منشور.

#### المقابلات الشخصية

مقابلة شخصية أجريت مع السيد القاضي (عبدالباسط عبدالله فرهادي) نائب رئيس محكمة إستئناف منطقة أربيل، رئيس محكمة الجنایات 1/ في أربيل، وتمت المقابلة في مقر عمله في بناية محكمة الإستئناف منطقة أربيل، يوم الأثنين المصادف (10/2/2016)، في الساعة (10) صباحاً، 2016.

#### المصادر الإلكترونية

1. بكار.د. محمد، التحكيم في العقود الواردة على حقوق الملكية الصناعية، عقد تفويت براءة الاختراع نموذجاً، بحث منشور في مجلة (القانون والأمر)، (Last Visited 3/8/2016) <www. Droitentreprise.org> .
2. العطين.د.عمر، التحكيم في منازعات العمالي، بحث منشور في مجلة (المنارة الأردنية)، متاح على العنوان الإلكتروني " :<http://aabu.edu.jo/manar/manarArt1526.html > (Last Visited 2016/5/4) . 2016.
3. فكري.أميرة مشروعية التحكيم في الأحوال الجنائية، مجلة (نادي القضاة التحكيم الدولي)، متاح على العنوان الإلكتروني 2014. <Jcia> .

#### المصادر الأجنبية

1. Crepin, S. 1995. les sentences arbitrales devant les Juge francais L.G.D. P.j paris.
2. Fauvarque\_ cosson (B).1996 *Libredisponibilitie des droits et conflits delois .1,G,D, J.Paris.*
3. Kotuby, C. T. 2011."Other international obligation" as the applicable Law in investment arbitration.
4. Majid, S. practisin lawyer in Germany in the field of Middle East Laws. Arbitration in IRAQ.



ئەو پرسانەى كە ناكەونە ژېر بارى ناوبژىوانى  
(وژېنەوھەيكى بەراوردكارىيە)

كاوان اسماعيل ابراهيم      نعيمه كمال على  
كۆ لىژى ياسا/ زانكۆ سەلاھەددىن-ھەولېر

پوختە

ئازادى لايەنەكانى پەيوەندىيە ياسايەكان لە خستەرووى ئەو مەلەتپانەى كە لە ئىوانيان دروست دەپت بۇ ناوبژىوانىكىردن رەھا نىھ، بەلكو لېرەدا كۆتەكان ويست و ئازادى بۆلايەنەكانى پەيوەندىيەكە ديارى دەكەن بەھەى كە سەپشك نىن لە ھەلېاردى دادگاى دەولت بۇ پەنا بىردنەبەرى لەكاتى روودانى مەلەتپانەكانى ئىوانيان، ۋە ئەۋەش لە بايەخى ناوبژىوانىكىردن كەم ناكاتەۋە، بە جۇرئەك ناوبژىوانىكىردن دادەنرېت بە يەكئەك لە ھۆكارە جىگىرەۋەھەكانى دادگاى كىردن بۇ يەكلاى كىردنەۋەى ناكۆكەكان و بەشپەۋەكى باۋ پەناى بۇ دەبىررېتتەتايەتە لە گىرېستە ئىۋدەۋلەتپەكان، بە جۇرئەك دەگمەنە گىرېستەستىكى ئىۋدەۋلەتە ھەب مەرجى ناوبژىوانىكىردن ئىدا نەب بۇ يەكلاى كىردنەۋەى ناكۆكە دروست بوۋەكان لە گىرېستەكەدا، ناوبژىوانىكىردن دادپەرۋەرەيەكى پىشكەتوتو سەرنەج راکئىشە، ۋە بىچىنەى ئەو سەرنەج راکئىشە دەگەرئەۋە بۇ ئەۋەى كە ۋاز دەھىنرېت لە رىگا باۋەكانى بۇ گەشىتن بە دادپەرۋەرى ھەرۋەھا سووك كىردى قورسايەكى گەرە لەسەر شانى دەستەى دادگا بۇ يەكلاى كىردنەۋەى ژمارەبەك لەناكۆكەكان بە رىگەبەك كە لايەنەكان لەسەرى رازى دەبن، ئەو ھۆكارە لەسەر پەنسىپى ئازادى گىرېستكارەكان دادەمەرزى بە جۇرئەك ئەو ياسايەنى كە پىيان ۋەرگرتە چوار چىۋەبەكەيان بۇ ديارى نەكردوۋە بەلكو بەجىھىلداراۋە بۇ ئازادى ناكۆكەكان كە پەناى بۇ دەبەن، بەلەر لېرەدا باپەتئىكى گىرنگ ھەبە دەپت بەلەرچاۋ بگىرېت ئەۋىش ئەۋەبە دەپت باپەت مەلەتپانەكە لەو باپەتەنەبەك كە دەكرى ناوبژىوانىكىردىن ئىدا بىكرېت.

دەۋلەتان ھەلساۋن بە دانانى كۆت لە پىناۋ پاراستنى بەرژەۋەندىيەكانىان لە ديارىترىن ئەو كۆتەنە برىتە لە كۆتى سىستەمى گشتى، بەو مانايەى دەپت ھەموو مەلەتپانەكە دووربىخىرەتەۋە كە ھاۋدزە لەگەل سىستەمى گشتى، ۋە ياسادانەر تۋاناي بۇ ناوبژىوانىكىردن بەستۆتەۋە بە بىرۆكەى سىستەمى گشتى، بەھەى كە ئەو مەلەتپانەكە پەيوەستەن بە سىستەمى گشتى ناكىرت ناوبژىوانىكىردن يان ئاشتەۋاىكىردىن ئىدا بىكرېت، جا جۇرى پەيوەندىيەكە ھەر جۇرئەك پىت كە مەلەتپانەكە لى دروست بوۋە، ۋە ھۆكارى ئەو دوورخستەۋەبەش دەگەرئەۋە بۇ ئارەۋوۋى ياسادانەر لە خستە روۋى ھەندى لە مەلەتپانەكان بۇ دادگاى دەۋلەت ۋە ياسادانەر ھەلسەنگاندنى بۇ دەكات بە رىكارىيە تايەتپەكان بەھەى چاكىردنەۋەى گشتى و تايەتە بېتتەتەدى و كە ئەۋەش نايەتە دى لە سىستەمى ناوبژىوانىكىردن.

ۋە بە گەرەنەۋە بۇ ياساى دادىيەكانى شارستانى عىراقى ژمارە (83) ى سالى 1969 (ھەمواركاراۋ) روون دەپتەۋە كە ئەو ياسايە ئەو باپەتەنى ديارى نەكردوۋە كە دەكرېت ناوبژىوانىكىردىن ئىدا بىكرېت، بەلكو پىشى بەستەۋە بە پىۋەرى ئاشتەۋەۋە بۇ شىۋاى ياخود ناشىۋاى باپەتەكان بۇناوبژىوانىكىردن، ۋاتە ئەو باپەتەنى كە دەكرىن ناوبژىوانىكىردن ئىدا بىكرېت برىتەن لەو باپەتەنى كە ئاشتەۋاىكىردىن ئىدا دەكرېت.

ۋە ئەمەش لە مادەى (704) ياساى شارستانى عىراقى ژمارە (40) ى سالى 1951 (ھەموار كاراۋ) روون بۆتەۋە، ۋە تىببىن دەكرېت ئەو مادەيە ئەو پرسانەى كە پەيوەندىدارن بە سىستەمى گشتى بەدەر كىردوۋە لە ئاشتەۋاى كىردن، ۋە ھەرۋەھا باپەتە پەيوەندىدار بە بارى كەسىتتى، يان ھەلسان بە ئەنجامدانى تاۋانكى ديارى كراۋ بەدەر كىردوۋە جگە لە پەندىبوۋنى دارايى بەستراۋ بە بارى كەسى يان ئەنجامدانى يەك لە تاۋانەكانى نەبىن.

بەلەر ديارى كىردى ئەو پرسانەى كە بە سىستەمى گشتى دادە نرېت كارىكى بەدەر قورسە، چۈنكە ئەو بىرۆكەيە نەرمە و رىژەيە و كاتىە، بەجۇرئەك بىرۆكەى سىستەمى گشتى جىۋاۋز دەپت بە جىۋاۋزى كات و شوپن كە ئەۋەى بە سىستەمى گشتى دادەنرېت لە دەۋلەتئەك لەۋانەيە لە دەۋلەتئەكى تر بە سىستەمى گشتى دانەنرېت، ۋە ھەرۋەھا ئەۋەى بە سىستەمى گشتى دادەنرېت لە كات و شوپنكى ديارى كراۋ لەۋانەيە لە كاتىكى تر لە ھەمان شوپن بە سىستەمى گشتى دانەنرېت، لەبەر ئەۋە ياساناسان بە مەبەست بوون بۇ دانانى پىۋەرە نوپەكان بۇ رېتتچۈن ھەر مەلەتپانەكە بۇ ناوبژىوانىكىردن ئەو پىۋە رانەش برىتەن لە : پىۋەرى ئازادى ھەلسۆكەۋەت كىردن بە مافەكان و پىۋەرى سىروشتى دارايى بۇ مەلەتپانە و پىۋەرى پىپۆرى ديارى كراۋ بۇ دەسلەتە گشتىيەكان.

لە ميانەى تۋىژىنەۋەكەماندا گەشىتنە ئەو دەرتەنەجامەى كە تەنھا بوۋنى رىسايەكى ياساى فەرمانكار بۇ رىكخستى باپەتئەكى ديارى كراۋ بەس نىھ بۇ ئەۋەى بلىين ئەو باپەتە ناكىرت يەكلاى بىكرېتەۋە بە رىگاى ناوبژىوانىكىردن، بەلكو پىۋىستە يەكلاى كىردنەۋەى ئەو باپەتە بە رىگەى ناوبژىوانىكىردن سەرىپچى بى بۇ سىستەمى گشتى.

ۋە باشترىن سزا لە سەر دەكرىدى بىرارىكى ناوبژىوانى لە سەر پىستىك كە ناكىرت ناوبژىوانىكىردن ئىدا بىكرېت، ھەلۋەشاندنەۋەى بىرپارە كەيە، ۋە بۇ ئەم مەبەستەش چەندىن رىكارو رىۋ شوپن و بنەما ديارى كراۋن، چاچ ئەۋانەى لە ياساى دادىيەكىردندا يان لە ياسايەكانى تايەت بە ناوبژىوانىكىردندا ھاتون، بە گۈيرەى ئەمەش بىرپارەكەى ناوبژىوانىكىردن ھەلدەۋەشىتتەۋە، لە رىگاى داۋاى ھەلۋەشاندنەۋە، كە بەرز دەكرېتەۋە لە بەردەم ئەۋدادگاىەى دەۋلەت كە بىرپارى ناوبژىوانىكىردنەكە جىپەچ دەكات.

كىلى تۋىژىنەۋە: ناوبژىوانى



## Issues that are not subject to Arbitration (Comparative Study)

**Kawan Ismail Ibrahim**

**Naeema Kmal Ali**

Coolege of Low / Salahaddin University-Erbil

### Abstract

The freedom of the sides of the legal relationships is not absolute to submit the disputes arising between them to arbitration. Indeed, there are restrictions limit the will and freedom of the sides of the relationship. There is nothing in front of them except the state judiciary to which they have to recourse when disputes erupt between them. This is not to minimize arbitration. This recourse has been widespread currently in the international contracts. In particular, it is seldom to find an international contract not involving a condition stipulating recourse to arbitration to settle the disputes resulted from contract. Arbitration is a superior justice. The resource of this superiority belongs to that who wants it, should give up the familiar way to get the justice. It also lightens the burden placed on the shoulder of the judiciary as to settling a number of disputes in a way that it satisfies the litigants. This instrument is based on the contractual principle where the legislations adopted this instrument; they did not define its scope. They have left freedom to the litigants to recourse to the instrument. Nevertheless, there is an important matter that should be taken into account. It is the subject of the dispute that is one of the matters can be settled through arbitration.

States have placed restrictions to safe-guard their interests. The most apparent restriction is the public order. That is why every dispute, contradicting the public order, should be disregarded. The legislator has connected the eligibility of the arbitration with the public order thought. The disputes related to the public order should not be arbitrated or conciliated whatever was the kind of the relationship from which the disputer results. The reason behind this disregard attributes the interest of the legislator to put forward some disputes to the state judiciary to a wisdom the legislator assesses and with specific measures the achievement of the public and private deterrence is guaranteed.

Referring to the amended Iraqi civil pleadings law №.(83) of 1969, it is demonstrated that this law has not defined the issues in which arbitration is permitted. But, it has depended on a measure in possibility or non-possibility of the arbitration. The measure is the susceptibility of the subject to reconciliation. This is what the article № (704) of the amended Iraqi civil law № (40) of 1951 has demonstrated. It is noted that this article excluded of reconciliation the issues related to the public order. The same article excepted the issues related to the personal status or committing of a specific crime except for the financial obligations resulted in personal status or committing one of the crimes. However, definition of what is regarded as public order is very difficult. Because this thought is flexible, comparative and temporary. The thought of the public order differs with difference of place and time. What is regarded as the public order may not be like that in another state. Additionally, what is considered as the public order may not be considered like that in specific time and place in another time and in the same place? That is why doctrine and jurisprudence (al-fiqih and ijtehad) has embarked on adoption new criteria to the susceptibility of the dispute to arbitration; the freedom of dealing with rights, the fiscal imprint of the dispute and exclusive specialization of the public authorities.

This study reached that peremptory legal basics, per se, regulating a specific matter are not enough to say about non-susceptibility of this matter to be settled by arbitration. Indeed, there should be violation of the public order as to settlement of this matter by arbitration.

The best penalty is invalidity for issue of arbitration decision in a matter in which arbitration is not allowed. To invalidate the arbitration decision contradicting the principle of not going into the matters in which arbitration is not allowed, measures and principles have been defined whether mentioned in the pleadings laws or in the laws related to arbitration. Accordingly, arbitration decision is invalidated through the invalidity claim filed before the state in which the arbitration decision is executed.

**Keyword:** The Arbitration.