جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـــامـعـة كربـــلاء

كلية القانون

فاعلية التحكيم الدولي في منازعات تحديد الثمن " دراسة مقارنة "

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

كتبت بواسطة:

ياسين عبد جبار الوائلي

بإشراف:

الأســـتاذ المساعد الدكتـــور

غسان عبيد محمد المعموري

آذار - 2022 م

1443هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

((فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا))، { سورة النساء، آية: 65 }.

((وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ))،

{سورة الرحمن، آية: 9}.

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أني قرات رسالة الماجستير الموسومة بـ (فاعلية التحكيم الدولي في منازعات تحديد الثمن – دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (ياسين عبد جبار) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء ، وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية ، بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة .

مع التقدير ..

التوقيع :

الاسم : أ.م.د.جاسم عبد الواحد راهي

الاختصاص العام: لغة عربية

الاختصاص الدقيق : البلاغة

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (فاعلية التحكيم الدولي في منازعات تحديد الثمن "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (ياسين عبد جبار) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيد جداً).

التوقيع :

الاسم: أ.د. حسن علي كاظم

(رئيساً)

التاريخ: 27/ 1 / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. ماهر إبراهيم قنبر

(عضواً)

التاريخ: 1 / 1 / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. ثامر داود عبود

(عضواً)

التاريخ: 1 / 1 / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. غسان عبيد محمد

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: 1 / 1 / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: 19 / 2 / 2022

الإهداء....

إلى من فقدته وأنا صغير" والدي" الشيخ عبد الزهرة الوائلي (رحمه الله)، إلى روح أخي الشهيد " سلمان عبد جبار"(رحمه الله).

إلى أعز ما أملك في الوجود، إلى التي رآني قلبها قبل عينيها، وكانت رمز العطاء ولحن الوفاء، ونبع الحنان " والدتي الحبيبة" حفظها الله.

إلى أخوتي وأخواتي سندي في هذه الحياة.

إلى من تقاسمت معهم حلو الحياة ومرّها، وكانوا نعم الصابرين القانعين عائلتي " زوجتي وأطفالي".

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي المتواضع.

الشكر والامتنان

Achnow ledgments

الحمد لله خالق الإصباح ومرسل الريّاح، الذي أنشأ فأحسن الإنشاء ثم قدم ماشاء، أحمده حق حمده سراً وعلناً، وأشكره على إحسانه ولايزال محسناً، والصلاة على أشرف خلقه سيدنا محمد صلى الله عليه، وعلى آل بيته الطيبين الأطهار وصحبه المنتجبين الأخيار.

قال الله تعالى في محكم كتابه الكريم: {وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ إِنَّ اللَّهَ بَالِغُ أَمْرِهِ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا} [الطلاق: 2- 3].

ولايسعني وأنا انتهي من إنجازهذه الرسالة إلّا أن أقول:

ليس شرط أن يكون الرزق مالاً فقد يرزقك الله بشخص يحمل همك الكبير، ويساندك في طريقك العسير لكي يصبح يسيراً، والحمد لله الذي من علينا بأخوة اعزاء، أساتذة أكفاء أجلاء، وصدق الشاعر معروف الرصافي إذ قال: فإذا ظفرت بذي الوفاء، فحط رحلك في رحابه، وما المرء إلّا بإخوانه كما يقبض الكف بالمعصّم، ولا خير في الكف المقطوعة ولا خير في الساعد الأجذم.

إعترافا بالفضل والجميل أتوجه بخالص الشكر وعميق الإمتنان والتقدير إلى المشرف الأستاذ المساعد الدكتور(غسان عبيد المعموري) الذي تفضل علي مشكوراً وقبل الإشراف على إعداد رسالتي، وما أبداه من توجيه وأرشاد ومتابعة علمية طيلة مدة الأشراف، وتعهد بالتصويب في جميع مراحل إنجاز الدراسة فجزاه الله خيرًا وحفظه وأهله من كّل مكروه أنه القدير العزيز.

كذلك أتقدم بخالص الشكر والإمتنان إلى عمادة كلية القانون جامعة كربلاء وعلى رأسهم السيد العميد (عبدالله عبد الأمير) المحترم، وكُلِ من السيد المعاون الإداري والعلمي الأفاضل، والسيدة رئيسة القسم الخاص(د. أشراق صباح).

وأخص بالذكر أساتذتي في المرحلة الأولية، إبتداءً من المرحوم الأستاذ الدكتور(عباس علي الحسيني)، والدكتور (ضياءعبدالله عبود)، والدكتور (حسن علي كاظم) والدكتور (عبدعلي محمد سوادي) والدكتور(حكمت عبدالرزاق الدباغ) والدكتور(علي الفتلاوي) والدكتور(خالد مجيد) والدكتور(نزار عبدالأمير) والدكتور(سامرمؤيد) والدكتور(علاء إبراهيم) والدكتور(حيدر حسين كاظم الشمري) والدكتور(صلاح جبير) والدكتور (نوري رشيد) والدكتورة (رشا شاكر) والدكتور(خالد عليوي) والدكتور (ثامر داود) والدكتورة (أيناس هاشم) والدكتورة (منى محمد) والأستاذ (صباح محمد عمران). والشكر موصول كذلك إلى الأساتذة في السنة التحضيرية، لقد كنتم لنا صمام الأمان وطريق الإطمئنان، إذ مرت به قافلتنا وأستقرت حيث انتهت، والحمدلله .

وكذلك الشكر موصول إلى السادة المقوّمين اللغوي والعلمي. وإلى السادة رئيس لجنة المناقشة وأعضائها لتفضلهم بقبول مناقشة الرسالة وبذلهم جهودًا كبيرة لتقويم الدراسة بملاحظاتهم القيمة لجعلها بالمستوى المطلوب.

كما أتوجه بالشكر إلى موظفي كلية القانون جامعة كربلاء كافة، وأخص منهم بالذكر موظفي مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء. وكذلك أتوجه بالشكر الى موظفي مكتبتي العتبتين الحسينية والعباسية المقدستين، وموظفي مكتبة كلية القانون جامعة بغداد، وأخيرًا موظفي مكتبة كلية القانون جامعة بابل، لمساعدتهم لي في الحصول على المصادر وإلى كل من ساعدني في إكمال هذه الرسالة.

الباحث

جدول المحتويات – الفصل الأول –

Table of Contents

التقسيم	الموضوع	رقم الصفحة
	الأية القرآنية	
	الأهداء	ii
	الشكر والأمتنان	iii - iv
	المحتويات	v - vii
	المستخلص	viii - x
	المقدمة	1 - 8
الفصل الأول	مفهوم الثمن المحدد في العقود الدولية	9 - 91
المبحث الأول	ماهية الثمن المحدد في العقود الدولية	9 - 32
المطلب الأول	التعريف بالثمن المحدد	9 - 21
الفرع الأول	تعريف الثمن	10 - 13
أولاً	تعريف الثمن قانوناً	10 - 11
ثانياً	تعريف الثمن فقهاً	11 - 12
ثالثاً	تمييز الثمن عما يشتبه به من مصطلحات	13
الفرع الثاني	خصائص الثمن المحدد	14 - 21
المطلب الثاني	أنواع وشروط الثمن المحدد في العقود الدولية	21 - 32
الفرع الأول	أنواع الثمن المحدد	21 - 25
الفرع الثاني	شروط الثمن المحدد	25 - 32
المبحث الثاني	مسائل تحديد الثمن في العقود الدولية	32 - 91
المطلب الأول	ضوابط تحديد الثمن	32 - 61
الفرع الأول	مراحل تحديد الثمن	33 - 44
أولاً	تحديد الثمن في مرحلة التفاوض	33 - 39
ثانياً	تحديد الثمن في مرحلة الأيجاب	39 - 44
الفرع الثاني	معايير تحديد الثمن في العقود الدولية	45 - 61
أولاً	معايير تحديد الثمن طبقاً للتشريعات	45 - 53
ثانياً	معايير تحديد الثمن طبقاً لمبادئ اليونيدروا	53 - 54
ثالثاً	معايير تحديد الثمن في عقود الإنشاءات الدوليةFIDIC	55 - 57
رابعاً	معايير تحديد الثمن طبقاً لمبدأ حسن النية	57 - 61

التقسيم	الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثاني	دور تحديد الثمن في مرحلة تكوين العقود الدولية	61 - 91
الفرع الأول	مكانة تحديد الثمن في الأنظمة القانونية	62 - 71
أولاً	مكانة تحديد الثمن طبقاً للتشريعات	62 - 67
ثانياً	مكانة تحديد الثمن طبقاً للتشريع الأمريكي	67 - 69
ثالثاً	مكانة تحديد الثمن طبقاً لإتفاقية فيينا 1980	69 - 71
الفرع الثاني	الأخلال بتنفيذ الألتزام بدفع الثمن	71 - 91
أولاً	المسؤولية المترتبة عن إخلال البائع بالمطابقة	72 - 81
1	التزام البائع بالمطابقة	72 - 78
2	تخفيض الثمن	78 - 81
ثانياً	المسؤولية المترتبة عن إخلال المشتري بالوفاء بالثمن	82 - 91
1	ألتزام المشتري بالوفاء بالثمن المحدد	82 - 85
2	الجزاء المترتب على أخلال المشتري بالوفاء بالثمن	85 - 87
3	الأخلال المسبق(المبتسر)	87 - 91

جدول المحتويات – الفصل الثاني –

التقسيم	الموضوع	رقم الصفحة
الفصل الثاني	ضمان فعالية التحكيم الدولي	92 - 173
المبحث الأول	وسائل فعالية التحكيم الدولي	93 - 139
المطلب الأول	آليات التحكيم وفعالية إتفاق التحكيم	93 - 115
الفرع الأول	الآليات البديلة لفض منازعات تحديد الثمن	94 - 108
أولاً	آليات التحكيم ذات الطبيعة التفاوضية	94 - 100
ثانياً	اللجوء إلى التحكيم	100 - 108
الفرع الثاني	فعّالية إتفاق التحكيم	108 - 115
اولاً	المقصود بإتفاق التحكيم	108 - 112
1	الأثار المترتبة على أتفاق التحكيم	109
2	صور أتفاق التحكيم	110 - 112

جدول المحتويات – الفصل الثاني –

التقسيم	الموضوع	رقم الصفحة
ثانياً	متطلبات إتفاق التحكيم	113 - 115
1	إثبات اتفاق التحكيم	113
2	الدفع بإتفاق التحكيم	114 - 115
المطلب الثاني	مبادئ فعالية التحكيم الدولي	116 - 139
المبدأ الأول	استقلالية شرط اتفاق التحكيم عن بنود العقد الاصلي	116 - 120
المبدأ الثاني	مبدأ الإختصاص بالإختصاص	120 - 125
المبدأ الثالث	عدم جواز الرجوع عن قبول التحكيم من طرفٍ واحد	125 - 127
المبدأ الرابع	عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من قبل أحد الأطراف	127 - 131
المبدأ الخامس	إستئثار هيئة التحكيم بنظر النزاع	132 - 135
المبدأ السادس	توسيع بندّ التحكيم	135 - 139
المبدأ السابع	عدم امتداد المسؤولية للدولة عن لجوء هيئاتها العامة للإستثمار	139
المبحث الثاني	ضمّان فعّالية تنفيذ الحكم التحكيمي	140 - 173
المطلب الأول	المعاييرالدولية لفعّالية الحكم التحكيمي	140 - 151
الفرع الأول	بطلان الحكم التحكيمي طبقاً للإتفاقيات الدولية	140 - 144
الفرع الثاني	بطلان الحكم التحكيمي طبقاً للتشريعات الوطنية	144 - 151
المطلب الثاني	فعّالية الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي	151 - 173
الفرع الأول	فعّالية القضاء ببطلان الحكم التحكيمي	152 - 156
أولاً	الإتجاه المعارض	152 - 154
ثانياً	الإتجاه المؤيد	155 - 156
الفرع الثاني	فعّالية القضاء بتنفيذ الحكم التحكيمي	157 - 173
أولاً	شروط تنفيذ الحكم التحكيمي	157 - 165
ثانياً	إجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي	165 - 169
ثالثاً	تنفيذ الحكم التحكيمي في العراق	170 - 173
	الخاتمة	174 - 176
	المصادر	177 - 192
	Abstract	A-B-C-D

المستخلص

الثمن هو المقابل الذي يتفق أو يتراضى عليه طرفا عقد البيع، بغض النظر إن كان مساوياً أو غير مساوي لقيمة السلعة أو المبيع، والثمن عنصر جوهري في كل عقود البيع الدولية و الداخلية. وتختلف أنواع الثمن المحدد بالعقود الدولية، فمنها الثابت ومنها المتغير وحسب طبيعة العقد المبرم، والثمن المحدد في العقود الدولية له مسائل عديدة تتمثل بمراحل تحديده، إذ لكل مرحلة دور في تحديد ثمن العقود الدولية سواء كانت مرحلة المفاوضات أم مرحلة الإيجاب. وبإمكان المحكّم التقصي عن الثمن من خلال الرجوع إلى قصدّ المتعاقدين أو إتفاقهم الضمني بإتباع معايير لتحديده سواء كانت وطنية أم دولية، وتختلف تلك المعايير وحسب نوعية العقد الدولي. وتتباين مكانة تحديد الثمن في الأنظمة القانونية اللّاتينية عن مكانته في الأنظمة القانونية الأنجلوامريكية، وتعّد مسألة تحديد الثمن بمثابة الخط الأحمر الذي لّايمكن تخطيه في العقود الداخلية، وبخلّاف ذلك يبطل العقد بطلاناً مطلقاً، بينما لّاتعد تلك المسألة من مبطلات العقد في قانون الولايات المتحدة الأمريكية وذلك لإعتماده الثمن المفتوح (open priece).

بالرغم من المساعي التي تبذلها الأنظمة القانونية لإيجاد الحلول في المنازعات العقدية وخصوصًا في مايتعلق بمنازعات تحديد الثمن التي تطرأ على تلك العقود، إذ بمقدور الخصوم اللجوء إلى القضاء وتقديم طلب بهذا الصدد؛ لكن قد لايكتب النجاح لتلك المساعي بشكل تام لأسبابٍ عديدة من جملتها تعقيد الإجراءات القضائية. والأمر يختلف إذا كان أساس تلك المنازعات العقود الدولية، إذ ليس بمقدور تلك الحلول التقليدية مجارات التطورات الحاصلة في ميدان التعاملات الدولية، أو الزيادة في حجم التبادلات التجارية الأمر الذي يستدعي ضرورة البحث عن وسائل فعّالة لتسوية منازعاتها بشكل ينسجم مع طبيعة تلك المعاملات، مع تحقيق غايتها الأساسية المتمثلة بإستقرار المعاملات وتسهيل أمر تسوية منازعاتها، وتتعد الوسائل البديلة لفض منازعات تحديد الثمن في العقود الدولية، منها ذو طبيعة تفاوضية والمتمثل بـ (الوساطة والتوفيق والخبرة ....ألخ)، ومنها ذو طبيعة ألزامية والمتمثل بالتحكيم الذي يحتل مركز الصدارة بالنسبة للطرق الأخرى لفض المنازعات لما يتمتع به من مزايا مشجعة.

المستخلص

وعن موقف المشرع العراقي، نشيرإلى أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 أجازت لطرفي النزاع اللجوء الى التحكيم، كذلك قانون الاستثمار المرقم (13) لسنة 2006 . إن وسيلة التحكيم هي وسيلة قانونية متبعة من قبل من يطلبها على الصعيد الداخلي أو الدولي، وتنشأ العلاقة القانونية عند إبرام عقدٍ دوليٍ ذوعلاقة تجارية خارجية، وتبرز هذه الوسيلة عند فشل المساعي في حل منازعاتهم، بالتالي يعملون بما تضمنته بنود عقودهم التي أبرموها وأهمها شرط التحكيم، ومن المعلوم أن لكل طائفة دستور ودستور الهيئات التحكيمية هو إتفاق التحكيم المبرم مابين الطرفين، وهو الذي يرسم طريق المحكمين ويحدد صلاحياتهم فمن إلتزم به كانت نتائجه مضمونة، ومن خالفه يتحمل تبعة رفضه أوعدم الإعتراف به.

وبالرغم من التحديات التي تواجه عملية التحكيم إلّا أن هنالك رغبة حقيقية في إتمام مهام التحكيم على أكمل وجه بغض النظر عن المعوقات التي تصاحبه وهذا الإصرار بحد ذاته هو من أحد المقومات التي تسهم في تحقيق الفعّالية الدولية للتحكيم. ويحرص المحكمون على الموازنة مابين مسائل عديدة أهمها: تحقيق الإتزان القانوني مابين مهمته الرامية إلى تحقيق مصلحة الخصوم، ومابين تجنب المساس بقدسية الأنظمة القانونية تحت عنوان النظام العام، والحيلولة دون وقف التعاملات التجارية . إذ يستعين المحكم بمهارته وإحترافيته وخاصة القانونية المستخلصة من كم القوانين التي يتعامل على أساسها، سواء كانت نظرية والمتكرسة في الإنظمة القانونية الداخلية والإتفاقية أم عملية والمنبثقة من السوابق التحكيمية وغيره من الآليات، مع الإستناد إلى أهم المبادئ القانونية الدولية المرعية، وتساعده في ذلك التسهيلات التي تقوم بها الدول المنضمة للإتفاقيات الدولية الساعية إلى إيجاد الحلول وتوحيدها وتمكين الحكم التحكيمي من النفاذ، كل ذلك يسهم في ضمان تحكيم فعّال لتحقيق الغاية المرجوة منه وهو جوهر العملية التحكيمية وغايته والمتمثل بالإعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه .

المستخلص

أما بالنسبة للمسائل التي لايفقهها، فبإمكانه اللجوء إلى آليات أخرى تعينه على إتمام مهمته كإنتداب خبير بالحسابات المالية مثلًا، أوغيره من الآليات وفق الصلاحيات المخول فيها، وتتضافر جميع الجهود من أجل التوصل إلى تحكيم فعّال.ومن المؤمل بعد أن صوت البرلمان على إنضمام جمهورية العراق إلى إتفاقية نيويورك لعام 1958 أن يقوم بالتصويت أيضًا على مشروع قانون التحكيم الجديد، خصوصًا أن هنالك ميلًا من قبل المشرع العراقي بإستحداث قوانين تغازل المستثمرين في خطوة منه لجذبّ الإستثمار في العراق، والترحيب بفكرة عرض النزاع على التحكيم، ويتجسدّ ذلك في قانون الإستثمار رقم (13) لسنة 2006 وقانون تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014. وينبغي لتفعيل تلك الخطوة ومن أجل رفع فعّالية التحكيم في العراق، القيام بفتح مراكز للتحكيم أسوة بالدول العربية المجاورة، كمراكز تحكيم الخليج العربي أو المركز التحكيمي المصري.

الـمقــدمـــة

Introduction

أولاً - فكرة البحث :

لايقتصر التحكيم في مفهومه على فض المنازعات الناشئة عن العقود الدولية فحسب، فالتحكيم له تأريخ عريقّ يمتد لعصور قدّ خّلت منذ خلق البشرية، وأكد القرآن الكريم هذا المبدأ في الآية الكريمة:" فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكّموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجًا مما قضيت ويسلموا تسليمًا"، الأية: 65، سورة المائدة. وهوالحكم الذي قضى به النبي مُحَمَّدٌ (صلهي الهلهه عهلهيهه و آلهه وسهلهم) مابين كُلٍ من:(الزبير بن العوام ورجلًا من الأنصار)، رواه البخاري. فالأصل أن الطبيعة البشرية تميلّ إلى الركّن الذي يشعرها في الإطمئنان من ناحية عدالة وفّاعلية قضاءه، كما أطمأن المتخاصمون إلى حكم النبي مُحَمَّدٌ - صلى الله عليه وعلى آله وصحبه المنتجبين- بأنه الحكم الحق الذي إنصّاع له الأطراف ظاهرًا وباطنًا، وسلموا له تسليمًا كليًا من غير ممانعة. أذ لايكفي القبول الظاهري وحده للحكم، ولابد من وجود رضا نفسي، وإطمئنان من ناحية عدالة الحكم الصادر، ونزاهة الجهة المصدّرة له، ومما يزيد من فعّاليته هو وجود قضاء عادل يعترف به وينفذه.

ولايخفى عن الباحثين ما للتحكيم الدولي من دورٍ بارزٍ في فض منازعات العقود الدولية ولاسيما عقود التجارة الدولية، وعقود الإستثمار التي تدخل الدولة طرفًا فيها، وما يثير الإنتباه أن لتطور نظام التحكيم الدولي في السنوات الأخيرة، وجعله على رأس هرم الآليات المتبعة في حلّ منازعات العقود الدولية، وسمّوها على القضاء الوطني لّم يأتِ من فراغ، فهنالك العديدّ من المقّومات، و الأسباب وراء ذلك كثيرة، تتجلى بالإهتمام الواضح من قبل التشريعات الوطنية بصياغة وتوحيد مبادئ التحكيم المرعّية من قبل الإتفاقيات الدولية، كإستقلالية شرط التحكيم، ومبدأ الأختصاص بالأختصاص، وغيره من المبادئ، فضلًا عن ذلك تسارعّ دول العالم وسعيها إلى الإنضمام إلى إتفاقية نيويورك لعام 1958ومنها جمهورية العراق مؤخرًا، وإحترام قواعدها وأهمها الإعتراف، وتنفيذ الأحكام التحكيمية، الذي أدى إلى زيادة فاعلية التحكيم الدولي. إن لأهمية تحديد الثمن في العقود الداخلية من المكانة التي تعطيني الجرأة بأن أَصِفهُ – أن صح التعبير - بِأَنه رِئة العقد، وغايته التي تتجلى فيه رغبة البائع بالحصول على المقابل المادي لقاء سلعة معينة وتنفيذ كل إلتزاماته، أوهي بمثابة المصباح الذي يضيء عتمة العقد وتنير مسار المتعاقدين، أو هو البوصلة التي تحددّ الإتجاه للعقد وأطرافه، فالعقد الداخلي من دون تحديد الثمن أو الإتفاق على معايير لتحديده لاحقاً، يبقى في عتمة كالسفينة التائهة في بحرٍ لُجّي، فالثمن إن صَحّ التعبير بمثابة النور الذي يخرج العقد

وأطرافه من الظلمة والمتاهة - المتمثلة بالتنازع واللجوء إلى المحاكم او الهيئات التحكيمية وبالتالي خسارة الوقت والجهد والمال - إلى الدليل الناصع المشرق وتجنبهم كل ماتم ذكره ومنها بطلان العقد، وتحقيقهم للغاية المرجوة من التعاقد بسهولة ويسر. والأصل سواء كانت تلك العقود داخلية أم دولية فيتوجب على طرفيها وحسب ما أوصت الأية الكريمة:" واقيموا الوزن بالقسط.."، سورة الرحمن: أية (9)، أن يتم التراضي على جميع المسائل الجوهرية بالعقد وأهمها مسألة تحديد الثمن على نحو يلائم إمكانية وتطلعات المتعاقدين. وأضحت العقود الدولية وعلى رأسها العقود التجارية وعقود الأستثمار، من أهم أوجه التعاملات والتبادلات الأقتصادية في الوقت الحاضر، وما يميز تلك العقود هي طول مدّتها وقيّمها المالية الكبيرة، لذلك أن مسألة عدم تحديد الثمن أو عدم الإتفاق على معايير لتحديده بالمستقبل، لم تعد تثير تلك المخاوف التي تفرزها التعاملات في العقود الداخلية، ولا ذلك الهاجّس المتمثل في الخشية من ضياعّ حقوق المتعاملين فيها، ويبقى إطلاق دّور الإرادة الحرة وإعتماد قصد المتعاقدين، وإتباع معيارالمعقولية، هو المفتاح لحل ما يثور من إشكاليات بهذا الصددّ.

إن إقبال طرفي العقد الدولي على إبرام صفقة معينة تنضوي في خفاياها مقاصد مشتركة، غايتها الإبحار بهدوء وسكينة في محيط التجارة العالمية، بغية الظّفر وتحقيق الكّسب الوفير والأرباح المتوقعة والمضمونة التي لايمكن تحقيقها من غير وجود تلك المقاصد وتلك الإرادة الحرة والثقة والنزاهة في التعاملات التجارية الكفيلة بحل مسألة تحديد الثمن، وإن حصل أختلاف في هذه المسالة، فالقانون سمح لهم بإعادة التفاوض أواللجوء إلى التحكيم. وهنا يأتي دور المحكم الدولي الذي ينطلق عمله من قاعدة رصينة متأسسة على مبادئ دولية متفق عليها، متمثلة بكّم التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية الرّامية لفض المنازعات العقدية الدولية، وتوحيد الحلّول، من أجل تعزيز فعّالية التحكيم الدولي وزيادة الثقة فيه من قبل المتعّاملين، وما يزيد من تلك الفعّالية هو إصرار المحكمين على فضّ المنازعات بالرغم من المعوقات التي تقف كحاجز أمام ديمومة العقد الدولي، وتحاول إيقافه. ولايفوتنا أن ننوه إلى الإشارة إلى مصطلح العقود الدولية في دراستنا، وذلك لإعتبارات قانونية، وليعطينا مفهومًا أوسع للتعاملات، وعدم حصّرها في نطاقٍ محددٍ في ميدان التعاملات التجارية بين الأفراد، ليتعداها إلى التعاملات التي تدخل الدولة كطرف فيها كعقود التشييد والبناء، وغيره من العقود. كما أشرنا إلى قانون تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 لتوضيح بعض المسائل المستجّدة في التعاملات الحكومية مع المستثمرين، وخاصة مسألة السماح باللجوء إلى التحكيم، كذلك سلطّنا الضوء على أهم المستجدات في مسألة تحديد الثمن ومعاييره في هذه العقود التي تصنف بأنها عقود دولية. وأيضًا تطرقنا للوثائق القياسية والمعمول بها لعام 2017 .

ثانيًا - أَهمية البحث:

تنبع أهمية الدراسة من جانبين هما العملي والنظري:

وأهمية الدراسة من ناحية الجانب العملي: تتجسد بكيفية تحقيق التحكيم الفعّال، والمتمثلة بالدور المؤثر للهيئة التحكيمية أو المحكّم الدولي ومحاولته إعادة التوازن المالي لطرفي النزاع في القضية المعروضة أمامه، بأتباعه آليات معينة كإعتماده معيار المعقولية من أجل تيسير الفصلّ في المنازعات العقدية ونخص بالذكرمنازعات تحديد الثمن، مستندًا إلى مبادئ التحكيم المرعية من قبل معظم بلدان العالم، ولاسيما نصوص إتفاقية فيينا لعام 1980 – إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع - لما تتمتع به من شمولية في التطبيق على كافة العقود الدولية، علماً أن العراق لم ينضم إلى تلك الإتفاقية، وغيره من الآليات التي ترشّده لتقويّم الأداءات لطرفي العقد الدولي بغية الوصول إلى حلٍ عادلٍ يرضي طرفي النزاع ويجنبهم اللجوء إلى القضاء.

أماالأهمية النظرية: فتتمثل بالإهتمام الذي توليه التشريعات الداخلية والدولية لنظام التحكيم الدولي ككل، ومحاولتها مواكّبة التطورات والتغيرات الحاصلة في التعاملات التجارية والإستثمارية، من خلال إصدار نصوص قانونية تدّعم من فعّالية التحكيم وبالأخص ما يتعلق بالإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر من الهيئات التحكيمية، لتسير على خطى الإتفاقيات الدولية الرامية لتوحيد الحلول للمنازعات الطارئة، ولاسيما إتفاقية نيويورك لعام 1958، خصوصاً أن هنالك تسارعًا للإنضمام لتلك الإتفاقية من قبلّ دول العالم، لاسيما الدول الراعية أو الجاذبة للإستثمار، ومنها جمهورية العراق مؤخرًا - طبقاً للمادة (1) من قرار رئيس الجمهورية رقم (14) لسنة 2021 والمنشور في جريدة الوقائع المرقمة (4633) في 2021/5/31 -.

ثالثًا - أهداف البحث:

ويتمثل بالبحث عن الأسباب والمقّومات التي تجعلّ من نظام التحكيم الدولي أن يصبح أكثرفّاعليةً في مجال فض المنازعات الحاصلة في العقود الدولية ولاسيما منازعات تحديد الثمن في تلك العقود، والتقصّي عن الضمانات التي يكّفلها المحكّم في عملية التحكيم ككل، ومنها ضمانات إصدار الحكم التحكيمي العادل بإحترافية، وضمن الحدود المرسومة له، كذلك إيجاد الحلّول والخيارات المتبعة من قبله سواء كانت داخلية أم دولية وإتفاقية. وكذلك مدى مواكبة التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية للتغيرات الحاصلة في التعاملات التجارية الدولية ومعالجة التحديات التي تعّيقها، والبحث عن دور القضاء الوطني، وأهم الإتجاهات الحديثة لمحاكم النقض، وهل خرجت تلك المحاكّم عن المسلّم فيه في مسار دعوى وإجراءات

التحكيم المعتادة، وتسليط الضوء على السوابق أو قرارات الهيئات التحكيمية (CLOUT) المستجدة، والتي تمّ إعتمادها كأساس أو منطلق لحل الكثيرمن المنازعات في العقود الدولية. ومحاولة الكشف عن مسائل أخرى من شأنها الرفعّ من فعّالية التحكيم الدولي، ومدى تأثيرها على منظومات التحكيم الوطنية وزيادة فاعليتها، وغيره من المسائل نتناولها في متن الرسالة.

رابعًا - أسباب أختيار البحث:

تناول التحكيم الدولي الكثير من قضايا المنازعات وبالأخص منازعات عقود التجارة الدولية، وعقود الإستثمار بشكل عام، بينما كان التطرق لقضايا منازعات الثمن بشكل عابّر، ولمّ يتم التطرق لتلك المنازعات -تحديد الثمن- بشكل مركز. وكان السبب وراء إختيارنا لهذا الموضوع هو لتسليط الضوء على فّاعلية التحكيم الدولي في المنازعات التي يكون سببها الإختلاف ما بين طرفي العقد الدولي حولّ الثمن المحدد في تلك العقود، ومعرفة ماهية المبادئ والمقّومات التي أسهمت في تطوير منظومة التحكيم الدولي، وأسباب سمّوها على القضاء الوطني، والتي أنعكست أيجابًا في حل تلك المنازعات والحيلولة دون توقف تلك العقود. والسبب الآخر يتمثل بتسليط الضوء عن قرب على مكانة تحديد الثمن في الأنظمة القانونية المختلفة، كذلك معرفة أهم المعايير الداخلية والدولية والتي يتخذها المحكم الدولي كمفتاح، ويوظفها لحل الكثير من القضايا المعروضة أمامه عنوانها تحديد الثمن، كذلك للوقوف على موقف المشرع العراقي من ماأستحدث في التشريعات والإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، وما طرأ من مستجدات في ساحة التحكيم الدولي وكيفية حلّ الأشكاليات المتعلقة بتحديد الثمن في العقود الدولية وأهم السوابق التحكيمية المتبعة في ذلك. وهذا كله يعزز من فّاعلية التحكيم الدولي.

خامسًا - إشكالية البحث:

الثمن كونه مصطلح قانوني وليس أقتصادي، والذي يتمثل بتراضي طرفي العقد الدولي عنه، وهو جلّ العلاقة التعاقدية، ومحّل إلتزام المشتري والواجب في الذمة، وهو المرجّع في تقوّيم الأداءات العقدية، وتحقيق التوازن المالي، وقد يثيرغيابه مشكلة قانونية بحتة متمثلة بضياع وهدّر حقوق المتعاقدين، فالثمن له من المكانة التي تستدّعي من المختصين، ومن أطرافه الأهتمام بموضوعه، والحيلّولة دون توقف عقودهم التي أبرموها بسبب النزاع حول الثمن ، ولاسيما العقود الدولية التي تتضمن قيّم مالية عالية، ويمتد التعامل فيها لفترات زمنية طويلة. وفي حال اللجوء إلى التحكيم، فتتمثل الإشكالية في كيفية ضمان الإجراءات التحكيمية الفعّالة، من أجل أصدار الحكم التحكيمي المتضمن للحلول المرجوّة من قبل طرفي العقد بخصوص الخلاف في الثمن المتنازع عليه، ومن ثم الأعتراف به وتنفيذه.

ومما تقدم يمكن إيجاز الأشكالية بأختصار، بالرغم من الموقف الضعيف والخجول من لدّن المشرع العراقي بإحتواء عملية التحكيم، إلّا أن واقع التجارة العالمية و قضايا الإستثمارالدولية، وأصرار المحكمين على إتمام مهمة التحكيم في فض المنازعات، ومأأستجدّ على الساحة التحكيمية الدولية، وغيره من المسائل المتعلقة في الموضوع، يطّرح أمامنا سؤال أشكالية دراستنا والمتمثل بالتالي: ماهي المقومات التي من شأنها أن تسهمً أو ترفعّ من فّاعلية التحكيم الدولي، وكيف نجعل من قرارات التحكيم في مجال المنازعات الناشئة عن تحديد الثمن أو الأيفاء به تحد من ظهور هكذا نزاعات وتجعل المتعاملين الدوليين لديهم معايير محددة في تحديد الثمن وآليات دفع الثمن، وكيف تأخذ قرارات التحكيم مسارها في التتنفيذ بيسر وسهولة، وضمّان الفصلّ فيها، وإستجلاء جوهر العملية التحكيمية المتمثل بإصدار الحكم التحكيمي، ومن ثم ضمّان الإعتراف به وتنفيذه في بلدٍ ما.

سادسًا - نطاق البحث:

إن نطاق البحث لدراستنا يتحددّ ضمن بعض القوانين الداخلية والدولية، إذ تناولنا القوانين المدنية والإجرائية ، ونذكر منها: القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل، والقانون المدني المصري المرقم (131) لسنة 1948 المعدل، وقانون العقود الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم (131) الصادر في 10 شباط لسنة 2016 ، كذلك تناولنا القانون التجاري الأمريكي الموحد Uniform Commercial Code لعام 1952 المعدل عام 2002، وغيره من القوانين. ومن القوانين العراقية أيضًا تطرقنا إلى تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014، والوثائق القياسية لعام 2016، مع عدد من الإتفاقيات الدولية ومنها: إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا لعام 1980)، ومبادئ اليونيدروا المعدل.

سابعًا – الدراسات السابقة:

يمكن إيجاز أبرز الدراسات السابقة التي تناولت موضوع رسالتنا وكالتالي:

أولًا - موكه عبدالكريم، عنوان الدراسة:(تأثير تغيّر الظروف على أستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية ، أطروحة دكتوراه) ، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، عام 2016.

وهي دراسة تحليلية عن عنصر الثمن ومدى أستقراره في عقود التجارة الدولية في مرحلة التنفيذ، من الناحيتين القانونية والأقتصادية، والبحث عن الحلول القانونية التي تضمن استقرار عنصر الثمن في تلك العقود، لاسيما أنها عقود يطول فيها الزمن، والتطرق إلى علاقة أو تأثر الثمن بالعوامل المحيطة بظروف العقد، وتسببه بحصول إختلال بالتوازن الأقتصادي، مما يعيق تنفيذ الالتزامات العقدية بما فيها الإلتزام

بالوفاء بالثمن، بالتالي يأتي دور المحكمين الدوليين للحيلولة دون وقف العقد باتخاذ تدابيرمعينة كأنقاص الثمن أو إعادة التفاوض.

أما دراستنا فهي تطبيق لضمان فاعلية التحكيم الدولي في منازعات تحديد الثمن في العقود الدولية ، وهي أكثر شمولاً من ناحية عدمّ أقتصارها على عقود التجارة الدولية فقط، بل تتسع لتّضم العقود التي تدخل الدولة كطرف فيها، مثل عقود الإستثمار، ومن ناحية القوانين المقارنة إذ أشرنا إلى القانون التجاري الأمريكي الموحد، ومن القوانين الوطنية أشرنا إلى تعليمات العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 وكذلك الوثائق القياسية لعام 2016، كذلك تطرقنا إلى أبرز القضايا التحكيمية المستجدة في هذا الخصوص (كلاوت)، وتناولنا مبادئ التحكيم الدولية، ومدى تأثير هذه المبادئ في تعزيز فعّالية التحكيم الدولي، كذلك تطرقنا إلى أهم المعايير الوطنية والدولية في تحديد الثمن في مختلف العقود الدولية، بالإضافة إلى مكانة تحديد الثمن في الأنظمة القانونية المختلفة، وحالة الإخلال بالتزامات كُلٍ من البائع والمشتري والمؤثرة في تحديد الثمن.

ثانيًا - د. محمد محي الدين أبراهيم سليم، تحديد الثمن في عقد البيع 1998.

تناول المؤلف مسألة تحديد الثمن في العقود الداخلية دون الدولية، وإهتمام التشريعات الوطنية والقضاء بضرورة تحقيق التوازن العقدي العادل بين طرفي البيع، وأقتصرت الدراسة على المقارنة مابين القانون المصري والفرنسي. كذلك تناول مشروعية تحديد الثمن من قبل طرف واحد، والمعالجة التي أوجدها القضاء لتلافي التعسف في تحديد الثمن، كذلك تطرقت الدراسة إلى أسس أو معايير تحديد الثمن الداخلية، كذلك مدى صلّاحية القاضي في تحديد الثمن المتنازع عليه في العقود الداخلية.

أما دراستنا تناولت فعّالية التحكيم الدولي في منازعات تحديد الثمن في العقود الدولية، ولم نقتصرفيه على القوانين الداخلية، وكانت مسألة المقارنة أوسع من حيث أضافة التشريع الأمريكي والعراقي، مع بعض من الإتفاقيات الدولية. وأبرزنا ماهية الثمن المحدد من خلال تناول أهم خصائصه وأنواعه ومتطلباته، والمسائل التي ترافق تحديده من حيث مراحل تحديده ومكانة تحديد الثمن في التشريعات كذلك المسؤولية المترتبة عن الإخلال بألتزامات تحديد الثمن من قبل البائع والمشتري، كذلك تناولنا مسألة التحكيم الفعّال في منازعات تحديد الثمن وهذا الأمر لم يتطرق له المؤلف.

ثالثًا - د. صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، الفعّالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية.

تناول المؤلفان إتفاق التحكيم وقبوله وأهم الآثار المترتبة على ذلك، وأهم مايطرأ على التحكيم ويعرقلّ أستمراره كحالة عدم تعيين المحكمين أو غياب احد طرفي التحكيم وغيره من المعوقات وكيفية حلها، كذلك تناولت أهم المعّايير الدولية لفعّالية أحكام التحكيم، كذلك الفعّالية الدولية للقضاء ببطلان أحكام التحكيم بحالتيه المؤيد والرافض لبطلان الحكم التحكيمي وكيفية تنفيذه في بلدٍ أخر تم رفض الحكم فيه مسبقًا، وأقتصرت الدراسة المقارنة على القانون المصري والفرنسي، بينما تناولنا في دراستنا الفعّالية التحكيمية ، والمتمثلة بآليات ومبادئ التحكيم الدولي، كذلك فاعلية إتفاق التحكيم، وفعّالية الحكم التحكيمي من حيث شروط تنفيذه، وإجراءات تنفيذه خاصة في جمهورية العراق. وخصصنا التحكيم في منازعات تحديد الثمن والتي لم يتطرق لها المؤلفان. عِلمًا أن دراستنا تناولت بالمقارنة القانون الأمريكي والمتمثل بالقانون التجاري الأمريكي الموحد لعام 1952 والمعدل لسنة 2002، بالإضافة إلى قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لعام 1925.

خامسًا - د. عباس سلمان (أحكام الثمن في عقود التجارة الدولية)، أطروحة دكتوراه، 2021.

تناول الباحث في إطروحته بصورة عامة ماهية الثمن في عقود التجارة الدولية، ولم تكن دراسته محل مقارنة، حيث كان التركيز على نصوص إتفاقية فيينا لعام 1980 والقانون التجاري الأمريكي الموحد، وأقتصارها على عقود التجارة الدولية حصرًا. كما تناول الباحث الظروف التي تؤثر في عنصر الثمن في تلك العقود، بالإضافة الى آليات أستحصال الثمن كالإعتماد المستندي وغيره من الآليات، وماهي ضمانات تحصيله، وطرق الوفاء به، كما تطرقت الدراسة إلى مسؤولية المشتري حصرًا في الإخلال بالوفاء بالثمن والجزاءات المترتبة حول ذلك كالفسخ والتعويض وتخفيض الثمن.

بينما دراستنا كانت دراسة مقارنة مابين كل من القانونين العراقي والمصري والفرنسي والأمريكي مع الإشارة إلى نصوص إتفاقية فيينا لعام 1980 ومبادئ اليونيدروا. ولم تقتصر دراستنا حول عقود التجارة الدولية فحسب، بل كانت أشمل لتضّم العقود الدولية، ومنها عقود الإستثمار، ومن ناحية القوانين العراقية تطرقنا فيها إلى قانون تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم (2) لسنة 2014 مع الوثائق القياسية لعام 2016، كذلك تطرقنا إلى معايير كثيرة منها داخلية وأخرى دولية تخص مسألة تحديد الثمن، كما تناولنا مسألة غاية بالإهمية وهي منزلة أو مكانة تحديد الثمن في الأنظمة القانونية محل المقارنة، وكذلك المسؤولية المترتبة على كل من البائع والمشتري تجاه إخلالهما بالتزاماتهما المتعلقة بتحديد الثمن في العقد الدولي.

وأهم الجزاءات المترتبة على ذلك مثل إنقاص الثمن في حالة عدم المطابقة، وفرض الفوائد في حال التأخير بالوفاء، والأهم من ذلك التطرق إلى دوّر وفعّالية التحكيم الدولي في منازعات تحديد الثمن في العقود الدولية، من حيث التطرق إلى مبادئ التحكيم الدولية وغيرها من المقومات التي تنهض بواقع التحكيم وتدعم من دّوره ليكون خير ضمّان لمرّيدي هذا النوع أو هذا الطريق الودي لتسوية منازعاتهم وتحقيق ماتصبوا إليه إرادة المتخاصمين. كذلك تناولنا مسألتي رفض وقبول الحكم التحكيمي، والإعتراف به وتنفيذه.

ثامنًا - منهج البحث :

بما أن موضوع الدراسة والموسوم بـ (فّاعلية التحكيم الدولي في منازعات تحديد الثمن) موضوع قانوني بحّت، فأن منهج البحث الأنسب لتناول هذا الموضوع هو المنهج الوصفي المقارن المبني على تحليل النصوص القانونية وإستقراء الأحكام القضائية ومن ثم إعتماد المنطق القانوني السليم الذي يؤدي إلى ربط المقدمات بالنتائج ومحاولة الخروج بحلول ومقترحات تجّسد أهمية هذا الموضوع الحيوي والذي له إنعكاسات على الواقع العملي والحياة القانونية سواء، بالإضافة إلى إعتماد المنهج المقارن للقوانين المدنية والإجرائية محل المقارنة.

سابعًا - خطة البحث:

يُمكن الإجابة عن سؤال الإشكالية أعلاه ، من خلال تقسيم دراستنا إلى فصلين وكالتالي :

نتناول في الفصل الأول : مفهوم الثمن المحدد في العقود الدولية.

والذي نقسمه إلى مبحثين : يتخصصّ الأول لبيان: ماهية الثمن المحدد في العقود الدولية.

أما الثاني يتخصصّ لبيان: مسائل تحديد الثمن في العقود الدولية.

ونتناول في الفصل الثاني : ضمان فعّالية التحكيم الدولي.

والذي نقسّمه إلى مبحثين: يتخصصّ الأول لبيان: وسائل فعّالية التحكيم الدولي.

أما المبحث الثاني يتخصصّ لبيان: ضمّان فعّالية تنفيذ الحكم التحكيمي.

فإذا ماتّم البحث بعّون الله وتوفيقه، وصّلنا إلى خّاتمة الموضوع والتي تتضّمن الإستنتاجات والمقترحات التي توصّلنا اليها من هذه الدراسة.

الفصل الأول

مفهوم الثمن المحدد في العقود الدولية

الأصل سواء أكانت العقود داخلية أم دولية، فيتوجب التراضي على جميع المسائل الجوهرية بالعقد، وأهمها مسألة تحديد الثمن على نحو يلائم إمكانية وتطلعات المتعاقدين. إن تحديد الثمن في العقود الداخلية له من المكانة التي يمكن لنا وصفها بمثابة الخط الأحمر الذي لايمكن تجاوزه، أو بمثابة البوصلة التي تحدد المسار الصحيح لأطراف العقد، إذ تتجلى فيه رغبة البائع بالحصول على المقابل المادي من قبل المشتري لقاء سلعة او خدمة معينة، و الثمن أما أن يحدد صراحة أو ضمناً في بنود العقد، أو أن يتم الإتفاق على معايير لتحديده لاحقاً، لتلافي اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، وإذا ماتم اللجوء إلى التحكيم بشأن منازعة من منازعات تحديد الثمن فان التساؤل الذي يطرح في هذا الفصل هو ما فاعلية صدور قرار من هيئات التحكيم في هذه المنازعات، وهذا ما نتناوله في هذا الفصل من الرسالة والذي نقسمه إلى مبحثين، يختص الأول منها لبيان ماهية الثمن المحدد في العقود الدولية ، ويليه الثاني لبيان مسائل تحديد الثمن في العقود الدولية وكالآتي:

المبحث الأول

ماهية الثمن المحدد في العقود الدولية

لغرض الخوض في ماهية الشيّ لابد من التطرق إلى تعريفه وأبراز اهم خصائصه، والتي نتناولها في هذا المبحث الذي نقسمه إلى مطلبين، نبين التعريف بالثمن المحدد في المطلب الأول ومن ثم نتعرض إلى أنواع و شروط الثمن المحدد في العقود الدولية في المطلب الثاني وكالآتي:

المطلب الأول

التعريف بالثمن المحدد

نعرضّ في هذا المطلب إلى التعريف بالثمن المحدد، والذي نقسمه إلى فرعين، نبين تعريف الثمن المحدد في الفرع الأول، ومن ثم نبين خصائص الثمن المحدد في الفرع الثاني، وكالآتي:

الفرع الأول

تعريف الثمن

نتناول في هذا الفرع والذي نقسمه إلى ثلاث فقرات، إذ نبين تعريف الثمن قانوناً في البند الأول، ومن ثم نعرفه فقهاً في البند الثاني، ومن ثم نميزّه عما يشتبه به من مصطلحات في البند الثالث وكالآتي:

أولاً- تعريف الثمن قانونًا:

من الناحية القانونية فقد وردّ عنصر الثمن في التشريعات وكالتالي:

عرفت مجلة الاحكام العدلية الثمن المسمى بأنه : " هو الثمن الذي يسميه ويعينه العاقدان وقت البيع بالتراضي، سواء كان مطابقاً للقيمة الحقيقية، أم ناقصًا عنها، أم زائدًا عليها "[1]. وبدوره أقتبس المشرع العراقي تعريف الثمن في القانون المدني العراقي النافذ والمعدل رقم(40) لسنة 1951، وتحديدًا في الفقرة (1) من المادة (526) والتي نصت على :" 1- الثمن مايكون بدلًا للمبيع ويتعلق بالذمة"[2]. كما وردّ عنصر الثمن في القانون المدني المصري النافذ والمعدل رقم (131) لسنة 1948 وتحديدًا في المادة (418) والتي نصت على أنه:" البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي". كما وردَ مصطلح الثمن في المادة (1591) من التقنين المدني الفرنسي رقم (131) لسنة 2016 والتي نصت على:" إن ثمن البيع يجب أن يكون محددًا و معينًا بواسطة الأفراد"، كما نصت المادة (1129) من القانون أعلاه على:" الشيء محل الألتزام يجب أن يكون محددًا من حيث نوعه، أما مقداره فيجوز أن يكون غير محدد بشرط أن يكون من الممكن تحديده". ويلاحظ من المادتين أعلاه إذ يشترط في المادة (1591) أن يكون الثمن محددًا وخلاف ذلك يبطل العقد، أما المادة (1129) لاتشترط تحديد الثمن في العقد. أما في القانون التجاري الأمريكي[3] فوردّ مصطلح الثمن المفتوح، ويقصد به:" يمكن لطرفي عقد البيع وفي حالات معينة تتمثل بعدم الاتفاق على ثمن معين، إذ يتم الإستناد إلى

---

(1) ينظر:المادة (153) من مجلة الاحكام العدلية. وللأطلاع على المزيد من النصوص والمنشورة على الموقع الإلكتروني المتاح https://maqam.najah.edu/ تاريخ الزيارة 2021/9/15.

(2) **د. غني حسون طه**، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، الجزء(1)، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص183. يقابلها: المادة (152) من مجلة الأحكام العدلية.

(3) **القانون التجاري الموحد الامريكي (UCC):** وهو مجموعة من النصوص التي وضعتها مجموعة من المحامين والقضاة الاكاديميين لتنظيم العقود التجارية وقد تبنت اغلب الولايات الامريكية هذا القانون النموذجي ليحكم عقود التجارة بوصفه مجموعة القواعد العامة في العقود التجارية الدولية، لمزيد من التفاصيل، يراجع ، **د. هبة هزاع**، توازن عقود الأستثمار الأجنبية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص269.

السعر المعقول في ذلك الوقت، ومن تلك الحالات هي سكوت الطرفين عن تحديد الثمن، وغيرها من الحالات الآخرى الواردة في تلك المادة"[1]. أما على مستوى الإتفاقيات الدولية، إذ ورّد عنصر الثمن في نصوص إتفاقية فيينا[2]1980 المتعلقة بعقود البيوع الدولية للبضائع، لكن من دون وضع تعريف جامع له، إذ نصت المادة (53) من الأتفاقية أعلاه بأنه:" يجب على المشتري، بموجب شروط العقد وهذه الإتفاقية أن يدفع ثمن البضائع، وأن يستلمها"[3].

ثانياً - تعريف الثمن فقهًا:

جرت محاولات عديدة من قبل الفقهاء لتعريف عنصر الثمن[4] إذ تم تعريفه من قبل أحد الفقهاء بأنه:" مبلغ من النقود يلتزم المشتري بأدائه للبائع في مقابل المبيع"[5]. كماعُرّف بأنه:" مبلغ من النقود يتفق عليه المتبايعان، وقد يقل الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه عن الثمن المتفق عليه، كما في حالة إستغلال البائع للمشتري، وقد يزيد كما في حالة الشراء لعقار للقاصر بغبن فاحش"[6]. وفي تعريف آخر للثمن وهو:" مبلغ من النقود يدفعه المشتري في مقابل انتقال الحق المبيع أليه، والثمن ركن أساسي في عقد البيع، فأذا أنعدم لم نكن بصدد عقد بيع بالمرة"[7]. وهنالك تعريف آخر تناول الجانبين العرفي والفقهي بأنه:" الوسيلة المالية التي يتوصل بها اتفاقًا إلى الحصول

---

(1) تناولت الفقرة (A) من المادة (2-305) تعريف (**open price**)، من قانون التجاري الأمريكي والتي نصت على أنه:
"open price term: (A) The parties if they so intend can conclude a contract for sale " even though the price is not settled. In such a case the price is a reasonable price at the time or delivery if: (1) nothing is said as to price; or…".
نقلاً عن الموقع الألكتروني التالي باللغة الإنجليزية:
-.Justia,US Law, Posted on the available website, Date of visit, 3\7\2021.

(2) **اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع** :(اتفاقية البيع أو اتفاقية فيينا) هي معاهدة بشأن قانون المبيعات الدولية الموحدة. اعتبارا من سبتمبر 2014 تم التصديق عليها من قبل 83 دولة تمثل نسبة كبيرة من التجارة العالمية مما يجعلها واحدة من القوانين الموحدة الدولية الأكثر نجاحا. كانت غيانا الدولة الأخيرة التي صدقت على الاتفاقية بعد أن انضمت إليها في 25 سبتمبر 2014. وضعت اتفاقية البيع من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وتم التوقيع عليها في فيينا في عام 1980. خلت حيز التنفيذ كمعاهدة متعددة الأطراف في 1 يناير 1988 بعد أن صدقت عليها 11 دولة. وهي تسمح للمصدرين بتجنب اختيار القضايا القانونية كما تقدم اتفاقية البيع "قبول القواعد الموضوعية للأطراف المتعاقدة والمحاكم والمحكمين". للمزيد من التفاصيل يراجع: الموقع الالكتروني التالي: https://ar.wikipedia.org/، تأريخ الزيارة 27/3/2021.

(3) للإطلاع على بقية مواد إتفاقية فيينا 1980، (اتفاقية ألأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع)، والمنشور على الموقع الألكتروني المتاح https://uncitral.un.org، تأريخ الزيارة 2021/3/27.

(4) **الثمن باللغة**: ثَمَن (اسم)، الجمع: أَثْمان، الثَمن:" قيمة الشيء وسعرهُ، ثمن مُسمَّى: " الثمن الذي يسميه ويعينه المتعاقدان وقت البيع بالتراضي". نقلًا عن: معجم المعاني المنشورعلى الموقع الإلكتروني المتاح https://www.almaany.com/، تأريخ الزيارة 18/9/2021.

(5) **د. غني حسون طه**، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، المصدر السابق، ص184 .

(6) **د. السنهوري، عبدالرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2000 ، ص 770.

(7) **د. عبدالمنعم البدراوي**، الوجيز في عقد البيع، النسر الذهبي، القاهرة، 1998، ص104.

على المبيع المقصود، أو هو في الأصل أداة المبادلة وأما المقصود فيها فهو المبيع، لأن المبيع تتحقق المنفعة بذاته للأنسان فهو محط حاجته؛ وأما الثمن فليس في الغالب إلّا وسيلة لمبادلة أخرى، وهكذا يصبح الثمن دوارًا متداولاً، والمبيع مستهلكاً"[1]. وفي تعريف أخر للثمن، وهو:" المال الذي يلتزم المشتري بإدائه للبائع لقاء حصوله على المبيع"، بمعنى أن الثمن أحد ألتزامات المشتري والتي يتوجب عليه الوفاء بها للبائع، إذ ورد عنصرالثمن بشكل مطلق ولم يحدد نوعه فيما إذا كان من النقود أو غيره[2]. أما الثمن المحدد أو المعين فيعرف بأنه:" الثمن الذي يحدد مقداره في العقد، أو الذي يسمح العقد بتحديد مقداره، إذ يتم تعيين الثمن عندما يتفق المتعاقدون في العقد على عناصر الثمن، حتى ولو لم يكن من الممكن تقديره عند البيع ، بل يكفي أن يكون بالإمكان تعيين الثمن فيما بعد"[3].

ومما تقدم يتضح بأن هنالك إتفاقًا بين الفقهاء على مضمون التعريف وغايته من حيث كونه مبلغاً من النقود تم الإتفاق عليه من قبل المتبايعين، سواءً كان يزيد عن قيمة المبيع أم يقل عنها وهو الألتزام الذي يقع على عاتق المشتري تجاه البائع، وغايته تتجسد بنقل ملكية المبيع.

أما الثمن في الفقه الأنكلوأمريكي، ومنها الولايات المتحدة الأمريكية، إذ يجرى التعامل بالثمن المفتوح Open price[4]، أو قانون السعر الواحد، وهو مفهوم اقتصادي بمعنى أن سلعة معينة لها ذات السعر على مستوى بلدان العالم، بغض النظر عن أختلاف المكان، مع الأخذ بعوامل معينة بعين الأعتبار[5].

مما تقدم في أعلاه يمكن أن نضع تعريفًا للثمن وهو: (مبلغ من النقود أو أية تسويةٍ أخرى مقابلة للنقود كالصك أو الكمبيالة أو الحوالة، أو النقود الألكترونية، ويكون الثمن محدداً صراحةً، أو يتم الأتفاق على معايير لتحديده لاحقاً، بشكل لايدعّ مجال للشك ولايكون سبباً لنشوء التنازع بالمستقبل

---

(1) **مصطفى أحمد الزرقا**، عقد البيع(العقود المسماة في الفقه الأسلامي)، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 2012، ص75-76.

(2) **أ.د. محمد يوسف الزعبي**، العقود المسماة (شرح عقد البيع في القانون المدني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص163.

(3) **د. نزيه كباره**، العقود المسماة، الطبعة الأولى، المؤوسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2010، ص55.

(4) يمكن تعريف (Open price) بأنه:

"The law of one price is an economic concept that states that the price of an identical asset or commodity will have the same price globally, regardless of location, when certain factors are considered"

(5) تمت الترجمة عن طريق الموقع الألكتروني الكوكل. نقلاً عن المصدر التالي في اللغة الانجليزية:

- THE INVESTOPEDIA TEAM, Law of One Price, Research published on the available website , https://www.investopedia.com, Date of visit 3\7\2021.

مابين المتعاقدين). ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، هل هنالك مصطلحات مشابهة لعنصر الثمن؟ ويمكن الإجابة عن هذا السؤال في البند التالي:

ثالثاً- تمييز الثمن عما يشتبه به من مصطلحات:

هنالك ثلاثة مصطلحات تكاد تقترب من بعضها البعض من حيث المعنى وهي:(السعروالثمن والقيمة)، والتي نبينها وكالتالي:

يقصد **بالسعر** وهو :" عبارة عن القيمة النقدية للسلعة أو الخدمة كما تتحدد في السوق، أي أن السعر يمثل القيمة النقدية التي يكون المستهلك على استعداد لتحملها مقابل المنفعة التي يحصل عليها "، أو هو:" النقود أو أشياء أخرى بما فيها البضائع أو الخدمات التي يتم تبادلها مقابل ملكية أو استخدام سلعة أو خدمة معينة "[1]. بينما **الثمن** هو:" المال الذي يقابل المبيع، وهو أنما يكون من جانب المشتري"[2]. وفي تعريف آخر، وهو:" القيمة التي يتفق أو يتراضى عليها المتعاقدان ولايشترط أن يكون الثمن مساويًا لقيمة السلعة أو الخدمة فقد يزيد عنها أو يقل"[3]. ومن هذا المنطلق يتوجب عدم الخلط مابين مفهومي الثمن والسعر، فالسعر يحدد إبتداءً من قبل مقدم العرض قبل مرحلة التعاقد والمتضمن ثمن السلع أو البضائع المزمع توريدها مثلًا، مضاف لها هامش من نسبة من الأرباح، أما الثمن فهو المقابل النقدي الذي يلتزم المشتري بسداده فعلًا مع هامش من الأرباح المتفق عليها[4].أما المقصود **بالقيمة** وهي:" قيمة الشيء هي مايساويه بين الناس، وفكرة التوازن مابين العوض والمعوّض تكون في القيمة حقيقية، بينما في الثمن إعتبارية، لذلك تسمى بـ(ثمن المثل)"[5]. وهنالك مصطلحات أخرى متداولة بالحياة العملية اليومية تقترب من معنى الثمن كالرسم، والتكلفة، والأجر[6].

---

(1) **د. رشدي وادي، سالم أبو شوارب**، السعر هدف أم أداة، بحث منشور على الموقع الألكتروني المتاح lefpedia.com ، تاريخ الزيارة 2021/1/5، بلاصفحة.

(2) **مصطفى أحمد الزرقا**، عقد البيع(العقود المسماة في الفقه الأسلامي)، المصدر السابق، ص75.

(3) **دبيان محمد الدبيان**، المعاملات المالية آصالة ومعاصرة، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1434 هـ ، ص158

(4) **زياد العرسان**، تحديد الثمن وطبيعته القانونية في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة البعث، المجلد (38)، العدد (58)، لعام 2016، ص92.

(5) **مصطفى أحمد الزرقا**، عقد البيع(العقود المسماة في الفقه الأسلامي)، المصدر السابق، ص76-77.

(6) **الرسم** : ويقصد به مبلغ من المال محدد من قبل ادارة المرفق العام يستحصله صاحب الأمتياز لقاء خدمة معينة يقدمها لديمومة المرفق العام، ويشترط عدم تجاوز سقف هذا الرسم المحدد.
أما التكلفة : وهي المبالغ الإجمالية التي ينفقها المقاول أو المتعهد المتعاقد مع جهة حكومية أو جهة خاصة في بناء أو تنفيذ مشروع معين (كبناء مدرسة) وتتضمن مبالغ (المواد الاولية وأجور العمل...وغيره من الصرفيات). أما المقصود بالمبلغ وهو الذي يحدده المتنافسون في تقديم العروض لمقاولة معينة على سبيل المثال وتقوم الجهة الحكومية المتعاقدة بتقييم تلك العروض واختيار ماينا سبها وفق معايير فنية ومالية معتمدة.
اما المقصود بالأجر : فهو المال الذي يدفعه ربّ العمل الى المقاول، وهو محل التزام رب العمل، وقد يكون من النقود أو غيره، ولايشترط تحديده بالعقد، وفي حال حصول النزاع يعين القاضي مقابل الأجر مسترشداً بقيمة=

الفرع الثاني

خصائص الثمن المحدد في العقود الدولية

فيما تقدم من تعريفات يمكن أن نستنتج عدة خصائص للثمن المحدد في العقود الدولية وكالآتي:

1- نقدية الثمن:

إن الثمن باعتباره ركناً من أركان عقد البيع وهو محل التزام المشتري، ومن خصائصه أن يكون مبلغًا من النقود، وهذا مايميزّ عقد البيع عن غيره من العقود الآخرى[1]. وبالنسبة لموقف المشرع العراقي، في القانون المدني النافذ، وعند بيانه لمفهوم البيع، إذ لمّ يخصصّ الثمن بالنقود وتحديدًا في المادة (506) والتي نصتّ على أن:" البيع مبادلة مال بمال"، إذ شمل البيع في المادة أعلاه مطلق المبادلة والمعاوضة، وأكد هذا الأطلاق المادة (507) والتي نصت على أن:" البيع بأعتبار المبيع أما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق، أو بيع النقد بالنقد وهو الصّرف، أو بيع العين بالعين وهوالمقايضة "[2]. وبالرغم من نص المادة (1/526) من القانون المدني العراقي والتي بينت جواز أن يكون الثمن نقدًا أو شيئاً أخرغير النقود كالأوراق المالية وغيره من صور المقابل كالمثليات؛ لكن المادة (527) من القانون أعلاه حسمتّ الأمر بأقتصار الوفاء على النقدّ حصرًا[3]. وعنّ موقف المشرع المصري، إذ أكد على أن يكون الثمن مقدراً أو معيناً، بأعتباره محلاً لإلتزام المشتري وفق المادتين (423 – 424) مدني مصري[4]. وعندّ بيانه لمفهوم البيع، إذ نص صراحةً على نقدية الثمن وتحديدًا في المادة (418) مدني[5]. كما أشار القانون المدني

=العمل وما انفقه من مال في سبيل إنجاز مشروع معين، واشارت الفقرتين (1و2) من المادة (880) من القانون المدني العراقي الى تلك المسالة والتي نصت على أنه :" 1- اذا لم تحدد الأجرة سلفاً او حددت على وجه تقريبي، وجب الرجوع في تحديدها الى قيمة العمل ونفقات المقاول. 2 – ويجب اعتبار ان هناك اتفاقاً ضمنياً على وجوب الأجر اذا تبين من الظرف ان الشيء أو العمل الموصي به ما كان ليؤدى، إلّا لقاء أجر يقابله".
والأصل لايجوز تعديل الأجر المتفق عليه إلا إستثناءً بالإتفاق على الأجرعلى أساس سعر الوحدة أو الإتفاق على أساس الأجر الأجمالي، كذلك يمكن تعديل أجر المهندس المعماري.نقلًا عن: **وسيم جبار أبراهيم الشمري**، تعديل الأجر في عقد المقاولة دراسة في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد 12، العدد 4، السنة 2014، ص 247.

(1) **د. راقية عبدالجبار علي**، عقد البيع دراسة في القانون المدني البحريني (دراسة مقارنة)، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2017، ص94.

(2) **علي فريش المطراوي**، المحل في عقد البيع (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص209.

(3) **د. غني حسون طه**، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، المصدر السابق، ص186- 187.

(4) **د. محمد حسن قاسم**، القانون المدني (العقود المسماة)، بلاطبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص191.

(5) **علي فريش المطراوي**، المحل في عقد البيع (دراسة مقارنة)، المصدر نفسه، ص213. نصت المادة (418) مدني مصري على أنه :" البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".

الفرنسي رقم (131) لسنة 2016 إلى نقدية الثمن في المادة (1343) والتي نصت على أنه:" يبرأ المدين بألتزام يتعلق بمبلغ من النقود بدفع قيمته الأسمية". ولكي تنتقل ملكية الشيء في عقد البيع يشترط الوفاء بعوضٍ معينٍ، ولا يكفي أن يكون المقابل أي عوض، حيث يشترط بهذا العوض أن يكون مبلغًا من النقود[1]. والأصل في العقود الداخلية إذا كان محل التزام المدين مبلغًا من النقود فلايصح الوفاء بغيرها كالشيك أوالسفتجة أوالأسهم أوالسندات، مع وجود إستثناء في حال قبول الدائن بذلك[2]، إذ أن للنقود أهمية في نشوء العلاقة التعاقدية في أطار قانوني منظم، كون النقود تضفي أهمية على الثمن محل العقد، بمعنى أن تضفي أهمية أساسية على مبادلات العقود الدولية التي أساسها السلع أو الخدمة[3]. وفي هذا الصدد أشار القانون المدني المصري في المادة (350) والتي تنص على أن:" إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء"[4]. كما أشار القانون المدني الفرنسي أعلاه ، في المادة (3/1343) والتي نصت على أنه:" يتم الوفاء بالإلتزام المالي في فرنسا باليورو، مع ذلك يمكن الوفاء بعملة أخرى، إذا كان الإلتزام ناشئاً عن عقد دولي..."، كما جاء في المادة (4/1342) والتي نصت على أنه:" .... وللدائن أن يقبل لغرض الوفاء تلقي شيئًا آخر غير ذلك المستحق له" ، إذ يتضح مماتقدم أن المشرع الفرنسي أجاز الوفاء بغيرالنقد، بشرط قبول الدائن. أما عن موقف المشرع الأمريكي، إذ جاء في القانون التجاري الموحد الأمريكي (Uniform Commercial Code)[5]، ومن ضمن الإلتزامات العامة لطرفي العقد، الأشارة الى أمكانية الوفاء بالثمن من النقود من المشتري أو بغيره

---

(1) **د. غني حسون طه**، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع) ، المصدر السابق، ص185.

(2) نصت المادة (399) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، على أنه: " اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء". يقابلها: المادة (399) من القانون المدني الأردني.

(3) **د. موكة عبدالكريم**، المقاربة القانونية لعنصر الثمن في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الدراسات، المجلد(2) ، العدد(1)، السنة 2018، بدون صفحة.

(4) **سناء سعيد محمد طه**، الوفاء بمقابل(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2011، ص8.

(5) **القانون الأمريكي التجاري الموحد(UCC):** وهي مجموعة كبيرة جدًا من القواعد القانونية المتعلقة بالعديد من الأنشطة التجارية أو "التجارية" الهامة. تم إنشاء UCC في الأصل من قبل منظمتين قانونيتين غير حكوميتين: المؤتمر الوطني للمفوضين حول قوانين الدولة الموحدة (NCCUSL) والمعهد الأمريكي للقانون (ALI). كما تشير كلمة "Uniform" في عنوانها ، فإن الغرض الأساسي من UCC هو جعل أنشطة الأعمال أكثر قابلية للتنبؤ بها وكفاءتها من خلال جعل قوانين العمل متسقة للغاية في جميع الولايات الأمريكية. وفقًا لكلمات UCC نفسها ، فإن المدونة تهدف إلى "تبسيط وتوضيح وتحديث" القانون التجاري ، "للسماح بالتوسع المستمر في الممارسات التجارية ..." ، و "جعل القانون موحدًا بين مختلف الولايات القضائية".للأطلاع على التفاصيل يراجع : مالمقصود بـ(UCC): مقال منشور على الموقع الالكتروني المتاح https://ar.vijversenkoi.info تاريخ الزيارة 2021/2/15. وللأطلاع على مواد نصوص هذا التقنين المنشورة على الموقع الألكتروني المتاح https://www.law.cornell.edu/ucc ، تأريخ الزيارة 2020/12/15.

من النظيرالمقابل للنقد، طبقًا للفقرتين (2،1) من المادة (304 /2)[1]. ويبرز وجه الأختلاف مابين المدرستين اللاتينية والأمريكية في مسألة جواز الوفاء بالمقابل من غير النقد، إذ تشترط المدرسة اللاتينية قبول الدائن في ذلك، بينما لمّ يضع المشرع الأمريكي هذا الشرط.

ومما تقدم يثار للذهن سؤال مهم عن أمكانية التعامل بالنقود الإلكترونية كوسيلة من وسائل الدفع في تعاملات العقود الدولية؟

تعدّ النقود الألكترونية[2] وسيلة من وسائل الدفع المسبق pre-paying التي تقوم عليها التجارة الألكترونية، وهي بمثابة نقودًا فعلية، مستوفية لجميع الشروط القانونية من حيث مقبوليتها لدى المتعاملين، وصلاحيتها القانونية للوفاء، مما يجعلها وسيلة فعّالة للوفاء بالثمن[3].

---

(1) ينظر: الفقرتين (1 ،2) من المادة (2/304) من **التقنين التجاري الامريكي الموحد UCC** وأدناه النص الأصلي باللغة الأنجليزية :

2-304. Price Payable in Money, Goods, Realty, or Otherwise.

(1) The price can be made payable in money or otherwise. If it is payable in whole or in part in goods each party is a seller of the goodswhich he is to transfer.

(2) Even though all or part of the price is payable in an interest in realty the transfer of the goods and the seller'sobligations with reference to them are subject to this Article, but not the transfer of the interest in realty or the transferor's obligations in connection therewith.

(2) **النقود الألكترونية**: عرفتها المفوضية الأوربية بأنها: قيمة نقدية مخزنة بطريقة ألكترونية على وسيلة ألكترونية كبطاقة أو ذاكرة كومبيوتر، ومقبولة كوسيلة للدفع بواسطة معتمدين غير المؤسسة التي أصدرتها، ويتم وضعها في متناول المستخدمين لأستعمالها كبديل عن العملات النقدية الورقيةوذلك بهدف إحداث تحويلات ألكترونية لمدخولات ذات قيمة محددة"، نقلًا عن: **د. ضياء نعمان**، النقود الألكترونية وسيلة وفاء في التجارة الألكترونية، بحث منشورعلى الموقع الألكتروني المتاح https://inter-droitetaffaires.com. تأريخ الزيارة 2021/9/25. ص70. كما تعرف بأنها :" قيمة نقدية مخزونة في صورة أرقام على جهاز الكتروني او في برامج الحاسوب الشخصي, تستخدم للوفاء بالالتزامات النقدية المختلفة" للمزيد من التفاصيل يراجع: **د. باسم علوان العقابي**، وأخرون، النقود الالكترونية ودورها في الوفاء بالالتزامات التعاقدية ، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت، العدد (6)، السنة 2008.

(3) **د. أحمد السيد لبيب إبراهيم** ، الدفع بالنقود الإلكترونية الماهية والتنظيم القانوني(دراسة تحليلية ومقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2009، ص123-124.

وغني عن البيان أن الأداء أو المقابل في عقود التجارة الدولية يتم بأحدى الطريقتين وهما: خطاب الضمان(Letter of Guarantee)[1]، أو الأعتماد المستندي(Documentary Credit)[2]. إذ عرفه المشرع العراقي بأنه:"عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناءً على الآمر بفتح الإعتماد، بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة او معدة للنقل"[3]. ويعدّ خير ضمان لحقوق المتعاملين فيها من مصدرين ومستوردين، عن طريق تدخل البنك الوسيط[4]. وتبرز أيضًا وسيلة الوفاء الألكتروني[5] كأهم وسائل الدفع أو الوفاء بالديون من غير النقود في معاملات التجارة الدولية والتي تتميز بأنها تحقق أكبر قدرٍ من الأمان بالنسبة لمستخدمي تلك البطاقة، إذ يستغني بها عن الطريقة التقليدية المتمثلة بالتنقل بالنقود الى بلدان مختلفة لشراء البضائع[6]. ويتضح مماتقدم أن الوفاء بالمقابل في العقود الدولية لايقتصر على النقود حصرًا، بل هنالك صورٌ أخرى متاحة للوفاء، كالشيك أو السفتجة أو الكمبيالة أو غيره من وسائل الدفع الحديثة كالنقود الألكترونية، أو الدفع عن طريق بطاقة الدفع الألكتروني[7]، مراعاة لطبيعة عقود التجارة الدولية التي تتسم بطول مدتها وقيمّها المالية العالية.

---

(1) **خطاب الضمان (Letter of Guarantee)**: يعرف بأنه:" تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه(طالب الأصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بخصوص التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بألتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على ان يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال مدة سريان خطاب الضمان دون التفات لما قد يبديه العميل من معارضة. للمزيد من التفاصيل : يراجع: **عبدالخالق صالح عبدالله معزب**، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية، الطبعة الأولى، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين ، ألمانيا، 2019، ص142.

(2) **الأعتماد المستندي (Documentary Credit):** يعرف بأنه: " وهو الأعتماد الذي يفتحه البنك بناءً على طلب شخص آخر يسمى (الآمر) أياً كانت طريقة تنفيذه سواء كان بقبول الكمبيالة أو بخصمها أو بدفع مبلغ لصالح عميل لهذا الآمر، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للأرسال. نقلاً عن: **عبدالخالق صالح عبدالله معزب** ، المصدر نفسه، ص 147.

(3) ينظر: المادة (1/273) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984، نقلًا عن: **د. عطية سليمان خليفة**، القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي، بحث منشور في مجلة الأنبارللعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 1، لسنة 2020، ص318.

(4) **زقاي حفيظة**، أهمية الإعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية، بحث منشورفي مجلة ابحاث قانونية وسياسية، العدد السابع، لسنة 2018، ص124.

(5) **الوفاء الألكتروني**: يعرف بأنه:" وسيلة يمنحها مصدرها لشخص طبيعي أوإعتباري بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد على هذه الوسيلة، دون دفع الثمن نقدًا أو حالًا بناء على التزام المصرف المصدر للبطاقة بسداد قيمة الإلتزام محل الأداء".للمزيد من التفاصيل يراجع: **د.حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي**، الوفاء الألكتروني كوسيلة لتنفيذ الألتزام ، بحث منشور على مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (14) العدد (2)، 2012، بلاصفحة.

(6) **د.حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي**، الوفاء الألكتروني كوسيلة لتنفيذ الألتزام ، المصدر نفسه، بلاصفحة.

(7) **بطاقة الدفع الألكتروني** تعرف بأنها: " أداة مصرفية للوفاء بالالتزامات، مقبولة على نطاق واسع محليا ودوليا لدى الأفراد والتجار والبنوك كبديل للنقود لدفع قيمة السلع والخدمات المقدّمة لحامل البطاقة مقابل توقيعه على إيصال بقيمة التزامه الناشئ عن شرائه للسلعة أو الحصول على الخدمة على أن يقوم التاجر بتحصيل القيمة من البنك المصدر للبطاقة عن طريق البنك الذي صرح له بقبول البطاقة كوسيلة دفع و يطلق على عملية التسوية بين البنوك الأطراف فيها، اسم نظام الدفع الإلكتروني، والذي يقوم بتنفيذه الهيئات الدولية المصدرة للبطاقات"، للمزيد=

2- الثمن محدداً أو قابلاً للتحديد:

أشار القانون المدني العراقي، وتحديدًا في المادة (128) والتي نصت على أنه: "1- يلزم أن يكون محل الألتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ....."، والثمن بإعتباره المحل الثاني في عقد البيع بالإضافة إلى المبيع، إذ يستوجب أن يعيّن تعيينًا نافيًا للجهالة في عقد البيع[1]. وأن يكون الثمن محددًا أو قابلاً للتحديد، بمعنى أن يكون المقابل معينًا أو مقدرًا بطريقة لاتدع مجالاً للشك ممايثير التنازع في المستقبل، مما يؤثر على مصير العقد ويؤدي بالتالي الى بطلانه[2]. كذلك تبنى المشرع المصري الموقف أعلاه والمتمثل بضرورة إتفاق المتعاقدين على تحديد الثمن أو الإتفاق على معايير تحديده طبقًا للمادة (423) مدني مصري سالفة الذكر[3]. أما عن موقف المشرع الفرنسي، إذ جاء في المادة (1167) مدني فرنسي والتي نصت على أن: " إذا كان الثمن أو أي عنصرٍ آخرفي العقد واجب تحديده بالإحالة إلى مؤشرغير موجود أو لم يعد موجوداً أو متاحاً فيستبدل بأقرب مؤشر له "[4]. إذ يتضح من هذه المادة بأن الثمن واجب التحديد أو جعلّه قابلًا للتحديد بأي مؤشر متاح كأعتماد وزن البضاعة مثلا في تقدير الثمن.

وتختلف مسألة تحديد الثمن أوجعله قابلًا للتحديد طبقاً لأنواع العقود في مجال التجارة الدولية ويجب التمييز مابين العقود التجارية والعقود الاقتصادية وعلى النحو الآتي:

أ- العقود التجارية الدولية : إذ تتم الأشارة الى الثمن واجب الوفاء بنص صريح ضمن بنود العقد، ويتم تقدير ثمن السلعة مباشرة وإدراجها بالعقد، أو يتم الأتفاق على أسس معينة لتحديد الثمن لاحقاً، كأعتماد سعر السوق أو تفويض شخص ثالث لتقديره[5] وفي حال عدم التطرق للثمن فيصارالى الحل المذكور في أتفاقية فيينا وتحديداً في نص المادتين (55 و56)على التوالي بإعتماد الثمن الذي جرى عليه التعامل بينهما مسبقاً[6]. ويشترط في كل ماتقدم ، أن

= من التفاصيل يراجع: **ماموني يمينة، بوفادن ليليا**، النظام القانوني لبطاقة الدفع الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة أمحمد بوفرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، الجزائر، 2019-2020،ص8.

(1) **علي فريش المطراوي**، تكوين العقد(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019، ص242.

(2) د. **محمد محمد الخطيب**، إلتزامات المشتري في البيع الدولي(دراسة مقارنة)، دار العلم للملايين، بيروت ، بلاسنة، ص105.

(3) **د. نبيل إبراهيم سعد**، العقود المسماة(البيع) الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، 1997، ص169.

(4) ينظر: المادة (1167) من القانون المدني الفرنسي رقم (131) لسنة 2016.

(5) **موكة عبد الكريم**، الثمن في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، الجزائر، بلاسنة ، ص35.

(6) ينظر : نصت المادة (55) من اتفاقية فينا المتعلقة بعقود البيع الدولي لسنة 1980 على انه:" إذا انعقدَ العقد على نحو صحيح دون أن يتضمَّن، صراحةً أو ضمناً، تحديداً لثمن البضائع أو بيانات يمكنُ بموجبها تحديدُه يُعتبر أنَّ الطرفين قد أحالا ضمناً في حالة عدم وجود ما يخالف ذلك، إلى السعر الاعتيادي الموجود وقتَ انعقاد العقد

تكون تلك المعايير واضحة بشكل لاتثير النزاع ويكون من السهل على القاضي أو المحكم إستنتاج قصد المتعاقدين بأنهما يرومان أعتماد سعر السوق أو السعر الذي جرى التعامل بينهما، وهذه المسألة إعتاد عليها التجار ولاسيما في عقود التجارة الدولية، وذلك بأستلام البضائع من التاجر من دون ذكر أو بيان الثمن، ولايعد العقد باطلا في هذه الحالة، بل يعد صحيحاً كونهم اعتادوا التعامل بسعر السوق او السعر السائد[1]. ومن الجدير بالذكر أن اتفاق طرفي العقد الدولي على إتباع سعر سوق معين – الثمن الذي يبيع فيه التجار في السوق - هو اتفاق على الثمن المسمى بينهما قطعاً، بمعنى أنه تم تعيين الثمن تعييناً نافياً للجهالة، وأن كان غير معلوماً، إذ يستند الى السعر المتداول بين التجار كي يصبح معلوماً، وأن لم يكن هنالك سوق، فيعتمد السوق الذي يقضى به العرف بأن تكون أسعاره سائدة[2].

ب- العقود الاقتصادية الدولية : وتختلف مسألة تحديد الثمن في مثل هذه العقود، إذ يتم الإتفاق في مرحلة التفاوض التي تسبق مرحلة إبرام العقد وفقاً للعروض المقدمة، وعلى سبيل المثال يلتزم متلقي المعلومات بضمان الوفاء بالمقابل، وهذا المقابل يتم تحديده في مرحلة المفاوضات ويخضع مقابل الوفاء إلى عدة إعتبارات لتحديده منها (مدى الحاجة للمعرفة الفنية، ومدى المنفعة التي تعود على المتلقي وذلك بحساب مقدار مايدفعه ومقدار مايعود عليه من نفع)[3]. ونصت المادة (82) من قانون التجارة المصري على أنه : " يلتزم المستورد بدفع مقابل التكنلوجيا والتحسينات التي تدخل عليها في الميعاد والمكان المتفق عليهما "، ومن الجدير بالذكر أن عملية تحديد الثمن يجب أن تتم بموافقة الطرفين ولايجوز للمانح أن ينفرد بتحديد الثمن بإرادته، ومايؤيد هذه الحالة ماجاء في حكم محكمة الأستئناف في باريس والتي قضت ببطلان العقد للسبب أعلاه، والتي تبنت المبدأ التالي: " وجدّ المتلقي نفسه ملتزماً بدفع التعريفة التي حددها المانح بوصفها تعريفة عامة وموحدة لكل أعضاء الشبكة، وهو مايتنافى مع مبدأ الإدارة المشتركة للمتعاقدين وينال من إستقلال المتلقي في مواجهة المانح كما يتضمن في الوقت ذاته ممارسة عملية مضادة للمنافسة المشروعة "[4]. أذ يتضح من المبدأ أعلاه وجوب تحديد الثمن بتراضي الطرفين ضمانًا للمنافسة العادلة.

بالنسبة لنفس البضائع المبيعَة في ظُروف مماثلة في نفس النوع من التجارة". بينما نصت المادة (56) من القانون نفسه بأنه:" إذا حُدِّد الثمنُ حسب وَزن البضائع ففي حالة الشكِّ يحسَبُ الثمنُ على أساس الوزن الصافي".

(1) **د. محمد محمد الخطيب**، إلتزامات المشتري في البيع الدولي(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص106.

(2) **أ.د. محمد يوسف الزعبي**، شرح عقد البيع (العقود المسماة في القانون المدني)، المصدر السابق، ص168.

(3) **بن ساعد الهام**، عقود نقل المعرفة الفنية وعلاقتها بالتنمية، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، لسنة 2011-2012 ، ص157.

(4) **د. علي شمران حميد**، نقل المعرفة الفنية في اطار عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت ، العدد (23)، 2019، ص360

3- جدية الثمن للمبيع:

في عقد البيع الصحيح لايعّد كافياً مجرد كون الثمن مبلغاً من النقود، أو أن يكون محدداً، إذ لابد من وجود خاصية أخرى لاتقل أهمية عمّا سبق ذكرها والمتمثلة بجدية الثمن[1]. ويمكن أستخلاص جدية الثمن من خلال أمرين، الأول وجود قصد المتعاقدين بأنشاء البيع، والثاني، أن لايبلغ التفاوت مابين مقدار المبيع والثمن حدًا لايتسامح به بين أهل الخبرة، وخلاف هذين الأمرين لايكون الثمن جدياً[2]. ويشترط لصحة البيع أن يكون الثمن حقيقياً أو جدياً، ويبطل البيع في حالة كان الثمن صورياً أو تافها، ويمكن إستنتاج أو الكشف عن الثمن الصوري من الوقوف على نية المتعاقدان بعدم ألزام المشتري بالوفاء بالثمن لقاء إنتقال ملكية المبيع، بالإضافة الى المقارنة مابين الثمن المسمى للمبيع مع القيمة الفعلية له، ومعنى الثمن الحقيقي هو أن يكون لدى البائع القصد باقتضاء الثمن فعلياً من وقت ابرام العقد، واذا لم يتجه القصد الى اقتضائه عندها يكون الثمن صورياً، ولايشترط بالثمن الحقيقي أن يكون مساويًا لقيمة المبيع الفعلية، فأذا كان الثمن أقل من قيمة المبيع فلايؤثر ذلك على صحة العقد طالما أتفق عليه الطرفان[3]. وعليه فالأصل أن القانون يشترط أن يكون الثمن جدياً، من حيث إتفاق طرفي العقد على إستيفاءه من المشتري ولايشترط أن يكون الثمن مساويًا لقيمة المبيع إلّا إستثناءً[4]. أما فيما يتعلق بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014، إذ أعطت صلاحية للجان في فحص عطاءات المناقصة والتأكد من المبالغ أو الأسعار المدونة فيها وفق معايير معتمدة[5]. فقد ورد في الضوابط رقم (3) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية وتحديداً (الفقرة ثانيا /هـ) والتي نصت على أنه : " إستبعاد العطاء الذي يقل أو يزيد عن 20% من الكلفة التخمينية المخصصة لإغراض الإحالة"[6]، بمعنى أن لهذه اللجنة الصلاحية بتدقيق التوازن المالي للعطاءات المقدمة، فأذا أتضح لهذه اللجنة أن الاسعار غير جدية أو صورية أو غير ملائمة أو غير واقعية قياسًا بإعتماد معيارسعرالسوق السائدة، حينها يتم إستبعاد العطاء نظرًا للخلل في التوازن المالي[7].ويتضح من المادة أعلاه أعتماد المشرع العراقي الثمن الجدي

---

(1) **د. غني حسون طه**، الوجيز في العقود المسماة(عقد البيع)، المصدر السابق، ص194.

(2) **علي فريش المطراوي**، المحل في عقد البيع(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 243.

(3) **د. طارق كاظم عجيل**، الوسيط في عقد البيع، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010 ، ص288.

(4) للمزيد من التفاصيل يراجع: **د. سعيد مبارك** ،وآخرون، الموجز في العقود المسماة، شركة العاتك، بيروت، لبنان، 2018، ص81.

(5) ينظر: المادة(6 / أولاً / ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

(6) ينظر: الفقرة (2/ هـ) من الضوابط رقم (3) الخاصة بمهام لجان فتح وتحليل العطاءات الصادرة من وزارة التخطيط العراقية .

(7) **أ.م.د. وسام صبار العاني**، القيود الواردة على اجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة العامة، بحث منشورفي مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، العدد الخاص الثالث، الجزء الأول، لسنة **2017**، ص296.

المقارب من الكلفة التخمينية للمشاريع، والدليل على ذلك، هوإعطاء الصلاحية للجان بفحص عطاءات المناقصة، وأستبعاد العطاءات ذات الاثمان الصورية فيها والمعيار هوسعر السوق السائد، من أجل تحقيق التوازن المالي .

المطلب الثاني

أنواع شروط الثمن المحدد في العقود الدولية

للثمن في العقود الدولية أنواعاً وشروطاً محددة، والتي نتناولها في هذا المطلب والذي نقسمه إلى فرعين، نبين أنواع الثمن المحدد في الفرع الأول، ومن ثم نبين شروط الثمن المحدد في الفرع الثاني وكالتالي:

الفرع الأول

أنواع الثمن المحدّد

إن الثمن المدون في العقود الدولية له نوعان وهما الثابت والمتغير واللذان نبينهما وكالتالي:

أولاً- الثمن الثابت :

وهو الثمن النهائي غير القابل للمراجعة بعد ثبوته، إعمالًا بمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، القائم على مبدأ الرضائية، ذلك لأن المتعاقدين توصلوا بعد المفاوضات الى الثمن المدون بالعقد المبرم بينهما، فكلا الطرفين يلتزم بتنفيذ التزاماته طبقاً لما ورد به نص العقد، إذ لايستطيع أحد الأطراف التنصل عن التزاماته أو يقوم بتعديل بنود العقد من دون موافقة الطرف الآخر، حيث إتجهت إرادة الأطراف الى جعل هذا الثمن غير قابل للمراجعة[1]. وعلى صعيد العقود الدولية ومنها عقود الإنشاءات الدولية التي تكون فيها الحكومة (جهة التعاقد) طرفاً في العقد، فأن الثمن الثابت يحوز حجيته تجاه كلاً من الإدارة والمتعاقد (المستثمر)، فمن ناحية الإدارة تضمن عدم إنفراد (جهة التعاقد) بتعديل الثمن مما يجعل هذه الميزة طاردةً للأستثمار، أما من ناحية الأفراد (المستثمرين) فيمثل خير ضمان لعدم تعدي الإدارة بحجة سلطتها والمساس بالثمن المحدد وفي حال تعدي الإدارة لهذه المسألة فيحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض[2].

---

(1) **موكه عبدالكريم**، الثمن في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، المصدر السابق ، ص 86.

(2) **وفاء محمود أحمد**، مبدأ نهائية الثمن في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (8)، العدد (30)، السنة 2019، ص329.

إن الشروط المتعلقة بالثمن والتي وافق عليها الطرفان، لايجوز المساس بها إعمالاً بمبدأ عدم المساس بالثمن[1]. إذ إن أنفراد أحد طرفي العقد بتحديد الثمن أمرٌ غير صحيح؛ كونه يجعل من الطرف الآخر طرفًا ضعيفًا واقعاً تحت رحمته[2]. وفي هذا الصدد تبنت المحكمة الإدارية العليا المصرية المبدأ التالي ومفاده: " من المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية، ومن ثم تحدد بدقة وقت التعاقد، ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلّا بموافقة الطرف الآخر..."[3].

ويتضح من القرار أعلاه عدم جواز تعديل الثمن من قبل أحد الأطراف. ومن العقود التي يتجسد بها مبدأ الثمن الثابت، هو العقد الجزافي ذو الثمن الشامل ويعرف بأنه:"العقد الذي يغطى فيه الثمن الإجمالي مجموع الأعمال موضوع العقد"[4]. وأفرز الواقع العملي في ميدان العقود الدولية أعمال هذا المبدأ بشكل جلي، ونلاحظ في العقود الدولية للبناء والتشييد وفي العقد المبلغ الأجمالي بالتحديد، حيث يتم الإتفاق مابين رب العمل والمستثمر والتحاسب على مبلغ إجمالي ثابت، كمقابل للأعمال المنجزة على ضوء العقد المبرم بينهما، والربح المستحصل أو الخسارة تستخرج من الفرق مابين السعر الأجمالي والكلفة الفعلية للمشروع، لذلك يتوجبّ توخي الدقة في أعداد الكلف النهائية للمشروع وبخلافه يكون هو المسؤول عن الخسائر الواقعة بالكلفة، ويستند في وضع التسعيرة، على القائمة التقريبية للكميات (المقايسة) التي يعدّها المهندس المختص[5]. ويبرز لنا هذا التطبيق جليًا لدى التشريع العراقي وتحديدًا ماجاء في الوثائق القياسية[6] في المناقصات المحدودة لعقود (تسليم المفتاح) لتنفيذ الأشغال وفي المادة (18- 5/ أ) والتي نصت على أنه:" (أ) في العقود ذات الأسعار الثابتة، تكون الأسعار المعروضة من مقدم العطاء ثابتة خلال تنفيذ

---

(1) **زياد العرسان**، تحديد الثمن وطبيعته القانونية في العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، المصدر السابق، ص93.

(2) **د. غني حسون طه** ، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، المصدر السابق، ص187.

(3) ينظر: الطعن رقم (2519), لسنة 34ق ،(حكم المحكمة الادارية العليا)، المصرية، تأريخ الجلسة 1993/8/31. المجموعة ص395. نقلاً عن: **زياد العرسان** ، تحديد الثمن وطبيعته القانونية في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 94.

(4) **د. مصطفى الحبشي**، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية(دراسة مقارنة)، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2008، ص 202.

(5) **د. أحمد محمد الصاوي**، تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للبناء والتشييد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 52.

(6) **الوثائق القياسية** : لغرض الارتقاء بمستوى التعاقدات النوعي والتخصصي وعلى غرار ما معمول به دوليا ولتحقيق مبدأ الشفافية والنزاهة ولضرورة تواصل العراق مع المجتمع الدولي سعت وزارة التخطيط متمثلةً بدائرة العقود الحكومية العامة وبالتعاون مع البنك الدولي بإصدار (18) ثمانية عشر وثيقة قياسية للمناقصات، وأصبح تنفيذها إلزامياً واعتباراً من تأريخ 2016/7/1. للأطلاع على التفاصيل يراجع: **إيهاب القزاز**، الوثائق القياسية للمناقصات لوزارة التخطيط، دراسة منشورة على الموقع الالكتروني المتاح http://ihabalqazzaz.blogspot.com تأريخ الزيارة 14/ 2021/2.

مقدم العطاء للعقد ولن تخضع للتعديل لأي سبب، وسترفض العطاءات التي تقدم على أساس الأسعار قابلة للتعديل وتعتبر غير مستجيبة".

ويتضح من المادة أعلاه أن المشرع العراقي أخذ بمبدأ الثمن الثابت في الوثائق القياسية في حالة العقود ذات الأسعار الثابتة والتي تم الاتفاق عليها مسبقًا. بينما لم يتطرق القانون المدني العراقي النافذ للمبدأ أعلاه.

ثانياً ـ الثمن المتغير :

قد يشترط في بعض العقود الدولية بقاء الثمن متغيراً، مع الإتفاق على معايير لتحديده لاحقاً[1]. ونلاحظ في عقود ثمن الوحدة [2] وهو أحد العقود الدولية للبناء والتشييد، حيث يتم إحتساب مبالغ أو كلف الأعمال وفقاً لكمية الأعمال المنجزة فعلاً، وفي هذا النوع من العقود لايمكن تحديد الثمن بشكل نهائي، حيث تحسب وفق بنود تمثل المقايسة، حيث يكون معيار إحتساب أجر المقاول على حجم العمل المنفذ فعلاً و المتفق عليه في العقد وليس على أساس كمية الأعمال الواردة في بنود العقد، ويتم محاسبة المقاول عند إنتهاء كافة الأعمال، ويمكن أن يضيف أعمالاً اخرى إذا تطلب الأمر، ويستحق عليها الأجر وفقاً للزيادة المحسوسة[3].

وفي هذا الصددً نذكر ماجاء في الوثائق القياسية وتحديداً في المناقصات المحدودة لعقود (تسليم المفتاح) لتنفيذ الأشغال وفي المادة (18- 5/ ب) والتي نصت على أنه:" (ب) في العقود ذات الأسعار القابلة للتعديل، تكون الأسعار المعروضة من مقدم العطاء قابلة للتعديل خلال تنفيذ العقد لمعالجة التغيرات في مكونات الكلفة، كأجور العمل وأسعار المواد والنقل ومعدات المقاول وبموجب الإجراءات المحددة في الملحق ذات العلاقة في الشروط الخاصة بالعقد. وأن العطاءات التي تقدم على أساس السعر الثابت لن ترفض، وتعتبر نسبة تعديل أسعار العقد مساوية لصفر..."[4]. إن الثمن المحدد في العقود الدولية سواء تم تدوينه في بنود العقد صراحةً وهو الغالب المستقر أم ضمنًا، قد يكون ثابتًا لايقبل التعديل وقد يكون قابلًا للتعديل أو متغيرًا، إذ تتأثر

---

(1) **موكه عبد الكريم**، تأثير تغير الظروف على إستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، الجزائر، 2016، ص109.

(2) **عقود ثمن الوحدة** : يمتاز هذا النوع من العقود بأن ثمن كل بند داخل أي مشروع إنشائي يتم تقديره من قبل المقاول بناءً على جداول قوائم الكميات المعّدة من خلال مخططات المشروع قبل البدء في تنفيذ بنود المشروع المختلفة وفي مثل هذا النوع من العقود يقوم المالك بتحديد البنود المختلفة للمشروع ، وكذلك وحدات كل بند داخل المشروع ويقوم المقاول بأدخال وحدات الأسعار (الثمن) لكل بند مذكور في العقد فقط. للمزيد من التفاصيل يراجع : المهندس . **فؤاد النصيري**، طرق التعاقد في المشاريع الهندسية، دراسة منشورة على الموقع الألكتروني المتاح https://www.slideshare.net/ تأريخ الزيارة 26/5/2021 ، ص25.

(3) **د. أحمد محمد الصاوي**، تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للبناء والتشييد (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 54-55.

(4) **إيهاب القزاز**، الوثائق القياسية للمناقصات لوزارة التخطيط، المصدر السابق.

صفة الثمن (الثابت و المتغير) بطبيعة العقد، وغني عن البيان أن العقود الدولية كثيرة ومتنوعة، وأن عملية تحديد الثمن فيها يختلف من نوع الى أخر وحسب طبيعة تلك العقود، وطبقاً للقواعد العامة فأن العقود الدولية عقود معاوضة، فكلا الطرفين يأخذ مقابلاً لما يعطي، فالمشتري يستلم البضائع مقابل الوفاء بالثمن، والبائع يقبض الثمن مقابل البضائع المسلمة .ومن المعلوم بان هذه العقود يطول بها الزمن وقد تتعرض لظروف وتقلبات في السوق العالمية مما يؤدي الى أن يتأثر الثمن بهذه المتغيرات، وأحيانا قد تسهم طبيعة الأعمال في العقد الدولي كونها عقود يتمتع محلها بطبيعة مركبة مع تأثرها بعنصر الزمن والظروف المحيطة، كل ذلك يسهم بتحديد ثمن العقود، فتارةً يكون ثابتاً نهائياً وتارةً أخرى يكون متغيراً يقبل التعديل[1].

وصفوة القول لما تقدم أنه يرد مصطلحا الثمن الثابت والمتغير في العقود الدولية، فالثابت وهو الثمن الذي لايعدّل مهما طرأت ظروفًا وأحوالاً أخرى مصاحبة لمرحلة تنفيذ العقد، أما بالنسبة للثمن المتغير وهو الثمن الذي يتم ذكّره بالعقد مع وجود شرط بإمكانية تعديله، تبعًا للظروف المصاحبة لعملية تنفيذ العقد وخاصة في العقود التي يطول فيها الزمن كعقود التوريد وعقد نقل التكنلوجيا .

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي حول إمكانية لجوء الطرفين إلى التحكيم في حال نشوب نزاع حول الثمن المحدد (الثابت) وغير المحدد(المتغير) في العقود الدولية؟

وللإجابة عن السؤال أعلاه نقول إذا خلّا العقد من شرط إعادة التفاوض أو مراجعة الأسعار في حال حصول ظروف خارجية أثرت على مصير العقد، حينها يتم اللجوء إلى التحكيم لحل التنازع الحاصل عن تحديد الثمن في العقود الدولية سواء كان الثمن محددًا أم متغيرًا، وفي كلتا الحالتين يحق لطرفي العقد اللجوء إلى التحكيم بعد تعذر وسائل مراجعة الثمن أو تعديله.

ومن الجدير بالذكر أن كل من السعر الثابت والمتغير تعّد من العوامل الداخلية المسببة في أرتفاع الأسعار للمنتجات أو البضائع، فكلاهما يدخلان في التكلفة الفعلية للمنتج مضاف اليه هامش من الربح، فالتكلفة الثابتة كالإيجارات وفوائد القروض لاتتغير، أما التكلفة المتغيرة مثل أسعار المواد الأولية و الأجور فهي قابلة للتعديل ومجموع هذه الكلف ينعكس على سعر المنتج وتمثل قاعدة السعر التي لايمكن تجاهلها[2].

---

[1] **موكه عبدالكريم**، تأثير تغير الظروف على إستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، المصدرالسابق، ص 105.

[2] **وسام أبو أمين**، دور عوامل أستتراتيجية التسعير في الحصة السوقية، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الأقتصاد، سوريا، 2014، ص30.

ومما تقدم، يتبين لنا أن للثمن المحدد في العقود الدولية شروطًا معينة والتي نبينها في الفقرة التالية:

الفرع الثاني

شروط الثمن المحدد

إن للثمن المحدد في العقود الدولية شروطًا معينة مستمدة من القواعد العامة، ويمكن توضيحها وكالآتي:

أولًا – أن عنصرالثمن من المسائل الجوهرية في العقود الدولية :

أن ما يميز محلّ عقد البيع هو عنصرالثمن، إذ يعدّ من العناصر الجوهرية فيه، وبخلافه ينتفي البيع[1]. والثمن من أركان عقد البيع، إذ يلتزم المشتري بالوفاء به بالميعاد والكيفية التي أتفق عليها الطرفان، وبخلافه يبطل العقد، أما في حالّ تأجيل تسديد الثمن فلايبطل العقد[2]. وأعتبر المشرع العراقي طبقًا للمادة (526) مدني عراقي، مسألة تحديد الثمن من المسائل الجوهرية في العقد. وفي قانون التجارة المصري يعدّ الوفاء بالمقابل في عقود التكنلوجيا ركنًا جوهريًا بالعقد، وفقًا للمادة (1/82)[3]. كذلك أعتبرت إتفاقية فيينا لعام 1980 الثمن من الإلتزامات الجوهرية التي تقع على عاتق المشتري في البيوع الدولية وتحديدًا في المادة (25)، ومخالفتها تلحق الضرر بالطرف الأخر[4]. ومما تقدمّ يتضح أن هنالك إتفاقًا من قبل معظم التشريعات بإعتبار الثمن من المسائل الجوهرية في العقد.

---

(1) **د.علي هادي العبيدي**، العقود المسماة(البيع والآيجار)، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص156.

(2) **المستشار.السيد خلف محمد**، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، الطبعة الثالثة، المركز القومي للأصدارات القانونية، مصر، 2005، ص591.

(3) نصت الفقرة (1) من المادة (82) من القانون التجاري المصري رقم (17) لسنة 1999 على أنه : " 1- يلتزم المستورد بدفع مقابل التكنولوجيا والتحسينات التي تتدخل عليها في الميعاد والمكان المتفق عليهم".

(4) نصت المادة (25) من اتفاقية البيع الدولية فيينا لعام 1980 على انه:" تكون مخالفة من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية إذا تسببت في الحاق ضرر بالطرف الآخر...".

ثانيًا – أن عنصر الثمن من الإلتزامات الرئيسية للمشتري:

أولى المشرع العراقي أهمية بالغة للثمن، إذ يعدّ الألتزام الرئيس للمشتري وخير دليل على ذلك نجد جزءًا كبيرًا من النصوص للإلتزام بدفع المقابل النقدي في عقد البيع[1]. والوفاء بالثمن المحدد يعدّ من الإلتزامات الرئيسة في عقود التجارة الدولية، وهذا الإلتزام مقررّ في جميع عقود البيع الدولية التي أصدرت نماذجها في إطار مجموعة الأنكوتيرمز (Incoterms)[2]، ويختلف مقدار الثمن تبعاً لنوع العقد المراد تنفيذه[3]. مثال على ذلك في البيع سيف C.I.F[4] إذ يلتزم المشتري بتسديد الثمن الإجمالي المشتمل على ثمن البضاعة ومبلغ النقل والتامين وجميع المصاريف المحددة في عقد البيع[5]، وبعدّ تسليم المستندات يحق للبائع المطالبة بكلّ الثمن الجزافي؛ لكن في الواقع جرى التعامل على دفع جزء من الثمن المتفق عليه، أما الباقي فيدفعّ بعد المعاينة للبضائع[6]. أما في عقد النقل يستحق الناقل الأجر عن نقل البضائع، والأصل أن دفع الأجر من الالتزامات الرئيسة التي تقع على عاتق المرسل حين تسليم البضائع إلى المرسل اليه، مع وجود إستثناء في دفع الأجر من قبل المرسل اليه في حال تم الأتفاق على ذلك في بنود العقد، وفي حال هلاك البضائع بسبب قوة قاهرة، مثل تفشي وباء كورونا covid19 [7]، حينها لّايستحق الناقل ذلك الأجر إلّا بحدود ما تم تسليمه من بضائع غير هالكة[8]. ومن الجدير بالذكر أن القضاء العراقي

---

(1) **د. سعيد مبارك** ، وآخرون، الموجز في العقود المسماة، المصدر السابق، ص 72.

(2) **شروط التجارة الدولية**: هي مجموعة من القواعد التجارية التي وضعتها غرفة التجارة الدولية المستخدمة في عقود البيع الدولية. وهي ليست قواعد إلزامية يتم دمجها صراحة من قبل الأطراف في عقدهم. وتنقسم مصطلحات التجارة الدولية إلى أربع فئات رئيسية: E, C ,F و D.

(3) **موكة عبدالكريم** ، تأثير تغير الظروف على أستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، المصدرالسابق، ص 43-44.

(4) نصت المادة (2/305) من قانون التجارة العراقي المرقم (38) لسنة 1984 على أنه: " ثانيًا : أن يدفع ثمن البضاعة وفق احكام العقد."وفي نفس المعنى تنص المادة (315) من القانون أعلاه بخصوص إلتزام المشتري في البيع فاس F.A.S :" ثانياً: أن يدفع ثمن البضاعة وفق أحكام العقد ".

(5) **المستشار. إبراهيم سيد أحمد، راندا محمد جادو**، الإلتزامات والعقود التجارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2010، ص 49.

(6) **د. محمد عبدالفتاح ترك**، عقود البيوع البحرية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص708.

(7) **فيروسات كورونا**: هي مجموعة من الفيروسات التي يمكنها أن تسبب أمراضًا مثل الزكام والالتهاب التنفسي الحاد الوخيم (السارز) ومتلازمة الشرق الأوسط التنفسية (ميرز). تم اكتشاف نوع جديد من فيروسات كورونا بعد أن تم التعرف عليه كمسبب لانتشار أحد الأمراض التي بدأت في الصين في 2019. ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي تعامل مع الوباء أعلاه بأنه قوة قاهرة؛ كونه سبباً اجنبياً غير متوقع ليس للمدين يدٍ فيه، كافي لنفي العلاقة السببية مابين موقف المدين والضرر الذي لحق الدائن.

(8) **أ.م.د. علي شهاب أحمد**، مدى أعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة وأثرها على ألتزامات الناقل للشيء في عقد النقل ضمن قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983 النافذ، بحث منشورفي مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (9)، العدد (خاص)، العام 2020، ص211.

أعتبر الوباء من قبيل القوة القاهرة[1]. وفي هذا الصددّ تبنت الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية المبدأ التالي ومفاده:" بأن العدالة تحتم على ضرورة ايقاف كافة المدد القانونية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والقوانين الاخرى ومن ضمنها مددّ الطّعن بالأحكام والقرارات بإعتبار إنتشار جائحة كورونا يعتبر قوة قاهرة ..."[2]. أما على مستوى الإتفاقيات الدولية فأن إتفاقية فيينا لعام 1980 قد أشارت إلى هذا المبدأ وتحديدًا في المادة (53) والتي تنص على أنه : "يجبّ على المشتري، بموجب شروط العقد وهذه الاتفاقية، أن يدفع ثمنَ البضائع وأن يستلمَها". يتضح مما تقدم أن عنصر الثمن هو من الألتزامات الرئيسة التي تقع على عاتق المشتري أو الطرف الملتزم به في مختلف العقود الدولية ومخالفة هذا الألتزام الرئيس يلحق الضرر بالطرف الأخر، بالتالي تتحقق المسؤولية العقدية.

ثالثاً - الترابط بين عنصرالثمن ومدة تنفيذ العقود الدولية :

من المعلوم أن عقود التجارة الدولية تستغرق وقتًا طويلًا لتنفيذها، مما يجعل هذه البيوع عرضة للتغيرات والتقلبات التي تطرأ على واقع التجارة العالمية، والمتمثلة بحدوث القوة القاهرة أو تقلبات الأسعار للسلع أو الخدمات، أمراً لامحالة منه، وتؤثر سِلبًا على الثمن المحددّ في تلك العقود، مما يحدوا بطرفي العقد إلى مراجعة الثمن، ويبقى تذبذب قيمة العملة في الأسواق العالمية أو الداخلية، العامل الأساسي في عدم إستقرار تعاملات عقود التجارة الدولية؛ ومن شأنه أن يثقل من التزامات أحد طرفي العقد على حساب الآخر[3]. وفي عقد الفيديك فأن البند (1/20) نظم مطالبات المقاول (Contractors Claims)، لرب العمل عن إستحقاق الدفعات المالية الإضافية بسبب زيادة التكلفة، في حال حدوث خلل أثناء تنفيذ المشروع، نتيجة حدوث تغيرات في أسعار العملات، أو حصول ظروف أو عوائق مادية من شأنها أعتراض التنفيذ لم يكن من السهل توقعها من قبل المقاول ذو الخبرة، كظهور العيوب الخفية في التربة، أو أرتفاع منسوب المياه الجوفية، او النقص في الأيدي العاملة بسبب تفشي الوباء..ألخ، علمًا أن تقدير هذه الأمور يترك الى المحكمة المختصة[4]. وفي حال التجهيز بالمواد الخام، إذ يتم الأعتماد على جداول للأسعار، موضوعه

---

(1) **أ.م.د. حاتم غائب سعيد**، انهيار التوازن العقدي بجائحة كورونا(عقد التوريد أنموذجًا)، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، المجلد (9) العدد (الخاص) العام 2020، ص142.وينظر في هذا الصدد: الأمر - السلطة التنفيذية - الصادر من خلية الأزمة في الفقرة (12) رقم (55) 21/3/2020.

(2) ينظر: القرار ذي العدد (14/ الهيئة العامة/ 2020/ ت14) مجلس القضاء الأعلى، محكمة التمييز الإتحادية، العراق، الصادر بتأريخ 2020/8/25، والمنشور على الموقع الألكتروني المتاح https://www.hjc.iq، تأريخ الزيارة 2021/9/11.

(3) **موكة عبدالكريم**، تاثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص41.

(4) **أ.م.د. علي مطشر عبدالصاحب**، المطالبات في عقود الانشاءات (الفيديك)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد (32)، العدد (3)، 2017، ص284.

من قبل الجهات الرسمية بعدّ الأتفاق مابين الإدارة والمستثمر، تجنباً لحصول التقلبات بالأسعار [1]. إذ يجب تحديد المبادئ العامة السائدة في الأسعار (أو الأجور) بطريقة تقضي على الجهل الذي يؤدي إلى المنازاعات في تحديد الثمن، لذلك بالأمكان الأتفاق ما بين المقاول وصاحب العمل لتحديد الدفع في مرحلة الإنجاز بدلاً من التأريخ المحدد، دفعًا للحرج وتيسير التعامل بينهما[2].

وعن موقف المشرع العراقي من تأثير الزمن على العقود الدولية، إذ جاء في الشروط القياسية في الفقرة الاولى تاسعًا والتي تنص على أنه : " يتحمل مقدم العطاء جميع التكاليف المتعلقة بإعداد وتسليم العطاء، ولا يعتبر المشتري مسؤولاً عن هذه التكاليف بغض النظر عن نتائج تحليل العطاءات "، كذلك ماجاء المادة (14-6) والتي نصت على أنه:" الأسعار المقدمة من مقدم العطاء تكون ثابتة خلال فترة تنفيذ العقد وهي غير قابلة للتغيير تحت أي ظرف ما لم ينص على خلاف ذلك في ورقة بيانات العطاء"[3]. ويتضح مما تقدم عدم تحملّ جهة التعاقد ماقد يطرأ على العقود المبّرمة مع المستثمرين بعد تقديم العطاءات وتدوينها في بنود العقد ولاسيما في عقود الإنشاءات الدولية. ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي حول تداعيات خفض قيمة الدينار العراقي أمام الدولار الأمريكي وأنعكاسه على ثمن العقود الدولية بأعتبارها عقود يمتد بها الزمن ، ومدى تأثرالمتعاملين بها ولاسيما الإلتزام المتعلق بالوفاء بالثمن المتراكم؟

لقد كان لعجز الموازنة الحكومية والسياسة المالية للبلد في عام 2020 الأثر الكبير على تعديل سعر الصرف[4]، إذ جاء في الموازنة العامة الإتحادية[5] لجمهورية العراق للسنة المالية 2021

---

(1) **زياد العرسان**، تحديد الثمن وطبيعته القانونية في العقود الادارية (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص100.

(2) **أ.م.د. علي مطشر عبدالصاحب**، المصدر السابق،.ص24.

(3) ينظر: المادتين (9 و 14) من وثائق العطاء القياسية للسلع . وفي عقود التوريد الإدارية التي تكون المملكة الأردنية طرفًا فيها، إذ يقع على عاتق المورّد الألتزام بالمددً المحددة للتنفيذ لضمان سير المرفق العام، ونلاحظ ان المادة (66) من تعليمات تنظيم العطاءات الأردني رقم (1) لسنة 2008 تنص على انه : أذا نكل المتعهد عن تنفيذ التزامه بموجب العقد أو قصر في ذلك .....,, للجنة العطاءات شراء اللوازم .... على حسابه و نفقته وتحميله فروق الاسعار...."، نقلًا عن: **خالد سليمان أسود العنزي**، عقد التوريد الاداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون، 2012، ص123.

(4) يعرّف **سعر الصرف** بأنه:" يمثل نسبة التبادل بين وحدة واحدة من النقد الأجنبي الى وحدة من النقد المحلي. أي السعر الذي يتم به بيع وشراء عملة دولة ما مقابل وحدة واحدة من عملة دولة أخرى . أو هو عبارة عن كمية العملة المحلية التي يمكن التنازل عنها مقابل الحصول على وحدة واحدة من العملة الأجنبية". للمزيد من التفاصيل يراجع: **ماهر حسن حمد محمد**، تأثير تغير سعر الصرف على الصادرات والواردات في مصر، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر غزة، كلية الأقتصاد والعلوم الإدارية، غزة- فلسطين، 2018، ص41-42.
ويعرف أيضا:" وهو العنصر المحوري في الأقتصاديات المالية الدولية، وله أهمية بالغة في تعديل وتسوية ميزان المدفوعات للدولة وخصوصا البلدان النامية، ومن أهدافه إنخفاض مستوى التضخم" يراجع: **ماهر محسن سلمان**، التنبؤ باحتمالات تغير سعرصرف الدينار العراقي مقابل الدولار الأمريكي، بحث منشور على الموقع الألكتروني المتاح..https://cbi.iq ، تأريخ الزيارة 2021/9/11، ص4.

(5) إن البنك المركزي العراقي بتأريخ 20 من ديسمبر/ كانون الأول من عام 2020، بدأ بتطبيق السعر المخفض للدينار العراقي البالغ 1450 دينارًا بدلًا من السعر السابق البالغ 1190 دينارًا عراقيًا لكل دولار أمريكي، ولازال الدينار العراقي ينخفض عن تلك القيمة التي حددها البنك المركزي حتى وصل أحيانا الى (1480) دينارا مقابل=

وفي طياتها تخفيض قيمة الدينار العراقي[1]، مما تسببّ بحصول مشكلة مركّبة تتمثل برفع قيمة السّلع والبضائع في السوق وكذلك مايتعلق بمسألة تسديد قيمة تلك البضائع قبل تخفيض قيمة العملة، ولاسيما إعتماد السوق المحلية العراقية على آلية تسديد الديون بالتجزئة من قبل التجار العراقيين عن قيمة البضائع الى المستوردين، مما تسبب الفرق في قيمة العملة بحصول أشكالية في تلك الديون وكيفية تسديدها، بمعنى هل يتم تسديد تلك الديون طبقًا لسعرالدولارالسابق أم الحالي، وعادةً ما يتقاضى المستوردون الكبار ديونهم بالدولارالأمريكي، مما سبب بحصول خسائر على تجّار التجزئة في السوق، أما في ميدان عقود الإستثمار فقد تثير الأشكاليات نفسها، إذا كانت قيمة العقود الحكومية بالدينار العراقي؛ بينما تكون قيمة المواد المستوردة، أو الأجور بالدولار الأمريكي مما يلحق بالمستثمرين الخسائر المادية[2]. وجاء في دليل تنفيذ العقود الحكومية في العراق وتحديدًا في ثمن وثائق المناقصة أن مقدم العطاء يتحمل الفرق بين السعرين في حال زيادة الأسعار[3]. والأصل أن المدين يلتزم بمقدار الثمن المحدد في بنود العقد بغض النظر عن الإنخفاض أوالأرتفاع في قيمتها[4]. ونشير إلى موقف المشرع المصري حول هذه المسألة وتحديدًا في نص المادة (134) من القانون المدني المصري على أنه: " إذا كان محل الألتزام نقودًا، ألتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لأرتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر". أما عن موقف المشرع الفرنسي وتحديدا من القانون المدني النافذ المعدل رقم (131) لسنة 2016 ، إذ نصت المادة (1343) على أنه:" يبرأ المدين بألتزام يتعلق بمبلغ من النقود بدفع قيمته الأسمية".

ومما تقدم يثار السؤال التالي حول الوقت الذي يعتمده القضاء في تقدير قيمة العملة الأجنبية وعن الجهة المسؤولة عن تقدير قيمة العملة الأجنبية، في حال نشوب نزاع بين طرفي العقد الدولي؟

=الدولار الأمريكي الواحد. وأن هذه المشاكل المترتبة تحتاج الى فترة زمنية طويلة كي تتعافى على أثرها أسعار السوق وتحل مشاكل الديون، لكن حسب قراءتنا للسوق المحلية وجدنا ان المواطن العراقي هو من تحمل تلك المشاكل مجبرًا بدفع قيمة السلع و البضائع مرتفعة القيمة ولاسيما السلع المهمة لحياته اليومية كالمواد الغذائية والأدوية ومواد البناء.

(1) للإطلاع على المزيد من التفاصيل يراجع: **الوقائع العراقية** ذي العدد (4625) الصادرة بتأريخ 2021/4/18 المنشورة على الموقع الألكتروني المتاح https://www.ina.iq تأريخ الزيارة 2021/5/15.

(2) خفض قيمة الدينار العراقي يعصف بالتجار والأسواق، مقال منشور على جريدة **(اندبندنت العربية)** على الموقع الألكتروني المتاح https://www.independentarabia.com ، تأريخ الزيارة 2021/5/15.

(3) نصت المادة (1-4-4) من دليل تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014وفي الجزء الأول منه الأطار القانوني للتعاقد في القطاع العام، بعنوان ثمن وثائق المناقصة على أنه:" أولًا-ج: .... وفي حالة تعديل أسعار شراء هذه الوثائق فيتحمل مقدم العطاء الفرق بين السعرين في حالة زيادة السعر ويرافق مع عطائه الوصلين الأول والثاني".

(4) **أ.د. عبدالمجيد الحكيم**، وآخرون، القانون المدني وأحكام الألتزام، الجزء(2)، دار السنهوري، بيروت، 2015،، ص271.

وفي هذا الصدد تبنت محكمة التمييز الأتحادية العراقية المبدأ التالي ومفاده: " الطلب في الدعوى بالحكم بمبلغ عملة أجنبية يوجب على المحكمة السؤال من البنك المركزي عمّا يعادله بالدينار العراقي من تأريخ اقامة الدعوى"[1]. إذ يتبين من المبدأ أعلاه مسألتيين هامتين، الأولى هي أن الجهة المسؤولة عن تحديد قيمة الدولار الأمريكي ومايقابلها من الدينار العراقي هي(البنك المركزي العراقي) حيث يفصح يوميًا عن تلك القيمة في مزاد بيع العملة، وعند الفصل في نزاع ينشأ بين طرفي العقدعن قيمة العملة الآجنبية فالقضاء يخاطب تلك الجهة أعلاه، والثانية هي عن الوقت الذي يعتمد فيه القضاء على قيمة تلك العملة، وهو وقت تقديم الدعوى الى القضاء وفقًا لما جاء في المبدأ أعلاه. ويتضح مما تقدم أن طول مدة تنفيذ العقود الدولية قدّ يؤثر على الثمن المحدد فيها جراء حصول بعض التغيرات أو الظروف سواء كانت داخلية ام دولية.

رابعًا - إنتفاء الأستحالة بتسديد الثمن:

طبقاً للقواعد العامة، لا تبرأ ذمة المدين الا بتسديد محل الوفاء ذاته في العقد، وخلاف ذلك تبقى ذمته مشغولة، وأشار المشرع العراقي وتحديدًا في المادة (1/390) مدني عراقي والتي تنص على أنه:" 1 - اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين أن يدفع غيره بدلاً عنه بدون رضاء الدائن حتى ولو كان هذا البدل مساويًا في القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة أعلى"، فالأصل أن المدين ملزم بالوفاء بالشيء نفسه الذي تم تعيينه بالعقد، لكن يمكن الوفاء بشيء آخرإستثناءً مشروطًا بقبول الدائن[2]. وقد يكون قبوله صريحاً أو ضمنياً فيما إذا لم يبد أي إعتراض أو تحفظ عن صور الوفاء التي يبديها المدين، والوفاء بالمقابل ينهي الإلتزام، إذ لايعّد عقدًا ولاينشأ أي التزام، بل هو إتفاق لاحق لنشوء الدين، إذ يجب أن تتوفر في هذا الأتفاق الشروط العامة المتمثلة بالرضا والمحل والسبب[3]. ويترتب بحق المدين التزامًا جوهريًا ألا وهوتسديد ثمن المبيع. وعلى المدين تنفيذ التزامه وفق مبدأ حسن النية، الذي أقربه المشرع العراقي كأصل يحكم تنفيذ العقود في المادة (1/150) والتي نصت على أنه:" يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية "[4]. فتنفيذ التزام المدين أما أن يكون طبيعيًا بمعنى أن ينفذ المدين إلتزامه

---

(1) ينظر: القرار المرقم(590- مبلغ الدعوى- 2008)، **محكمة التمييز الأتحادية**، الصادر بتأريخ 2008/8/14. المنشور على الموقع الألكتروني المتاح https://www.hjc.iq، تأريخ الزيارة 2021/5/30.

(2) **أ.د. عبدالمجيد الحكيم**، وآخرون، القانون المدني وأحكام الألتزام، المصدر السابق، ص268.

(3) **إبراهيم الصرايرة**، الوفاء بمقابل واثره في براءة ذمة المدين وفقا للقانون الأردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد (41)، ملحق (1)، السنة 2014. ص632.

(4) **أ.د. عبدالمجيد الحكيم**، وآخرون، القانون المدني العراقي وأحكام الالتزام، المصدر السابق، ص12.

إختياريًا، وفي حال إمتناعه بدون سبب يذكر يبرز عنصر المسؤولية (التنفيذ العيني الجبري)[1]. ونصت المادة (1342) من القانون المدني الفرنسي رقم (131) لسنة 2016 على انه:" الوفاء هو التنفيذ الأرادي للأداء المستحق ...". ويحق للدائن اللجوء الى القضاء ومطالبة المدين بالتنفيذ العيني مادام ذلك ممكناً، ويمكن تصور استحالة تنفيذ التزام المدين في كل الإلتزامات ماعدا الألتزام بدفع مبلغ من النقود الذي لايمكن تخيل إستحالة تنفيذه[2]. وفي حال الأعتراض، يتم المطالبة به قانوناً (إجباريًا)عن طريق القضاء، وبغض النظر عن العملة المستحق أداءها[3]، وفي هذا الصدد نشير إلى موقف مبادئ اليونيدروا وتحديدا في المادة (7-2-1) والتي نصت على أنه : " في الاحوال التي لايسدد فيها المدين ديناً متمثلاً في مبلغ نقدي، فيجوز للدائن مطالبته بالسداد "[4]. ومما تقدم يتبادرللذهن السؤال التالي، هل يجوز للمدين بالثمن إعمال نظرية الظروف الطارئة على مالم يدفعه من الثمن الواجب بالذمة في العقود الدولية؟

غني عن البيان أن نظرية الظروف الطارئة تنطبق على العقود متراخية التنفيذ، وغاية النظرية تتجسد بإصلاح الخلل في التوازن الأقتصادي للعقد للفترة مابين إبرام العقد وتنفيذه، ورفع الغبن عن المدين الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقًا وليس مستحيلاً كما أشارت إلى هذه المسالة كلاً من المادة (2/146) من القانون المدني العراقي والمادة (147/ 2) مدني مصري[5]، والمادة (1195) مدني فرنسي[6]. وفي هذا الصدد، تبنتّ محكمة النقض المصرية المبدأ التالي:" لايترتب على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد كما حددتها المادة (2/147) من القانون المدني أن يرفع القاضي عن المدين كل مالحق به من إرهاق ويلقى به على كاهل الدائن وحده، بل عليه أن يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول، وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم مايزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين، مراعيًا

---

(1) ينظرالفقرة الاولى من نص المادة (246) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951والتي نصت على أنه : " 1- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً " .وفي نفس الاتجاه نصت المادة (7-1) من مبادئ اليونيروا في الفقرة(1,2)على أنه : " 1- يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية . 2- لايجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده ".

(2) **أ.د. عبدالمجيد الحكيم**، وآخرون، القانون المدني العراقي وأحكام الالتزام، المصدر السابق، ص 16.

(3) مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لعام 2004، ص 214 .

(4) ينظر: نص المادة (7-2-1) من مبادئ اليونيدروا لعام 2004 .

(5) **أ.م. د. عمار محسن كزار**، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الأقتصادي المختل في العقد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة ، المجلد (1)، العدد (38)، السنة 2015، ص 89-90.

(6) **خليفة خالد، بودالي محمد**، أثر الظروف الطارئة على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات الحكومية، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 2، السنة 2020، ص171.

في ذلك كافة الظروف، والموازنة بين مصلحة كل منهم، ومن ثم فلا يجوز إعفاء المدين من التزامه إعفاءً تامًا "[1].

ويتضح من الحكم أعلاه أنه في حال حصول الظروف الطارئة الإستثنائية، والتي تجعل من التزام المدين بالوفاء بالثمن المحدد في العقد مرهقاً وليس مستحيلاً، بالتالي لايعفى المدين من تسديد مابذمته من مبالغ وأن تأخر المدين بإلتزامه خاصة في البيوع طويلة الآمد.

والثمن أما أن يحدد في مرحلة التفاوض الممهدة لإبرام العقد، وأما أن يحدد في مرحلة الإيجاب، أو يترك تحديده لاحقًا بعد تنفيذ العقد، وهنالك معايير مختلفة لتحديد الثمن في العقود الدولية، كما تتباين مكانة الثمن المحدد في النظام القانوني اللاتيني عن مكانته في النظام القانوني الأمريكي، كذلك فأن إخلال كل من طرفي العقد الدولي قد يؤثر على مصير العقد ويرتب المسؤولية العقدية، والتي نتناولها، وغيرها من المسائل في المبحث القادم.

المبحث الثاني

مسائل تحديد الثمن في العقود الدولية

للثمن المحدد في العقود الدولية مسائل عديدة تتمثل بمراحل ومعايير تحديده المختلفة، وتباين مكانته من نظام قانوني لآخر، كذلك ما تثيره مسألة الإخلال بإلتزام تحديد الثمن من قبل طرفي العقد الدولي من تحقق المسؤولية. والتي نتناولها في هذا المبحث، والذي نقسمه إلى مطلبين، إذ نبين ضوابط تحديد الثمن في العقود الدولية في المطلب الأول، ومن ثم نبين دور تحديد الثمن في مرحلة تكوين العقود الدولية في المطلب الثاني وكالتالي:

المطلب الأول

ضوابط تحديد الثمن

تمرّ مسألة تحديد الثمن بعدة مراحل في العقود الدولية، منها مرحلة التفاوض، ومنها مرحلة الإيجاب ، وأنبرت أتفاقية فيينا لعام 1980 في التطرق لمسألة تحديد الثمن صراحة في المادتين (14و 55)، كما ان للثمن المحدد معايير متباينة والتي نبينها من خلال هذا المطلب الذي نقسمه إلى فرعين، نبين مراحل تحديد الثمن في العقود الدولية في الفرع الأول، ومن ثم نبين معايير تحديد الثمن في الفرع الثاني وكالتالي:

---

[1] ينظر: الطعنان المرقمان(142- 166) لسنة 37ق ، محكمة النقض المصرية، تأريخ الجلسة 20/12/ 1973، س24، ص1320، نقلاً عن: **المستشار. السيد خلف محمد**، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، المصدر السابق، 2005، ص635.

الفرع الأول

مراحل تحديد الثمن في العقود الدولية

نتعرض إلى بيان مراحل تحديد الثمن في العقود الدولية في هذا الفرع من خلال تقسيمه إلى فقرتين، نبين تحديد الثمن في مرحلة التفاوض في الفقرة الأولى، ومن ثم نبين تحديد الثمن في مرحلة الأيجاب في الفقرة الثانية وكالآتي :

أولاً- تحديد الثمن في مرحلة التفاوض

نتناول تحديد الثمن في مرحلة التفاوض في هذه الفقرة التي نقسمها إلى بندين، نبين التفاوض بتراضي طرفي العقد في البند الأول، ومن ثم نبين التفاوض على الثمن بطريقة الدعوى إلى التنافس في البند الثاني وكالآتي:

1- التفاوض بتراضي طرفي العقد:

تلعب المفاوضات التي تسبق عملية إبرام العقد دورًا بارزًا في عملية تحديد الثمن للسلع أو الخدمات، وهي مسألة حتمية في ظل التطورات الحاصلة في عقود التجارة الدولية، إذ لاتقتصر تلك العقود على الإيجاب والقبول، بل هنالك خطوات تسبق تلك المرحلة والمتمثلة بالمناقشات والإتفاقات التي تتكلل أما بنجاح عملية إبرام العقد أو إلغاءه[1]. وفي هذه الطريقة يعتمد المتفاوضان على نهجّ المصلحة المشتركة ويتم التركيز على مايحققّ المكاسب لكلا الطرفين، بالتعاون المشترك بينهما بغية الوصول الى تحقيق أهدافهما المرجوة التي يستفيد منها المتفاوضان[2]. وهذه المفاوضات ذات طبيعة عقدية، إذ أن إتفاق الطرفين يكون بمثابة إبرام عقد بالرغم من عدم الإعلان عنه صراحة، مثال على ذلك في عقود نقل التكنلوجيا التي تستغرق وقتًا طويلًا، ونفقات باهضة، مما يستدعي الدخول بالتفاوض لتيسير إبرام مثل تلك العقود الدولية[3]. وتتجلى أهمية هذه المرحلة في أنها تعطي حالة من الوقاية المبكرة لطرفي العقد تمهيدًا لإبرامه بالمستقبل، من خلال التدقيق في تفاصيل العقد مثل مواعيد التوريد، والتنفيذ، والأسعار، وكافة الشروط والمسائل الأخرى لمراجعة العقد لضمان حسن التنفيذ وتوفير قدر من الحماية للمتعاقدين وتجنبهم الدخول

---

(1) **مها محسن علي السقا**، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة، 2016، ص 42.

(2) **صالح العصفور**، أساليب التفاوض التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة موسوعة الأقتصاد والتمويل الأسلامي، العدد (53)، السنة 2010، ص3.

(3) **د. حمدي باورد**، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنلوجيا، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد (16)، العدد (1)، 2008، ص848.

في المنازعات [1]. وعن موقف المشرع العراقي، إذ لم يضع المشرع نصوصًا لتنظيم مرحلة التفاوض، وأشارت المادة (86) من القانون المدني العراقي إلى المسائل الجوهرية بالعقد التي تفاوض عليها الطرفان[2]، وإعتبار مرحلة التفاوض مرحلة ممهدة إلى إبرام العقد النهائي[3]. كما أشارت المادة (91) من القانون أعلاه إلى أنه:"1- الإتفاق الأبتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لايكون صحيحا إلّا إذا حددت المسائل الجوهرية...." ، ومن المعلوم أن مسالة تحديد الثمن من تلك المسائل الجوهرية التي أوجبت تلك الفقرة تحديدها إبتداءً في مرحلة المفاوضات[4]. أما عن موقف المشرع المصري من هذه المرحلة، فأشارت المادة (89) من القانون المدني المصري إلى أن:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفا التعبيرعن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة مايقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد"، حيث تلعب حرية الإرادة دوراً بارزاً في عملية التفاوض، إذ يكون لكل طرف الحرية في بحث شروط التعاقد والقبول عليها أو رفضها[5]. بمعنى أن مرحلة التفاوض كفيلة بإنعقاد العقد فيما إذا تلّاقت إرادة الطرفين المتمثل بالإيجاب والقبول، كذلك أشارت المادة (95) من القانون أعلاه إلى أنه:" إذا أتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وأحتفظا بمسائل تفصيلية عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لّا يتم عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فأن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة". إذ يتضح من نص المادة أعلاه ضرورة الإتفاق على المسائل الجوهرية ومن ضمنها تحديد الثمن، أما المسائل التي يحصل فيها خلاف فمحكمة الموضوع تنظر فيها. كما عرف المشرع الفرنسي المفاوضات العقدية في نص المادة (1112) من القانون المدني المعدل لعام 2016 بأنه : " يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً، يجب لزاماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية، تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل

---

(1) **ريم عبدالباقي حمزة**، القوة الملزمة للعقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة النيلين، كلية الدراسات العليا كلية القانون، السودان، 2017، ص77.

(2) تنص المادة (86) من القانون المدني العراقي على أنه:" 1- يطابق القبول الايجاب وإذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضوا فيها اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت الاتفاق بالكتابة. 2- وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة" . يقابلها نص المادة (100) من القانون المدني الأردني.

(3) **مصطفى خضير نشمي**، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، الأردن، 2014، ص27.

(4) ينظر : الفقرة الاولى من المادة (91) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951.

(5) **د. أحمد السيد البهي الشوبري**، التفاوض التعاقدي (إطاره القانوني وأثره في الألتزام)، بحث منشورفي مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، العدد الرابع، الجزء الأول، لعام 2019، ص1184.

خلال المفاوضات لايشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه"[1].
ويعترف الفقه والقضاء الفرنسي بعقد التفاوض، ويعتبره عقداً حقيقياً، يلقي التزامات فعلية على عاتق الطرفين ويرتب المسؤولية في حال الإخلال بها؛ كون العقد مبنيًا على رضا المتعاقدين، وبالنسبة لموقف المشرع الأمريكي، إذ يتخذ الفقه الأنكلوأمريكي موقفاً مغايراً لموقف الفقه الفرنسي فيما يخص مرحلة التفاوض، ففي القانون الفرنسي يكفي تلاقي الإيجاب بالقبول لأنعقاد عقد التفاوض، بينما القانون الأمريكي يضيف إلى ذلك مسألة إستلام المقابل النقدي من قبل الطرف الأخر(في مرحلة التفاوض) حتى يرتب أثره القانوني ويصبح العقد ملزماً لأطرافه؛ لكن المحاكم الأمريكية بدأت الإعتراف بتلك الإلتزامات فيما إذا تضمنت تلك المفاوضات تعبيرًا صريحًا شكليًا[2].

وعلى المتفاوضين العمل بمبدأ حسن النية بشروط عادلة لكلا الطرفين، وهذا ما أوصى به تقنين السلوك لعقود نقل التكنلوجيا الدولية بوجوب مراعاة الشرف والأمانة بالتفاوض ولاسيما مايتعلق بمفاوضات تحديد الثمن الذي يشترط به أن يكون عادلًا بعيدًا عن الغش والخداع، وأن الإخلال بهذا المبدأ يرتب المسؤولية التقصيرية[3].ونلاحظ أن القانون الفرنسي الجديد لسنة 2016 تناول ذلك وتحديداً في نص المادة (1104) بلزوم توافر حسن النية في المفاوضات وأستمرارها لحين تنفيذه[4]. ونشيرايضاً إلى مبادئ البند "UNIDROIT " والتي تناولت مبدأ حسن النية في المفاوضات وتحديداً في المادة (15.1.2) والتي تنص على أنه: "يكون لكل طرف الحرية في إجراء التفاوض، ولايسأل عن الفشل في الوصول الى أتفاق، ومع ذلك يسأل الطرف الذي يتفاوض أو ينهي المفاوضات بسوء نية عن الخسارة التي لحقت بالطرف الاخر".

أما بالنسبة لموقف المشرع الأمريكي، إذ تناوله أيضاً القانون التجاري الامريكي الموحد، وتحديداً في المادة (203) والتي تنص على أنه:" كل عقد أو التزام ضمن هذا التشريع يفرض التزاما بحسن النية في تنفيذه أو إنفاذه "[5].

---

(1) **محمد حسن قاسم** ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية(المعدل لعام 2016) ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، بلاصفحة..

(2) **تواتي أحمد نورالهدى**، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق، الجزائر، 2012-2013، ص 50 – 51.

(3) **د. حمدي باورد**، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنلوجيا، المصدر السابق، ص851-852.

(4) **لغواطي مصطفى امين، بليماني يونس**، الأطار القانوني للمرحلة السابقة للمفاوضات، رسالة ماجستير، جامعة بلحاج بوشعيب، قسم الحقوق، الجزائر، 2016-2017 ، ص53.

(5) **حداد عبدالسلام، حطاب منال**، التفاوض الألكتروني في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة 8 ماي كلية الحقوق، الجزائر، 2017-2018، ص50.

وفي هذا الصدد نذكرملخص أحدى السوابق القضائية المتعلقة بإتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي 1980وكالتالي:"طلب المدعى عليه الألمانى شراء برنامج حاسوبى من المدعي الفرنسى . وسلم البرنامج وركبّ . وكان فى نية الطرفين أن يبرما عقدا ثانيا بشأن استخدام البرنامج ، ولكن المفاوضات التى أجريت بهذا الشأن لم تفض إلى نتيجة . وعندئذ رفض المدعى عليه أن يدفع ثمن شراء البرنامج الذى كان قد سلم وركب .وارتأت المحكمة أن اتفاقية البيع تنطبق على هذه القضية نظرًا لأن مقرعمل الطرفين فى دولتين مختلفتين من الدول الأطراف فيها، ولأن إتفاقية البيع تنطبق على البرمجيات العادية . ووجدت المحكمة أيضاً أن الطرفين كانا قد اتفقا على جميع تفاصيل بيع البرنامج وكانا بالتالى قد أبرما عقد بيع .وأرتأى أن المدعى عليه لا يمكن أن يحتج بنقص ممكن فى مطابقة البرمجيات للمواصفات نظرًا لأنه لم يخطر بوجود عيب فيها بل طلب مساعدة فى حل المشكلات التى صادفها . وبناءً على ذلك ، أمرت المحكمة المدعى عليه بدفع ثمن الشراء إضافة إلى فائدة بنسبة 5 ٪ "[1]. ويتضح من القضية أعلاه وجوب أتباع الأطراف لمبدا حسن النية في تعاملاتهم التجارية وخاصة في مرحلة المفاوضات، وتجنب الأعمال التي تسبب الضررللطرف الأخر، وأن لايدخروا جهدًا في التفاهم على الثمن المحدد في مرحلة التفاوض. ومن الجدير بالذكر أن المشرعين العراقي والمصري، لم يشيرا إلى إعتماد مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، بينما أشار المشرع الفرنسي على قطع مرحلة التفاوض من قبل الطرفين وفق مبدأ حسن النية وأعطاء مساحة حرة لهما.

ويتضح مما تقدم بأن مرحلة التفاوض هي مرحلة إبتدائية ممهدة لإبرام العقد في المستقبل، إذ لمّ يعدّها المشرع العراقي عقدًا على العكس من المشرع المصري والفرنسي الذي أعتبر مرحلة التفاوض مرحلة عقدية، لمجرد توافر رضا الطرفين المتفاوضين والمتمثل بتلاقي الإيجاب والقبول، وألزم المشرع العراقي إسوة بموقف المشرع المصري التباحث حول المسائل الجوهرية في هذه المرحلة والإتفاق عليها ولكون مسألة تحديد الثمن من تلك المسائل الجوهرية، فأصبح من الضروري التباحث حولها، والتوصل الى صيغة ترضي الطرفين وخلافه تعد مرحلة التفاوض غير صحيحة. ونلاحظ هنالك توافق مابين المشرع المصري و الفرنسي والأمريكي حول أعتبار مرحلة التفاوض مرحلة عقدية مع وجود أختلاف بسيط مفاده إستلام المقابل النقدي كشرط لصحة العقد في القانون الأمريكي. ويجد الباحث أن في إسناد عملية التفاوض إلى مبدأ حسن النية موقفاً يثنى عليه من قبل المشرع الفرنسي والأمريكي، لما ينطوي عليه هذا المبدأ من معاني كثيرة تتسع

---

[1] ينظر: القضية المرقمة (131) (كلاوت)، (ألمانيا)، بتأريخ 8 شباط / فبراير لسنة 1995، منشورة على الموقع الالكتروني المتاح https://www.cisg.law.pace.edu تاريخ الزيارة 2020/12/6.

كثيرًا خاصة في تعاملات العقود الدولية، وأن أعطاء الحرية للطرفين المتفاوضين كونهم ملمّين بمجريات وظروف العملية التعاقدية، كذلك أعتبار هذه المرحلة (عقدًا حقيقيًا) يعطي لهذه المرحلة قوة ملزمة مما تستوجب من الطرفين الحذر من خوضها، مما يحدوا بأطرافها إلى الحرص الشديد في الإتفاق على جميع المسائل الجوهرية وأهمها مسألة تحديد الثمن لتلافي حصول النزاع في المستقبل. لذلك نقترح على المشرع العراقي أعتبار مرحلة التفاوض عقداً.

2- التفاوض على الثمن بطريقة الدعوى إلى التنافس:

في هذه الطريقة يبادر الطرف القوي إلى عرض السلعة وبيان ثمنها، أي من قبل طرف واحد، إذ يكون متمتعًا بالنفوذ الاقتصادي، وهو ذو مركز قوي، بالمقابل يوصف الآخر بالطرف الضعيف، إذ يقوم مسبقاً بإعداد شروط العقد، وماعليه من إلتزامات وماله من حقوق تجاه الطرف الآخر، وخاصة الوفاء بالثمن المحدد بالعقد من قبل الطرف القابل بالعرض المقدم، مع عدم ترك أي خيارأو مجال له للنقاش، بالتالي يوافق على إبرام العقد والقبول على كل الشروط التي أملّاها الطرف القوي[1]. وتسمى أيضًا بالتفاوض لتحقيق المكسب لأحد الأطراف على حساب الطرف الآخر، مما ينتج عنه عدم تحقيق التوازن العقدي لأطرافه لأسباب ترجع أما لسوء إختيار وقت التفاوض أو أن تكون المرحلة مؤقته للطرف الضعيف[2]. وهذا الأسلوب هو الشائع في إبرام عقود التجارة الدولية وخاصة المشاريع العملاقة، إذ يبادر ربّ العمل في تحديد الثمن، أوالعكس من خلال طرح العروض، بينما يقوم الطرف الآخر بتحليل الثمن المحدد مع السعر التخميني، وبالتالي إختيار العرض المناسب الذي يلائم المشروع المراد إنجازه[3]. وتسعى الأطراف إلى التوصل إلى إتفاق مبدئي لتحقيق الهدف المشترك المرجو من العقد وتوافق إرادتي المتعاقدان حول الحقوق والإلتزامات المتبادلة وبالأخص القيمة النقدية للعقد والتي تعدّ جوهر المفاوضات ويكرسّ من أجلها معظم الجهد والوقت وتختلف المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود التجارة الدولية من عقد لآخر بأختلاف محل العقد والطريقة التي يتم على أساسها التفاوض[4]. وقد تكون المساومة على تحديد الثمن غير متكافئة ؛ وذلك لوجود رغبة من كلا المتفاوضين في الحصول على عائد أفضل من الآخر تتخلل عملية التفاوض في عقود البيوع التجارية كثرة العروض المقدمة ولاسيما أن هذه المفاوضات تمتد لفترات زمنية طويلة مما ينشأ نوعٌ من الرابطة أو الثقة مابين

---

(1) **حيدر حمزة كريم**، مبدأ التوازن في العقد التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2018، ص57.

(2) **صالح العصفور**، أساليب التفاوض التجاري الدولي، المصدر السابق، ص3.

(3) **موكة عبد الكريم**، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية ،المصدر السابق ص85.

(4) **موكة عبد الكريم**، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، المصدرنفسه، ص 81-82.

أطرافها، ولاسيما فيما يتعلق بعملية تحديد ثمن البضائع أو السلع أو الخدمة المرجوة من هذه المفاوضات، ومن الأمور التي تدعم الثقة هي السمعة الطيبة كالوفاء بالوعود للطرف الموجب كالبائع أو قد يكون المقاول في عقود الإنشاءات الدولية، وهنالك تأثير إيجابي لسلطة المفاوض على عملية تحديد الأسعار فالطرف ذو السلطة الكبيرة يقدم تنازلات أقل من التنازلات التي يقدمها صاحب السلطة الأقل[1]. والأصل أن تحديد الثمن المراد التفاوض عليه يجب أن يكون ثمناً عادلاً (الثمن العادل)[2]، وأن يكون للطرفين المتفاوضين رأيًا في تحديده، وخلّاف ذلك يحق لأي منهما الإنسحاب من التفاوض[3]. وفي عقود نقل التكنلوجيا، وعقود الإنشاءات الهندسية التي تمتاز بقيمّها المالية الكبيرة، تستدعي الحاجة للتفاوض، إذ تقف الآليات التقليدية كالأيجاب والقبول عاجزة أمام الإستجابة لمقتضيات التجارة الدولية، مما يسترعي خوض المفاوضات المكثفة التي تمتد إلى فترات زمنية طويلة، ومضاعفة التدقيق بمسائل التنفيذ وتحديد أثمان البضائع وغيره من المسائل الضرورية وتحاشي ماقد يطرأ من منازعات مستقبلية[4]، ولاسيما منازعات تحديد الثمن.

وأما ما يخص مسألة حماية المستهلك، إذ يعدّ الألتزام بالأعلام والتبصير من الإلتزامات المتفرعة من مبدأ حسن النية، وهو ألتزام سابق على التعاقد يقدم فيه أحد الأطراف جميع المعلومات أو البيانات اللازمة للطرف الآخر، الذي من شأنه أن يكّون الرضا المستنير له[5]. ومن أجل حماية المستهلك ألزم المشرع العراقي بضرورة إعلام المستهلك بالأسعار وشروط البيع، حيث وردّ في قانون المستهلكّ العراقي المرقم (1) لسنة 2010 وتحديدًا في المادة (6) والتي تنص على أنه :" أولاً: للمستهلكّ الحق في الحصول على ما يأتي: جـ- ما يثبت شراؤه أي سلعة أو تلقيه أي خدمة مبيناً فيها قيمة وتأريخ ومواصفات السلعة وعددها وكميتها ونوعها وسعرها"[6]. إن هذه البيانات من شأنها ان تحمي المستهلكّ وتمكنه من أتخاذ القرار بناءً على رضا مستنير، بعد المقارنة مابين الأسعار السائدة في السوق، من دون أن يدخل في المفاوضات بالتالي يولد نوع من التوازن العقدي، ويشترط في هذه البيانات أن تكون مكتوبة بصورة واضحة، مما يسهل عليه قراءتها،

---

(1) **سارة ماكسويل**، خطأ في السعر(أسس التسعير العادل والتكلفة الحقيقية للتسعير الجائر)، مؤسسة هنداوي، المملكة المتحدة، 2017، ص170.

(2) **الثمن العادل**: هو أي ثمن يتفق عليه مشتر يروم به الشراء وبائع يرغب بالبيع بشرط ان تخلو العملية من الاكراه. والاعتقاد بأن السعر عادل فكرة قديمة فوفقاً لكل من أرسطو والقانون الروماني – فالسعر المحدد من خلال المساومة الحرة – دون قسر أو مكر – سعر عادل.وفي حالة السعر المتفاوض عليه، يتمتع طرفا المعاملة بالسيطرة على النتيجة كما يتمتع كل منهما بالحق في التعبير عن رأيه وهذا عادل.. نقلًا عن : سارة ماكسويل، المصدر السابق، ص 163.

(3) **سارة ماكسويل**، المصدر السابق، ص171.

(4) **أ. مها محسن علي السقا**، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص54.

(5) **مها محسن علي السقا**، المصدر نفسه، ص 103.

(6) ينظر: الفقرة أولا (ج) من المادة (6) من قانون المستهلك العراقي المرقم (1) لسنة 2010.

وأن يتوافق الوزن أو الكم مع الثمن المعلن عنه، الذي يفترض أن يكون ثمنًا إجماليًا لايضطر المستهلكّ إلى دفع غيره من المصروفات[1].

ثانياً ـ تحديد الثمن في مرحلة الإيجاب

تلعب الإرادة الحرة لطرفي العقد الدولي دورًا بارزًا في تكوين العقود ومن ثم تحديد المسائل الجوهرية وأهمها تحديد الثمن طبقًا لمبدأ سلطان الإرادة، وقد يتم تحديد الثمن صراحةً كما أشارت الى ذلك المادة (14) من اتفاقية فيينا لعام 1980 بشكل لايثير أي تنازع بالمستقبل بين أطراف البيع الدولي، أوقد يتم تحديده ضمنيًا طبقًا لما أشارت أليه المادة (55) من الإتفاقية نفسها، متوخاة قصد المتعاقدين وإتفاقهم على معايير لاحقة يتم الركونّ إليها لتحديد الثمن المتنازع عليه كأعتماد سعر السوق وماجرى عليه التعامل مسبقًا مابين الطرفين وغيره من المعايير التي تناولناها في هذا الفرع والذي نقسمّه إلى ثلاثة فقرات، نبين تحديد الثمن صراحةً في البند الأول، ومن ثم نبين تحديد الثمن ضمنًا في البند الثاني، ومن ثم نبين التعارض مابين نصي المادتين (14) و(55) من اتفاقية البيع الدولية في البند الثالث ، وكالتالي:

1- تحديد الثمن صراحةً:

يتضح من خلال تعريف المشرع العراقي للعقد[2] أنه أخذ بالإرادة الظاهرة للعقد، أي أرتباط الإيجاب بالقبول ولمّ يعتدّ بالكوامن الباطنة، بمعنى أن المشرع العراقي قد أستبدل الإرادة الكامنة بالتعبيرعنها، والدليل على ذلك أنه ختمّ المادة بمعنى يثبت أثره في المعقود عليه[3]. كذلك جاء في الفقرة الأولى من المادة (80) من القانون أعلاه، والتي نصت على أنه: " 1 – يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابا"[4]. إن أساس القوة الملزمة للعقد هي الإرادة الحرة، وهي مصدر لكل الحقوق، وكان للإرادة الحرة الدور الكبير في تطور العوامل الاقتصادية وزيادة النشاط التجاري[5]، ويقوم العقد على مبدأ سلطان الإرادة، بمعنى التراضي بين المتعاقدين والتي يعبرعنها

---

(1) **عرعارة عسالي**، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، 2014-2015، ص246.

(2) نصت المادة (73) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 في تعريف العقد، على أنه:" إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ".

(3) **حازم أكرم صلال الربيعي**، آثر الارادة الباطنة في العقد (دراسة مقارنة القانون الأنجليزي والعراقي)، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون 2017، ص9.

(4) ينظر: الفقرة (1) من المادة (80) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951.

(5) **د. عبد الرزاق احمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام)، دار احياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة ، ص141.

بأي شكل يرتضونها[1]. ونشير في هذا الصدد إلى تعريف محكمة النقض المصرية للإيجاب وهو: " العرض الذي يعبر الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث اذا اقترن به قبول مطابق له أنعقد العقد ولايجوز بعد ذلك لأي من الطرفين بإرادته المنفردة التنصل أو التحلل من آثاره "[2]. كما أشارت اتفاقية فيينا 1980 إلى تعريف الإيجاب في المادة (1/14) بأنه " أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة اشخاص محددين وكان محددًا بشكل كاف وتبين منه أتجاه قصد الموجب إلى الإلتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددًا بشكل كاف اذا عين البضائع وتضمن صراحةً أو ضمنًا تحديد للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما "؛ ولكي يكون الإيجاب محددًا تحديدًا كافيًا يجب أن لًايقتصرذلك على تحديد البضائع فقط، فلّابد أيضًا أن يكون ثمن تلك البضائع محدداً صراحةً أو ضمنًا من خلال معايير يتفق عليها بإرادة طرفي العقد كالإتفاق على سعر السوق السائد أوالإتفاق على ثمن أولي ومن ثم تعديله بالمستقبل، وخلّصت أحدى المحاكم إلى أنه : " إذا أثبت قصد الإلتزام بأيجاب يكون العرض محدداً تحديداً كافياً على الرغم من عدم تحديد الثمن "[3].

وفي هذا الصدد نشير إلى القرار التحكيمي التالي:" طلب نمساوي شراء كمية كبيرة من الفرو ذات نوعية متوسطة وجيدة من تاجر الماني بسعر يتراوح مابين (35-63) مارك الماني، وبعد بيعها لتاجر ايطالي تبين أن هنالك (13) قطعه بدرجة أدنى من البقية، وأمتنع التاجر النمساوي عن دفع ثمنها...قضت المحكمة النمساوية بضرورة دفع ثمن القطع الـ (13) ، نظرا لأتفاقها مع أيجاب العقد ....وأيدت المحكمة العليا القرار...؛ لكون القضية تتعلق بالبيع الدولي وفق المادة (1 – أ) من اتفاقية فيينا، وكان طلب البضائع محدداً بما فيه الكفاية طبقا للمادة (14) من اتفاقية البيع ..... وكان السعر محدداً بما يكفي لإنتفاء ضرورة تطبيق المادة (55) من اتفاقية البيع"[4].

---

(1) **ريم عبدالباقي حمزة**، القوة الملزمة للعقد (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص37.

(2) **د. وفاء مصطفى محمد عثمان**، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 44.

(3) الأونسيترال، نبذة عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع 2016، ص87. وينظر: القضية رقم (330) كلاوت، المحكمة التجارية في سانت غالين،سويسرا، 5 كانون الأول 1995.

(4) ينظر: القضية رقم (106) كلاوت (المحكمة العليا النمسا) بتاريخ 10 تشرين الثاني/ نوفمبر1994، السوابق القضائية المتعلقة بإتفاقية الأمم المتحدة للبيع، منشورة باللغة العربية على الموقع الالكتروني المتاح https://www.uncitral.org ، تأريخ الزيارة 2021/2/5.

ونستخلص من حكم القضية أعلاه بأن ثمن البضائع تم تحديده صراحةً بالتالي لايثير أي مشاكل تذكر مما يسهل أتخاذ القرار التحكيمي من قبل المحكم بالتالي لّايكون مضطرًا لإستجلاء قصّد المتعاقدين في مسألة تحديد الثمن.

وفي السياق نفسه تبنى القضاء الأمريكي المبدأ التالي ومفاده:"..... خلصت المحكمة الى أن العرض المقدم من الشركة المنفذة يعد تعبيرًا واضحًا ومحددًا لعرض البيع لأنه يتضمن العناصر الجوهرية مثل وصّف السلع والكمية والثمن وشروط التسليم"[1].

ويتبين لنا أن المبدأ المستوحى من القضية أعلاه، وطبقًا للفقرة الاولى من المادة (14) من اتفاقية فيينا لسنة 1980 أن إيجاب البيع يصبح محددًا في حال تم تحديد الثمن صراحةً أو تم الأتفاق على الآليات والمعاييرالتي تساعدهم على تحديده لاحقًا.

2- تحديد الثمن ضمنًا:

هنالك عدد من المؤشرات التي توحي بأن طرفي عقد البيع قد إتفقا ضمنًا على تحديد الثمن وأبرزها التعامل المسبق مابين تاجر الجملة وتاجر المفرد خاصة عند عدم أعتراض المشتري على الفاتورة المرسلة اليه من البائع[2]. وهذا يتفق مع ما جاء في المادة (528) مدني عراقي سالفة الذكر[3]. أما المشرع الفرنسي فأشار إلى هذه المسألة في المادة (1163) والتي نصت على أنه:" ..... يكون الأداء قابلًا للتعيين حينما يمكن استنباطه من العقد او بالإحالة إلى الأعراف والعلاقات السابقة للأطراف...". ويتضح مما تقدم أن الثمن يمكن أن يحدد ضمنًا ويمكن الأستدلال عليه من الظروف المحيطة بالعقد، سواء من التعامل السابق مابين طرفي العقد أم من مسائل أخرى كأعتماد العرف التجاري.

وفي هذا الصددّ نشير إلى موقف المشرع الأمريكي وتحديدًا في القانون الأمريكي التجاري الموحد في المادة (3/2/204) في تكوين عقد البيع، والتي نصت على أنه:" بالرغم من ترك شرط واحد أو أكثر مفتوحاً من دون تحديد فأن ذلك لّايبطل العقد إذا كانت نية الطرفان عند إبرام العقد تتجه نحو إعتماد المعقولية في حالة التعويض[4]. إذ يتضح من المادة أعلاه عدم بطلان العقد في حال

---

(1) **رضوان العورات**، تكوين عقدالبيع الدولي للبضائع وفق إتفاقية فيينا لعام 1980، رسالة ماجستير، جامعة زيان عاشور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2010-2011، ص35-36.

(2) **د. محمد محي الدين إبراهيم** سليم، تحديد الثمن في عقد البيع، ، بلا دار للنشر، مصر، 1998، ص13.

(3) يقابلها : المادة (424) من القانون المدني المصري المرقم (131) لسنة 1948. والمادة (1591) من القانون المدني الفرنسي.

(4) ينظر المادة (2/204) من **القانون التجاري الامريكي الموحد UCC**، وادناه النص الاصلي باللغة الإنكليزية:

ترك شرط الثمن مفتوحاً في العقد أوعدم التحديد الأولي للثمن؛ لكون طرفي العقد قد اطلعوا على تلك الشروط بوضوح واتفقوا عليها، عاملين بمبدأ حسن النية، لذلك لاداعي لذكر الثمن في العقد، وفي حال حصول نزاع فالمعيار الذي يميل إليه المتنازعان هو المعقولية. وفي الأتجاه نفسه ذهبت محكمة الأستئناف في ولاية نيويورك في قضية شركة (كرلاشيل) ضد شركة (باولارمسترونك) والتي تبنت المبدأ التالي ومفاده: "هناك اتفاق ضمني في كل عقد بأنه لا يحق لأحد الأطراف أن يقوم بعمل يمنع أو يضر بحق الطرف الآخر بتلقي ثمرة حقه، وذلك يعني بأنه في كل عقد هناك اتفاق ضمني بالعمل على وفق حسن النية والتعامل العادل"[1]. كما أشارت الفقرة (ب) من المادة (2/103) من القانون أعلاه الى التعامل العادل المعقول وفق مبدأ حسن النية[2].

ومن الجدير بالذكرأن مبادئ اليونيدروا أشارت إلى الألتزامات الضمنية وتحديدًا في المادة (2-1-5) حيث بينت هذه المادة أهم مصادر الألتزامات الضمنية، ومنها تحديد الثمن بحسن النية طبقاً لمبدأ المعقولية في حال عدم الأتفاق مبدئياً على تحديد الثمن[3]. كذلك أشارت إتفاقية فيينا لسنة 1980 وتحديداً في المادة (56) إلى حالة أعتماد وزن البضائع كمعيار لتحديد الثمن من قبل طرفي العقد، مع عدم الأتفاق صراحة على الوزن الأجمالي أو الصافي، فيصار إلى أعتماد صافي الوزن بعد طرح الزائد من أغلفة وغيره طبقاً للعادات والأعراف التجارية[4].

2-204. Formation in General.

(3) Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy.

(1) **أمير طالب هادي**، فاعلية مبدأ حسن النية في اتفاقية فينا عام 1980(دراسة تحليلية)، بحث منشورفي مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد(26)، العدد(7)، السنة 2018، ص583. علماً أن أول ظهور لمفهوم التعامل العادل في قضاء الولايات المتحدة الأمريكية وأقترانه مع مفهوم حسن النية ظهر في القرن التاسع عشر.

(2) نص المادة (2/103) من القانون التجاري الامريكي الموحد والنص المتاح باللغة الانكليزية وكالاتي:

2-103. Definitions and Index of Definitions.

(1) In this Article unless the context otherwise requires

- (b) "**Good faith**" in the case of a merchantmeans honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade.

(3) **د. أمية علوان**، وآخرون ، مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 133.

(4) **الأونسيترال**، نبذة عن السوابق القضائية المستندة الى اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، المصدر السابق، ص264.

3- التعارض مابين نصي المادتين (14 و55) من إتفاقية البيع الدولية :

بخصوص تعارض معنى المادتين (14، 15) من اتفاقية البيع الدولي للبضائع (فيينا1980) في مسألة تحديد الثمن أو عدم تحديده نبين التالي:

نصت المادة (14) من اتفاقية فيينا 1980 على أنه:" ...ويكون العرض محددًا بشكل كافي إذا عين البضائع وتضمن صراحةً أو ضمنًا تحديدًا للكمية والثمن..."، إذ يتضح أن العقد يكون محددًا بشرط تعيين الثمن صراحةً او ضمنًا من قبل طرفي العقد، وطبقاً للمادة (55) من اتفاقية البيع الدولية توصف البضائع وتحدد الكميات والثمن بالعروض المقدمة، مع عدم الحاجة إلى ذكر نوع السلع وجودتها بشكل صريح في بند العقد، ولكون الثمن يعد عنصرًا جوهريًا في إيجاب عقد البيع، فأنه بالإمكان إبرام العقد من دون تحديد الثمن صراحةً أو ضمناً، مما يشكل تعارضًا واضحًا مع نص المادة (14)، إذ تفترض المادة (55) وجود عقد صحيح وسارٍ بالرغم من عدمّ تحديد الثمن، وهذا الأمر غير وارد في نص المادة (14)[1]. وفي هذا الصددّ تبنتّ محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ICC المبدأ التالي ومفاده: " العقد يكون محددًا بشكل كافٍ حتى لو كان الثمن المتفق عليه بين الطرفين مؤقتًا ويخضع للمراجعة حسب السعر الذي يقدمه المشتري النهائي، بإعتماد المحكمة على المادة (2/9) من الإتفاقية والتي تفترض أن الطرفين يطبقان الممارسات التجارية المعتادة...."[2].

وبالرغم من أن المادة (55) لم تشر إلى عنصر جوهري بالعقد ألّا وهو الثمن، لكن من الواضح أن طرفي العقد في هذه الحالة يعتمدون (السعرالأعتيادي) لبضاعة معينة في وقت معين، وخاضع لنفس الظروف التي ابرم فيها العقد التجاري[3]. بمعنى أن عقد البيع لايبطل في حال عدم تحديد الثمن، بشرط أن يكون العقد صحيحاً وبإمكان التقصي عن الثمن من خلّال الرجوع الى قصّد المتعاقدين. وفي هذا الصددّ نذكر المبدأ التحكيمي التالي:" أمتنعت المحكمة من تطبيق المادة (55) بالرغم من عدم تحديد الثمن؛ كون طرفا العقد في مرحلة التفاوض لم يتفقا على ثمن محدد،

---

(1) **د. وفاء مصطفى محمد عثمان**، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لإتفاقية فيينا لعام 1980، المصدر السابق، ص59. نصت المادة (55) من إتفاقية فيينا لعام 1980 على أنه:" إذا انعقدَ العقد على نحو صحيح دون أن يتضمَّن، صراحةً أو ضمناً، تحديداً لثمن البضائع أو بيانات يمكنُ بموجبها تحديدُه يُعتبر أنَّ الطرفين قد أحالا ضمناً في حالة عدم وجود ما يخالف ذلك، إلى السعر الاعتيادي الموجود وقتَ انعقاد العقد بالنسبة لنفس البضائع المبيعَة في ظُروف مماثلة في نفس النوع من التجارة".

(2) **د.وفاء مصطفى محمد عثمان**، المصدر نفسه، ص59.

(3) **الأونسيترال**، الجزء الثاني، تكوين العقد، المصدر السابق، ص87

بالأضافة إلى عدم وجود سعر سوقي سائد لمحركات الطائرات يمكن الأعتماد عليه"[1]. وفي ضوء ذلك يفسر العقد ويتم التحقق من قصد المتعاقدين من قبل المحكّمين وفق المادتين (8 و9) من إتفاقية فيينا؛ للتمكن من الوصول إلى ثمن محدد أو قابل للتحديد طبقاً للمادة (14)، وتشير السوابق القضائية إلى أن العقد يعد نافذًا، بالرغم من عدم تحديد الثمن أو جعله قابلاً للتحديد، وذلك لما تقتضيه طبيعة وأحتياجات التجارة العالمية من ديمومة و إستمرارية التعاملات لكونها منطوية على إلتزامات ومبالغ نقدية كبيرة[2]. ولاتعتبر المادة (55) من اتفاقية البيع الدولي وسيلة لتحديد الثمن بواسطة المحكّمين، وهذه المسألة يتم التوصل إليها من خلال معرفة قصّد المتعاقدين، في ضوء المادة (14) من إتفاقية البيع الدولي، وفي حال غياب أي إتفاق من هذا الشكل، حينها يعدّ العقد باطلًا، وفي هذا الصدد تبنت أحدى هيئات التحكيم المبدأ التالي ومفاده: " رفضت الهيئة إعتماد المادة (55) بسبب وجود شرط للبائع بأن يعدل الثمن بعد فحص البضائع بالرغم من أن المشتري لم يمارس هذا الحق التعاقدي"[3].

وعليه لايكون البيع باطلاً في حال ترك شرط أو أكثر دون تحديد مع وجود نية المتعاقدين لإنشاء العقد، مثال ذلك في عقود التوريد الطويل الأجل، حيث يستعصي على المتعاقدان الإتفاق مبدئياً على ثمن موحد طيلة فترة العقد بالنظر لما يستجد من ظروف تؤدي الى حصول تقلبات بالأسعار، بالتالي يترك تحديده لوقت لاحق[4].

مما تقدم يجد الباحث أن المادة (55) من أتفاقية فيينا أوجدت الحل في حال حصول التنازع حول تحديد الثمن في العقود الدولية، إذ اعطت الحرية لأطراف العقد وفعّلت من دور سلطان الإرادة، حيث يبقى العقد صحيحًا، ولكون أطراف العقد الدولي من رجال الأعمال المحترفين لذلك تخضع عقودهم للمراجعة الدورية للأسعارمع الأخذ بالحسبان الظروف المحيطة بالعقد فسكوت طرفي البيع الدولي دليل على وجود إتفاق ورضى مسبق على الثمن لاسيما في العقود طويلة الأجل، وفي حال حصول نزاع فيتم حينها إعتماد السعر المفتوح.

---

(1) للإطلاع على تفاصيل القضية المذكورة في الاونيسترال, ينظر: قضية كلاوت رقم (53) Legfelsóbb Bíróság) ، هنغاريا، 25 أيلول/ سبتمبر 1992، مترجمة باللغة الإنكليزية، متاحة على الموقع الألكتروني المتاح www.cisg.law.pace.edu (صفقة بين بائع أمريكي ومشتر هنغاري).تأريخ الزيارة 2021/3/12.

(2) **الأونيسترال**، المصدرالسابق, ص160، ينظر : قضية كلاوت رقم (53) Legfelsőbb Bíróság)، أعلاه.

(3) **الأونيسترال**، المصدر السابق، ص260، للإطلاع على تفاصيل القضية ينظر: هيئة التحكيم التجاري الدولي بغرفة الاتحاد الروسي للتجارة والصناعة، الاتحاد الروسي، 16 شباط/فبراير 1998، متاحة بالإنكليزية على الموقع الألكتروني المتاح www.cisg.law.pace.edu . تأريخ الزيارة 2021/3/12.

(4) **د. وفاء مصطفى محمد عثمان**، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، المصدر السابق، ص 66.

الفرع الثاني

معايير تحديد الثمن في العقود الدولية

نتناول في هذا الفرع معايير تحديد الثمن في العقود الدولية، والذي نقسمه إلى عدة فقرات، نبين معايير تحديد الثمن طبقًا للتشريعات في البند الأول، ومن ثم نبين معايير تحديد الثمن طبقًا لمبادئ اليونيدروا[1] في البند الثاني، ومن ثم نبين معايير تحديد الثمن في عقود الإنشاءات الدولية FIDIC في البند الثالث، ومن ثم معاييرتحديد الثمن وفقًا لمبدأ حسن النية في البند الرابع وكالتالي:

أولًا- معاييرتحديد الثمن طبقًا للتشريعات

ويمكن أن نبين تلك المعايير في الفقرات التالية

1- تحديد الثمن وفق معيارسعر السوق :

أشارت المادة (2/527) من القانون المدني العراقي الى هذا المعيار، والتي نصت على أنه:" 2- وإذا أتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، ...."، ويعتمد الطرفان السوق التي تم الأتفاق عليها صراحةً أو ضمناً، وفي حال لم يتفقا على سوق معينة، حينها يرجح القاضي السوق التي قصد المتعاقدان في زمان ومكان تسليم البضائع فيها، وفي حال عدم وجود تلك السوق فيتم اللجوء الى السوق التي يحددها العرف الجاري[2]. أما المشرع المصري فأشار الى سعر السوق في المادة(2/423) مدني مصري، والتي نصت على أنه:"2- وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك ، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع المشتري....".

---

[1] **مبادئ اليونيدروا**: جاء في تمهيد هذه المبادئ انها تضع قواعد عامة أعدت أساساً لتطبق على العقود التجارية الدولية ، ولم تتبنى معياراً موحداً لتعريف الطبيعة الدولية للعقد، إذ افترضت أن مفهوم دولية العقد ينبغي ان يفسر بشكل أوسع يستغرق كل العقود التي توفر لها عنصر أجنبي، وهي تمثل مصدراً مستقلاً لقواعد القانون التجاري الدولي، إذ تهدف إلى سن قاعدة أسناد يتم الأعتماد عليها عند تنازع القوانين التي تحكم علاقة معينة. للمزيد من التفاصيل يراجع: التامر يوسف، دور معهد" يونيدروا" في خلق وتوحيد قواعد القانون التجاري الدولي، مقال منشور في مجلة القانون والأعمال الدولية على الموقع الالكتروني المتاح https://www.droitetentreprise.com. تاريخ الزيارة 2021/7/2.

[2] **د. غني حسون طه**، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، المصدر السابق، ص188.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، ماهو السوق الذي يتم على أساسه وضع هذا المعيار؟

لاتثير هذه المسألة صعوبة تذكر، فقد يقصد المتعاقدان سوق معينة بالزمان والمكان، وفي حال تم الإقتصار على ذكر سعر السوق من دون الإشارة الى هذه السوق، عندها يفسر قصد أو نية المتعاقدان أنهما سيعتمدان سوق تسليم البضائع للمشتري والى ذلك أشارت المادة (423) من القانون المدني المصري[1] والمادة (2/527) مدني عراقي سالفة الذكر. مع ملاحظة أن هذه السوق، لايقصد بها الأسواق النظامية كالبورصة بل تضم كل مكان يكون محلاً للعرض والطلب وعلى نطاق واسع[2].

كذالك يتبادر للذهن السؤال التالي، هل أن عدم تحديد الثمن في العقود الداخلية تسري أحكام معالجته على العقود الدولية؟

في واقع الأمر في البيوع الدولية يعتمد معيارسعرالبورصة العالمية، بأعتماد السعر الثابت بالإستناد على مؤشرات أوبيانات البورصة وقت التعاقد، وتتغير تلك الأسعار تبعاً لتقلبات السوق العالمية[3]. ويجرى تبادل السلع والبضائع في البورصة العالمية أو سوق الأوراق المالية كأصولٍ مالية، كالسندات والأسهم والبورصة في سوق المستثمرين ، فيجب التعامل بها بحذر وفق قواعد فنية وقانونية تحكم تلك السوق، وخلاف ذلك قد يتعرض المستثمر الى الخسارة لغياب المؤهل الذي يحميه في حال التعامل مع بيانات تلك السوق بصورة غير دقيقة.أما عن الآلية التي يتم فيها تحديد اسعار السوق في البورصة، فيتم الأعتماد على المزاد العلني أو التفاوض آخذة بعين الأعتبار ظروف السوق السائدة مع الافصاح الدقيق عن البيانات والأرباح، مما يعكس أسعارًا واقعية متمثلة بأعلى سعر طلب للبائع وادنى سعر عرض للمشتري[4].

هكذا يتبين لنا أنه في حالة عدم تحديد الثمن أوعدم الأتفاق على معايير لتحديده لاحقًا في العقود الداخلية ونشب نزاع بين اطرافه، فبالأمكان تطبيق معايير دولية مستندة إلى أتفاقيات أو أعراف وعادات تجارية، وأتباع سعرسوق البورصة العالمية، كأسعارسوق البترول والغاز المسال أو سعر الذهب، أو أتباع سعر سوق دولة المنشأ وغيره من المعايير المعتمدة في الأسواق العالمية.

---

(1) **د. محمد محمد الخطيب**، إلتزامات المشتري في البيع الدولي، مصدر سابق، ص 112. وفي هذا الصدد ينظر: نص المادة (433) من القانون المدني المصري المرقم (131) لسنة 1948.

(2) **د. سعيد مبارك ، وآخرون**، الموجز في العقود المسماة، المصدر السابق، ص 75-76.

(3) **د. محمد محمد الخطيب**، المصدر نفسه، ص115.

(4) سوق الاوراق المالية، مقال منشور على موقع ويكيبيديا الألكتروني المتاح https://ar.wikipedia.org تاريخ الزيارة 2021/2/3.

2- تحديد الثمن وفق السعر المتداول في التجارة :

وتمت الإشارة الى هذا المعيار في المادة (528) من القانون المدني العراقي إلى أنه : " اذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف ان المتعاقدين نويا إعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما" حيث أضاف المشرع معيارًا أخرًا مستندًا الى الإرادة الضمنية لأطراف العقد[1] . حيث تفرض طبيعة التعامل التجاري على المتعاقدين أن يعتمدا ضمناً الثمن الذي جرى عليها التعامل بينهما بالرغم من عدم تحديده صراحة كأعتماد سعر البضائع المتداولة بين التجار[2]. وفي المعنى نفسه أشارالمشرع المصري إلى أعتماد هذا المعيار في المادة (424) مدني مصري[3]. ويمكن أن يوحي سكوت المتعاقدين عن إتفاق ضمني بينهم في مسألة تحديد الثمن، وقد يتمخض هذا الإتفاق الأعتماد على السعر المتداول للسلعة بين التجار تبعاً لحيثيات التعاقد، ويمكن أن يتفقا على ثمن جرى التعامل به مابينهما مسبقا، وحسب أعتياد طلبيات البضاعة اليومي أو الأسبوعي التي يطلبها التاجر(المفرد) من التاجر(الجملة) من دون تحديد الثمن، بإستثناء حالة قيام البائع بتنبيه المشتري (تاجر المفرد) بتعديل الثمن[4].

ومما تقدم يثار السؤال التالي حول وقت إعتماد السعر المتداول أو السائد لدى المشرع العراقي؟

لم يتطرق المشرع العراقي أسوة بأتفاقية فيينا 1980، والقانون التجاري الموحد الأمريكيUCC، إلى وقت إعتماد السعر السائد، حيث أشارت اتفاقية فيينا إلى وقت أعتماد السعر السائد وهو وقت إبرام العقد[5] بينما القانون الأمريكي أعتمد وقت تسليم المبيع[6].

---

(1) **د. غني حسون طه**، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع) ، المصدر السابق، ص189.
(2) **د.راقية عبد الجبار علي**، عقد البيع دراسة في القانون المدني البحريني(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص99.
(3) **علي فريش المطراوي**، المحل في عقد البيع(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص233.
(4) **د. سعيد مبارك، وآخرون**، الوجيز في العقود المسماة، المصدر السابق، ص 76.

(5) نصت المادة (55) من اتفاقية فيينا لعام 1980 على انه:" إذا انعقد العقد على نحو صحيح دون أن يتضمن صراحة او ضمنًا تحديدًا لثمن البضائع....يعتبر ان الطرفين قد احالا ضمنًا ...إلى السعر الإعتيادي الموجود وقت إنعقاد العقد ....".

(6) نصت المادة (1/2/305) من القانون التجاري الأمريكي الموحد المعدل إلى أنه:" يمكن للأطراف الذين يرومون إبرام عقد البيع، وفي حال عدم الإشارة صراحة إلى السعر، الإعتماد على السعر المعقول في وقت التسليم....".
وأدناه النص باللغة الإنجليزية:
" 1- The parties if they so intend can conclude a contract for saleeven though the price is not settled. In such a case the price is a reasonable price at the time for delivery……..".

والباحث يجد أن الوقت الذي تعتمده اتفاقية فيينا 1980 هو الأنسب والأكثر عدالة للطرفين؛ كونه يجنب طرفي العقد الدولي الإحراجات بسبب ما قد يطرأ من ظروف مما يؤثر على مصير العقد وخاصة مسألة هلاك البضائع أو السلع.

3- تحديد الثمن على معيار الثمن الذي اشترى به البائع :

أجاز المشرع العراقي للمتعاقدين الإتفاق على أن يكون الثمن هو الذي أشترى به البائع كمعيار لتحديد الثمن بأكثر أو بأقل من ذلك، وفي مثل هذه البيوع يتم التعامل بحسن النية ويحتكم المشتري فيها إلى ضمير البائع وأمانته، وتعرف هذه البيوع بأسم (بيوع الأمانات)، ولها أربعة انواع (المرابحة والاشراك والوضيعة والتولية)[1]، الواردة في المادة (530) من القانون المدني العراقي. أما المشرع المصري فلم يشر إلى هذا المعيار صراحة، بل ضمنًا من خلال اعتماد اتفاق المتعاقدين على التسعيرة الرسمية مضافاً لها نسبة معلومة من الأرباح[2].

والباحث يجد إن هذا المعيار المشار اليه في المادة أعلاه، هوغير ضامن لما قد يبدر من البائع من إخلال بالعقد، ومايترتب عليه من تعسف في تحديد الثمن، كذلك عدم بيان المادة أعلاه للجزاءات المفروضة في حال تحقق ذلك.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي هل يمكن تطبيق المادة (530) سالفة الذكرعلى العقود الدولية ؟

يمكن تطبيق المادة أعلاه على العقود الدولية، كون تلك العقود تعتمد معيار المعقولية وقوة المنافسة، بالتالي عدم توقع حصول التعسف في تحديد الثمن. وفي هذا الصددّ أشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 إلى حالة ضمان عدم إخلال المجهز للسلع أو الخدمات بالعقد، من خلال فرض بعض الجزاءات والفيصل في ذلك دقة وصحة البيانات المقدمة من قبله[3].

---

(1) **د. حيدر فليح حسن**، البيع على اساس الثمن المفتوح (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، العدد (2)، السنة 2018، ص 152-153.

(2) **علي فريش المطراوي**، المحل في عقد البيع(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص234.

(3) ينظر: المادة (1-4-9- رابعًا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014، المتعلقة بالأثار القانونية الناجمة عن الإخلال بالعقد والتي نصت على أنه:" في حالة إخلال المجهز للسلع والخدمات أو الأستشاري بالتزاماته التعاقدية فعلى جهة التعاقد إنذاره رسمياً وعند عدم استجابته فيتم تنفيذ الالتزامات المخل بها على حسابه وذلك وفقاً لأحد الأساليب المنصوص عليها في المادة (3) من هذه التعليمات عند توفر الشروط الخاصة بها ويتحمل المتعاقد المخل دفع تعويض عن الأضرار التي لحقت بجهة التعاقد بسبب هـذا الإخلال بعد انتهاء تنفيذ العقد".

ويقع عبء إثبات الزيادة في الثمن التي تفوق الثمن المحدد بينهما على المشتري ويتم أثباته بطرق الإثبات كافة، وتعتبر هذه الزيادة بمثابة الغش، إذ جاء في المادة (2/121) من القانون المدني النافذ والتي تنص على أنه:" ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة "[1].

كذلك يتبادر للذهن السؤال التالي، هل عالج المشرع العراقي مسألة الزيادة بأسعار التجهيزات من قبل المستثمرين، في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014؟

عالج المشرع العراقي مسألة الزيادة بالأسعار وطبقا لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة2014 ولامناص من القول بأن تلك التعليمات تسري على العقود الداخلية والدولية[2] سواء، فقد أشترط المشرع العراقي أولًا توفير التخصيص المالي من قبل جهة التعاقد وبتأييد من الدائرة المالية جهة التعاقد، ويكون ذلك في الفترة التي تسبق إعداد وثائق المناقصة وذلك لتجهيز السلع أوالخدمات أوالمقاولات[3]. كذلك يحق لجهة التعاقد التعديل بالزيادة أوالنقصان في التجهيزات أو أية فقرة من فقرات جدول الكميات يصل إلى 20% بالشروط والأسعار المتفق عليها بالعقد نفسها[4].

أما المعايير المعتمدة في تحديد الثمن طبقاً لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لعام 2014 ، فهي كالتالي:

---

(1) **د. سعيد مبارك، وآخرون**، الموجز في العقود المسماة، المصدر السابق، ص 77.وفي نفس الصدد ينظر: الفقرة(1) من المادة 530 من القانون المدني العراقي التي نصت على انه : " يجوز البيع مرابحة أو تولية أو إشراكاً أو وضيعة".

(2) تنص المادة (1-3-4-1) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 المتعلقة بمعيارية العقود العامة ، على أنه:" تطبق المعايير والممارسات المثلى الدولية، كتلك المعتمدة في هيئة الامم المتحدة بشان قانون التجارة الدولية (يونسترال)، وانظمة الاتحاد الاوروبي، ومنظمة التجارة العالمية وبما لا يتعارض مع التشريعات العراقية النافذة".

(3) **أ.م.د. وسام صبار العاني**، القيود الواردة على اجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة العامة، المصدر السابق، ص277. ومايؤكد على ذلك أشتراط وزارة التخطيط الذي جاء موافقاً لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية المرقم 2 لسنة 2014 بضرورة الحصول على موافقة الدائرة المالية من قبل جهة التعاقد، للتأكد من وجود التمويل المالي سواء في الموازنة التشغيلية أو الجارية.

(4) **أ.م.د. وسام صبار العاني**، المصدر نفسه، ص 278. أما عن النصاب المالي في عقود المناقصات الحكومية، فلم يتم تنظيم المسألة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية المرقم (2) لسنة 2014 بالرغم من أهمية الموضوع، لكن بالرجوع الى تعليمات تنفيذ الموازنة العراقية العامة لسنة 2015 فهنالك اشارة واضحة لتلك المسألة، بحيث أنه في حالة تجاوز مبلغ الشراء (50,000,000) مليون دينار عراقي، فيتوجب على جهة التعاقد إبرام عقد مابين الطرفين ينظم الاجراءات التعاقدية، وفي حال كان المبلغ اقل من (50,000,000) مليون دينار عراقي فيترك لجهة التعاقد مسألة ابرام العقد. يراجع: أ.م.د. وسام صبار العاني، المصدر السابق ، ص307.

1- السعر المعقول : حيث ورد في الفصل الرابع من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية المرقم (2) لسنة 2014 أن تحديد ثمن وثيقة المناقصة بسعر ينسجم مع القيمة المالية لعدد أو كمية السلع أو الخدمة المراد تقديمها طبقا للمواصفات المشروطة بالعقد[1]. وهذا ماينسجم مع معيار المعقولية المتبع من قبل إتفاقية لاهاي[2].

2- تحديد الثمن طبقاً للسعر السائد : يستوجب على جهة التعاقد الحكومية إعتماد السعر السائد في السوق، عند وضع جدول بالسلع أو بالخدمات المراد انجازها من قبل مقدم العطاء مضافاً اليها المصاريف الأخرى والنفقات الإدارية مع نسبة من الأرباح، ومما يؤخذ على هذه الفقرة إنها لم تحدد زمان أو مكان السوق المراد إعتماد تسعيرته[3].

3- سعر القائمة التجارية (سعر البائع): ويتم في هذه الحالة تحديد ثمن السلع المراد تجهيزها للجهة الحكومية باعتماد سعر القائمة التجارية الصادرة من المنشأ (الجهة المنتجة)[4].

4- تحديد الثمن طبقاً لجهة خارجية : ويتم تحديد ثمن السلع أو الخدمات عن طريق الإستعانة بطرق خارجية مثل سعر البورصة المعتمد من قبل الحكومة العراقية والمتمثلة بوزارة التخطيط[5].

5- تحديد الثمن في حال الإختلاف مابين المتعاقد والجهة الحكومية، أي في حالة وجود إختلاف في قيمة الثمن المسجل في العقد فيما اذا كان كتابة أو رقماً فيتم إعتماد الثمن المدون كتابة[6].

---

(1) ينظر: الفقرة (1) من المادة (4) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية المرقم (2) لسنة 2014 والتي تنص على انه :" أ- يحدد ثمن المجموعة من وثائق المناقصة (التحريرية او الالكترونية) بسعر يتناسب مع كلف اعدادها واهميتها ويؤمن الجدية في الاشتراك بالمناقصة ويقدم وصل الشراء مع العطاء".

(2) **المعقولية**: طبقاً لاتفاقية لاهاي التي أعتمدت طريقة (وزن البضائع) كمعيار لتحديد الثمن في العقود الدولية، حيث تلزم طرفي عقد البيع بتحديد الثمن في حال وجود الشك على اساس الوزن الصافي للبضائع. نقلًا عن: **اسامة محمد حميدة**، الألتزامات المتقابلة لاطراف البيع الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الخرطوم، كلية القانون الدراسات العليا، الخرطوم، 2004، ص 252.

(3) ينظر :الفقرة(1) اولاً من الضوابط رقم (7) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 والتي تنص على أنه : " 1- تلتزم الجهات التعاقد عند تسعير جدول الكميات بان يكون مبني على اساس الاسعار السائدة في السوق مضافا اليها الارباح والنفقات الإدارية والضريبة وأية مصاريف اخرى ".

(4) ينظر الفقرة (2) أولًا. من الضوابط رقم (13) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية المرقم (2) لسنة 2014 والتي تنص على أنه : " أولًا. 2- القائمة التجارية: وهي وثيقة تصدر من الشركات المنتجة أو المصدرة للبضاعة وتتضمن وصف دقيق للبضاعة من حيث (إسم المنتج، نوعه، عدد الوحدات " سعر الوحدة "، المبلغ الكلي للبضاعة وأسم المستورد وعنوانه)".

(5) ينظر: الفقرة(2) أولًا من الضوابط رقم (14) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية المرقم (2) لسنة 2014 والتي تنص على أنه : " ثانيا . 3- ا- إعتماد الأسعار النهائية للمواد على ضوء أسعار البورصة يوم فتح العطاءات ".

(6) ينظر: الفقرة(ص) أولًا. من الضوابط رقم (1) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية المرقم (2) لسنة 2014والتي تنص على أنه : " " يعول على السعر المدون كتابة في حال أختلافه مع السعر المدون رقماً كما يعول على سعر الوحدة في حالة عدم صحة مبلغ الفقرة".

6- السعر الإجمالي : يتم في هذه الحالة إعتماد الثمن الإجمالي للوحدة أو الفقرة التي تم تنفيذها وبحدود الكميات المدونة بالعقد[1].

من كل ماتقدم يمكننا القول، حسنًا فعل المشرع العراقي باتخاذه مسلكًا متطورًا مواكبًا لتغيرات التجارة العالمية ومتأثرًا بالأتفاقيات الدولية ولاسيما مبادئ اليونيدروا بإعتماده معايير جديدة مستحدثة كمعيار المعقولية أو أسعارالبورصة العالمية، وهذا الإتجاه ينّم عن التطور في الفكر القانوني العراقي الجديد بعد عام 2003.

أما القانون المدني الفرنسي فلقد إعتمد معايير معينة لتحديد الثمن في العقود وكالتالي:

1- سعر السوق :

في حال سكوت طرفي العقد، أو عدم وجود الإرادة الصريحة في تحديد الثمن، فأن ذلك لايمنع إحتمال وجود أتفاق ضمني في سياق البيع التجاري، وبالتالي فأن القاضي يسترشدّ من ملابسات القضية إلى اتجاه نية الأطراف بإعتماد سعر السوق من وقت إبرام العقد أو وقت تسليم البضائع، والقاضي يستوحي ذلك من معطيات خارجية مثل التعامل السابق بين الطرفين، مع أعتبارات أخرى مثل حسن النية والإنصاف[2].

2- السعر العادل:

في حال غياب الإرادة الصريحة للأطراف في تحديد الثمن في العقود الدولية لاسيما في عقود التوريد طويلة الأجل، فأن هذا لايمنع من إمكانية تحديده لاحقًا عند تنفيذ العقد، بالإستناد على نية الأطراف الحقيقية وإعتمادهم معيار(السعر العادل)[3].

---

(1) ينظر الفقرة(ق) أولًا من الضوابط رقم (1) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014والتي تنص على أنه : " أذا وردت فقرة أو فقرات لم يدون سعرًا إزائها في العطاء المقدم ففي هذه الحالة تعد كلفة تلك الفقرة أو الفقرات وبحدود الكميات المدونة إزائها مشمولة بالسعر الإجمالي للعطاء".

(2) ينظر المرجع التالي باللغة الفرنسية:

Corbisier Isabelle. La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Réflexions comparatives. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 40 N°4, Octobre-décembre 1988. P 774. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1988_num_40_4_1327

(3) ينظر المرجع التالي باللغة الفرنسية:

Corbisier Isabelle.. source précédente. P 775.

3- تحديد الثمن وفق معيار تعاقدي موضوعي:

ويقصد بالمعيار التعاقدي الموضوعي، إنه في حال عدم وجود شرط موثّق في بنود العقد المبرم مابين الطرفين عن الثمن المحدد، أو كان ذلك البند غير موجود أو كان غير قانوني، حينها يتدخل القضاء في إستجلاء إرادة الأطراف في مسألة تحديد الثمن من أي دليل ضمني في تعاملاتهما، وما يعزز ذلك تأكيد السوابق القضائية الفرنسية على ضرورة ديمومة العقد بالرغم من الظروف المحيطة به [1].

4- تحديد الثمن من قبل الطرف الثالث:

أشارت المادة (1592) من القانون المدني الفرنسي إلى إمكانية تحديد الثمن من قبل طرف أجنبي عن العقد ويكون بمثابة وكيل عن الطرفين، حيث يتم الإتفاق مسبقًا على شخص يقوم بتقدير الثمن ويتم إدراج هذا الشرط في العقد المبرم بينهما، وفي حال رفضه لهذه المهمة يصار إلى تعيين شخص أخر لتنفيذها، ويكون رأي (المثمّن) ملزماً للطرفين[2]. كذلك نلاحظ أن المادة (386/ 2) من القانون المدني الفرنسي تناولت تلك المسألة حيث نصت على أنه :" ويجوز أن يفوض تعيين الثمن إلى شخص ثالث وفي هذه الحالة إذا امتنع أو عجز الشخص الثالث عن تقدير الثمن فلا ينعقد البيع"[3]. وبالرغم من عدم وجود نص مماثل بالتشريع العراقي، فلا يوجد مانع من ترك أمر تحديد الثمن من قبل أجنبي من قبل المتعاقدين؛ كونه لايتعارض مع النظام العام والأداب العامة، خاصة وأن الفقرة الاولى من المادة (527) مدني عراقي، تجيز أقتصار التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد[4].

و في هذا الخصوص تبنتّ المحكمة المدنية التجارية (القطرية) في قرارها المرقم (8) لسنة 2016 المبدأ التالي:" أختيار المقّيم قد جاء صحيحاً وفقا لعقد تأسيس الشركة، ولما هو متفق عليه في عقود البيع الثلاثة المشار إليها، فيكون تقييمّه للثمن ملزماً لأطرافها وفقاً لما إتجهت إليه إرادتهم

---

(1) ينظر المرجع التالي باللغة الفرنسية:
Corbisier Isabelle.. source précédente. P 775.

(2) ينظر المرجع التالي باللغة الفرنسية:
Corbisier Isabelle. source précédente. P 775.

(3) **د. محمد محمد الخطيب**، إلتزامات المشتري في البيع الدولي، المصدر السابق، ص 118.

(4) **د. سعيد مبارك، وآخرون**، الوجيز في العقود المسماة، المصدر السابق، ص 80.

الصريحة الواضحة ..."[1].إذ يتضح من قرار المحكمة التمييزية أعلاه عدم إعتراضها على تقييّم الثمن من قبل الاجنبي الذي اختاره أطراف العقد وتبنت المحكمة نتيجة تقييمّه للثمن وأيدت حجيتة وألزامية تقييّمه للثمن لكل الاطراف بما فيهم المحكمة المختصة بأستناد القاضي لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين "[2]. وأختلف الفقهاء بخصوص تكييف عمل الأجنبي المفوض بتقدير الثمن فمنهم من أعتبره(محكماً) والبعض الآخر أعتبره (خبيراً) والبعض الآخر أعتبره (وكيلاً) والباحث ليس بصدد تفسير تلك الآراء، والمهم لدينا أمران، الأول هو أن الثمن الذي يحدده الأجنبي يكون ملزماً للمتعاقدين، والثاني في حال إعتذاره لايستطيع المحكّم أجباره على إكمال مهمته، وفي هذه الحالة يختار المتعاقدان شخصاً آخرًا لهذه المهمة[3].

ثانيًا- معاييرتحديد الثمن طبقاً لمبادئ اليونيدروا:

وضعت مبادئ اليونيدروا في المادة (5-1-7) أربعة معايير لتحديد المقابل أو ثمن البضائع في بيوع عقود التجارة الدولية في حال لم تحدد الاثمان صراحة في العقد الدولي، وهي كالآتي:

1- **الثمن السائد:** من المعتاد في عقود التجارة الدولية أن يتم تحديد ثمن السلع صراحةً، أو الإتفاق على معايير لتحديده لاحقًا، وخلاف ذلك فإن الفقرة (1) من المادة أعلاه إفترضت أن الأطراف أحالت الثمن إلى المقابل المؤرخ عند أبرام العقد في البيع التجاري المتفق عليه، أو الإحالة إلى الثمن المعقول[4].

2- **تحديد الثمن من قبل أحد طرفي العقد** : في حالات معينة قد يكون من الصعوبة تحديد الثمن مقدمًا، ويترك تقديره لاحقاً وقت التنفيذ، ولتجنب تعسف الطرف القوي، فتخول هذه الفقرة المحكّمين بأحلال الثمن المعقول[5].

---

[1] ينظر: القرار التمييزي رقم (8) لسنة 2016، (محكمة التمييز الدائرة المدنية والتجارية)، منشور على الموقع الألكتروني المتاح (الميزان البوابة القانونية القطرية) www.almeezan.qa، تاريخ الزيارة 2020/12/20 .

[2] نصت المادة (147) من القانون المدني المصري على أنه : " (العقد شريعة المتعاقدين فلايجوز نقضه اوتعديله, الاباتفاق الطرفين او للاسباب التي يقرها القانون ", وفي نفس المعنى الفقرة اولا من المادة 150 من القانون المدني العراقي حيث تنص على انه : "1- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ". يقابلها: المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي حيث تنص على أنه : " الإتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة لمن عقدوها مقام القانون "

[3] **د.راقية عبدالجبار علي**، عقد البيع دراسة في القانون المدني البحريني(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص104-105.

[4] **د. أمية علوان، وآخرون** ، مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، المصدر السابق وينظر: الفقرة (1) من المادة (5-1-7)، مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود الدولية لعام 2004، ص 141.

[5] **مبادئ اليونيدروا**، المصدر السابق، ينظر: الفقرة (2) من المادة (5-1-7) ، ص142.

3- تحديد الثمن من قبل أجنبي يتفق عليه المتعاقدان :

في هذه الحالة يتفق الطرفان على تفويض طرف ثالث لتقدير الثمن، ويكون عقد البيع معلقاً على شرط واقف هو تحديد الثمن من قبل (المثمّن)، ويسري بأثر رجعي من تأريخ تعيين المفوض وليس من تأريخ تقييّم الثمن، ولايتدخل القاضي في تحديد الثمن في حال إمتناع المفوض أو موته أو أصابه عيب من عيوب الإرادة، ويرجع الطرف المتضرر على المفوض في حال شاب إرادة المفوض عيب ما، أما الطبيعة القانونية لعمل المفوض بتحديد الثمن فالراجح أعتباره وكيلاً عن المتبايعين[1]. وأشارت إلى ذلك الفقرة 3 من المادة (5-1-7) من مبادئ اليونيدروا[2].

4- تحديد الثمن بالإعتماد على عناصر خارجية :

تنص الفقرة الرابعة من المادة (5-1-7) من مبادئ اليونيدروا لسنة 2004، على أنه : " إذا كان المقابل واجب تحديده بالإحالة الى عناصر غير موجودة أو لم تعد موجودة أو متاحة، فيستبدل بها أقرب عنصر لها "، بمعنى أن تحديد الثمن يتم وفق معيار خارج إتفاق الأطراف أوغيره من المعايير السابق ذكرها، وبالإحالة إلى مؤشر منشور أو أسعار البورصة[3]، وفي هذا السياق نذكر رؤية البنك الدولي وتوقعاته بإنخفاض الضغوط على مصادر الطاقة لعام 2021 والتوقع بإرتفاع أسعار البترول بمتوسط سعر يتجاوز 44 دولاراً للبرميل الواحد قياساً بمتوسط السعرالتقريبي لعام 2020 الذي وصل 41 دولاراً للبرميل الواحد، كذلك من توقعاته الزيادة في أسعار الغاز الطبيعي والمعادن[4]. والباحث يجد أن تحديد الأسعار بهذه الطريقة من قبل البنك الدولي، يعتبراً معياراً أخر يمكن أن يضاف إلى بقية المعايير سالفة الذكر.

---

(1) **نورة النجدي،عائشة المنصوري**، الثمن، بحث منشور على الموقع الالكتروني المتاح juhoud.weebly.com ، تاريخ الزيارة 2020/12/1، بلا سنة، بلاصفحة .

(2) ينظر: الفقرة (3) من المادة (5-1-7)، مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود الدولية لعام 2004 .

(3) مبادئ اليونيدروا لعام 2004 المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 143، كذلك ينظر: الفقرة (4) من المادة (5-1-7)، مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود الدولية لعام 2004.

(4) توقعات البنك الدولي لمتوسط اسعار البترول، مقال منشورة في جريدة العرب الإقتصادية على الموقع الألكتروني المتاح www.aleqt.com تاريخ الزيارة 2021/1/4.

ثالثًا. معاييرتحديد الثمن في عقود الإنشاءات الدولية (FIDIC):

تعرف عقود الفيديك (FIDIC Contracts) بأنها:"عقود نموذجية وضعها الأتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين FIDIC[1]، وتتضمن الشروط العامة والخاصة لأنماط مختلفة من عقود البناء والتشييد، وتحقيق التوازن بين حقوق وإلتزامات أطرافها، وتحدد مراكزهم القانونية بهدف تنظيم أعمال البناء، وتوحيد القواعد القانونية المطبقة بشأنها، ويمكن إستخدامها على نطاق واسع لأنواع مختلفة من المشاريع الهندسية الدولية والمحلية"[2].

ومما تقدم يمكن توضيح معايير تحديد الثمن في العقود الإنشائية الدولية وكالآتي:

1- تحديد الثمن في العقد (الجزافي):

ويمكن تعريف العقد الجزافي على أنه:" العقد الذي يغطى فيه الثمن الإجمالي مجموع الأعمال موضوع العقد، وأن الجزافية لاتقف حائلاً دون مراجعة الثمن في العقد، أوالاتفاق على أنه يجوز للمتعاقدين تعديل ومراجعة الثمن في بعض الحالات"، وعليه لايقتصر الثمن في العقد الجزافي على موضوع العقد حصرًا بل يمتد الى شروط تنفيذه، بحيث إذا عدّلت شروط تنفيذ العقد في هذه الحالة يحق للمقاول المطالبة بالثمن التكميلي كون المقاول لايتحمل الخطر غير المحدد، وفي حال تمّ تعديل المعطيات الأولية – الأساس في إقرار الثمن – من قبل ربّ العمل، فللمقاول الحق في إعادة تقدير الثمن المتفق عليه مسبقاً[3]. ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي وضع ثلاثة شروط لتحديد أجرة المقاولة منها أن يحدد الثمن إجماليًا غير قابل للزيادة أو النقصان وأيضًا أن يتفق على تصميم محدد، وأخيرًا أن العقد يبرم مابين المقاول الأصلي ورب العمل تحديداً[4].

---

(1) **الفيديك (FIDIC)**: "جاءت كلمة فيديك من تجميع الأحرف الأولى للتسمية الفرنسية (FederationInternationale Des Ingenieurs Conseils)، وتعني الأتحاد الدولي للمهندسين الأستشاريين وهو الأطار المؤسس الذي يصدر ويطور مجموعة من أهم العقود في مجال أعمال المقاولات بمختلف انواعها، تأسس عام 1913 بمساهمة ثلاث جمعيات اوربية للمهندسين الاستشاريين هي جمعية الاستشاريين البلجيكية (CICB) والجمعية الفرنسية للمهندسين الاستشاريين (CICF) والجمعية السويسرية للمهندسين الاستشاريين (ASIC)، ونظرا لتأثر النظامين البلجيكي والسويسري بالفكر الفرنسي، جاءت التسمية باللغة الفرنسية". للمزيد من التفاصيل يراجع: **أ.م.د.علي مطشر عبدالصاحب**، المطالبات في عقود الانشاءات(الفيديك)، المصدر السابق، ص284.

(2) **د. سمير حامد عبدالعزيز الجمال**، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون، العدد (52)، أكتوبر2012، ص28.

(3) **د. مصطفى الحبشي** ، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 204

(4) **وسيم جبار ابراهيم الشمري**، تعديل الأجر في عقد المقاولة دراسة في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد (12)، العدد (4)، 2014، ص249.

كما يحق للمقاول (The Contractor) المطالبة بالتكاليف الأضافية بالأضافة إلى الأرباح، عن طريق تقديم أخطار إلى المهندس وفقًا للبند (1/20) من عقد الفيديك حيث جاء فيها الحق بالمطالبة بالتالي:" أ- المطالبة بتمديد الوقت. ب- المطالبة بالتكاليف الأضافية مع نسبة من الأرباح"[1].

2- تحديد الثمن على أساس النفقة الفعلية :

في هذا المعيار يتمّ الإتفاق على تحديد البدل بثمن التكلفة مضاف إليها عادة المصروفات مع نسبة من الربح المعقولة، وعليه إذا كان كل من ثمن الكلفة و نسبة الأرباح معلومة فلا مانع من تحديد الثمن بهذه الطريقة[2]، ويتم تحديد الثمن وفق آلية أخذ متوسط النفقة الفعلية للأنتاج يضاف اليها هامش أو نسبة للربح، وبناءً على ذلك تكون قيمة العقد أو الثمن معروفاً عند أبرام العقد، بمعنى أنه يتم الجمع بين حجم النفقات الفعلية التي يتكبدها المقاول لأجل التنفيذ المطلوب طبقاً للمواصفات المحددة سلفاً وبين نسبة تغطي النفقات العامة للمقاول وهامش نسبة الربح[3].

3- تحديد الثمن على أساس الوحدة:

إن آلية تحديد الثمن في هذه الحالة تتمّ حسبّ مراحل أنجاز العمل، إذ يقدمّ المقاول بيانات عن أنجاز كل وحدة أو مرحلة بنائية مع تفاصيل عن الأجور أو ثمن تكلفة تلك المرحلة، كجزء من البدل أو التكلفة الكلية للمشروع، ويتم صرف الثمن إلى المقاول بعد التسليم، ووفق الشروط المتفق عليها مسبقًا[4]. إن هذا المعيار يعتمدّ على أساس الوحدات أو الأمتار بحيث يكون لكل خدمة أو وحدة ثمن خاص بها، ويحددّ الثمن النهائي على أساس تجميع ثمن الوحدات التي نفذت حقيقة، والوحدة يمكن أن تتمثل في كمية معينة من المواد (طن من الأسمنت مثلاً) أو وحدة معينة للبناء (ساعة أو يوم أو اسبوع أو كمية معينة من عناصر البناء المكتمل) أو (متراً مكعباً من الخرسانة المسلحة) وتحدد كراسة الشروط جميع التفاصيل المتعلقة بهذه الوحدات وتوصيفها وعمل جدول بالثمن المحدد لها[5].

---

(1) ينظر المرجع التالي باللغة الأنجليزية:
-Bank Harmonised Edition, Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER, Multilateral Development, June 2010, P9.

(2) **أ.م.د. علي مطشر عبدالصاحب**، المطالبات في عقود الانشاءات(الفيديك)، المصدر السابق، ص 21.
(3) **د. مصطفى الحبشي**، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 206.
(4) **أ.م.د. علي مطشر عبدالصاحب**، المصدر نفسه، ص22.
(5) **د. مصطفى الحبشي**، المصدر نفسه، ص 206.

4- تحديد الثمن على أساس مقياس تحديد ثمن الوحدة أوالكمية :

تمتاز هذه الطريقة بقيام المهندس الإستشاري بأعتماد مقايسة طبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها، وتضم هذه المقايسة الكميات المطلوب تنفيذها من مختلف الأعمال الداخلة في عملية البناء والتشييد، بالتالي يضم الثمن الأجمالي مجموع القيم لمختلف الكميات التقديرية مضروبة في أثمانها، وتكون القيم الحقيقية هي التي تقاس على الطبيعة والتي تضرب في أثمانها، وبعد جمعها يتم تحديدّ الثمن الحقيقي والذي يلتزم به ربّ العمل في مواجهة المقاول[1]. وحسب الشروط العامة الواردة في عقد (الفيديك) يكون سعر الوحدة المناسبة للبند كما هو محدد له في العقد، فاذا لم يكن هذا البند موجوداً، يعتمد سعر الوحدة لبند مشابه، وفيما عدا ذلك فانه يلزم تحديد سعر وحدة مناسبة جديدة لبند ما من الأشغال[2].

ومما تقدم يثار للذهن السؤال التالي: ماهو دور مبدأ حسن النية في تحديد الثمن في العقود الدولية؟ والذي نجيب عنه في الفقرة التالية:

رابعاً- تحديد الثمن طبقاً لمبدأ حسن النية في العقود الدولية

أقرت جميع النظم القانونية بمبدأ حسن النية، وأستقر العمل به من قبل القانون المدني العراقي في المادة (1/150) سالفة الذكر، وتقابلها المادة (1/148) من القانون المدني المصري . وفي المعنى نفسه ذهب المشرع الفرنسي، إذ نصتّ المادة (1134) من القانون المدني على أنه:" تقوم الإتفاقيات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون .....، ويجبّ أن يتمّ تنفيذها بحسن نية "[3].

وتناول قانون التجارة الأمريكي الموحد حالة تحديد الثمن وفق مبدأ حسن النية، وتحديدًا في الفقرة (2) من المادة (305-2) والتي نصت على أنه: " 2- السعر الذي يحدده البائع أو المشتري يعني الثمن الذي يجب أن يحدده بحسن نية"[4].

---

(1) **د. مصطفى الحبشي** ، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية(دراسة مقارنة)، المصدر نفسه، ص 212.

(2) ينظر المرجع التالي باللغة الأنجليزية:

-Bank Harmonised Edition, Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER, previous source,P45.

(3) القانون المدني الفرنسي بالعربية، ترجمة : شبيب مقلّد، وآخرون، الطبعة العربية، جامعة القديس يوسف، بيروت، 2012، ص1060.

(4) ينظر : الفقرة (2) من المادة (302-2) من قانون التجارة الأمريكي الموحد على الموقع الالكتروني التالي:

- legal information Institute, Uniform Commercial Code, Posted on the available website, Date of visit, 3\7\2021.

وأدناه النص باللغة الإنجليزية:=

وتزداد أهمية هذا المبدأ في المعاملات المالية خاصة في عقود التجارة الدولية، لما يقتضيه هذا التعامل من ثقة وصدق وأمانة في أبرام تلك العقود وتجنب الحيلة بقصد الأضرار بالأخر[1].

وتناولت إتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة 1980 هذا المبدأ وتحديداً في المادة(7) والتي نصتّ على أنه: " يراعى في تفسير هذه الإتفاقية صفتها الدولية، وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان أحترام حسن النية في التجارة الدولية ".

وهنالك معيارين لمبدأ حسن النية في تحديد الثمن المفتوح، وهما معيار المعقولية ومعيار النزاهة في التعامل ويمكن إيضاحهما وكالآتي:

1- معيار المعقولية في تحديد الثمن:

إن آلية تقدير الثمن في القانون المدني العراقي والمصري على أقل تقديريجب أن تتمّ بإتفاق طرفي العقد، فلا يصح أن يستقل أحد الطرفين بتحديد الثمن، ولايشترط أن تكون القيمّة محددة إبتداءً، بل يكفي الإتفاق على تحديدها لاحقاً كتعيين (المثمّن) لتحديد الثمن[2]. وتبنتّ معظم التشريعات الوطنية مبدأ المعقولية[3] ومنها المشرعّ العراقي، إذ أشار في القانون المدني النافذ إلى العديد من التطبيقات نذكّر منها ماجاء في المادة (2/146) في بيان نظرية الظروف الطارئة والتي نصتّ على أنه:" إذا طرأت حوادث أستثنائية....جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام إلى الحد المعقول..."[4]. كما أشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 إلى إعتماد السعر العادل والمعقول[5]. كذلك تناول المشرع الفرنسي هذا المبدأ في المادة

=2-305. Open Price Term.

(2) A price to be fixed by the seller or by the buyer means a price for him to fix in good faith.

(1) **مها محسن علي السقا**، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 96.

(2) **د. السنهوري، عبدالرزاق أحمد**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، المصدر السابق، ص370.

(3) يعرف معيار **المعقولية** بأنه:" المعيار الموضوعي أو المجرد في ضبط الإنحراف فيعني قياس الإنحراف بسلوك شخص معتاد مجرد محاط بنفس ظروف الفاعل دون الإكتراث بشخص من وقع منه الفعل الضار" **نقلًا عن: د. عبدالمجيد الحكيم، وآخرون**، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المصدر السابق، ص 216.

(4) يقابلها: المادة (1/29) مدني مصري، والتي نصت على أنه:" .... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد الى الحد المعقول..."

(5) نصت المادة (1-3-5) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 في بيان طرق التعاقد، على أنه:" تعتبر المنافسة الكاملة والعلنية المنطلق والطريقة الأساسية في التعاقد، ويجب على سلطة التعاقد قبل إطلاق المنافسة تقدير سعر إحالة العقد ليكون عادلاً ومعقولاً استنادا إلى الحقائق والظروف العامة".

(1195) مدني فرنسي رقم (131) لسنة 2016 والتي نصت على أنه:" إذا جعل التغير في الظروف وقت ابرام العقد التنفيذ مكلفًا....وعندعدم الاتفاق على مهلة معقولة، جاز للقاضي ..إعادة النظر في العقد...". أما في القانون التجاري الأمريكي، فنصت المادة (205/ 1/ ب) على أنه:" متى ماتطلب تنفيذ أي التزام، أن يتم خلال مدة معقولة..."[1].

أما على مستوى قوانين التحكيم الوطنية والدولية، فلم يشر قانون المرافعات العراقي إلى إعتماد معيار المعقولية في الفصل في النزاع المعروض أمام الهيئة التحكيمية، كما تناول مشروع التحكيم العراقي إعتماد قواعد العدالة [2]. ويلاحظ مما تقدم إهتمام قوانين التحكيم بمسألة مراعاة العدالة والأنصاف في حل مسائل النزاع الناشئة في العقود الدولية ومنها نزاع تحديد الثمن حيث تم تخويل الهيئات التحكيمية في تلك المسألة مع وجود مفارقة أتبعها قانون التحكيم النموذجي بعدم منح الصلاحية للهيئات التحكيمية للفصل بالنزاع وفق مبدأ العدالة إلّا إستثناءً[3]. والأطراف الذين يمتهنون التجارة الدولية يتوقع منهم الخبرة في هذا المجال، والقانون ينظر لكل شخص مهني بمعيار الشخص المعتاد ذو المهارة والخبرة، فالطرف القوي بالعقد مطالب بتنفيذ التزامه بحسن النية وتكون مسؤوليته أشدّ؛ كونه ملتزمًا بتحقيق نتيجة معينة وهي وضع ثمن محدد ومعقول للخدمة أو السلعة المراد إقتنائها من الطرف الضعيف (المشتري)، وخلاف ذلك يتسبب بالضرر للطرف الآخر[4]. ومن أجل خلق التوازن مابين المتعاقدين يستوجب الإتفاق على ثمن معقول أو(ثمن عادل)، بمعنى وضع ثمن مناسب مقابل كل سلعة في سوق معين ووقت معين؛ لكي تتساوى الأداءات[5]. كما تناول قانون التجارة الأمريكي الموحد مبدأ الثمن المعقول وتحديداً في الفقرة (3) من المادة(305 -2)[6]. وفي هذا الصددّ نذكرملخصّ القضية التالي : "في قضية

---

(1) **أ.م.د. عادل شمران حميد، هديل خضير**، دور المعقولية في العقود (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت، العدد (23)، 2019، ص333.

(2)نصتّ المادة (4/39) من مشروع قانون التحكيم العراقي على أنه:" يجوز لهيئة التحكيم إذا أتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون" . يقابلها : المادة (4/39) من **قانون التحكيم المصري** رقم (27) لسنة 1994. وفي نفس المعنى ينظر: المادة (36/ د) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001. والمادة (777) من قانون التحكيم اللبناني، أصول المحاكمات المدنية المرسوم رقم 90/ 83.

(3) نصت المادة (3/28) من قانون التحكيم النموذجي على أنه :" 3- لايجوزلهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى أو كمحكم عادل منصف، الا إذا جاز لها الطرفان ذلك صراحة"

(4) **أ. م.د. يونس صلاح الدين علي**، العوامل المؤثرة على معيار المعقولية لتحديد الاهمال في القانون الانكليزي (دراسة تحليلية مقارنة بالقانون العراقي)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، العدد الأول، 2019، ص167.

(5) **عرعارة عسالي**، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المصدر السابق، ص80-81.

(6) ينظر: نص الفقرة (3) من المادة (305-2) وادناه النص الأصلي للمادة باللغة الإنجليزية:

Mathis v.Exxon corp ، والتي نظرتها محكمة الدائرة الخامسة عام 2002، إدعى بعض أصحاب الأمتياز ممن تعاقدوا مع شركة Exxon بأن الاخيرة كانت تحاول دفعهم للتوقف عن ممارسة أعمالهم عن طريق فرضها ثمناً للبنزين يتجاوز- من وجهة نظرهم - الثمن الذي يتقاضاه بقية التجار، وهذا أمر ينطوي على سوء النية من الشركة تجاههم .. وقد جاء في شهادة أحد الخبراء... أن شركة Exxon بالفعل كانت تشحن البنزين بأكثر من الثمن التجاري المعقول .....وهذا أمر يدل على سوء نية الشركة المدعى عليها .... في المقابل أدعت شركة Exxon بأنها قد حددت الثمن بحسن نية وفقاً للأسعار المعقولة تجارياً.... بالتالي ألزمت المحكمة الشركة المدعى عليها بدفع أكثر من مليون دولار لجميع التجار المتعاقدين معها، وليس التجار الذين توقفت أعمالهم جراء الحاق الضرر بهم لسوء نية تصرفات الشركة "[1]. أن المبدأ المستوحى من القضية أعلاه، أنه في حال الإخلال بمعيار المعقولية في وضع الأسعار، فأن ذلك يلحق الضرر بالطرف المقابل، مما يرتب المسؤولية على المتسبب بالضرر، حينها يلزم بدفع التعويض.

2- معيار النزاهة (شرف المهنة) :

يقصد بشرف المهنة أن يلجأ المتعاملون في سوق معينة إلى مبادئ وقيم وأخلاقيات متعارف عليها، بحيث هنالك مبادئ بالتعامل لكل مهنة يستوجب الإلتزام بها قدر الإمكان، وهذا المصطلح مرادف لمعنى (أخلاقيات المهنة)[2]. وهي أمور تتعلق بنفسية المتعامل مثل الأمانة بالتعاملات والسلوك القويمّ، والثقة التي يستوجب توافرها في كلا المتعاقدين، وتجنب الغش والخداع ، وأمور أخرى بعيدة عن نفسية المتعامل كالأعراف التجارية أو سلوك أخلاقي متبع في سوق معين[3].

وتستندّ هيئات التحكيم على معيار شرف المهنة بدلًا من معيار المعقولية، ولعل السبب في ذلك؛ لتفادي النظرفي العقود التي تقاضى البائع عنها الثمن المعقول في التجارة، وبإمكان المشتري أثبات سوء نية البائعّ وعدم إلتزامه بشرف المهنة من جوانب عديدة، ومنها إثبات أن البائع قد

=2-305. Open Price Term.

=(3) When a price left to be fixed otherwise than by agreement of the parties fails to be fixed through fault of one party the other may at his option treat the contractas cancelled or himself fix a reasonable price.

(1) **د. حيدر فليح حسن**، البيع على اساس الثمن المفتوح (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص140.

(2) شرف المهنة، مقال منشور على موقع مجلة القبس المتاح https://alqabas.com تاريخ الزيارة 2021/1/18.

(3) **عرعارة عسالي**، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المصدر السابق، ص215.

وزّع بضاعته بأثمان مختلفة للعملاء و للسلعة ذاتها من حيث الجودة والنوعية، وأخيرًا فأن تلك العملية قد تسببت بالحاق الضرر في المشتري ؛ كون العملية أدت الى التنافس غير المشروعّ مابين المشتريين[1]. وقد يحصل أن المشتري هو من يفرط بشرف المهنة فيما إذا بدر منه سوء النية، ولمّ يلتزم بإخلاقيات المهنة، مما قد يسبب إلحاق الضرر على البائعّ، وفي هذا الصدد نشير إلى القضية التالية: " أبرم (المدعي) وهو منتج مكسيكي للحلويات، عقدًا لبيع الحلويات لشركتين كوريتين (المدعى عليهما)، وبعد مرور عدة أيام على إبرام العقد، ورّد للبائع خطاب الإعتماد يتضمن طلب المشتريين بأن تكون مدة صلاحية المنتج لسنة واحدة بدل من السنتين، وأدعيا بأن هذه شروط الحكومة الكورية.....ومع ذلك لم يتم الدفع للبائع، وأتضح أنه لايوجد أي شرط حكومي كما أدعى المشتريان، علاوة على ذلك طلبا من البائع تخفيض سعر الحلويات.....وتقدم البائع بطلب أمام هيئة حماية التجار الخارجية في المكسيك، وذكرت الهيئة أن سلوك المشترين يتعارض مع مبدأ حسن النية الأساسي، وأشارت الهيئة الى أن هذا المبدأ يجب أن يسود في العلاقات التجارية للأطراف.....وعلاوة على ذلك، ذكرت الهيئة أن المشتريين لم يفيا بالتزامهما بسدادّ ثمن البضائع المتعاقد عليها طبقًا للمادة 54 من إتفاقية البيع"[2]. أن المبدأ المستوحى من القضية أعلاه هو أن التعامل على أساس مبدأ النزاهة أو شرف المهنة لايقتصر على البائع فقط، بلّ يتعداه ليشملّ المشتري أيضًا، وخلاف ذلك يعدّ مخلًا بإلتزامه، وتترتب عليه المسؤولية. ويتضح مما تقدم أن معايير تحديد الثمن في العقود الداخلية تختلف عن تلك المعايير المعتمدة في العقود الدولية وأن وجد تشابه في بعض منها.

المطلب الثاني

دّور تحديد الثمن في مرحلة تكوين العقود الدولية

إن تحديد الثمن في العقود الدولية له دورٌ بارزٌ فيها، من ناحية أن له مكانة متباينة مابين الأنظمة القانونية المختلفة، كما وأن الإخلال به من قبل أحد طرفي العقد الدولي يحققّ المسؤولية المدنية بالطرف المخلّ، والتي نتناولها في هذا المطلب والذي نقسمه إلى فرعين، نبين مكانة تحديد الثمن في الأنظمة القانونية في الفرع الأول، ومن ثمّ نبين الإخلال بتنفيذ الإلتزام بدفع الثمن المحدد في الفرع الثاني وكالآتي:

---

(1) **د. حيدر فليح حسن**، البيع على اساس الثمن المفتوح (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص142.

(2) للإطلاع على تفاصيل القضية ينظر: القضية المرقمة (1184) كلاوت، كلاوت، المتعلقة بأتفاقية البيع الدولي فيينا 1980، هيئة حماية التجارة الخارجية في المكسيك، بتاريخ 30 تشرين الثاني/ نوفمبر 1998 المتاحة باللغة الانكليزية على الموقع الألكتروني المتاح http://cisgw3.law.pace.edu تاريخ الزيارة 2021/1/18.

الفرع الأول

مكّانة تحديد الثمن في الأنظمة القانونية

تتباين مكّانة تحديد الثمن في الأنظمة القانونية اللّاتينية عن مكّانته في الأنظمة القانونية الأنجلوأمريكية، وإتفاقية البيع الدولية، والتي نتناولها في هذا الفرع من خلال تقسيمه على ثلاث فقرات، نبين مكّانة تحديد الثمن طبقًا للتشريعات في البند الأول، ومن ثم نبين مكّانة تحديد الثمن طبقًا للتشريع الأمريكي في البند الثاني، ومن ثمّ نبين مكّانة تحديد الثمن في إتفاقية فيينا للبيوع الدولية 1980في البند الثالث، وكالتالي:

أولًا- مكّانة تحديد الثمن طبقًا للتشريعات

غني عن البيان أن للعقد ثلاثة أركان، الرضا والمحل والسبب وفق القواعد العامة ، ومحل عقد البيع يتمثلّ بالمبيع والثمن، وعند تخلّف أي ركن من أركان العقد فيعتبر العقد باطلًا، و من شروط محلّ التزام المدين أن يكّون موجودًا، ومعينًا، ومشروعًا[1]، والبيع من العقود التي ترتب إلتزامات متبادلة لطرفي العقد فهنالك ألتزام بذمة البائع محله المبيع، وإلتزام آخر في ذمة المشتري محلّه الثمن، والأصل في العقود أن يتم تحديد الثمن مسبقاً، وعن موقف المشرع العراقي من تحديدّ الثمن، إذ أشارت المادة (526) مدني عراقي إلى وجوب أن يكون الثمن معلومًا[2]، ولقد عالج المشرعّ العراقي حالة عدم تحديد الثمن من قبل أطراف العقد من خلال المادة (528) مدني عراقي سالفة الذكر. ونلاحظ هنالك وجود تعارض في موقف المشرع العراقي فيما يخص مسألة تحديد الثمن في العقد إذ ورد في المادة (2/526) والتي تنص على أنه: " ويلزمّ أن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معينًا تعيينًا نافيًا للجهالة الفاحشة"، بينما نصت المادة (528) من القانون نفسه على أنه:" اذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع ..."، ووجه التعارضّ يتمثل بأن المادة (526) تشترط تعيين الثمن تعيينا نافيًا للجهالة وخلاف ذلك يبطل العقد، بينما المادة (528) لم تشترط ذلك، إذ أعطت المادة (528) الفسحه أمام القاضي بالركّون إلى قصّد المتعاقدين وإعتماد السعر المتداول، ولايشترط تحديد الثمن إبتداءً وقت إبرام العقد، ويمكن الإتفاق على المعايير التي يحدد الثمن على أساسها لاحقًا، طبقًا لماجاء في المادة (1/527) مدني عراقي،

---

(1) **أ. د. عبدالمجيد الحكيم، وآخرون**، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المصدر السابق، ص 97-98.

(2) **د. سعيد مبارك، وأخرون**، الموجز في العقود المسماة، المصدر السابق، ص 71. كما نصت المادة (2/526) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 على أنه : " 2- ويلزم أن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة "

ويشترط أن توضع تلك المعايير على مستوى من الثقة والجدية بشكل يجعلها نافية للجهالة وبالتالي لاتسبب حصول تنازع في المستقبل، وعلى أن لاينفرد أحد طرفي العقد في تحديد الثمن مما يجعل من الطرف الضعيف تحت رحمته، كذلك لايجوز ترك تحديد الثمن إلى مابعد إبرام العقد وإلّا اصبح البيع لاغيًا[1]. ومما يعزز تلك المكّانة هو ماجاء من تأكيد في الوثائق القياسية ، إذ تمّ إلزامّ مقدّمي العطاءات في المناقصات الحكومية، وتحديدًا في المادة (18 -1) من وثائق العطاء النموذجية للمناقصات التنافسية العامة لعقود(تسليم المفتاح) لتنفيذ الاشغال العامة الموضوعة من قبل وزارة التخطيط لسنة 2014[2]، على أن يكون الثمن شاملًا أو جزافيًا، بمعنى أن يكون ثمن العطاء شاملاً لإلتزامات المقاول كافة المدونة في بند العقد طبقاً للشروط القياسية مضاف لها الضرائب والكمارك أوأية رسوم أخرى، ويتوجب على مقدم العطاء الأخذ بنظر الأعتبار جميع الظروف التجارية والفنية، فالثمن الثابت المعين من قبل المقاول لايمكن خضوعه للتعديل، بينما هنالك بعض الأجور أو التجهيزات بالأمكان تعديلها بالمستقبل، بشرط أن يذكرذلك في العقد تفصيلاً[3]، ووفق الضوابط رقم (2) لسنة 2014 فيشترط أن لّايزيد العطاء المقدم عن 10% من الكلفة التخمينية وفي حالّ تجاوزه هذه النسبة فيشترط موافقة وزارة المالية لتغطية الزيادة وتتم العملية بصورة علنية[4].بينما جاء تحديد الثمن في وثائق المناقصة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة 2014 معيارًا لجدية الاشتراك في المناقصة[5]، أما بالنسبة لثمن أو أسعار العطاء المقدمة في عقود تجهيز السلع في العقود الحكومية لجمهورية العراق، إذ يجب أن يكون إجمالياً وفق جدول مسعر بالكميات المراد تجهيزها للمؤسسة الحكومية، ويجب أن تكون هذه الاسعار أو ثمن السلع ثابتًا خلال مدة التنفيذ بمعنى تكون غير قابلة للتعديل مهما طرأت

---

(1) **د. غني حسون طه**، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع) ، المصدر السابق، ص187-188.

(2) نصت المادة (18 /1) من الوثائق القياسية في العقود الحكومية لوزارة التخطيط العراقية لسنة 2014 على أنه: " .... يتعين على مقدمي العطاءات تقديم اسعارهم لتنفيذ الأشغال كاملة شاملة التجهيزات الآلية (أن وجدت) والمعدات والخدمات كمسؤولية متكاملة واحدة وعليه يجب ان يكون مبلغ العطاء شاملا لالتزامات المقاول كافة المحددة أو تمت الأشارة اليها بصورة معقولة في وثائق المناقصات ".

(3) ينظر : كل من الفقرات التالية: (1-2-3-4-5) من المادة (18) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة 2014 من شروط الوثائق القياسية لعقود تسليم المفتاح.

(4) **د. نبيل عبد شعيبث المياحي**، الوثائق القياسية في العقود، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (4)، المجلد (4)، العدد (2)، الجزء(2)، لسنة 2019، ص 107.

(5) نصت المادة (4- أولًا - أ) : من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم (2) لسنة 2014 على أنه : " يحدد ثمن المجموعة الواحدة من وثائق المناقصة (التحريرية أو الالكترونية) بسعر يتناسب مع كلف إعدادها وأهميتها ويؤمن الجدية في الا شتراك بالمناقصة ويقدم وصل الشراء مع العطاء".

الظروف مالم يوجد نص يسمح بذلك[1]. مما تقدم يتضح بأن المشرع العراقي أولى أهمية بالغة لمسألة تحديد الثمن سواء بالقانون المدني أم في أجراءات العقود الحكومية أم الشروط القياسية للمناقصات لمقدمي العطاءات سواء كانت بتجهيز السلع أو تقديم الخدمة، ولاحظ الباحث أن هنالك عقوداً يبقى فيها ثمن الأشياء ثابتا لايقبل التعديل، وهنالك عقود أخرى قابلة للتفاوض في مسألة تحديد الأسعار، ومهما يكن من أمر فلا يبطل العقد الخالي من الأتفاق على الثمن إذا كان من المفترض الأتفاق على معايير لتحديده لاحقًا.

أما عن مكانة الثمن في القانون المصري، إذ جاء في المادة (133) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه:"1- إذا لم يكن محل الإلتزام معينًا بذاته وجب أن يكون معينًا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلًا". 2- ويكفي أن يكون المحل معينًا بنوعه فقط إذا تضمن العقد مايستطاع به تعيين مقداره،....". فالثمن محل إلتزام المشتري يجب أن يكون معينًا تعيينًا نافيًا للجهالة وإلا عدّ العقد باطلًا[2]. وجاءت أحكام تحديد الثمن في عقد البيع في القانون المدني المصري في المادتين (423 و424)، حيث نصت الأولى منهما على أنه:" 1- يجوز أن يقتصر الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد"، إذ بينت هذه المادة أسس تقدير الثمن، وهي عديدة، ومنها تقديره من قبل طرف أجنبي (المثمّن)، الذي يتفق عليه طرفي العقد وقت التعاقد ويكون بمثابة وكيلٍ عنهما[3]. بينما أشارت المادة (424) مدني المصري إلى أنه:" إذا لم يحدد المتعاقدان ثمنًا للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما". يتضح من هذه المادة الركون إلى قصد المتعاقدان في اعتماد سعر سوق معين قد أعتادا على التعامل به مسبقًا[4]. والأصل في القانون المدني المصري، أن العقد لايبطل في حال لمّ يتم تحديد الثمن من قبل المتعاقدين متى ما تبين أن المتعاقدين قد نويا إعتماد السعر السائد في التجارة أو السعرالذي أعتادا على التعامل به[5]. ومايعزز ذلك تبني محكمة النقض المصرية للمبدأ التالي ومفاده:" وأن كان الثمن يعتبر ركنًا أساسيًا في عقود البيع إلّا أنه على مايستفاد من نص المادتين (423و424)

---

(1) ينظر : الفقرة (1-3-6) من المادة (14) المتضمنة اسعار العطاءات والحسومات من الوثائق القياسية لوزارة التخطيط للعقود الحكومية العراقية النافذة بتأريخ 2016/7/1.

(2) **د. أسامة أبوالحسن مجاهد**، مشكلة عدم تحديد الثمن في بعض العقود طويلة المدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص3.

(3) **المستشار. أنور طلبة**، نفاذ وانحلال البيع، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2007، ص107.

(4) **د.محمد عبدالظاهر حسين**، تحديد الأثمان في العقود الأولية (دراسة في بعض الأنظمة القانونية)، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص44.

(5) **د. نبيل إبراهيم سعد**، العقود المسماة(البيع)، المصدر السابق، ص169.

من القانون المدني لايشترط أن يكون الثمن معينًا بالفعل في عقد البيع، فأذاماخلا العقد المكتوب من قيمة الثمن مع تضمينه إقرار طرفيه بأن البيع قد تم نظيرثمن نقدي دفعه المشتري وقبضه البائع فلايبطل البيع..."[1]. والثمن في القانون المصري أما أن يحدد صراحةً أو ضمنًا طبقًا للمادة (424) مدني مصري أعلاه[2].وهنا يتبادر لذهننا السؤال التالي، هل أن مسألة عدم بطلان العقد لعدم تحديد الثمن فيه أو عدم الأتفاق على معايير لتحديده لاحقًا هي قاعدة عامة لدى المشرع المصري، أم يوجد إستثناء على تلك القاعدة؟

إن القضاء المصري وبعدّ أن كان لّا يجيز بطلّان العقد في حال عدم تحديد الثمن فيه، جاء بقرارٍ جديد نسفّ ماكان مسلّم به في السابق، إذ تبنت محكمة النقض المصرية المبدأ التالي:".... إذا لم يتفق المتعاقدان صراحةً ولّا ضمناً على تحديد الثمن أو على جعله قابلاً للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركنًا أساسيًا من أركانه"[3]. إذ يتضح من هذه القضية بأن القضاء المصري غيرّ من وجهة نظره من مسألة تحديد الثمن في العقود، وأعتبرالعقد الذي يخلو من تحديد الثمن أو الاتفاق على معايير لتحديده بالمستقبل، عقدًا باطلًا.

ومايعززّ مكّانة تحديد الثمن في القانون المصري، هو إعتماده كمعيارّ لتمييز المناقصة الدولية عن المحلية، وحسب ماوردّ في المادة (4) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 التي نصتّ على أنه:" يكون التعاقد بطريق المناقصة محلية فيما لاتزيد قيمته على أربعمائة الف جنيه .... "[4]

وخلاصة القول أن المشرع العراقي أتخذ منحى مغايرًا للمنحى الذي أتبعه المشرع المصري، بإعتبار مسألة تحديد الثمن بمثابة الخط الأحمر الذي لايمكّن تخطيه، إذ ينبغي تحديدّه صراحة أو ضمنًا، وهو ركنٌ جوهريٌ من أركان العقد وبالتالي فإن أي تقصير في هذا المنحى يعرضّ العقد إلى البطلان.

---

(1) ينظر: الطعن رقم(526 س55ق)، محكمة النقض المصرية، في 9/5/1991، نقلًا عن: **المستشار. أنور طلبة**، نفاذ وانحلال البيع، المصدر السابق، ص107.

(2) **د. محمد محي الدين إبراهيم سليم**، تحديد الثمن في عقد البيع، المصدر السابق، ص12-13.

(3) ينظر: حكم محكمة النقض المصرية بلا رقم ، بتاريخ 20 مايو 2008، المنشور على الموقع الألكتروني المتاح http://www.soutalomma.com تاريخ الزيارة 2021/1/6. وفي نفس الصددّ، ينظر: الطعن رقم (948) لسنة 53 ق جلسة 1986/11/27، نقلًا عن : مقال منشور على جريدة اليوم السابع على الموقع الألكتروني المتاح https://www.youm7.com تأريخ الزيارة 2021/1/6.
وينظر: الطعن المرقم (7201) في 9 مارس 2017، (محكمة دار القضاء العالي)،مصر، المنشورعلى الموقع الألكتروني المتاح https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/، تأريخ الزيارة 2021/1/6.

(4) **أ.م. د. وسام صبار العاني**، القيود الواردة على إجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة العامة، المصدر السابق، ص 264-265.

أما المشرع المصري فأن عدم تحديد الثمن لايبطل العقد، إذا كان بإمكان القضاء إستجلاء قصد المتعاقدين من الظروف المحيطة بالعقد وإتجاه نية الطرفين بإعتماد السعر السائد بالسوق، وخلاف ذلك يعّد العقد باطلاً إذا أستعصى على القضاء التوصل إلى قصّد أو نية الطرفين. لكن لاحظنا بالأونة الأخيرة أن القضاء نقضّ ماكان مسلم به بالقانون المدني المصري، حين عدّ تحديد الثمن أو الأتفاق على معايير لاحقة لتحديده ركناً جوهرياً بالعقد وبخلافه لاينعقد العقد.

أما عن موقف المشرع الفرنسي من تحديد الثمن، إذ تباينت المواقف تبعًا للقضاء الفرنسي. فلقد كان من المسلّم به تحديد الثمن في العقود المختلفة، وخاصة في العقود طويلة المدة القائمة على توريد السلع أو تقديم الخدمات كونها عقوداً يطول فيها الزمن بالإستناد الى المادة (1129) من التقنين المدني الفرنسي والتي تنص على أنه:" أن الشيء محل الإلتزام يجب أن يكون محددًا على الأقل من حيث نوعه ، وأنه يجوز أن يكون مقدار الشيء غير مؤكد، بشرط أن يكون قابلًا للتحديد" حيث يستوجب تحديد الثمن وبخلافه يبطل العقد بطلانًا مطلقًا وليس نسبيًا[1]. بمعنى أن المشرع الفرنسي يعدّ العقد باطلًا في حال عدم تحديد الثمن فيه. وما يعزز ذلك تبني محكمة النقض الفرنسية وبتاريخ 27 نيسان لعام 1971، المبدأ التالي:" أن العقود المبرمة مابين العاملين في المضخات وشركات البترول عقود باطلة بسبب عدم تحديد الثمن فيها"[2]، إذ جاء قرارها بإعتماد تحديد محلّ العقدّ طبقًا لحكم المادة (1129) مدني فرنسي سالفة الذكر[3]. وهنالك موقف لمحكمة النقض الفرنسية أبطلت به عقد يخلو من تحديد الثمن بالإستناد إلى المادة (1591) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه: " ثمن البيع يجب أن يكون محددًا ومعينًا بواسطة الأطراف "، وبعد الإنتقادات الموجهة لهذا الحكم من قبل القضاء والفقه الفرنسي[4] بعد ذلك عدّلت من موقفها خصوصًا بعد حكّمها الشهيربتاريخ 12/1/ 1995 وقضت بأنه:" عدم تحديد الثمن في عقد الأطار لايترتب عليه بطلانه وإذا كان هنالك تعسّفٌ في تحديد الثمن؛ فأن ذلك لّايترتب عليه سوى الفسخ أو التعويض بحسب كل حالة " وعلى هذا الأساس فلن تشترط محكمة النقض الفرنسية بعد ذلك

---

(1) **د. أسامة أبوالحسن مجاهد**، مشكلة عدم تحديد الثمن في بعض العقود طويلة المدة، المصدر السابق، ص18.

(2) ينظر المرجع التالي باللغة الفرنسية:

Corbisier Isabelle. La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Réflexions comparatives. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 40 N°4, Octobre-décembre 1988. P 779.

(3) **أ.د. جعفر محمد جواد الفضلي** ، عقد الإطار(دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (8)، السنة الحادية عشر، العدد (28)، السنة 2006، ص5.

(4) **د. عطيه سليمان خليفة، عباس موسى الياس**، عقد الإطار والقانون الواجب التطبيق عليه ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (1)، العدد (16)، 2013، ص132.

تحديد الثمن مسبقا في عقود التوريد[1]. ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني الفرنسي بتعديلّه الأخير أخذ بفكرة (مضمون العقد)، إذ أدمج كل من محل وسبب العقد في فكرة واحدة؛ ولكي يصبح العقد صحيحًا فيشترط توافر أركانه الثلاثة والمتمثلة برضا الطرفين، والأهلية وأن يكون مضمون العقد مشروعاً ومحددًا، وتبعًا لما جاء في المادة (1128) المعدلّة[2] وفق المرسوم (10) فبراير لسنة 2016 لتحل محل المادة (1108) الملغاة[3]. والباحث يجد أن إستغناء التعديل الفرنسي الجديد عن فكرة محلّ وسببّ العقد جاء ليؤكد عدم الحاجة إلى ذكر (ثمن العقد) الذي كان ركنًا جوهرياً في العقد قبل التعديلّ، إذ يكفي أن يكون مضمون العقد مشروعًا أو صحيحًا لإتمامه وتنفيذه، وهذا الموقف يطابق موقف إتفاقية فيينا لعام 1980 وتحديدًا في نص المادة (55).

ثانياً ـ مكانة تحديد الثمن طبقًا للتشريع الأمريكي

أما عن موقف المشرع الأمريكي من تحديد الثمن في العقود، إذ يتم إعتماد الثمن المعقول أو مايقصد به الثمن الساري وقت تسلّم البضائع أومايسمى طبقاً للقانون التجاري الموحد الأمريكي(Uniform Commercial Code) ، بشرط الثمن المفتوح(open price term)[4]. ولّايعدّ تحديد الثمن فيه ركنًا جوهريًا من أركان البيع، بالتالي لايؤول مصير العقد إلى البطلان

---

(1) **أ.م.د. علي شاكر البدري، غسق خليل ابراهيم الياسري**، الخطأ في عقد المعلوماتية الاطاري، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة العاشرة، العدد (2)، السنة 2018، ص 152.

(2) تنص المادة (1128) على أنه:" يُعد ضروريًا لصحة العقد : 1- رضا الطرفين، 2- أهليتهم للتعاقد، 3- موضوع مشروع وممكن". والنص الأصلي المادة (1128) من المرسوم الجديد كالتالي:

Art. 1128 '' Sont nécessaires à la validité d'un contrat :
- Le consentement des parties ;
- Leur capacité de contracter ;
- Un contenu licite et certain. ''

(3) فباستقراء المادة (1108) من القانون المدني الفرنسي نجدها تنص على : إعتماد نظرية السبب التقليدية .

" Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation."

(4) **د. أكرم محمد حسين**، الاخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص152.

في حال تخلف شرط تحديده، طبقًا لما جاء في المادة(2-305) من القانون أعلاه، وإعتبار الثمن إستنادًا إلى نية طرفي العقد، بإعتماد الثمن المعقول أومايعرف بظاهرة البيع المفتوح (open price contract)[1]. وتأكيدًا على ذلك جاء في القسم (302:1:b) من القانون أعلاه، والذي نصّ على أنه : " ...يجوز لأطراف العقد بالأتفاق تعديل المعايير التي يتم من خلالها قياس تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه متى ما كانت المعايير المتفق عليها غير معقولة بشكل واضح "[2]. بينما جاء في الفقرة الرابعة من القسم أعلاه على أنه : " وعندما يقصد المتعاقدان أن لايلتزما بالعقد الا اذا تم تحديد الثمن لكن لم يتم تحديده فعندها لّاينعقد العقد، ويجب على المشتري في هذه الحالة أن يرد جميع البضائع التي كان قد أستلمها فعلًا، واذا تعذر عليه ذلك وجب دفع قيمتها المعقولة في وقت التسليم، ويجب على البائع بالمقابل أن يرد أي جزء من الثمن كان قد قبضه على الحساب "[3]. ويمكن أن نسوق بعض الحالات التي لايحدد فيها الثمن إبتداءً من العقود ذات الثمن المفتوح وكالآتي: " أولًا. سكوت العقد عن تحديد الثمن، أي تركّ العقد من دون الإشارة لعملية تحديدّ الثمن أو الأتفاق على أسس لتحديده لاحقاً، وهنالك عدة إحتمالات لتلك المسألة وكالآتي:" 1- قد يكون الطرفان نسيا الإتفاق على تحديدّ السعر تماماً . 2- قد يقصدّ الطرفان تحديد الثمن بالمستقبل مع بقاء العقد ساري المفعول"[4].

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الأمريكي تعامل بمرونة وخصوصية مع المبادئ القانونية، ولاسيما في نطاق التعاملات التجارية، إذ تبنى فكرة تحرير العقد، وتطور مبدأ سلطان الإرادة، وتطبيق

---

(1) **عباس سلمان محمد علي**، أحكام الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2021، ص28. ونصت المادة (2-305) UCC على أنه:" عند عدم تحديد الثمن، فأن الثمن المعقول هو الثمن الساري وقت تسليم المبيع وهو مايسمى بشرط البيع المفتوح(open price contract)".

(2) ينظر: النص الأصلي للمادة (302:1:b) UCC، باللغة الأنجليزية وكالأتي:

1-302. Variation by Agreement.

(b) The obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care prescribed by [the Uniform Commercial Code] may not be disclaimed by agreement. The parties, by agreement, may determine the standards by which the performance of those obligations is to be measured if those standards are not manifestly unreasonable. Whenever [the Uniform Commercial Code] requires an action to be taken within a reasonable time, a time that is not manifestly unreasonable may be fixed by agreement.

(3) **د. حيدر فليح حسن**، المصدر السابق، ص 133-134.

(4) ينظر : المصدر أدناه باللغة الانجليزية :

- Prosser,William L, " open price in contracts for the sale of Goods",(1932). Minnesota law review,2523.

سياسة (دعه يعمل) والتي كان من نتائجها الإعتراف لطرفي العقد بحق تعديل إشتراطاتهم العقدية بالمستقبل زيادةً أو نقصاناً، وفي مسألة تحديد الثمن يستعين القاضي بقواعد التفسيروالإرادة الضمنية لتبيان قانون العقد الذي أرتضاه طرفي العقد، مع إعتماد مبدأ حسن النية[1].

أما عن وجه الأختلاف مابين تحديد الثمن في القوانين الوطنية ومنها التشريع العراقي ومابين تحديد الثمن في القانون الأمريكي، إذ لايعترف القانون التقليدي ومنها القانون العراقي بصحة العقد الذي يفتقر الى عنصرّ الثمن، والعقود التي تتعامل مع السعر المفتوح (Open price contracts) في نظرها غير صحيحة، أما المشرع الأمريكي فقد أفترض إتجاه النية الى إعتماد السعر المعقول عند سكوت العقد عن تحديد الثمن، إذ يتبنى القاضي فكرة السعر المعقول إذا تأكد من وجود نية لدى طرفي العقد من الأرتباط بالرغم من عدم تناول مسألة تحديد الثمن في بنود العقد[2]. بالتالي لايبطل العقد الذي يخلوّ من ذكرّ عنصر الثمنّ، ومن هذا المنطلق، إذ تمثل رغبتهم بالأستمرار بالعلاقة العقدية بالرغم من عدم تحديد الثمن إبتداءً أو الإتفاق على معايير تحديده لاحقًا، دليلًا على رضاهم الضمني على ثمن معقول يسوّد سوق معينة متفق عليها ضمنًا، وأعتبارًا من وقت تسليم البضائع للمشتري.

ثالثاً - مكانة تحديد الثمن طبقًا لإتفاقية فيينا للبيوع الدولية 1980

إستنادًا إلى المادة (53) من إتفاقية فيينا لعام 1980 يلتزم المشتري بالوفاء بالثمن، إذ نصت على أنه : " يجب على المشتري بموجب شروط العقد وهذه الإتفاقية أن يدفع ثمن البضاعة وأن يتسلمه " ويتم الوفاء بالثمن عند تسليم البضاعة للمشتري ولاتثور أي إشكالية قانونية عندما يكون الثمن محدداً، لكن الإشكالية تظهر عند عدم تحديد الثمن أو عدم الأتفاق على آلية معينة لتحديده، ولقد تعاملت إتفاقية فيينا مع الحالتين، وهما حالة تحديد الثمن، وحالة عدم تحديده في العقد، وهذه الإزدواجية في التعامل مع تحديد الثمن نجدهما في المادتين(14 و 55) سالفتي الذكر، حيث يعزى سبب هذه الإزدواجية إلى إختلاف الأنظمة القانونية في تنظيم عنصر الثمن[3]. ووفقاً لأحكام المادة (14) من الإتفاقية وفيها يتم تحديد الثمن تحديدًا نافيًا للجهالة مما لايتيح الشك فيه؛ كونه يدخل ضمن الإيجاب الموجه للطرف الآخر في عقد البيع بالإضافة إلى تعيين البضائع، بمعنى أن كل من الثمن والبضائع يتم تحديدهما في إيجاب البيع في العقد صراحةً أو ضمنًا من خلال الإتفاق

---

(1) **د. محمد عبدالظاهر حسين**، تحديد الأثمان في العقود الأولية (دراسة في بعض الأنظمة القانونية) ، المصدر السابق، ص121-123.

(2) **د. محمد عبدالظاهر حسين**، المصدر السابق، ص123- 124.

(3) **موكه عبدالكريم**، الثمن في عقود التجارة الدولية، المصدر سابق، ص 30-31.

على معايير لتحديد الثمن عند تنفيذ العقد[1]. وخلاف ذلك لايؤثر في صحة العقد بمعنى لايبطل العقد، إذ يعتمد سعر السوق في حال سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن، ويتضح ذلك جلياً من نص المادة (55) من الإتفاقية نفسها[2]. وتعد هذه الحالة خروجاً عن القواعد العامة لتنظيم عقود البيع المحلية والدولية والتي يعتبر فيها الثمن ركناً جوهرياً لأنعقاد العقد وبإنعدامه يعد العقد باطلاً؛ لكن بالنظرللتطور الحاصل بتعاملات التجارة الدولية، مما استدعى الحاجة إلى المرونة بالتعامل، مع مراعاة ماقد يطرأ من التقلبات الأقتصادية الحاصلة بالسوق وما قد يسببه من خطر تذبذب الأسعار، وإستجابة لرغبة الأطراف بالتعاقد من دون الحاجة الى تحديد الثمن، إذ يستلزم الأخذ بالتفسير الواسع للمادة 14من الإتفاقية أعلاه، وفي حال عدم ذكر الثمن، أوخلّوه من بيان الأسس لتحديده لاحقًا، يفترض الأخذ بالحلول الضمنية التي أسستها المادة (55) من الاتفاقية نفسها[3].

ونخلص من كل ماتقدم أن مسالة تحديد الثمن تختلف إختلافًا كليًا في العقود الداخلية عنها في العقود الدولية، من حيث أنه في العقود الداخلية أذا كان من المقرر أن يتفق المتعاقدان صراحةً على تحديد الثمن أوضمنًا بالاتفاق على معايير لتحديده لاحقًا ولم يتحقق ذلك فمصير العقد يؤول إلى البطلان المطّلق . أما في العقود الدولية والتي تتمتع بظرف خاص يستوجب ديمومة تلك العقود، ولأهميتها كونها تنطوي على قيّم مالية كبيرة، فإذا سكت المتعاقدان عن الإشارة إلى تحديد الثمن يبقى العقد صحيحا، إذ يتمّ الركون إلى قصد المتعاقدين، بمعنى أن العقد لايبطل في حال السكوت عن تحديد الثمن؛ كون إتفاقية البيع الدولي (فيينا) قد وضعت الحل لهذه المسألة طبقا للمادتين(14 و55) سالفتي الذكر، إذ يمكن للهيئات التحكيّمية إستجلاء الحلول، عند نشوب النزاع مابين طرفي العقد الدولي بما يخص مسألة تحديد الثمن. وإستجابةً للتعاملات التجارية الدولية، والتي تتطلب المزيد من المرونة في التعامل، فلقد جاءت فكرة السعر المفتوح لتكون أكثر ملائمة مع واقع التجارة الدولية، في حال سكوت المتعاقدين، أو أغفلا عن تحديد الثمن؛ على إعتبارأن المتعاملين في تلك العقود قد اتفقا مبدئيا على كل الشروط ومن ضمنها الثمن المعقول وفق مبدأ حسن النية، إذ لّم يعدّ من الضروري إدراجه في بنود العقد طالما أتجهت النية إلى إعتماد معيار

---

(1) نصّت المادة (1/14) من اتفاقية فيينا لسنة 1980 على أنه : " يُعتبر إيجاباً أيُّ عرض لإبرام عقد إذا كان موجّهاً إلى شخص أو عدّة أشخاص معيَّنين، وكان محدَّداً بشكل كاف وتَبيَّن منه اتجاهُ قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول. ويكون العرضُ محدَّداً بشكل كاف إذا عَيَّنَ البضائعَ وتضمَّنَ صراحةً أو ضمناً تحديداً للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما ".

(2) نصّت المادة (55) من اتفاقية فيينا لسنة 1980 على أنه : " إذا انعقدَ العقد على نحو صحيح دون أن يتضمَّن، صراحةً أو ضمناً، تحديداً لثمن البضائع أو بيانات يمكنُ بموجبها تحديدُه يُعتبر أنَّ الطرفين قد أحالا ضمناً في حالة عدم وجود ما يخالف ذلك، إلى السعر الاعتيادي الموجود وقتَ انعقاد العقد بالنسبة لنفس البضائع المبيعَة في ظُروف مماثلة في نفس النوع من التجارة " .

(3) **موكة عبد الكريم**، الثمن في عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص33.

معين لتحديد الثمن، طبقاً للقانون التجاري الأمريكي الموحد الذي أعتمدّ مبدأ المعقولية في تحديد الثمن، وهو تطور ملحوظ في القانون الأمريكي الذي ينّم عن الواقعية في التعاملات التجارية، وهنالك عدة بديهيات لايمكن تغاضيها، تساعد في حل النزاعات في مسألة تحديد الثمن، كالتعامل المسبقّ مابين المتعاقدين أو السعر الجاري للسوق أو تحديده طبقاً للعرف التجاري، أو أعتماد معيار المعقولية والمتمثل بمتوسط الأسعار في حال تعدد الأسواق، وخلاف ذلك يتم رفضّه من قبل المحكّمين ، بمعنى أن الهيئة التحكيمية تطبقّ ماتراه معقولًا وترفض ماعدا ذلك. ومايؤكد رأينا أعلاه، هوماجاء في المادة (302 / 2) من القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC)[1]. ولعلّ مايجذب إنتباه القارئ، أو بإمكانه أن يطرح التساؤل التالي، ماهو الخطأ لدى أطراف عقود التجارة الدولية، الذي يؤدي إلى مسؤولية الطرف المخطئ أو المخلّ، أو يقود إلى نشوب منازعات بخصوص تحديد الثمن، وعند ذاك يلجأ المتخاصمون إلى التحكيم حصرًا لتسوية هذا النزاع المتأتي عن خطأ أحد الأطراف.كذلك يمكن أن نطرح التساؤل الآخر بهذا الصدد وهو، هل أن القواعد العامة للمسؤولية هي ذاتها قابلة للتطبيق على هذا النوع من المنازعات، وهذا ما سنجيب عنه في الفرع التالي:

الفرع الثاني

الإخلال بتنفيذ الإلتزام بدفع الثمن المحدد

تترتب المسؤولية العقدية على كلٍ من البائع والمشتري في عقود التجارة الدولية في حال إخلالهم بالتزاماتهم المتعلقة بالثمن المحدد في تلك العقود، والتي نتناولها من خلال هذا الفرع، والذي نقسمه على ثلاث فقرات، نبين المسؤولية المترتبة عن إخلال البائع بالمطابقة في البند الأول، ومن ثم نبين المسؤولية المترتبة عن إخلال المشتري بالوفاء بالثمن في البند الثاني، ومن ثم نبين الإخلال المبتسرفي البند الثالث وكالتالي:

---

[1] وجاء نص المادة (302 /2) من القانون التجاري الامريكي الموحد (UCC) والنص باللغة الأنجليزية كالآتي:

- " 2-302. Unconscionable contract or Clause.
- (2) When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination".

أولاً - المسؤولية المترتبة عن إخلال البائع بالمطابقة

ويمكن بيان مسؤولية البائع في الإخلال بالمطابقة وكالتالي:

1- إلتزام البائع بالمطابقة:

ويقصد بالمطابقة هو أن البائع يلتزم طبقاً للعقد المبرم بين المتعاقدين، بتسليم المشتري البضائع التي تعهد بها مسبقاً من حيث الوصف والكمية والنوع، وأشارت إتفاقية فيينا1980 الى عنصر المطابقة عن طريق تحديد آليات لفحص البضائع وجعلت من المطابقة مستقلاً عن التسليم، حيث يلتزم البائع بتسليم البضائع خالية من العيوب والنقص وكذلك يجب تسليمها بالوقت المحدد؛ لكي لايفوت المشتري الكسب الذي كان الدافع أو الباعث له من وراء هذا التعاقد[1]. ويلتزم البائع طبقًا لإتفاقية فيينا لعام 1980 التزام مزدوج، أحدهما بتسليم البضائع والثاني بتسليم المستندات، إذ جاء في المادة (30) من تلك الإتفاقية والتي نصتّ على أنه:" يجب على البائع أن يُسلم البضائع والمستندات المتعلقة بها وأن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية"[2]. ويتبين من نص المادة أعلاه أن التزام البائع بالتسلّيم يجب أن يطابق مضمون العقد. وخلاف ذلك تتحقق المسؤولية وكما وردّ في المادة (74) من الإتفاقية أعلاه[3]، والأصل أن ينفذ البائع التزاماته بالمطابقة للبضائع بحسن النية سواء كانت مطابقة مادية كتسليم البضائع وحسب النوع والكمية المتفق عليها أم معنوية بتسليم المستندات، ويشترط أن يكون التسليم كليًا وليس جزئيًا سواء أكانت أشياءً قيمية أم مثلية، وخلاف ذلك يعد البائع مخلاً بتنفيذ إلتزامٍ جوهريٍ، مما يرتب المسؤولية على البائع ويفوت الباعث للتعاقد او المنفعة المرجوة من قبل المشتري[4].

ومن الجدير في الذكر ان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 تطرقت إلى مسألة الألتزام بالمطابقة من قبل مقدمي العطاء، إذ يتعين على جهة التعاقد أن تصّف الخصائص الفنية والأدائية للسلع المطلوبة، بالإضافة إلى الغاية أو النية من إستعمالها، والتاكيد على أنها سلع جديدة ومتطورة، تجنبًا

---

(1) **فيصل عدنان عبد شياع**، الإخطار بعيب عدم المطابقة كواجب على المشتري في ظل أتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا) لسنة 1980، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، العدد الأول، 2018، ص408.

(2) **د. جودت هندي**، التزام البائع بتسليم المبيع وفي أحكام اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (28)، العدد (2)، 2012، ص83.

(3) نصّت المادة (74) من أتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 على أنه : " يتألف التعويض عن عن مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والكسب الذي فاته نتيجة للمخالفة.....".

(4) **بوطالب هاجر**، مطابقة البضائع في عقد البيع الدولي وفقاً للقانون الفرنسي والجزائري وفي أتفاقية فيينا 1980، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2019، ص153.

لحصول النزاع مستقبلًا[1]. ويجد الباحث، حسناً فعل المشرع العراقي، إذ أن التعليمات أعلاه أحاطت قدر الإمكان بجميع متطلبات السلع المراد تجهيزها، والأهم في ذلك أن تكون جديدة ومتطورة.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، ماهو المعيار الذي يحدد المسؤولية الناشئة عن المطابقة للبضائع ؟

في بعض الأحيان قد لايحظى المشتري في عقود التجارة الدولية بفرصة لمشاهدة البضائع، أو الأطلاع عليها عن قرب، لما تمتاز به هذه التجارة من بعدّ في المسافات بين البلدان (للبائع والمشتري)، بالتالي إستغراق فترة زمنية طويلة للوصول الى مقرّ بيع البضائع، بالإضافة إلى كلفّ السفر الباهضة؛ لذلك فأن المعيارالمعتمدّ هو العقد أو المستند المبرمّ بين المتعاقدين، إذ يتم فيه التعيين الوافي لأنواع البضائع، ووصفها، وحجمها، وثمنها، التي يكون البائع ملزمًا بتنفيذها طبقًا لما أشتمل عليه من شروط، وتناولت إتفاقية فيينا للبيوع الدولية لعام 1980 في الفقرتين (1 و2) من المادة (35) موضوع المطابقة والتي نصت على أنه:" 1- على البائع أن يسلّم بضائع تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد"، بينما في الفقرة (2) لّاتكون البضائع مطابقة لشروط العقد إلّا إذا كانت:" أ- صالحة للإستعمال في الأغراض التي تستعمل من أجلها عادة بضائع من النوع نفسه، ب- صالحة للأستعمال في الأغراض الخاصة التي أحيط بها البائع علماً، صراحةً أو ضمنًا، وقت إنعقاد العقد....، جـ - متضمنة صفات البضاعة التي سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة أو نموذج، د- معبأة أو مغلفة بالطريقة التي تستعمل عادة في تعبئة أو تغليف البضائع من نوعها,..."[2].

وفي هذا الصددّ تناولت معظم قوانين التحكيم، مسألة إعتماد المحكّمين على المستندات أو الوثائق التي يقدّمها المتخاصمان، لحلّ النزاع المعروض أمامهم، ، إذ وردّ في المادة (266) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 والتي نصتّ على أنه: " يفصل المحكّمون في النزاع على أساس عقد التحكيم أو شرطه أو المستندات ومايقدمه الخصوم لهم...."[3]، أما عن موقف مشروع التحكيم العراقي

---

(1) نصت المادة (2-1-1) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على أنه:" تكون الجهة المستفيدة (أو المشتري) مسؤولة عن إعداد وصف المتطلبات بشكل كامل في مرحلة تقديم الطلب، وعليه يجب صياغة الوصف بشكل نهائي عند إعداد وثيقة المناقصة ". كما نصت الفقرة ب2 من المادة أعلاه على أنه:" يتوجب التأكد من أن تتضمن المواصفات الفنية مؤشرات واضحة تستطيع الجهة المستفيدة (او المشتري) من خلالها أن تحدد ما إذا كانت المواصفات الفنية التي يقدمها العطاء مطابقة للمواصفات المطلوبة وبالتالي تستطيع تقييم العطاء". كما نصت الفقرة ب3 على أنه:" يتوجب الطلب ضمناً في المواصفات أن تكون جميع السلع والمواد المستخدمة في السلع جديدة وغير مستخدمة". كما نصت الفقرة (ب4) على أنه:" يتوجب توضيح جميع المتطلبات والخصائص الفنية والأدائية...."

(2) **زينب عدنان توفيق**، التحفظات التي يبديها المشتري على البضاعة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (2)، العدد(4)، لسنة 2020، ص423.

(3) يقابلها كُلٍ من: المادة (3/30) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994. والمادة (30) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001. والمادة (238) من نصوص التحكيم في قانون المرافعات البحريني رقم (12) لسنة 1971.

فنلاحظ أن المادة (31) نصتّ على أنه:" ترسل نسخ مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من اللوائح أو المستندات أو أي أوراق أخرى إلى الطرف الآخر وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين نسخّ من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء أو المستندات وغيرها من الأدلة".

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، ماهو تأثير تسليم وثائق غير حقيقية أوعدم أرسال تلك الوثائق والمستندات إلى الجهات المعنية على إلتزامات المتعهد، أوعلى فاعلية التحكيم؟

يمكن الإجابة عن التساؤل أعلاه من خلال ماجاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 من فرض عدة جزاءات على المخّل بهذا الإلتزام[1]. كما هنالك إستفسار تم توجيهه إلى وزارة التخطيط العراقية ضمن (الدليل الإرشادي للإستشارات التعاقدية الحكومية)[2]، والمرقم (37) ومفاده:" في بعض العقود التنفيذية تكون مبالغ التجهيز للإجهزة الإستيرادية قليلة جداً مقارنة بمبلغ العقد الكلي، فهل يمكن الإعتماد على تقرير لجنة الأستلام بصلاحية العمل وقبول تلك الأجهزة دون المطالبة بشهادة المنشأ ؟". وكان الردّ من قبل دائرة العقود الحكومية العامة لوزارة التخطيط وكمايلي:" طالما أن جهة التعاقد طلبت من المجهز تقديم (شهادة المنشأ) للمواد المجهزة إبتداءً في شروط العقد، أصبح لزاماً على المجهز تقديم شهادة منشأ بهذه المواد وبخلافه يعتبر المجهزّ مخلًا بإلتزامه التعاقدي، وأن تقرير لجنة الأستلام بصلاحية وقبول المواد للعمل من الناحية الفنية ، يتم تحديده من خلال شهادة المنشأ لهذه المواد وطالما العقد يتضمن تنفيذ فقرات إستيرادية فأنه يخضع إلى الضوابط رقم (13) المرافقة لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 بغض النظر عن مبالغها"[3].

ويتضح مما تقدم في حال تسليم وثائق غير حقيقية، أو في حال عدم تسليمها- كشهادة المنشا- من قبل المجهز أو المستثمر تعد إخلالًا جوهريًا في إلتزاماته التعاقدية، إذ على أساسها يتم مطابقة السلع المجهزة مع المستندات الأصلية التي تعهد بها. كذلك فانها تعين المحكمين على تحديد التزامات البائع، وأن أي تقصير في هذا الجانب يحول دون إتمام مهمته بالتالي يؤثر سلبًا في إجراءات التحكيم ويحدّ من فاعليته.

---

(1) نصت المادة (1-4-9) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 المتعلقة بالأثار القانونية الناجمة عن الإخلال بالعقد بأنه:" أولا- أ- يعد المناقص الفائز ناكلا عند تحقق الحالات الآتية :- (2) عند تقديمه لبيانات غير حقيقية و بطرق غير مشروعة و مخالفة لشروط المناقصة. كما نصت الفقرة (ب) على الجزاءات المفروضة ومنها:" (1) مصادرة التأمينات الأولية الخاصة بالمناقص الناكل".

(2) يقصد **بالدليل الإرشادي للأستشارات التعاقدية الحكومية في مجال تعليمات تنفيذ العقود الحكومية** رقم (2) لسنة 2014، والضوابط الملحقة بها والوثائق القياسية وآلية الأدراج في القائمة السوداء وقائمة الشركات المتلكئة، وجاء من ضمن أهدافها (1- توفير المعلومات التعاقدية بسهولة وشفافية لكلا القطاعين العام والخاص.....), للإطلاع على التفاصيل يراجع: الدليل الإرشادي للأستشارات التعاقدية الحكومية، وزارة التخطيط العراقية، دائرة العقود الحكومية العامة، 2018. المنشور على الموقع الألكتروني المتاح https://mop.gov.iq تأريخ الزيارة 2021/4/12.

(3) يراجع : الإستفسار المرقم (37) والردّ عليه من قبل دائرة العقود الحكومية العامة في الدليل الإرشادي للإستشارات التعاقدية الحكومية، وزارة التخطيط العراقية، دائرة العقود الحكومية العامة، 2018، ص16.

أما عن موقف المشرع الأمريكي، إذ تناولّ القانون التجاري الأمريكي الموحد(UCC)، مسألة المطابقة وتحديدًا في المادة (2/313) والتي نصتّ على أنه:" إعتبار التأكيد والوعد والوصف والعينة أو النموذج المتعلق بالبضائع هي من الضمّانات الصريحة التي يتعهد بها البائع تجاه المشتري، ويصبح جزءًا من أساس الصفقة، وعليه يلّتزم البائع بأن تكون البضائع المجهزة مطابقة للوعد والوصف والنموذج الذي تم عرضه على المشتري، والعبرة بالتأكيد على قيمّة البضائع، وليس بإستعمال صيّغ رسمية كالضمان أو أن تتجه نيته لتقديم الضّمان، أما قيامّ البائع بالثناء على البضائع أو مجردّ إبداء رأيه فلا يعد من قبيل الضّمان الصريح"[1].

يتضح من نص المادة أعلاه بأن المشرع الأمريكي عدّ البائع ضامناً لألتزاماته المتعلقة بالوعد أو الوصف أو عرض نموذج معين على الطرف الآخر، بمعنى أن البائع يتوجب عليه الألتزام بالكلمة والنموذج المعروض، فمجرد الوصف للبضائع يكفي بأن يكون ضماناً للمشتري من دون التلفظ أو ذكر صيغّ الضمّان من قبل البائع، ولايعتبر مجردّ إبداء رأي البائع ببضاعة معينة أو الثناء على سلعة أخرى من قبيل الضّمان الملّزم للبائع، بمعنى أن المشتري لايحق له التمسك بالضمان اذا ما أبدى البائع ثناءه لسلعة معينة على أخرى . وفي هذا السياق نشير إلى السابقة القضائية المتعلقة بإتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (إتفاقية فيينا 1980) وكالتالي:" تعاقد بائع بولندي ومشتر ألماني على شراء جلد مدبوغ من أجل صنع أحذية عسكرية للجيش الألماني، وسلّم الجلد مباشرة إلى طرف ثالث صانع في ألمانيا، لكن المشتري الألماني لم يعاين السلعة بعد تسليمها الى الصانع . وفيما بعد. وجد المكتب الاتحادي الألماني للدفاع

---

[1] ينظر : نص المادة (2/313) من القانون التجاري الأمريكي الموحد(UCC) , وأدناه النص الاصلي باللغة الأنكليزية:

2-313. Express Warranties by Affirmation, Promise, Description, Sample.

(1) Express warranties by the sellerare created as follows:

- (a) Any affirmation of fact or promise made by the seller to the buyer which relates to the goodsand becomes part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the affirmation or promise.
- (b) Any description of the goodswhich is made part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the description.
- (c) Any sample or model which is made part of the basis of the bargain creates an express warranty that the whole of the goods shall conform to the sample or model.

(2) It is not necessary to the creation of an express warranty that the seller use formal words such as "warrant" or "guarantee" or that he have a specific intention to make a warranty, but an affirmation merely of the value of the goods or a statement purporting to be merely the seller's opinion or commendation of the goods does not create a warranty.

والتوريد التقنِيِّين أن البضاعة لاتطابق المواصفات المعينة وأخبر المشتري البائع بعدم المطابقة ..... .لذا فإن عدم مطابقة البضاعة خرق للعقد بمقتضى المادة (35) من أتفاقية البيع.....وإرتأت المحكمة مشيرة إلى مبدأ حسن النية، وإلى فتوى المجلس الاستشاري لإتفاقية البيع رقم (5)، والى حكم صادر عن المحكمة العليا النمساوية أن المشتري يجوز له، كقاعدة عامة، أن يمتنع عن الدفع نتيجة عدم المطابقة طبقاً للمواد (17و81 ثانياً 85 و86 ثانياً) من إتفاقية البيع وارتأت المحكمة، مشيرة كذلك إلى مبدأ حسن النية، أن المشتري لايسمح له أن يطلب أولاً التسليم ثم شراء بضاعة بديلة دون فسخ العقد، واجمالاً ، اعلنت المحكمة أن المشتري الذي طلب الاستبدال بموجب المادة (46) كان له الحق أيضاً في أن يمسك عن دفع الثمن إلى حين وفاء البائع بالتزاماته عملًا بالعقد"[1].

من كل ماتقدم، إذ يتضح من تفاصيل القضية أعلاه عدم التزام البائع بالمطابقة بالمواصفات المعينة بالعقد الدولي المبرم بينهما وفق المادة (35) من اتفاقية البيع الدولي، وبناءً على الحكم الصادر من المحكمة البولندية العليا، التي أقرت اخلال البائع بالمطابقة، الأمرالذي يتيح للمشتري عدم الوفاء بالثمن إلى حين تنفيذ البائع ألتزاماته.

إن مفهوم المطابقة في النظام الأنكلوأمريكي يتسع معناه بالمقارنة مع النظام اللاتيني، حيث لايكفي ألتزام البائع بتسليم بضاعة مطابقة لشروط العقد المبرم وفقًا لإتفاقية فيينا، بلّ يجب أن تكون تلك البضائع صالحة للأغراض التجارية، و يضاف لها شرط آخر وهو ضمان العيب الخفي، ومما يؤكد ذلك الأشارة اليها من خلال البنودّ الضمنية من القانون التجاري الموحد، إذ جاء في المادة (b-2-106) والتي نصتّ على أنه : "يكون سلوك أو بضائع أي طرف في التنفيذ مطابقة للعقد، أو الإلتزامات الناشئة عن العقد"[2]. وبخصوص أتساع مفهوم المطابقة في القانون التجاري الموحد فنلاحظ ان المادة (2-314) أشارت إلى ذلك من خلال بند ضمني يلتزم به البائع بضمان صلاحية البضائع للأغراض التجارية، أما الحالات التي تعد بها البضائع صالحة للأغراض التجارية فقد تناولتها الفقرة (B) من تلك المادة وكالآتي[3] :" 1- أن تمر دون معارضة

---

(1) ينظر: القضية المرقمة (1080) كلاوت، (المحكمة العليا بولندا)، بتأريخ 11آيار/ مايو2007، النزاع مابين الشركة GmbH & Co. KG ضد شركة "A Spoldzielnia Pracy"، المنشورة على الموقع الالكتروني المتاح https://www.uncitral.org/clout/clout/data/pol/clout_case_1080 تاريخ الزيارة 2021/2/6.

(2) ينظر : نص المادة ((b-2-106) من قانون التجاري الموحد الامريكي (UCC) والنص الاصلي كمايلي:

2-106. "Conforming" to Contract;

(2) Goods or conduct including any part of a performance are "**conforming**" or conform to the contract when they are in accordance with the obligations under the contract

(3) **د. اكرم محمد حسين**، المصدر السابق، ص130-131.

وفق الوصف في العقد..2- أن تكون من نوعية متوسطة وفق الوصف في العقد عندما تكون البضاعة مثلية...."

ويرى الباحث أن القانون الأمريكي أتخذ مسلكاً يثنىّ عليه، وهو الأنسب من الناحية التطبيقية، إذ يتسع فيه مجال المطابقة ليشمل حالة ملائمة البضائع للغرض المقصود من الصفقة مع ضمان العيوب الخفية، وهذا الموقف الذي انفرد به القانون الأمريكي هو خير ضامن لحقوق طرفي العقد.
ومما تقدم يتبادر لنا السؤال التالي وهو على من يقع عبء اثبات عدم المطابقة ؟

طبقًا لما جاء في المادة (39) من إتفاقية البيع الدولي فيينا 1980، يتوجب على المشتري أخطار البائع بعدم مطابقة البضائع، من وقت اكتشاف العيوب فيها خلال فترة اقصاها سنتان من تأريخ تسلّم المشتري للبضائع، مالم يتفقا على خلاف ذلك[1].

وفي هذا الصدد نعرض ملخص السابقة القضائية المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع وكالتالي: "... إن عبء الأثبات عن عدم المطابقة للبضائع المسلّمة يقع على عاتق المشتري، ولكن ما دام المشتري قد قدم دليل على دعواه، رغم إدعاء البائع أن البضائع المسلّمة كانت مطابقة للعينة المقدمة عملاً بالمادة (2/35 جـ) من إتفاقية البيع، فقد انتقل عندئذ عبء الإثبات ليقع على عاتق البائع"[2]. يتضح من القضية أعلاه أن عبء أثبات دعوى عدم مطابقة البضائع للشروط المنصوص عليها في العقد المبرم بين المتعاقدان يقع

وينظر : نص: المادة (2-314) من قانون التجاري الامريكي الموحد (UCC)وأدناه النص الاصلي للمادة:

2-314. Implied Warranty: Merchantability; Usage of Trade.

(2) Goodsto be merchantable must be at least such as

- (a) pass without objection in the trade under the contractdescription; and
- (b) in the case of fungible goods, are of fair average quality within the description; and
- (c) are fit for the ordinary purposes for which such goodsare used; and
- (d) run, within the variations permitted by the agreement, of even kind, quality and quantity within each unit and among all units involved;

(1) نصتّ المادة (1/39) من إتفاقية الأمم المتحدة للبيوع الدولية فيينا 1980 على أنه:" يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في مطابقة البضائع إذا لم يخطر البائع...". كما نصت الفقرة(2) على أنه:" ... يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في المطابقة إذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة أقصاها سنتان من تأريخ تسلم المشتري البضائع فعلًا..".

(2) ينظر: القضية المرقمة (1879) كلاوت،(المحكمة العليا بالجمهورية التشيكية)، بتأريخ 25 كانون الثاني / يناير 2005، المدعي شركة R.T. ضد شركة K. spol. s.r.o.منشور على الموقع الألكتروني المتاح https://www.uncitral.org/clout/clout/data/cze/clout_case_1879 تأريخ الزيارة 2021/2/13.

على المشتري طبقاً للفقرتين (1و2) من المادة (39) من إتفاقية فيينا لسنة 1980، وعلى المشتري تقديم مايثبت إدعائه. وخلّاف ذلك يسقط حق المشتري بالمطالبة بالمطابقة.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، ماهو الجزاء المترتب عن إخلال البائع بإلتزام عدم المطابقة. ويمكن الإجابة عنه في الفقرة التالية:

2- تخفيض الثمن:

يسعى المتعاقدان عند إبرامهما عقدٍ من عقود التجارة الدولية إلى أن تسير معاملاتهما على نحو لايسيء إلى سمعة كل منهما وذلك بتنفيذ التزاماتهما على نحو يتفق مع مبدأ حسن النية، وتحرصّ الشركات الرصينة على الحفاظ على مستواها وسمعتها في السوق العالمية؛ لكن نتيجة للمتغيرات التي تؤثر على طبيعة السوق العالمية من ظروف أقتصادية وتعديلات سياسية طارئة، والتي تربك المعاملات وتؤثر في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، وإختلاف وجهات النظر ونشوب المنازعات، مما يستدعي اللجوء إلى التحكيم ؛ من أجل تفسير العقد أو الوقوف عند قصد أو نية المتعاقدان الذي لّايخلو أحيانا من سوء النية من أحد طرفي العقد الذي يستغل هذه الفرصة كمحاولة منه للإنتفاع على حساب الطرف الأخر، مما يعرضّ العقد للتوقف وطلبً الفسخ[1]. لذلك جاءت آلية (تخفيض الثمن) كجزاء لتفادي الفسخ في عقود التجارة الدولية، ويدعمّ من أستقرارها، في حالة إخلال البائع بعدم المطابقة (الوصفية، والكمية، والنوعية)، حيث يُعيد البائع جزءًا من الثمنّ المحددّ في العقد، لقاء بضاعة معينة، إلى المشتري في حال أوفى بالثمن الكلي، بمعنى قيام المشتري بالوفاء بمقدارمن الثمن يكون ناقصًا عن مقدار الثمن الكلي للبضائع، ويستوي الأمر في حال أوفى بجزء منه أم لم يبدأ بعد بالوفاء[2]. ونلاحظ أن إتفاقية فيينا1980 وضعت عدة جزاءات على البائع المخلّ بتنفيذ التزاماته وتحديداً المواد (من45 الى 52)، أما جزاء تخفيض الثمن، فجاء في المادة (50) من الإتفاقية والتي نصتّ على أنه: " في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد وسواء أتم دفع الثمن أم لا، جاز للمشتري ان يخفض الثمن بمقدار الفرق بين قيمة البضائع التي تم تسليمها فعلا وقت التسليم وقيمة البضائع المطابقة في ذلك الوقت ..."[3].

---

(1) **د. جودت هندي**، التزام البائع بتسليم المبيع وفي أحكام اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980، المصدر السابق، ص91.

(2) **أسامة محمد حميدة** ،الالتزامات المتقابلة لأطراف البيع الدولي، المصدر السابق، ص181.

(3) ينظر: نص المادة (50) من إتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا) لعام 1980.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، هل أن المشرع العراقي أشار إلى قاعدة تخفيض الثمن؟ وللإجابة عن هذا التساؤل نقول: تناول القانون المدني العراقي هذه المسألة بالمواد (543و546)[1]. وفي حال وجد المبيع ناقصاً عند التسليم، حينها يحق للمشتري المطالبة بإنقاص الثمن، وقارن مابين المثليات التي يضرها التبعيض (كالقماش) والأخرى التي لايضرها التبعيض(كالحنطة)، ففي الحالة الأولى ميز المشرعّ مابين الأشياء المثلية التي تم تحديد ثمنها (بسعر الوحدة، حينها يخيرّ المشتري مابين فسخ العقد أو أنقاص الثمن، وفي حال تحديد الثمن (جملة) فلّا يحق للمشتري المطالبة بإنقاص الثمن مالم يتفق مع البائع على عكس ذلك، أما في الأشياء المثلية التي لايضرها التبعيض فيخير المشتري في حال وجود النقص بالمبيع أما بالفسخ أو أن يتقبل المقدار الموجود بما يقابله من ثمن سواء عين بالجملة أو بسعر الوحدة[2].

أما بالنسبة للنظام الأنكلوأمريكي فأنه أعطى أهمية للمطالبة بالتعويض، ولم يتبنى مفهوم تخفيض الثمن، على العكس من موقف القانون اللاتيني ومنها الفرنسي الذي يخول المشتري صراحة المطالبة بتخفيض الثمن[3].

والسؤال الذي يطرح بهذا الصدد، هو كيف يتم تحديد نقصان الثمن؟

تناول المشرع العراقي مسألة تحديد نقصان الثمن في المادة (565) من القانون المدني النافذ والتي تنص على أنه : " يقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة بان يقوم المبيع سالماً ثم يقوم معيباً وماكان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان"[4]. إذ يتضح من هذه المادة بأن المشرع العراقي أعتمد طريقة لتقدير إنقاص الثمن للسلع أو البضائع المعيبة من خلال حساب الفرق مابين قيمة أو ثمن السلعة قبل أن يصيبها عيب، وتقدير ثمنها بعد أن تعاب السلعة، وهذه المهمة يقوم بها أهل الخبرة في السوق من التجار، ويتبين لنا أن المشرع العراقي القى الكرة في ملعب التجار والأعراف التي يعملون بها أو اعتادوا على ممارستها ولاسيما في حل منازعات تحديد الثمن. ولايوجد نص يقابلها في القانون المدني المصري، لكن نلاحظ في قانون التجارة المصري ذكرت قاعدة تخفيض الثمن وتحديداً في المادة (101) في معالجتها لحالة مطابقة البضائع التي

---

(1) **د. سعيد مبارك، واخرون**، الموجز في عقود المسماة، المصدر السابق، ص110. ونصت المادة (543) من القانون المدني العراقي على أنه:" اذا بيعت جملة من المكيلات او جملة من الموزونات او المزروعات التي ليس في تبعيضها ضرر او من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمى ثمنها جملة او بسعر الوحدة ثم وجد المبيع
عند التسليم ناقصاً، كان المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، وإذا ظهر المبيع زائداً فالزيادة للبائع".

(2) **د. أكرم محمد حسين**، الإخلال بالتنفيذ في البيوع التجارية، المصدر السابق، ص 259.

(3) **عمار شاوي، أميرة بن قراط**، عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة ماجستير، جامعة 8 ماي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر 2015-2016، ص 123.

(4) **د. سعيد مبارك وآخرون**، الموجز في العقود المسماة، المصدرالسابق، ص 143.

يلتزم بها البائع تجاه المشتري، وفي حال إخلال البائع في هذه المسألة يحق للمشتري المطالبة بنقصان الثمن، ولايحق له المطالبة بالفسخ بإستثناء إذا ثبت عدم صلاحية البضائع للغرض الذي قصده المشتري أو الباعث للتعاقد[1]. وبالعودة الى إتفاقية فيينا لعام 1980، نلاحظ أن الآلية المعتمدة في تخفيض الثمن هي بحساب الفرق مابين قيمة أو ثمن البضائع المستلمة فعلاً من قبل المشتري و طرحها من ثمن البضائع المطابقة وقت أبرام العقد، مع عدم الإخلال بمضمون المادتين (37 و 48) من الإتفاقية أعلاه وهي حالة أصلاح الخلل من قبل البائع، حينها لايحق للمشتري المطالبة بتخفيض الثمن[2]. ونشيرإلى المادة (2-616) من القانون التجاري الامريكي الموحد (UCC)، حيث تناولت تخفيض الثمن كصورة من صور التنفيذ العيني، نتيجة أخلال البائع بالتزاماته[3]. إذ تبنى القانون التجاري الأمريكي الموحد، مسألة تخفيض الثمن كحالة يلجأ اليها المشتري في حال إخلال البائع بالتزام المطابقة أوالعيوب الخفية .

وفي الحالة موضع النظر نذكر القضية التحكيمية التالية:" أقامت شركة روسية(البائع)، دعوى على شركة إنكليزية (المشتري)، تطالبها بدفع الثمن كاملًا عن بضائع سلّمت وفقاً للعقد والفوائد المترتبة عن التقصير في دفع المبلغ المستحق عنها. وقد ردّ المشتري على ذلك بالقول أن البضائع المستلّمة لم تكن مستوفية للمعايير المطلوبة من النوعية. وأصرّ المشتري على أنه يستحق، تبعًا لذلك، الإمتناع عن دفع عشرة بالمائة من الرصيد المتبقي المستحق نظرًا لنوعية البضاعة. وفي معرض النظر في القضية، لّاحظت المحكمة أن المشتري لم يقدم شكوى بشأن نوعية البضاعة خلال المدة المبينة في العقد . ولذلك فإنه فقد الحق في الإدعاء بأن نوعيتها كانت غير مرضية، وأنه ملزم، طبقا للمادة (٥٣) من اتفاقية البيع، بأن يدفع للبائع

---

(1) **د. أكرم محمد حسين**، الإخلال بالتنفيذ في البيوع التجارية، المصدر السابق، ص 260. وفي هذا الصدد ينظر: نص المادة (101) من قانون التجارة المصري المرقم (17) لسنة 1999. أما القانون المدني الفرنسي فقد تضمن قاعدة تخفيض الثمن في حالة بيع العقارفي المادة (1617)، وأيضا تناولت هذه المسألة في المادة (1/1642) في معالجة عيوب البناء الظاهرة).

(2) **عصام هاني بردي**، العيوب الخفية في المبيع (دراسة مقارنة مابين القانون اللبناني واتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980)، رسالة الدبلوم العالي، جامعة لبنان، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، لبنان، 2017، ص100.

(3) ينظر: الفقرة (1) من المادة (2-616) من القانون التجاري الموحد الامريكي لسنة 2001 والنص باللغة الانكليزية هو:

2-616. Procedure on Notice Claiming Excuse.

(1) Where the buyer receives notification of a material or indefinite delay or an allocation justified under the preceding section he may by written notification to the seller as to any delivery concerned, and where the prospective deficiency substantially impairs the value of the whole contract under the provisions of this Article relating to breach of installment contracts (Section 2-612), then also as to the whole,

المبلغ المتبقي من ثمنها . كما قضت المحكمة أنه يتوجب على المشتري دفع فوائد التقصير عن سداد المبلغ المستحق "[1].

ويتبين لنا أن المبدأ الواضح من القضية أعلاه، هو خسران المشتري لقضيته، وعدم إمكانيته بالتمسك بعيب عدم المطابقة؛ كونه لم يلتزم بإخطار البائع وفق المدد المعينة بالعقد. لذلك خسرمسألة المطالبة بتخفيض الثمنّ الكلي.

ومما تقدم يثار التساؤل التالي، هل هنالك جزاءات أخرى تفرض على الطرف المخل بالمطابقة، أم يقتصر الجزاء على نقصان الثمن حصرًا ؟

إن الجزاء المترتب على عدم المطابقة لايقتصر على تخفيض الثمن فقط، فبالإمكان المطالبة بجزاءات أخرى كالمطالبة ببضائع بديلة، بشرط أن تصل عدم المطابقة للبضائع إلى حدّ الإخلال الجوهري وكما أشارت المادة (25) من اتفاقية فيينا إلى ذلك[2]. وفي هذا الصددّ تبنت المحكمة العليا في هولندا بقرار لها بتاريخ 11 أيار لعام 2007 المبدأ التالي ومفاده :" إن عدم المطابقة للبضائع يُعد خرقًا للعقد بمقتضى المادة (25) من إتفاقية فيينا، بيد أنه لوحظ أن عدم المطابقة هذا لايبيح طلب تسليم بضاعة بديلة بموجب المادة (2/46) من تلك الإتفاقية إلّا إذا وقعت مخالفة جوهرية للعقد بالمعنى الوارد في المادة (25) من الإتفاقية"[3]. إذ يتضح من القضية أعلاه أن هنالك جزاءات أخرى عن عيب عدم المطابقة، كالمطالبة بتسليم بضائع بديلة، والتي لم نتناولها في دراستنا كونها خارج الموضوع.

وإستنادًا إلى ماسبق يمكننا القول، تناولت إتفاقية فيينا1980 مسألة إخلال البائع بعدم المطابقة، بتنظيم جيد، إذ لم تتناول تلك المسألة اعتباطاً، وأحاطتها من جميع الجوانب، حتى يأخذ كل ذي حق حقه على أكمل وجه، فلّايحق للمشتري التمسك بعيوب عدم المطابقة ومن ثم إنقاص ثمن البضائع من دون الإلتزام بالشروط التي وضعتها الإتفاقية والمتمثلة بفحص البضائع، وإخطار البائع خلال مدد محددة وحسب طبيعة تلك البضائع، فإذا كانت سريعة التلف، فيتوجب على المشتري فحصها بأسرع مايمكن وأخطار البائع تجنباً للخسائر المحتمل وقوعها جراء إهمال هذين الشرطين، أما في حال كانت البضائع لاتتلف بمرور الزمن،

---

(1) ينظر: القضية المرقمة (465) كلاوت، (هيئة التحكيم التجاري الدولي لغرفة التجارة والصناعة للإتحاد الروسي)، بتأريخ ١٥ كانون الأول /ديسمبر ١٩٩٧، منشور على الموقع الالكتروني المتاح https://www.uncitral.org, تأريخ الزيارة 2021/2/15.

(2) **حفصة بشير محمود**، المخالفة الجوهرية في اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1980(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية،2018، ص79.

(3) ينظر: القضية رقم (1080) كلاوت، والمنشورة على الموقع الالكتروني المتاح https:documents ddsny.un.org ، نقلًا عن: **حفصة بشير محمود**، المصدر نفسه، ص79-80.

فيستوجب الفحص والأخطار خلال مدة لاتتجاوز السنتان من تأريخ تسلم البضائع، حينها يحق للبائع المطالبة بإنقاص ثمن البضائع.

ثانياً ـ المسؤولية المترتبة عن إخلال المشتري بالوفاء بالثمن

يعرف المشتري وهو :" الشخص الذي يعلن عن طلبه وحاجته للسلعة أو البضاعة موضوع التعاقد وهو مكلف بالعديد من الإلتزامات وأهمها تسلّم البضائع أو السلع المتعاقد عليها بالإضافة إلى دفع ثمنها إلى البائع "[1]. ونتعرض في هذا البند إلى مسؤولية المشتري عن الإخلال بالوفاء بالثمن المحدد وكالتالي:

1- إلتزام المشتري بالوفاء بالثمن المحدد:

يعدّ الوفاء بالثمن المحددّ في عقود التجارة الدولية، من الإلتزامات الرئيسية للمشتري، وهذا الإلتزام يقابل إلتزام البائع بتسلّيم البضائع، مما يضمّن تحقيق التوازن الأقتصادي، من حيث إنها تحقق للمشتري ضمان تسلّم البضائع، وللبائع ضمان تحصيل الثمن عن طريق فتح إعتماد مستندي بمبلغ يقابل ثمن تلك البضائع لحساب البائع، على أن يسلّم المبلغ بعد إستلام الوثائق من قبل المصرف[2].

إن من الأمور التي تجعل البائع مسؤولاً عن الخلل بالعقد هي عدم تنفيذه لأي من التزاماته التعاقدية، والآمر كذلك بالنسبة للمشتري، وعقود البيع الدولية أسوة بباقي العقود المحلية أو الدولية ترتب مسؤوليات متقابلة على المتعاقدان مما يؤدي الى أن يتحمل المشتري عبئ عدم تنفيذ التزاماته في حال تأخر أو لم ينفذ تلك الالتزامات المسؤول عنها بالعقد، ومن تلك الالتزامات هي دفع الثمن وتسلم المبيع، والذي يعنينا في موضوع دراستنا هو الألتزام بالوفاء أو بدفع الثمن أو عدم اتخاذ الاجراءات اللازمة للوفاء بالثمن كل ذلك يجعل منه مخلاً بتنفيذ التزاماته مما يلقي عبء المسؤولية على عاتقه[3]. ونشيرفي هذا الصدد إلى إتفاقية فيينا لسنة 1980 وتحديدًا في المادة (53) والتي نصت على أنه : " يجب على المشتري بموجب شروط العقد وهذه الاتفاقية، أن يدفع ثمن البضائع وأن يتسلمها". ويتضح من النص أعلاه بأن المشتري يقع على عاتقه المصاريف التي يتطلبها دفع الثمن والأخذ بالحسبان جميع الإجراءات المطلوبة طبقاً للقواعد العامة والأعراف مثل فتح الأعتماد المستندي. وفي هذا الصدد تبنت المحكمة الأسترالية العليا المبدأ التالي:" إن إغفال إنشاء خطاب إئتمان في موعده يشكل خرقا جوهريا للعقد؛ ومن حق البائع أن

---

(1) **د. حازم بيومي المصري**، الآليات الحديثة في التجارة الدولية (عقود الأونسيترال)، طبعة منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص59.

(2) **د. لطيف جبر كوماني، علي كاظم الرفيعي**، عقد البيع الدولي للبضائع، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012، ص99.

(3) **د. أكرم محمد حسين** ، الإخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية، المصدر السابق، ص150.

يلغي العقد ويسترد من المشتري ما يدعى أنه تكبده من خسائر على أثر تنصل المشتري من تعهداته أو عدم التزامه بشرط جوهري من شروط العقد"[1].

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، ماهو الثمن الذي يتوجب على المشتري دفعه ؟

من ألإلتزامات التي تقع على المشتري هي الوفاء بالثمن المسمى بمعنى دفع الثمن الذي تم الإتفاق عليه بالعقد بالإضافة الى المصاريف الأخرى أن وجدت، وبالعملة المتفق عليها كالدولار الأمريكي أو اليورو الأوربي أو غيره من العملات، أو الإتفاق على سعر صرف محدد تلافيًا لإرتفاع أوإنخفاض سعر العملة، خاصة في البيوع الدولية حيث جرى التعامل بالعملة الصعبة، أما نفقات الوفاء بالثمن فيتحملها المشتري طبقاً للقواعد العامة[2]. وأكدّ ذلك ماجاء في المادة (6-1-7) من مبادئ اليونيدروا والتي نصتّ على أنه : " 1- يجوز الوفاء بأي وسيلة مستخدمة في الظروف العادية للأعمال في مكان السداد"، إذ يتضح من هذه المادة جواز الوفاء بأي وسيلة بشرط ان تكون هذه الوسيلة مما جرى التعامل بها في محل الوفاء، وسواء كانت بالشيك أم بالنقد أم بأي عملة محددة أم عن طريق الحوالة المصرفية أو الكمبيالة...الخ من الوسائل المعتادة[3].

ومن نافلة القول، أن القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC) سلك ذات النهج أعلاه في المادة (2/304) والتي نصتّ على أنه:" يمكن تسديد ثمن البضائع أما نقداً أو بأية وسيلة أخرى"[4].

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي وهو عن مكان وزمان الوفاء بالثمن ؟

عن موقف للمشرع العراقي، وبناءً على ماورد في المادة (573) والتي نصت على أنه: " اذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد لزم أداؤه في المكان المشترط اداؤه فيه، فاذا لم يعين المكان وجب اداؤه في

---

(1) ينظر: القضية التحكيمية المرقمة(631) كلاوت،(محكمة كوينزلاند العليا استراليا)، 17 تشرين الثاني/ نوفمبر/2000، المنشورةعلى الموقع الألكتروني المتاح https://www.uncitral.org تأريخ الزيارة 2021/2/23.

(2) **سمير نصار**، عقد البيع (الأحكام العامة)، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق، 2006، ص 134.

(3) **د. أمية علوان**، وآخرون ، **مبادئ اليونيدروا**، المصدر السابق، ص 165.

(4) ينظر : المادة (2/304) من القانون التجاري الأمريكي الموحد والتي تنص باللغة الأنلكيزية على أنه :

2-304. Price Payable in Money, Goods, Realty, or Otherwise.

(1) The price can be made payable in money or otherwise. If it is payable in whole or in part in goods each party is a seller of the goodswhich he is to transfer.
(2) Even though all or part of the price is payable in an interest in realty the transfer of the goods and the seller'sobligations with reference to them are subject to this Article, but not the transfer of the interest in realty or the transferor's obligations in connection therewith.

المكان الذي يسلم فيه المبيع واذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك"، يتبين من هذه المادة أن المشرع اعطى دوراً بارزاً للأرادة، في أختيار مكان الوفاء بالثمن. وطبقاً للمادة (57) من اتفاقية فيينا، فيتم تعيين مكان الوفاء استناداً لاتفاق طرفي عقد البيع وفي حال سكت المتعاقدين عن ذلك فيتبع أحد الخيارات التالية:" أ- في مكان عمل البائع أو ب- في مكان التسليم، إذا كان الدفع مطلوباً مقابل تسليم البضائع أو المستندات"[1].

أما عن وقت دفع الثمن، فلم يتطرق المشرع العراقي صراحةً الى وقت الوفاء، إذ يتضح من المادة (571) أعلاه ان المسألة يحددها المتعاقدان بصورة عامة، أما طبقاً لاتفاقية فينا، فقد بينت المادة (1/58) الوقت بناءً على إتفاق الطرفين، أو في وقت تسليم البضائع أو الوثائق والمستندات التي تمثل تلك البضائع، حيث ساوت هذه المادة مابين التسليم الفعلي للبضائع والتسليم المعنوي للوثائق كما في البيع CIF[2].

وفي هذا الصدد نشير إلى موقف القانون التجاري الأمريكي الموحد، إذ نصت المادة (2/310) على أنه:" سواء تم الإتفاق على الدفع بالثمن المفتوح أو الدفع بطريقة بطاقة الأئتمان، فيكون دفع الثمن في وقت وزمان تسلم المشتري للبضائع، وفي حال تم إرسال المستندات من قبل البائع الى المشتري، حينها يحق للمشتري فحص البضائع قبل دفع الثمن، وبعدها يكون الثمن مستحق الأداء في زمان ومكان تلقي المشتري للمستندات بغض النظر عن مكان تسلم البضائع، مالم يتم الإتفاق على خلاف ذلك"[3]. يتضح مما تقدم

---

(1) **د. لطيف جبر كوماني، علي كاظم الرفيعي**، عقد البيع الدولي للبضائع، المصدر السابق، ص102. وفي هذا الصدد تبنت محكمة الإستئناف الألمانية المبدأ التالي ومفاده:" أن المبالغ المطالب بدفعها ....يجب دفعها في مكان عمل المدعي (المشتري) الألماني"، ينظر: القضية المرقمة (49) كلاوت،(المحكمة العليا لمنطقة دولسدروف، ألمانيا) ، الصادر بتأريخ 2تموز 1992، نقلاً عن **: د. لطيف جبر كوماني، علي كاظم الربيعي**، المصدرنفسه، ص103.

(2) ينظر: الفقرة (1) من المادة (58) من اتفاقية البيع الدولي فينا 1980.والتي نصت على انه:" إذا لم يكن المشتري ملزماً بدفع الثمن في وقت محدد، وجب عليه ان يدفع الثمن عندما يضع البائع البضائع أو المستندات التي تمثلها تحت تصرف المشتري..."

(3) ينظر المادة (2/310) من القانون التجاري الأمريكي الموحد وهذا النص كما ورد في اللغة الأنكليزية وكالتالي:

310. Open Time for Payment or Running of Credit; Authority to Ship Under Reservation.

Unless otherwise agreed

- (a) payment is due at the time and place at which the buyer is to receive the goodseven though the place of shipment is the place of delivery; and
- (b) if the seller is authorized to send the goods he may ship them under reservation, and may tender the documents of title, but the buyer may inspect the goods after their arrival before payment is due unless such inspection is inconsistent with the terms of the contract (Section 2-513); and
- (c) if delivery is authorized and made by way of documents of title otherwise than by subsection (b) then payment is due at the time and place at which the buyer is to receive the documents regardless of where the goodsare to be received; and

تطابق كل من إتفاقية فينا لعام 1980 والقانون التجاري الأمريكي الموحد فيما يتعلق بوقت الوفاء بالثمن المحدد بالعقد، سواء بوقت التسليم الفعلي للبضائع، أو وقت التسليم المعنوي للمستندات، أوبالاستناد إلى الوقت الذي يتفق عليه الطرفين.

مما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، هل إن إلتزام المشتري بدفع الثمن هو إلتزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة ؟

طبقاً للقواعد العامة، والسوابق التحكيمية، والمادة (54) من إتفاقية فيينا 1980 يتضح بأن التزام المشتري بالوفاء بالثمن هو التزام بتحقيق نتيجة."[1].

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، ماهي الجزاءات المترتبة عن إخلال المشتري بدفع الثمن؟

2- الجزاء المترتب عن إخلال المشتري بالوفاء بالثمن :

بالنسبة لموقف المشرع العراقي، إذ جاء في المادة (171) منه والتي نصت على أنه:" إذا كان محل الإلتزام مبلغًا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الإلتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزمًا أن يدفع للدائن على سبيل التعويض فوائد قانونية..."، أما بالنسبة للمشرع المصري، فتناول المسألة في المادة (226) مدني مصري والتي نصت على أنه:" إذا كان محل الإلتزام مبلغًا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزمًا بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائداً وقدرها..."[2]. كذلك أشار المشرع الفرنسي، في المادة (6/1231) من القانون المدني الفرنسي المعدل رقم (131) لسنة 2016 والتي نصت على أنه:" يلتزم الطرف المتأخر عن الوفاء النقدي المستحق، بالفائدة التي يحددها التشريع الناشئة عن التأخير، دون أن يضطر الدائن إلى إثبات أي خسارة، إذا كان التأخير بسبب سوء النية"[3]. يتضح مما تقدم اتفاق التشريعات أعلاه على إستحقاق الفوائد للطرف

- (d) where the seller is required or authorized to ship the goods on credit the credit period runs from the time of shipment but post-dating the invoice or delaying its dispatch will correspondingly delay the starting of the credit period

(1) قضت هيئة التحكيم الروسي بأنه :" أن إلتزام المشتري بدفع ثمن البضائع يتضمن إتخاذه التدابير والترتيبات التي قد يقتضيها تمكّنه من تسديد ثمن البضائع.... وخلصت الهيئة أنه كان يتوجب على المشتري أن يرسل إلى المصرف تعليمات بتحويل المبالغ المستحقة الدفع بموجب العقد، ولكنه لم يتخذ أية تدابير لضمان أمكانية تسديد تلك المبالغ بالفعل" ،ينظر: القضية التحكيمية المرقمة (142) كلاوت، (هيئة التحكيم التجاري الدولي، غرفة التجارة والصناعة بالاتحاد الروسي)، في 17 تشرين الأول / اوكتوبر 1995، المنشور على الموقع الألكتروني المتاح:
https://www.uncitral.org/clout/clout/data/rus/clout_case_142_leg ، تأريخ الزيارة 2021/2/23.

(2) **أ.م.د.عباس علي محمد، حسن حنتوش رشيد**، التعويض القانوني نظرية الفوائد، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد (6)، العدد (1)، السنة 2008، ص227.

(3) يراجع المصدر التالي باللغة الإنجليزية:

المتضرر(الدائن) جراء تأخر المدين بتسديد مابذمته من مبالغ للطرف الآخر(الدائن). والفوائد أما أن تكون قانونية بمعنى أن يحددها المشرع، أو تكون إتفاقية بمعنى أن تحددّ مسبقًا من قبل طرفي العقد، إذ حدد المشرع العراقي قيمة الفائدة القانونية مابين 4% في المسائل المدنية و5% عن المسائل التجارية ، بينما الفوائد الإتفاقية ترك خيار تحديدها للطرفين وعلى أن لاتزيد عن 7%[1]. ومن الجدير بالذكر أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 حددت غرامات تأخيرية على مقدمي العطاءات المخّلين بإلتزاماتهم[2]. أما عن موقف إتفاقية فيينا لعام 1980، فيعدّ إخّلال المشتري بإلتزامه المتمثل بالوفاء بالثمن المحدد في العقد الدولي، مخالفة جوهرية طبقًا للمادة (25)، مما يترتب على ذلك عدة جزاءات يحق على أثرها للبائع المطالبة بها، منها التنفيذ العيني أو أجبار المشتري بالوفاء بالثمن من خلال طرق معينة لذلك، كحجز السلعّ بعد تسلّيمها أو فرض غرامات تهديدية أو أي إجراء تنفيذي آخر، كتقديم طلب لحبسّ المشتري طبقًا لأحكام القانون، ومنها أيضًا حبسّ البضائع ومنع تنقلّها، أو إعادة بيعها وفق شروط محددة، كذلك له حق المطالبة بالتعويض أو الفسخ[3]. ومن الجدير بالذكر أن فرض الفوائد لم يكن من ضمن الجزاءات المترتبةعلى المشتري، بلّ جاء كجزاء لكلّا طرفي العقد، ويتضح ذلك في المادة (78) والتي نصت على أنه:" إذا لم يدفع أحد الطرفين الثمن أو أي مبلغ آخرمتأخرعليه، يحق للطرف الآخر تقاضي فوائد عليه وذلك مع عدم الإخلال بطلب التعويضات المستحقة بموجب المادة (74)". أما الجزاء الذي يتمسك به البائع وفق إتفاقية لاهاي جراء إخلال المشتري بدفع الثمن، هو التنفيذ العيني أو إعادة بيع البضائع التي أستلمها المشتري على شرط عدم التعارض مع العرف، ويصبح العقد مفسوخًا من تأريخ بيع البضائع، كما يحق للبائع المطالبة بالفسخ إذا كان عدم الوفاء بالثمن يشكل إخلالًا جوهريًا بشرط إعلام المشتري بذلك خلال فترة معينة[4].

- John Cartwright, Simon Whittaker, THE LAW OF CONTRACT, THE GENERAL REGIME OF OBLIGATIONS, AND PROOF OF OBLIGATIONS, Research published on the available website, http://www.textes.justice.gouv.fr, Date of visit 10\6\2021. P26.

(1) **أ.د. عبد المجيد الحكيم، وآخرون**، القانون المدني وأحكام الإلتزام، المصدر السابق، ص80.
نصت المادة (171) من القانون المدني العراقي النافذ على أنه:"..... أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية ...." . كما نصت المادة (1/172) من القانون أعلاه، على أنه:" يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على سعر آخر للفوائد على الا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة..."

(2) نصت المادة (1-4-8- رابعًا - أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 فيما يتعلق بالغرامات التأخيرية على أنه :" تحدد الغرامات التأخيرية من جهة التعاقد بنسبة لا تقل عن (10%) عشرة من المئة ولا تزيد على (25%) خمسة وعشرين من المئة من مبلغ العقد وعلى جهة التعاقد تثبيت تلك النسبة في الشروط التعاقدية في وثائق المناقصة والتعليمات إلى مقدمي العطاءات.

(3) **أسامة محمود حميدة**، الألتزامات المتقابلة لأطراف البيع الدولي والأحكام المشتركة بينهما، المصدر السابق، ص239.

(4) **أسامة محمود حميدة**، المصدر نفسه، ص240.

وفي هذا السياق نعرض القضية التالية :" كان النزاع متعلقاً بتخلف مشتري بلغاري عن الدفع لبائع نمساوي في حدود المهلة المتفق عليها في عقد البيع، ورأت هيئة التحكيم ...تطبيق قانون البيع الدولي وفقا للمادة (1/ ب) من الإتفاقية ...ورأت الهيئة أن المشتري قد أنتهك العقد من حيث أنه تخلف عن فتح خطاب الإعتماد غير القابل للإلغاء ..... وقضت المحكّمة للبائع بالحصول على الفائدة عن المبلغ المستحق (وفق المادة (78) من إتفاقية البيع)، ونظرًا لأن إتفاقية البيع لاتنص على سعر الفائدة، إذ حددّت الهيئة الفائدة وفقا للقانون الموضوعي المنطبق على العلاقة بين الدائنين والمدينيين المادة(2/7) .... .وفي الحالة موضع النظر رأت الهيئة أن البائع تصرف إستنادا إلى إئتمان تعين عليه ان يدفع عنه فائدة بسعر 12% وطبقت ذلك السعر نظرًا لأن البائع سيتعين عليه أن يحصل على إئتمان من أجل الإستعاضة عن الأموال المفقودة بسبب تخلف المشتري عن السداد"[1]. ويتضح من القضية أعلاه بأن الجزاء المترتب على أخلال المشتري بتسديد الثمن المحدد والمتفق عليه من قبل أطراف العقود الدولية بالوقت المحدد هو فرض فائدة قانونية، طبقًا للقانون الذي تم أختياره أو طبقا لإتفاقية فيينا 1980.

تناولنا فيما سبق حالات إخلال كلًا من البائع والمشتري، والتي تمس عنصر الثمن المحدد في العقود الدولية، والتي حتماً ستؤثر على مصير العقد في حال لم تتم معالجة تلك الحالات.

ومما تقدم يثار السؤالان التاليان ، الأول وهو إذا كنا عالجنا حالات إخلال كلاً من البائع والمشتري وقت تنفيذ العقد، فهل يمكن أن يحصل الإخلال بالإلتزامات قبل مرحلة تنفيذ العقد الدولي، أما السؤال الآخر وهو هل يحق لأحد طرفي العقد الدفع بعدم التنفيذ في حال عدم تنفيذ الطرف الآخر التزاماته؟

ويمكن الإجابة عن هذين السؤالين في الفقرة التالية:

ثالثاً - الإخلال المسبق(المبّتسر):

لمّ يشر القانون المدني العراقي صراحةً الى هذه النظرية، لكن يمكّن إستنتاجها من المادة (258/أ) والتي نصتّ على أنه: " ا- إذا أصبح تنفيذ الإلتزام تنفيذاً عينياً ممكن بفعل المدين"، كذلك نص الفقرة (د) من المادة أعلاه بأنه :" اذا صرح المدين كتابة أنه لايريد القيام بإلتزامه"، إذ تُعدُّ هاتان الحالتان بمثابة إخلالٍ مبتسرٍ بالعقد، ومن ثم تنتفي الحاجة لإعذار المدين من قبل الدائن، وفي الإتجاه نفسه سار المشرع المصري وتحديداً في المادة (220) مدني مصري[2]. ولم يتبنى القانون الفرنسي هذه النظرية؛ لكن يمكن إستنتاجها

---

(1) ينظر: القضية المرقمة (104) كلاوت (محكمة التحكيم الدولية التابعة للغرفة التجارية الدولية)، قرار نشر سنة 1993، على الموقع الألكتروني المتاح https://www.uncitral.org/clout/clout/data/oth/clout_case_104، تأريخ الزيارة 2021/2/13.

(2) **صفاء تقي عبد نور العيساوي**، الإخلال المبتسر بالعقد وأثره (دراسة في عقود التجارة الدولية)، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (14)، العدد (2)، السنة 2007، ص121.

ضمناً بالرجوع إلى المادة (1220) من القانون المدني الفرنسي المعدل رقم (131) لسنة 2016 والتي نصت على أنه:" يجوز لأحد الأطراف أن يوقف تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد معه لن يقوم بالتنفيذ عند إستحقاقه....."[1].

ومن الجدير بالذكر أن مبدأ الأخلال المبتسر تبناه القضاء الإنكليزي والأمريكي، ثم إنتقلت الفكّرة إلى إتفاقية فيينا 1980، ومؤداها أنه:" في حال صدور أي سلوك من المدين يوحي بعدّم رغبته في إتمام تنفيذ التزامه - قبل حلول الأجل المتفق عليه لتنفيذ العقد - جاز للدائن وقف تنفيذ ألتزامه مؤقتاً أو طلب الفسخ"[2].

ونشيرفي هذا الصدد إلى موقف القانون التجاري الأمريكي الموحد، إذ عالج حالة الإخلال المبتسر والأثار المترتبة عليه في المادة (2/610)، وفي حال تسبب إخلال أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامه بخسارة للطرف الآخر، حينها يجوز له وقف تنفيذ التزامه لفترة معقولة تبعاً للعرف التجاري إلى حين تنفيذ الطرف الآخر التزامه[3].

إذ يتبين مما تقدم أن النظام اللاتيني لم يتبنى نظرية الإخلال المسبق صراحة على العكس من موقف النظام الأنكلوأمريكي الذي خول الدائن وقف التنفيذ التزامه أو فسخ العقد في حال تبين له عدم مقدرة المدين على اكمال تنفيذ التزامه صراحةً أو ضمناً.

---

(1) ينظر: نص المادة (1220) من القانون المدني الفرنسي المعدل:
"Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais".

(2) أ**.م.د. ظافر حبيب جبارة**، نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في النظام القانوني الأنكلوامريكي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد (30)، العدد (1)، 2015، بلاصفحة.

(3) **ينظر: نص المادة (** 2-610) من قانون التجاري الأمريكي الموحد:

2-610. Anticipatory Repudiation.

When either party repudiates the contractwith respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may

- (a) for a commercially reasonable time await performance by the repudiating party; or.....".

وتناولت اتفاقية فيينا الإخلال المسبق في المواد (71-73)، إذ بينت المادة (71) حالة وقف تنفيذ الإلتزام من قبل البائع والمشتري، إذا تأكد لآحدهما أن المتعاقد الأخر سوف لايلتزم بالتنفيذ، بينما بينت المادة (72) حالة المخالفة الجوهرية قبل ميعاد تنفيذ العقد، أما المادة (73) بينت الآثار المترتبة على الإخلال المسبق بتنفيذ التزامات البيع على شكل دفعات[1].

أما **الدفع بعدم التنفيذ**، فيعرّف بأنه:" وسيلة يلجأ إليها العاقد في العقود التبادلية للضغط على العاقد الآخر وحمله على تنفيذ التزامه دون حاجة إلى الترافع إلى القضاء"، ولم ينص المشرع العراقي صراحة على هذه الحالة الا أنه بين في المادة (280) من القانون المدني حق البائع في حبس المبيع كأجراء لدفع المشتري للوفاء بالثمن أو العكس، أو أمتناع المقاول عن الأستمرار بالعمل الى حين أستلامه الأجر من صاحب العمل[2]. كذلك أشارت المادة (576) مدني عراقي، الى حالة حبسّ الثمن من قبل المشتري في حال وجود أسباب جدية للتعرض والأستحقاق أو في حال كشف وجود عيباً بالمبيع[3]. وفي الإتجاه نفسه تبنت محكمة التمييز العراقية المبدأ التالي ومفاده:" من حق المميّز عليه أن يحبسّ ثمن المبيع تحت يده بزعم أن البائع قد تعرض له شخصياً من أجل ضمان الرجوع على المميز لضمّان التعرض الشخصي الصادر منه وذلك إستناداً لأحكام المادة (2/280) والمادة (1/282) من القانون المدني"[4]. وأشار المشرع المصري الى هذه الحالة في المادة (161) مدني مصري، والتي نصت على أنه:" في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقمّ المتعاقد الآخر بتنفيذ ماألتزم به"[5].

أما القانون المدني الفرنسي في تعديله الأخير بالأمر(131) في 2016، تناول المسألة في المادة (1217) التي نصتّ على أنه:" يحق للطرف الذي لم ينفذ التعهد حياله، أو أنه قد نفذ بشكل ناقص أن يرفض تنفيذ إلتزامه أو يعلّق تنفيذه... أو يطلب تخفيض الثمن..."[6].

---

(1) **د. أكرم محمد حسين** ، الإخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص57-59.

(2) **د. محمد حنون جعفر**، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة واثرها في العقود الملزمة للجانبين، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، المجلد (2)، العدد (4)، السنة 2013، ص28-29.

(3) **د. عبدالعالي صالح العكيدي**، أحكام حق حبس الثمن للنظام، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبيلة، المجلد (4)، العدد (1)، السنة 2008، ص73.

(4) ينظر: القرار التمييزي رقم 92/ م2/ 2001، محكمة التمييز العراقية، بتأريخ 2001/9/6، نقلاً عن: **د. عبدالعالي صالح العكيدي**، المصدر السابق، ص71.

(5) **زينب سالم** ، الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، العدد(2)، السنة 2018، ص6.

(6) **ينظر: نص المادة (1217) \131-2016**

La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

ويلاحظ مما تقدم، أن هنالك توافقاً مابين موقف القوانين العراقي والمصري والفرنسي حيالّ مسألة وقف التنفيذ من قبل الطرف المتضرر، لكن القانون الفرنسي كانت خياراته أوسع بإضافة طلب تخفيض الثمن، وهذا الحال يوائم الواقع العملي ومتطلبات التجارة العالمية.

ومن الجدير بالذكّر أن الدفع بعدم التنفيذ في القانونيين المدنيين العراقي والمصري، لايحتاج إلى شكلية معينة كما في إجراءات الفسخ المتمثلة بعرض الأمر على القاضي وتوجيه الأعذار إلى المدين؛ كونه طريقاً من طرق العدالة الخاصة، تنتفي الحاجه معه إلى إتباع المسلك القضائي، بالنظر إلى بقاء الرابطة العقدية دون حلها، وعلى العكس من ذلك في القانون الفرنسي، إذ هنالك ثمة إجراء متبع بمسألة عدم التنفيذ والمتمثل بالإخطار، إذ ورد في المادة (1220) من الأمر(131 لسنة 2016) والتي نصتّ على أنه:" يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ ألتزامه عند إستحقاقه وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة اليه يجب أن يتم الأخطار بهذا التعليق في أقرب فرصة"، علماً أنَّ الأثر القانوني المترتب على ذلك هو أثر مؤقت يتمثل بوقف تنفيذ العقد[1].

أما عن شروط وقف التنفيذ فهي كالتالي:

1- حصول إخلال مسبقّ من قبل المدين بتنفيذ إلتزامه، بمعنى أن يتبين لدى الدائن عدم مقدرة المدين على تنفيذ إلتزامه بالمستقبل[2].
2- يجب مراعاة المعقولية من قبل الدائن في إعتقاده بعدم مقدرة المدين بتنفيذ التزامه، إستناداً إلى الفقرة (2) من المادة 609 من القانون التجاري الموحد الأمريكي والتي نصتً على أنه" أسباب أنهيار الثقة تقاس بالمعقولية (Reasonableness)"[3].

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;

- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;……".

(1) **د. لشهب حورية، زينب سالم**، الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد (2)، السنة 2018، ص19.

(2) **سميرة عبدالله مصطفى**، وقف تنفيذ الألتزام كجزاء على الإخلال المبتسر للعقد (بحث مقارن)، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد (13)، العدد (2)، السنة 2011، ص77.

(3) **أ.م.د. ظافر حبيب جبارة**، نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في النظام القانوني الأنكلوأمريكي(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، بلاصفحة.

3- أن يتعلق الإخلال بجزء هام من إلتزامات المدين، ويمكن التعرف على الإلتزام الهام من خلال ماتم الأتفاق عليه في بنود العقد، كالإتفاق على الوفاء بالثمن المحدد في ميعاد ومكان محددين، إذ يعّد هذا الإلتزام مهماً؛ كونه جاء نتيجة إتفاق طرفي العقد وتمت صياغته في العقد المبرم بينهما[1].

أما عن الأثار المترتبة على مبدأ الإخلال المسبق للعقد، فتترتب نتيجتان على ذلك وكالآتي[2]:

1- يمكن للدائن في حال تحقق المخالفة الجوهرية من قبل المدين، المطالبة بالفسخ والتعويض.
2- يحق للدائن المطالبة بتأكيد العقد ومطالبة المدين صراحةً بالعدول عن موقفه وتنفيذ إلتزامه بالوقت المحدد.

وفي حال فشل مساعي طرفي العقد الدولي في التوصل إلى حل بخصوص الثمن المحدد في تلك العقود، حينها يتم اللجوء إلى التحكيم الدولي؛ كطريق إستثنائي لتسوية هذا النزاع الحاصل نتيجة إخلال أحد طرفي العقد بالمسؤولية المترتبة عليه، وإعمالًا بمبدأ عدم توقف العقد الدولي لما تمتع به من خصوصية من حيث قيّمه المالية العالية، وطول فترة تنفيذه، وذلك بإتباع مبادئ تحكيمية منظمة متفق عليها، تحقق ضمانة وفعالية تحكيمية، تكون بمثابة رسالة إطمئنان للمستثمرين، ومن شأنها أن تزيد من ثقتهم بهذه الوسائل البديلة، مما يصب في مصلحة الدول الجاذبة للإستثمار. والتي نبينها في الفصل القادم.

---

(1) **سميرة عبدالله مصطفى**، المصدر نفسه، ص79.

(2) **يوسف عبيدات**، مبدأ الأخلال المسبق، للعقدالمعّد للتنفيذ بالمستقبل(دراسة مقارنة)، بحث منشور على الموقع الألكتروني المتاح http://repository.yu.edu.jo/ ، تأريخ الزيارة 2021/6/26. ص401-402.

الفصل الثاني

ضّمان فعّالية التحكّيم الدولي

للتحكيم دورُ بارزٌ في فض منازعات عقود التجارة الدولية وعقود الإستثمار التي تدخل الدولة كطرفٍ فيها، وأثبت الواقع العملي أن العقود الدولية كانت ومازالت تشهد تطبيقاً واسعاً ومتكرراً ومستمراً لهذا النوع من آليات فض النزاع، خاصة في مسألة تحديد الثمن في العقود الدولية. تسعى هيئات أو مؤسسات التحكيم التجاري الدولي دائمًا إلى أصدار قرارات تضمن حقوق ومصالح الخصوم، مما يدعم الثقة في هذه المؤسسات، على أن يتم تنفيذها بصورة تلقائية من طرفي النزاع، وغالبًا لاتثور مشكلة في تنفيذ تلك القرارات، و ثبت أيضاً جدوى اللجوء إلى طريق التحكيم، من حيث رغبة المتخاصمين بطرق سريعة لحل نزاعاتهم وتحاشي القضاء الوطني، حيث يفترض تنفيذ القرارات التحكيمية بحسن نية، لاسيما أن الأطراف هم من أختاروا القانون والإجراءات التحكيمية وغيره من المسائل التي تعزز من مصداقية تنفيذها، لذلك نجد أن الأتفاقيات الدولية ومعظم التشريعات الوطنية يسّرت من قابليته للتنفيذ المباشر بعد صدورها من الهيئات التحكيمية، وهنا يبرز دور الطرف الذي صدر القرار لصالحه، بإستحصال الأمر بالتنفيذ الإجباري من خلال اللجوء إلى المحكمة الوطنية المختصة، وكان لإتفاقية نيويورك لعام 1958للإعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الدور الكبير في تسهيل تلك المهمة، وعلى خطاها سعتّ معظم الدول لتطوير منظومتها القانونية التحكيمية في هذا الشأن، مما ساعد في ترويج آليات التحكيم المتنوعة وتدعيمّ فعّاليته، يضاف إلى ذلك مجموعة من المبادئ الأساسية وأهمها أحترام اتفاق التحكيم و مبدأ الأختصاص بالأختصاص...ألخ، وغني عن البيان أن معظم المحاكم الوطنية ترفض تنفيذ الأحكام التحكيمية التي لا تتلائم مع النظام العام والآداب العامة للبلد المراد تنفيذ القرار فيه[1]. ولغرض ضمان فعّالية التحكيم الدولي فلابد من إتباع عدة مبادئ ومعايير دولية من قبل طرفي التحكيم أو الهيئات التحكيمية سواء. ويلعب إتفاق التحكيم دوراً أساسياً في عملية التحكّيم ككل، فهو بمثابة الدستورالمتبعّ من قبل الهيئات التحكيمية أو المحكّمين، فهو الذي يرسم الحدود التي يتمسك المحكّم بها، والحيلولة دون تجاوزها، ويبني القضاء رقابته عليها. فان توافرت تلك الشروط نفذ الحكّم، وخلاف ذلك يبطل الحكّم؛ لكن الواقع العملي اثبت أن بطلان الحكم التحكيمي في بلدٍ ما لايعوقّ تنفيذه في بلدٍ آخر. ونتعرض في هذا الفصل إلى بيان ضمان فعّالية التحكيم الدولي، من خلال تقسيم الفصل إلى مبحثين، نبين وسائل فعّالية التحكيم الدولي في المبحث الأول، ومن ثم نبين ضمّان فعّالية تنفيذ الحكم التحكيمي في المبحث الثاني.

---

(1) **عيساوي محمد**، فعالية التحكيم في حماية الأستثمار الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2012، ص196-197.

المبحث الأول

وسائل فعّالية التحكيم الدولي

إن مسألة عدم تحديدّ الثمن في العقود الدولية قدّ تربك العلاقة التعاقدية مابين الطرفين، مما ينعكس سِلبًا على ألتزاماتهما، خصوصًا إذا لم يتم التوصل من قبلهما إلى حلّ يرضي الطرفين، كإعادة التفاوض[1] أو مراجعة الأسعار الثابتة في العقد، مما يحدوا بالأطراف إلى اللجوء إلى وسائل بديلة لحل نزاعهم، قد تكون وسائل ودية أو رسمية تطبق القانون الذي اختاره الطرفان أو يختاره المحكم في حال تم أغفال ذلك من قبل طرفي التحكيم. وحتى تكون هذه الوسائل فعالة وناجحة، إذ يستوجب مراعاة عدة مبادئ دولية متفق عليها لإتمام عملية التحكيم الدولي على أكمل وجه. ويلعبّ إتفاق التحكيم دورًا أساسيًا في توجيه عمل المحكمين، فهو كالدستور بالنسبة إليهم، إذ يحددّ من خلاله مسار التحكيم وفاعليته. والتي نتناولها من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين آليات التحكيم وفعالية إتفاق التحكيم في المطلب الأول، ومن ثم نبين مبادئ فعّالية التحكيم الدولي في المطلب الثاني، وكالآتي:

المطلب الأول

آليات التحكيم وفعالية إتفاق التحكيم

تقتضي فعاّلية المهمة التحكيمية إيجاد حل منصف يضمن حقوق طرفي عقد التحكيم الدولي، والتقصي عن ضوابط عامة وموضوعية للمسائل التي يفرزها التحكيم التجاري الدولي، وقد تكون مبادئ التحكيم الدولي أحدى الوسائل الفعّالة والهامة التي تضيف الى الهيئات التحكيمية الدولية السند الذي يعينها على تقديم الأهداف المرجوة منها، أضف إلى ذلك الإتفاقيات الثنائية والجماعية التي تكفل اكبر قدر من الفعالية في التصدي إلى وافر المنازعات الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية من جهة والإستثمارات التي تكون الدولة

---

(1) **إعادة التفاوض**: ويقصد بها:" إعادة النظر في السعر(حسب الحالة زيادة او نقصان) لدى كل تذبذب في أسعار السلع والأجور أثناء فترة أنجاز الصفقة مقارنة بما كانت عليه في الفترات السابقة للتذبذب"، أو يقصد بها" أن السعر الأبتدائي لم يعد صالحاً نتيجة حدوث تغيرات اقتصادية، لذلك وجب مراجعته على أن تنصب المراجعة على الخدمات المنفذة فعلاً". نقلًا عن: أحسيني خيرة، مدياني عبدالرحمن، الرقابة على مراجعة الأسعار ودورها في ضبط صرف النفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة احمد دراية، كلية العلوم الاقتصادية، الجزائر، 2020، ص9. وفي هذا الصددّ نذكر قضية إعادة التفاوض من قبل شركة دايو الكورية – ميناء الفاو- وملخصها التالي:" بتأريخ 4 تشرين الثاني \ نوفمبر 2020 صرحت وزارة النقل العراقية رسمياً أن شركة دايو أنسحبت عن الأتفاق الأبتدائي، وطالبت بمبالغ اضافية لأستكمال ميناء الفاو وقدره مليارين و800 مليون دولار.وحسب التخويل الرسمي لوزارة النقل العراقية، إذ عملت على إعادة التفاوض مع شركة دايو بمحاولة لتخفيض المبلغ المطلوب، حيث خفضت في بادئ الامر المبلغ الى 150 مليون دولار ليصبح إجمالي المبلغ مليارين و650 مليون دولار، وأستمرت المفاوضات مع شركة دايو الى أن توصل الطرفان الى اتفاق نهائي، وبينت الوزارة أن عملية الحفر ستتم بعمق (19.8 m) وسيرفع (110 مليون 3m) من الترسبات الطينية، وبكلفة إجمالية تم التفاوض عليها بين الوزارة والشركة المنفذة وقدرها مليارين و625 مليون دولار. للمزيد من التفاصيل يراجع: ميناء الفاو، مقال منشور على الموقع الالكتروني المتاح https://www.nasnews.com، تأريخ الزيارة 22/4/2021.

طرفًا فيها من جهةٍ أخرى[1]،ويمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، نبين الآليات البديلة لفض منازعات تحديد الثمن في الفرع الأول، ومن ثم نبين فعّالية إتفاق التحكيم في الفرع الثاني، وكالآتي:

الفرع الأول

الآليات البديلة لفض منازعات تحديد الثمن

ويمكن بيان هذه الطرق المتبعة في حل المنازعات الناشئة عن تحديد الثمن، والتي نتناولها في هذا الفرع من خلال تقسيمه على فقرتين، نبين آليات التحكيم ذات الطبيعة التفاوضية في البند الأول، ومن ثم نبين اللجوء إلى التحكيم في البند الثاني، وكالتالي:

أولًا - آليات التحكيم ذات الطبيعة التفاوضية :

تهدف هذه الآليات إلى تقريب وجهات النظر مابين الخصوم، وهي ثلاثة أنواع، الوساطة و التوفيق والمفاوضات، وتعتمد على التحاور وتبادل المقترحات في حل المنازعات، والتي يتعذر بدونها التوصل إلى نتيجة ترضي الأطراف، وتسجل هذه الآليات دورًا ايجابيًا مفاده تجنب اللجوء إلى القضاء الوطني لأي دولة والابتعاد عن الإجراءات الطويلة والمكلفة[2]. وعرفها المركز الأسترالي للتحكيم التجاري (ACICA) " وهي الوسائل التي تهدف الى تشجيع المتنازعين الى التوصل لحلّ خلافاتهم بطرقٍ ودية"، وأشتهرت تلك الوسائل بالتسمية الأكثر شيوعًا Alternative Dispute Resolution أو التسمية المختصرة (A.D.R) بمعنى الحل الودي بين المتنازعين أو الحلول البديلة لفض المنازعات[3].

ساهم التطور الدولي في المجالات التجارية والأستثمارية والتبادلات التجارية وغيرها من المسائل في تطور تلك الوسائل التفاوضية وتقدمها، من خلال إنضمام تلك الدول إلى الإتفاقيات الدولية ومنها إتفاقية البنك الدولي (واشنطن 1965) الحلول الودية لحل المنازعات الإستثمارية، و لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأونسيترال) والتي لها دورٍ بارزٍ في تطور تلك الوسائل وخاصة طريقة التوفيق [4].

لذا سنتطرق إلى الآليات التفاوضية المتبعة في حل منازعات تحديد الثمن وكالتالي:

---

(1) **عيساوي محمد**، فعالية التحكيم في حماية الأستثمار الأجنبي في الجزائر ، المصدر السابق، ص16.

(2) **رقاب عبدالقادر**، الآليات البديلة لتسوية منازعات الأستثمار الأجنبي، أطروحة دكتوراه، جامعة زيان عاشور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، الجزائر، 2019-2020، ص 71.

(3) **سارية النورعثمان حسن**، الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارية، رسالة ماجستير، جامعة النيلين كلية الدراسات العليا قسم القانون، السودان، 2018، ص15-16.

(4) **أ.د. أحمد خلف حسين الدخيل، هشام فاضل مجيد**، التعريف بالوسائل البديلة لحل المنازعات الضريبية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد (2)، العدد (2)، الجزء(1)، السنة (2)، 2017، ص51.

1- الوساطة (Mediation) :

وهي صورة من صور فض المنازعات الودية التي تتميز بتدخل طرف ثالث يعين من قبل طرفي النزاع يتمتع بالحيادية والإستقلال، حيث يبذل الجهد ويقدم العون من خلال الحفاظ على توازن المصالح وإيجاد حل يلاقي المقبولية لدى الجميع[1]. وتعرف بأنها:" نظام قانوني يختار فيه الأطراف في النزاع احدًا من الغير، بإتفاق بينهم قبل النزاع أو بعده، ليساعدهم في الوصول إلى تسوية رضائية لنزاعهم، بمقترحاته وتوصياته التي تحقق مصالحهم، في المسائل التي يجوز فيها الوساطة "، وفي فرنسا عرفت الوساطة من قبل قانون المرافعات المدنية المرقم (125) الصادر في 8 فبراير 1995 المعدل بانها :" كل عملية منظمة أيًا كانت التسمية التي يحاول من خلالها طرفان أو اكثر الوصول الى اتفاق حول الحل الودي لمنازعاتهم، بمساعدة شخص من الغير، الوسيط، يختارونه أو يعينه القاضي المختص بإتفاق الأطراف"[2]. كما نصت المادة (1/131) من قانون الإجراءات الفرنسي المعدل الصادر في 6 يناير/ كانون الثاني 2020 على أنه:" يجوز للقاضي الذي ينظر في النزاع ، بعد الحصول على موافقة الأطراف ، أن يعين شخصًا ثالثًا لسماع الأطراف ومقارنة وجهات نظرهم لتمكينهم من إيجاد حل للصراع بينهما"[3].

وبالنظر للتطور المستمر في العقود الدولية ومنها عقود التجارة الدولية، مما استدعى ظهور وسائل بديلة هي أكثر تطورًا من ناحية فض المنازعات، ومن هذه الوسائل الوساطة الألكترونية، والتي تعرف بأنها:" وسيلة إختيارية لتسوية المنازعات بين الطرفين بتدخل شخص ثالث، الذي يعمل على مساعدة الأطراف في حل النزاع القائم عبر إجراءات ألكترونية أو هو نظام قانوني يختار فيه الأطراف في النزاع أحدًا من الغير، بإتفاق بينهم قبل النزاع أو بعده، ليساعدهم في الوصول إلى تسويته، رضاءً لنزاعهم بمقترحاته وتوصياته التي تحقق مصالحهم في المسائل التي يجوز فيها الوساطة"[4]. ويتضح من التعريف أعلاه بأن الحاجة الملحة إلى فض المنازعات بالسرعة الممكنة وديمومة التعاملات الأقتصادية دعتّ إلى ظهور مثل هذه الوسيلة لتواكب التطور الحاصل في التعاملات الألكترونية، بتدخل طرف أجنبي لايحاول فقط تقريب

---

(1) **زينب وحيد دحام**، الوسائل البديلة لحل النزاعات، الطبعة الأولى، مطبعة الثقافة، أربيل،العراق، 2012، ص67.

(2) **د. أحمد عبدالكريم سلامة**، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات(المفاوضات – الوساطة – التوفيق- الصلح) بديلًا عن المعترك القضائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة،2013، ص142.

(3) ينظر النص الأصلي باللغة الفرنسية :

Article 131-1

Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.

(4) **أ.م.د. حسن علي كاظم، ختام عبدالحسن شنان**، الوساطة الألكترونية وسيلة لتسوية المنازعات، دراسة منشورة في مجلة الكلية الإسلامية الجامعة،العدد (50)، الجزء (1)، 2018، ص546.

وجهات النظر بين طرفي النزاع بل ايضًا يضع الحلول التي يمكن أن تسهم في حل النزاع بعد أن يرتضيها الخصوم.

إن الباحث يجد أن هذه الآلية غير مضمونة النتائج، ويعاب عليها بأنها قد تكون غير حيادية، أي إحتمالية أن يميل الوسيط إلى أحد الطرفين دون الآخر، بالإضافة إلى كون رأيه غير ملزم للطرفين.

2- التوفيق (Conciliation):

يمكن تعريف التوفيق التجاري بأنه:" وهي مرحلة متقدمة من التفاوض تم بمشاركة طرف ثالث (وسيط) ، يعمل على تسهيل الحوار بين الطرفين المتنازعين ومساعدتهما على التوصل لتسوية "[1]. إذ نصت المادة (129-2) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية المعدلّ الصادر في 6 يناير/ كانون الثاني 2020، على أنه:" عندما يفوض القاضي بموجب حكم محدد مهمة التوفيق له، يعين الشخص الموفق للعدالة لهذا الغرض، ويحدد مدة مهمته ويبين التأريخ الذي ستكون فيه القضية على أن لا تتجاوز المدة الأولية للبعثة ثلاثة أشهر. ويمكن تجديد هذه المهمة..."[2]. كما عرف التوفيق في المادة (3/1) من القانون النموذجي التجاري الدولي لعام 2002 بأنه: " لإغراض هذا القانون يقصد بمصطلح " التوفيق" أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أم تعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو اشخاص آخرين "الموفق" مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولايكون للموفقّ الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين"[3].

وبالرغم من تلاقي كل من الوساطة والتوفيق في نواحي عديدة منها تدخل الطرف الأجنبي في حل النزاع، وتقديم كل منهما حلولًا غير ملزمة للخصوم وغيره من المسائل، إلّا أن هنالك إختلافًا جوهريًا بينهما والمتمثل بتقديم الحلّول، حيث يقدم الوسيط حلولًا قد تسهم في حل النزاع ، بينما يكتفي الموفق بمحاولة تقريب وجهات النظر، بالتالي يكون عمل الوسيط أكثر شمولًا من عمل الموفق[4]. ومن الجدير بالذكر أن

---

(1) **أ.م.د. حسن علي كاظم**، الوسائل البديلة لحل النزاع وأثرها على التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد (الخاص)، المؤتمر العاشر، 2013، ص96.

(2) ينظر النص الأصلي باللغة الفرنسية :

Article 129-2

Lorsque le juge, en vertu d'une disposition particulière, délègue sa mission de conciliation, il désigne un conciliateur de justice à cet effet, fixe la durée de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée. La durée initiale de la mission ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du conciliateur.

(3) **د. أحمد عبدالكريم سلامة**، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات بديلًا عن المعترك القضائي، المصدر السابق، ص142.

(4) **أ.م.د. حسن علي كاظم، ختام عبدالحسن شنان**، الوساطة الألكترونية وسيلة لتسوية المنازعات، المصدر السابق،

الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية لسنة 1980 أجازت لطرفي النزاع اللجوء إلى التوفيق لتسوية المنازعات الناشئة بينهما، إذ جاء في المادة (1) من ملحق الاتفاقية والتي نصت على أنه:" 1- في حال اتفاق المتنازعين على التوفيق، .... ويجوز للمتنازعين أن يطلبوا من الأمين العام لجامعة الدول العربية اختيار من يتولى التوفيق بينهما،....."[1]. ولايفوتنا أن نشير إلى اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار(ICSID) إذ جاء في المادة (1) منه والتي نصت على أنه:" .... غرض المركز هو توفير طريقي التوفيق والتحكيم من أجل تسوية منازعات المتعلقة بالإستثمارات...".

إن الباحث يجد بأن هذه الآلية غير مجدية على مستوى تعاملات العقود التجارية، كونها مقتصرة على إبداء المقترحات غير الملزمة للطرفين، بالتالي صعوبة ضمان تنفيذها من قبل الطرف المخل بإلتزاماته.

3- المفاوضات (Negotiation):

تعرف المفاوضات بأنها:" التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى إتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما، أقتصادية ، قانونية، تجارية، سياسية..."، ويجب أن يكون هنالك هدف من تلك المفاوضات ينبثق عن مصلحة مشتركة بين طرفي النزاع[2]. ويجب التمييز مابين التفاوض كآلية لأعادة التوازن العقدي وبين التفاوض كآلية في حل المنازعات، وعليه فقد يرد شرط التفاوض في عقد البيع الدولي والغاية منها تجنب نشوب النزاع، أما شرط التفاوض فهو يرد في العقود الدولية كوسيلة ودية لفض المنازعات بين الخصوم، قبل اللجوء إلى التحكيم، وتمتاز العقود الدولية بهذا الشرط كونها من العقود التي يطيل بها الزمن بالتنفيذ[3]. ونشير إلى مبادئ اليونيدروا 2004 حيث جاء في المادة (6-2-3) أنه:" 1- في حالة الظروف الشاقة ، يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض، ويتعين توجيه هذا الطلب مسببًا دون تأخير غير مبرر". وتحتم الضرورات القانونية وجود شرط التفاوض الودي في بنود العقود الدولية لديمومة التواصل بين المتعاملين، حيث يجتمع الخصوم حول طاولة واحدة وتقديم بعض التنازلات؛ لفض الخلاف بينهم[4].

ص 549.

(1) **وديان خالد عودة**، الوسائل الدولية لتسوية المنازعات في ضوء الاتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الموال العربية لسنة 1980، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (20)، العدد (2)، السنة 2018، ص191.

(2) **د. أحمد عبدالكريم سلامة**، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المصدر السابق، ص46.

(3) **سي فضيل الحاج**، آليات فض منازعات عقود الأستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة دكتوراه، جامعة عبدالحميد بن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر،2018-2019، ص264.

(4) **د. أحمد عبدالكريم سلامة**، المصدر نفسه، ص52.

إن الباحث يجد أن هذه الآلية مهمة جدًا في ميدان التعاملات التجارية، كونها أشبه بصمام الأمان لديمومة العقد الدولي، إذ يتفق الطرفان إلى إعادة التفاوض في حال حصول طارئ يؤثر في مصير العقد، ويتم التوصل إلى الإتفاق على حل يرضي الطرفين ويجنبهم اللجوء إلى التحكيم.

4- المقيّم الحيادي(Neutral evaluation) :

وهي وسيلة بديلة لفض المنازعات، يقوم على أساسها طرفي النزاع بتقديم طلباتهم إلى(المقيّم الحيادي) في بداية نشوب النزاع، وعادة يكون له خبرة بالمجال القانوني أو الفني وله صلة بالقضية، حيث يقدم المشورة للخصوم ولايكون رأيه ملزما، لكنه يسعى إلى حل الخلاف بينهم[1]. كما أشارت قواعد اليونسترال في حالة تعيين المحكم من قبل المحكمة، إذ يجب الأخذ بنظر الأعتبار المؤهلات الواجب توافرها في المحكم والمتمثلة بالأستقلالية والحياد، وأن يكون من جنسية تختلف عن جنسية طرفي النزاع[2]. إن الباحث يجد بأن هذه الآلية تختلف عن ماسواها من حيث تمتع المقّيم الحيادي بالخبرة القانونية والفنية التي تساعده في التوصل إلى الحل الأمثل، وتمنح المتخاصمان الثقة من الركون إلى مثل هذه الآلية بالرغم من عدم الزامية قراراته.

5- الخبير(The expert) :

حيث تستعين الهيئة أو المركز التحكيمي بشخص ثالث حيادي خبير بالقضايا الحسابية والفنية وهو مايطلق عليه بالخبير، حيث يقدم تقريره إلى الجهة التي أنتدبته، مستندًا إلى خبرته ومهارته في مجال معين بغية التوصل إلى حل يرضي الطرفين، ويتميز تقرير الخبير بأن له قوة تنفيذية بالمحاكم، وهو غير قابل للإستئناف على خلاف الحكم التحكيمي[3]. كما نصت المادة (264) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل الصادر في 6 يناير/ كانون الثاني 2020 على أنه:" يتم تعيين شخص واحد فقط كخبير ما لم يعتبر القاضي أنه من الضروري تعيين عدة خبراء"[4]. أما بخصوص رأي الخبير، إذ نصت المادة (282) من القانون أعلاه على أنه: " إذا كان الرأي لا يتطلب تفسيرات مكتوبة ،

---

(1) **علاء آباريان**، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2008، ص75.

(2) ينظر: المادة (5/11) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل لعام 2006.

(3) **علاء آباريان** ، المصدرنفسه، ص 76- 77.

(4) ينظر: النص الأصلي للمادة القانونية باللغة الفرنسية:

Article 264

Il n'est désigné qu'une seule personne à titre d'expert à moins que le juge n'estime nécessaire d'en nommer plusieurs.

فيجوز للقاضي أن يأذن للخبير بتقديمه شفوياً للجمهور"[1]. ويتضح من نص هذه المادة بقبول رأي الخبير شفوياً من دون الكتابة في بعض الحالات.

إن الباحث يجد أن هذه الآلية من الآليات الفعّالة، تلاقي إقبالًا واسعًا من قبل الخصوم؛ بسبب إلزامية قرارتها، ولما تتمتع به من قوة تنفيذية بالمحاكم.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فهنالك عدة أشكال متبعة في حل منازعات العقود الدولية وهي كالآتي:"

1- المحكمة المصغرة : وهي عبارة عن هيئة مكونة من عضوان ورئيس للهيئة ، العضوان مختارين من قبل طرفي النزاع، ورئيس الهيئة المحايد المختار من قبل العضويين، وتكون مهمة العضويين الإستمرار بالتفاوض إلى حين التوصل إلى حل يرضي الأطراف. وتمتاز هذه الوسيلة بسرية المفاوضات وإلتزام طرفي النزاع بعدم عرض القضية على أي جهة قضائية أو تحكيمية خلال مرحلة عمل هذه المحكمة المصغرة[2].

2- وساطة محكمة ميتشغان : وهي وسيلة بديلة لفض المنازعات عن طريق الوسطاء، حيث تبنت محكمة ميتشغان هذه الوسيلة عن طريق نشر أسماء بعض الحقوقيين المعتمدين من قبل هذه المحكمة، على أن يختار طرفي النزاع أثنان منهم كوسطاء، أما الوسطاء فيختارون شخصًا آخرًا محايدًا، لفض التنازع والتوصل إلى حل يرضي الطرفين.

3- منح الوسيط سلطة المحكم: وهي وسيلة من وسائل حل النزاع، مفادها في حال فشل الوسيط بمهمته، فيستمر عمله بإعطاءه صلاحية ممارسة دور المحكم لفض النزاع.

4- إستئجار القاضي المتقاعد: وهي وسيلة من وسائل حل المنازعات عن طريق إستئجار قاضي متقاعد من محكمة معينة للنظر في النزاع ويكون حكمه ملزمًا للقضاء. وظهرت هذه الحالة في كل من ولاية كاليفورنيا ونيويورك الأمريكيتين.

ويجد الباحث إن هذه التسمية مُعيبة؛ كونها لاتنسجم مع مكانة السادة القضاة، ونقترح إبدالها بعبارة أخرى لائقة كالتعاقد مع القضاة المتقاعدين.

---

(1) ينظر: النص الأصلي للمادة القانونية باللغة الفرنسية:

Article 282

Si l'avis n'exige pas de développements écrits, le juge peut autoriser l'expert à l'exposer oralement à l'audience ; il en est dressé procès-verbal. La rédaction du procès-verbal peut toutefois être suppléée par une mention dans le jugement si l'affaire est immédiatement jugée en dernier ressort.

(2) **علاء آباريان**، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص74.

5- التحكيم طبقًا للعرض الملائم : ومفهوم هذه الوسيلة بإختصار، إذ يختار منها المحكم المطالب المعقولة ويهمل المطالب المبالغ فيها، لذلك سيجبر الطرفان على تخفيض مطالبهما وبالتالي يختار المحكم الطلب الملائم والذي يرضي الطرفين"[1]. ومن الجدير بالذكر أن التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية له مصدران، فالمصدر الأول يتمثل بقانون التحكيم الفيدرالي لسنة 1925، المنطبق على التعاملات التجارية أو وجود العنصر الأجنبي أو التبادلات التجارية مابين الولايات المتحدة، وأيضاً هنالك المصدر الثاني والمتمثل بالقوانين الإتحادية المنبثقة من برلمانات الولايات المتحدة الأمريكية والتي تتميز بتنوعها واختلافها من ولاية إلى أخرى، بالتالي عند عرض مسألة تحكيمية على أحدى محاكم الولايات، فأن قانون التحكيم الفيدرالي يسمو على قانون التحكيم الخاص بأي ولاية أخرى من الولايات المتحدة الأمريكية، مع الأخذ بعين الإعتبار القرارات الاتفاقيات التحكيمية[2].

ولايفوتنا أن ننوه عن موقف المشرع العراقي بخصوص الآليات أعلاه، ومن خلال تصفح نصوص مواد التحكيم، إذ لم يُشر قانون المرافعات العراقي النافذ رقم (83) لسنة 1969 إلى تلك الآليات صراحةً؛ لكن أشارت المادة (2/265) ضمنًا إلى آلية "التفويض بالصلح" وكالتالي:" إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح"، أما بالنسبة إلى مشروع أو مسودة قانون التحكيم التجاري العراقي لسنة 2011، فقد أشارت المادة (1/36) إلى أنه:" لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الطرفين أن تقرر تعين خبير أو أكثر"، كما أشارت المادة (4/39) من القانون ذاته إلى أنه:" يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع....".

ثانيًا - اللجوء إلى التحكيم

يقسم التحكيم من حيث الوسيلة التي يتبعها طرفا التحكيم، إلى تقليدي وآخرألكتروني وكالتالي:

1- التحكيم التقليدي:

يعرف التحكيم وهو:" نظام أو طريقة لفض المنازعات وتسويتها وذلك عن طريق اختيار طرفي النزاع بإرادتهم المنفردة أفراداً عاديين أو هيئة تحكيم للفصل بصفة نهائية فيما ينشأ بينهما من منازعات، وكذلك أختيارهم لمكان التحكيم وإجراءاته والقواعد التي تخضع له المنازعة والتزامهما بتنفيذ ما يصدر من قرارات في هذا الصدد بإعتبارها نهائية حائزة لقوة الأمر المقضي فيه"[3].

---

(1) **د. أحمد انوار ناجي**، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، بحث منشورعلى الموقع الألكتروني المتاح https://www.droitetentreprise.com تأريخ الزيارة 2021/3/31، بلاصفحة.

(2) **بكلي نور الدين**، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، 2007-2008، ص104.

(3) **د. حازم بيومي المصري**، الآليات الحديثة في التجارة الدولية (عقود الأونسيترال)، المصدر السابق، ص90.

يُعد اللجوء إلى التحكيم وسيلةً لفض المنازعات الناشئة عن تحديد الثمن، في حال تأثير الظروف المصاحبة لتنفيذ العقود الدولية، وعدم اتفاق طرفي العقد على إعادة التفاوض أو شرط مراجعة الثمن، وهو الطريقة العملية العادلة والأكثر حيادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية التي تتمتع عن سائر الطرق الأخرى بميزات تجعلها تكون في الصدارة[1]. وأتسع مجال تطبيق التحكيم بأعتباره طريقة من طرق فض المنازعات التجارية، وهو من الوسائل البديلة عن القضاء، إذ يركّن إليه أطراف النزاع بملء إرادتهم لفض ما ينشأ من نزاع في المستقبل بمقتضى قرار له قيمة قضائية، لذلك يمكن تعريف التحكيم بأنه:"طريقة يلجأ اليها الخصوم لحل النزاعات الناشئة بينهم، وطرح المسألة للبت فيها بحكم ملزم من قبل محكميّن مختارين من قبلهم وقانون متفق عليه ايضًا من قبل أطراف النزاع، والمحكم أما أن يكون فردًا واحدًا أو عضوًا في هيئة تحكيمية يتم تعيينهم على أساس الخبرة والأمانة والكفاءة"[2]. ويعرف التحكيم بصورة عامة بأنه:" وسيلة من وسائل فض المنازعات الحاصلة بين أطراف معينين بواسطة شخص أو أشخاص من الغير، وتعود نشأة التحكيم الى مراحل ماقبل التشريع، وقد أعترفت به الأنظمة التشريعية الوطنية والدولية كافة، وأعتبر التحكيم وسيلة للفصل بالمنازعات إلى جانب القضاء الرسمي فيما بعد"[3]. وقد يكون التحكيم في المسائل المدنية أو التجارية وفي الأحوال الشخصية. أما التحكيم التجاري فيعرف بأنه: " أحد وسائل الفصل في المنازعات القائمة بين الأطراف المعنية بواسطة شخص من الغير بعيداً عن قضاء الدولة، وتعود نشأة التحكيم التجاري الى حاجة التجار إلى الفصل في المنازعات القانونية التي تمرّ بهم، ويعتبرّ التحكيم التجاري في هذا العصر مسارًا للفصل في المنازعات إلى جانب القضاء الرسمي وتختلف الإعتبارات التي تدفع الأطراف المعنية إلى تفضيله على قضاء الدولة، قد يكون من بينها أنه جاء إستجابة لمتطلبات التجارة وتحقيق العدالة والسرعة وتقليل التكاليف على أطراف التحكيم"[4]. وعرفّ أيضًا بأنه : " النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة، يلجأ اليه أو أليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع "[5]. وعرف بأنه: " وسيلة بديلة عن قضاء الدولة يؤسس على رضا الأطراف، يعهدّ بمقتضاه إلى شخص خاص(المحكم) بمهمة الفصل في نزاع بمقتضى قرار له قيمة قضائية "[6]. إن التحكيم هو نظام خاص لحل المنازعات، يلخص بمرحلتين هما: (اتفاق التحكيم – وإجراءات التحكيم)

---

(1) **موكة عبد الكريم**، تأثير تغير الظروف على أستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص385.

(2) **زينب وحيد دحام**، الوسائل البديلة لحل النزاعات، المصدر السابق، ص 85-86.

(3) **د. عمار طارق عبدالعزيز**، دور التحكيم في منازعات العقود الأدارية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (14)، العدد (2)، السنة 2012.

(4) **م.د. سليم عبدالله الجبوري**، التحكيم التجاري الألكتروني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (23) ، العدد(2)، السنة 2021، ص213.

(5) **فؤاد محمد محمد أبوطالب**، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 45.

(6) **د. مصطفى الحبشي**، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 535 – 536.

وهو ينشأ بإتفاق إرادتي طرفي النزاع، ثم تبدأ مرحلة الإجراءات الخاصة بالتحكيم، تتمثل بتقديم الطلبات وتنتهي بإصدار الحكم التحكيمي، الذي يعد الغاية المرجوة من نظام التحكيم[1]. ووردّت مفردة التحكيم في بعض التشريعات العربية والأجنبية، فبالنسبة لقانون المرافعات العراقي المرقم (83) لسنة 1969 النافذ والمعدل، إذ أجاز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العقدية، ونصت المادة (251) على أنه:" يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"، وجاء في قانون الإستثمار رقم (13) لسنة 2013 المعدل وتحديدًا في المادة (4/27) على أنه:" يجوز لأطراف النزاع الإلتجاء إلى التحكيم وفقًا للقانون العراقي"[2]. أما في مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لسنة 2011 وتحديداً في المادة (1) والتي نصت على أنه :" التحكيم : اتفاق طرفا النزاع بإرادتهما الحرة على اللجوء إلى هيئة تحكيم للفصل فيه سواء كانت الجهة التي تتولى هذه الإجراءات منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم تكن كذلك". أما بالنسبة للمشرع المصري، فلقد وردتّ مفردة التحكيم في قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 في المادة (1/4) والتي نصت على أنه: " ينصرف لفظ "التحكيم" في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي ينطبق عليه طرفاً النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك."[3]. ونشير إلى قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 ، إذ نصت المادة (2/ أ) على أنه:" أي تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة، أم لا "، إذ بين الجهة المناط بها عملية التحكيم، وهذا النمط يدعى بالتحكيم الحر[4]. أما على مستوى القضاء، إذ جرتّ محاولات عديدة لتعريف التحكيم، ومنها التعريف الذي وضع من قبل المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه:" عرض نزاع معين بين طرفين على محكّم من الأغيار يعين بأختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيًا عن شبهة الممالأة، مجرداً من التحايل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها، التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسة ". وكذلك تناولت المحكمة الإدارية العليا في مصر مفردة التحكيم وعرفتها بأنها :" إتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة "، كما تعاملت محكمة النقض في مصر مع هذه المفردة وعرفتها بأنها :"

---

(1) **القاضي. إبراهيم جوهر إبراهيم** ، الدفع بإتفاق التحكيم في المواد الجنائية (دراسة مقارنة)، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص 79-80.

(2) **د. أبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي، ماهر محسن عبود الخيكاني**، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الأستثمار(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (3)، العدد (2)، السنة 2011. ص4.

(3) **إيناس هاشم رشيد، وعود كاتب الأنباري**، التحكيم كوسية لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة السابعة، العدد الأول، 2015، ص274.

(4) **د. أبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي، ماهر محسن عبود الخيكاني**، المصدر نفسه، ص4-5.

أتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والتزود على حكمهم " ، وأيضًا بأنها: " طريق استثنائي لفصل الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية"[1].

ويتضح من التعريفات أعلاه أهمية ومكانة التحكيم الإستثنائية، بوصفه نوعًا من العدالة الخاصة، والمتمثلة في حلّ المنازعات في أطار العقود الدولية، بعيدًا عن سطوة القضاء الوطني، والذي يبرز فيه سلطان الإرادة بشكل جلّي بإختيار المحكمين أو الهيئة التحكيمية و القانون الواجب التطبيق. وأنها بينت الجانب التقليدي في مجال التحكيم؛ لكن بالنظر للتطور السريع في مجال التكنلوجيا الرقمية مما أستدعى من القائمين على المراكز التحكيمية الدولية محاولة تطوير الإجراءات المتبعة ووسائل الأتصال المتمثلة بوسائل الأنترنت، للسرعة في أنجاز وحسم القضايا، ولاسيما في ظل تداعي الأزمة الأقتصادية العالمية بسبب تفشي وباء كورونا، وأفرز الواقع العملي وسيلة متطورة في مجال التحكيم تدعى بالتحكيم الألكتروني.

ومما تقدم في أعلاه يمكن لنا أن نعرف التحكيم بأنه:(الطريق البديل لحل المنازعات بدلاً من اللجوء للقضاء، والمتمثل بصورتيه التقليدية والألكترونية، والذي يحدد مساره من قبل طرفي النزاع، من حيث إختيار الهيئة التحكيمية والإجراءات المتبعة فيها والقانون الواجب التطبيق، بإتفاق مستقل عن بنود العقد الأصلي وبرضا الطرفين الحر أو بإتفاق لاحق).

2- التحكيم الألكتروني

يعرف التحكيم الألكتروني بأنه:" ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت في الغالب بوسائل إلكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من أطراف النزاع وبإستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي"[2]. كما عرفه البعض بأنه:" ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على اخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقة ابرمت بوسائل الكترونية الى شخص ثالث يفصل بها بموجب سلطة مستمدة من اتفاق اطراف النزاع بأستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي"[3]. ومن الجدير بالذكر وفي ظل التحديات التي يشهدها العالم ولاسيما ظهور وباء كورونا covid19 صدرت المذكرة الإرشادية لغرفة التجارة الدولية المتضمنة للتدابير الممكنة الغاية منها التخفيف

---

(1) **فؤاد محمد محمد ابو طالب**، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 19-20.

(2) **أ.م.د. أمير حسن جاسم، ميسر حسن جاسم**، دور التحكيم الألكتروني في فض منازعات أسواق المال (دراسة مقارنة)، بحث منشور على مجلة جامعة تكريت، السنة (3)، المجلد (3)، العدد (4)، الجزء(1)، السنة 2019، ص77.

(3) **حيدر مهدي نزال**، التحكيم الالكتروني والقانون العراقي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (17)، العدد (2)، السنة 2015، ص316.

من تأثيرالجائحة الذي أثر سلباً على القطاعات الاقتصادية، مما أدى إلى الإخلال بالألتزامات التعاقدية وبالتالي نشوب الكثير من النزاعات المعروضة على هيئات التحكيم، وهذه التدابير من شأنها الحيلولة دون التأخير في النظر أو الفصل في القضايا وذلك بإعتماد الوسائل التكنلوجية الحديثة في تنظيم اجراءات أو مسار الدعوى التحكيمية. وجاء في البند (10) من المذكرة الصادرة بتأريخ 9 أبريل 2020 أن الأمانة العامة التابعة لغرفة التجارة الدولية إعتمدت تبسيط الإجراءات لتعزيز فعّالية التحكيم والحيلولة دون التأخير في النتائج إبتداءً من تقديم الطلب وإيداع المستندات إلى إصدار الحكم التحكيمي، كما أشارت في البند (16) إلى اللجوء إلى الجلسات الأفتراضية بالنظر للظروف الإستثنائية والتي يستحيل معها عقد الأجتماعات المادية في مكان واحد، ووفقا للبند (22) من المذكرة أعلاه، يجب أن يكون القرار التحكيمي الصادر مسبباً ، أي يبينّ فيه سبب اللجوء للجلسات الإفتراضية، كذلك في حال أن الحكم التحكيمي سيكون قابلًا للتنفيذ، ضمن الصلّاحية المخولة لها وطبقا للمادة (2/22) من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، والتي نصّت على أنه: " لضمان الإدارة الفعّالة للدعوى يجوز لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الأطراف أخذ التدابير الإجرائية التي تراها مناسبة شريطة عدم تعارضها مع أي اتفاق مبرم بين الأطراف"[1]. ويجد الباحث أن التواصل التكنلوجي يجعل من التحكيم أكثر فعّالية وأقل تعقيدًا وكلفة وسهولة بالإجراءات مما يضيف للتحكيم ميزات اضافية تجعله يتفوق على الإجراءات القضائية وترجيح كفة التحكيم على القضاء، خصوصاً في ظل تداعيات وباء Covid 19.

وفي هذا الصددّ نُشير إلى صّدور قانون التوقيع الألكتروني والمعاملات الألكترونية رقم (78) لسنة 2012، إذ أعترف المشرع العراقي بالكتابة الألكترونية في المادة (13/ أولًا) والتي نصت على أنه: "أولا- تكون للمستندات الألكترونية والكتابة الألكترونية والعقود الألكترونية ذوات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية ...." [2]. ويجد الباحث أن صدور القانون أعلاه قدّ يعززّ من فعّالية التحكيم الألكتروني في المستقبل في العراق.

ويمكن إيضاح المقصود بالتحكيم الدولي من خلال الفقرتين التاليتين:

---

(1) **براهيمي نوال**، الإجراءات الإستثنائية للتحكيم التجاري الدولي في ظل جائحة كورونا وفق نظام غرفة التجارة الدولية، بحث منشورفي حوليات جامعة الجزائر، المجلد (34)، العدد (الخاص)، القانون وجائحة covid 19، ص408.

(2) **ابراهيم اسماعيل إبراهيم**، فعالية قرار التحكيم الالكتروني (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (21)، العدد (2)، السنة 2013، ص 361. كذلك نصت المادة (1316/1) من قانون الإثبات الفرنسي والمتعلق بالتوقيع الألكتروني على أنه:" تتمتع الكتابة الألكترونية بحجية السندات الكتابية في الإثبات بشرط أن تفصح عن شخصية سندها وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو الى الثقة بها ....".

الفقرة (1) معايير دولية التحكيم :

يقصد بدولية التحكيم : وهو القضاء العام العابر للحدود لمجتمع رجال الأعمال من التجار، وقد يلتقي التحكيم مع النظم القانونية الوطنية، أو يكون منبت الصلة تماماً من أي نظام قانوني وطني[1].

وعليه فهنالك معياران لتحديد دولية التحكيم أحدهما قانوني والثاني إقتصادي وأيضًا قد يدمج المعياران فيكونان صورة للتحكيم الدولي، والتي نتناولها بالفقرتين التاليتين وكالآتي:

1- المعيار القانوني :

أعتمد هذا المعياركأساس لدولية العقد من قبل قانون"الأونسيترال"[2] النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل، إذ حددت المادة (3/1) من القانون أعلاه، فجاء نطاق تطبيقه على التحكيم التجاري الدولي، إذ يكون التحكيم دوليًا في الحالات التالية: "

أ- إذا كان مقرا عمل طرفي التحكيم واقعين في دولتين مختلفتين، وإذا كان لأحد الطرفين أكثرمن مقر عمل فتكون العبرة بمقر العمل الأوثق صلة بأتفاق التحكيم. أما إذا لم يكن لأحد الطرفين مقر عمل فتكون العبرة بمحل أقامته، وهو مانصت عليه المادة (4/1) من القانون النموذجي للتحكيم .

ب- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعًا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين :

(1- مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم او طبقًا له.... 2- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الألتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية ....).

جـ - إذا اتفق الطرفان صراحةً على أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة واحدة".

أما عن موقف المشرع العراقي، إذ تبنت مسودة مشروع قانون التحكيم العراقي[3] هذا المعيار من خلال النص عليه في المادة (4) على أنه:" يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً

---

(1) **محمد بواط** ، التحكيم في حل النزاعات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة حسيبة بن بوعلي، كلية العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، 2007- 2008، ص21.

(2) **الأونسيترال** :" هي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وهي هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة. وتؤدي دورًا هامًا في تحسين الأطار القانوني للتجارة الدولية من خلال إعداد نصوص تشريعية دولية لكي تستخدمها الدول في تحديث قانون التجارة الدولية، ونصوص غير تشريعية لكي تستخدمها الأطراف التجارية في التفاوض على المعاملات . أما النصوص التشريعية فتتناول البيع الدولي للبضائع؛ وتسوية النزاعات التجارية الدولية، بما في ذلك كل من التحكيم والتوفيق، والتجارة الألكترونية، والأعسار، بما في ذلك الإعسار عبر الحدود، والنقل الدولي للبضائع، والمدفوعات الدولية، والاشتراء وتطوير المشاريع البنية التحتية، والمصالح الضمانية . وأما النصوص غير التشريعية فتشمل قواعد تتعلق بالاضطلاع بأجراءات التحكيم والتوفيق، ومذكرات بشأن تنظيم الأجراءات التحكيمية والاضطلاع بها، ودليلين قانونيين بشان عقود= =المنشآت الصناعية والتجارة المكافئة". لمزيد من التفاصيل:يراجع قانون الأونسيترال النموذجي لعام 1985 على الموقع الألكتروني المتاح https://uncitral.un.org تأريخ الزيارة 2021/3/10.

(3) **مشروع أو مسودة قانون التحكيم العراقي لسنة 2011:** يمكن الإطلاع على النصوص القانونية والمنشورة على موقع المركز العراقي للتحكيم الدولي المتاح http://www.icacn.org/rules تأريخ الزيارة 2021/3/1. علماً بأن هذا المشروع لازال في أروقة البرلمان العراقي بإنتظار التصويت عليه.

يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية : أولا- إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم...."، أما قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 تناول المعيار نفسه من خلال النص عليه في المادة (3) على أنه:" يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية: أولاً: إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم.....".

وهذا الحل الذي تبناه قانون الأونيسترال كان هدفه توسيع نطاق هذا القانون لإستيعاب كل القضايا الراهنة وماقد يستجد بالمستقبل[1].

2- المعيار الأقتصادي :

يكون التحكيم دوليًا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، وأكد ذلك ماجاء في مسودة أو مشروع قانون التحكيم العراقي – لازال في أروقة البرلمان بأنتظار التصويت عليه – وتحديدًا في المادة (4) التي نصت على أنه:" يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية....". وفي الأتجاه نفسه ذهب قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 وتحديدًا في المادة (2)[2]، التي حددت نطاق تطبيق هذا القانون حيث يكون التحكيم تجاريًا اذا تعلق النزاع بعلاقة قانونية ذات طبيعة اقتصادية سواء كانت عقدية أم غير عقدية مثل توريد السلع أو عقود التشييد والخبرة الهندسية او الفنية، ونقل التكنلوجيا والاستثمار...الخ من التعاملات الاقتصادية[3]. وعن موقف المشرع الفرنسي، إذ جاء في المادة (1504) من قانون الإجراءات الفرنسي والتي نصت على أنه: " يُعد تحكيم دولي كل تحكيم يتضمن مصالح خاصة بالتجارة الدولية"[4]. ويتضح مما تقدم اتفاق القوانين العراقي والمصري والفرنسي على اتباع المعيارين القانوني والأقتصادي في دولية التحكيم.

أما بالنسبة للمعيار المتبع لتحديد الصفة الدولية للقرارات التحكيمية من قبل المشرع العراقي فأن الرأي السائد هو إتباعه المعيار الجغرافي أوالمكاني ومما يؤكد ذلك ماجاء في المادة (1) من قانون تنفيذ أحكام

---

(1) **محمد بواط**، التحكيم في حل النزاعات الدولية، المصدر السابق، ص23.

(2) نصّت المادة (2) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على أنه:" يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع إقتصادي عقدية كانت أو غير عقدية ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج= الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والانفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية".

(3) **م.د. حاتم خليفة بريسم العجيلي**، مقترح تطوير قانون التحكيم العراقي من خلال دراسة مقارنة لبعض القوانين العربية، بحث منشورفي مجلة الهندسة والتنمية، المجلد (16)، العدد (2)، السنة 2012، ص27.

(4) ينظر: المادة (1504) من قانون الإجراءات الفرنسي رقم (48) لسنة 2011، ويمكن الإطلاع على بقية النصوص القانونية والمنشور على الموقع الألكتروني المتاح http://site.eastlaws.com ، تأريخ الزيارة 2021/7/1.

المحاكم الأجنبية رقم (30) لسنة 1928 والتي نصت على أنه: " الحكم الأجنبي هو الحكم الصادر من محكمة مؤلفة في خارج العراق"، بينما عرف المشرع العراقي البيع الدولي بأنه " عقد بيع يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل" وفي هذا إختلاف واضح مابين القانونيين[1]. أما عن موقف إتفاقية نيويورك، إذ اعتمدت معيارين لدولية الحكم التحكيمي، الأول: إذا صدر الحكم التحكيمي في بلدٍ ما، ومطلوب تنفيذه في بلدٍ آخر، والثاني: أن الدولة المراد منها الأعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي لاتعدّه حكمًا وطنيًا[2].

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي: ماهو موقف المشرع العراقي من لجوء الخصوم الى التحكيم ؟ ويمكن الإجابة عن هذا السؤال في الفقرة التالية:

الفقرة (2) - موقف المشرع العراقي من اللجوء إلى التحكيم الدولي :

جاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 ، وتحديدًا في المادة(1/8) والتي نصت على أنه:"يتم تسوية المنازعات بعد توقيع العقد بالتوافق (وديًا) ويكون من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد والمتعاقد معها وفق أحكام القانون والتعليمات المعنية وبنود العقد ويعد محضر بذلك الاتفاق بين الطرفين يصادق عليه كلٌ من رئيس جهة التعاقد" يتضح من هذه المادة أن المشرع أجاز للمتعاقدين اللجوء إلى الطرق الودية المتفق عليها في العقد، لحل النزاع الناشئ بينهما. كما نصت الفقرة ثانيًا من المادة نفسها في أعلاه على أنه:" ثانيا: عند عدم التوصل إلى اتفاق ودي يتم اللجوء إلى أحد الأساليب التي يجب أن ينص عليها في العقد وهي كالأتي: " ا- التحكيم ويكون وفقا لما يأتي :

1-التحكيم الوطني وفقًا للإجراءات المحددة في شروط المناقصة أو بقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969.

2-التحكيم الدولي : لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورية والمشاريع الأستراتيجية الكبرى أو المهمة وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبيا على أن يراعى مايأتي:" أولًا- أن يتم أختيار أحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة. ثانيًا: تحديد مكان ولغة التحكيم. ثالثًا: أعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق" ، ويتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع أجاز لطرفي العقد اللجوء إلى التحكيم بصورتيه الداخلية والدولية في حال فشلت مساعيهم في حل النزاع بالطرق الودية مثل التفاوض والتوفيق، كمبادرة منه لتشجيع أو جذب الأستثمار في العراق، كون التحكيم يمثل ضمانة حقيقية لحقوق

---

(1) **بهاء خليل أسماعيل أمين**، الرقابة القضائية على القرار التحكيمي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2012، ص108.

(2) **د.منيرعبد المجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، الجزء الأول، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2000، ص44-46.

المستثمرين وخاصة مستحقاتهم المالية، مع ملاحظة أن المشرع وضع شروطًا معينة للجوء إلى التحكيم الدولي، منها أن يكون المستثمر أجنبيًا وأيضًا أن يكون المشروع إستتراتيجيًا ومهمًا، لكن مايعاب عليه هو عدم توضيح المقصود بالمشاريع المهمة، وأيضًا أعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق، مما قد يكون عائقًا يحولّ دون إتمام عملية التحكيم، وتهميشًا للإتفاقيات الدولية ولاسيما إتفاقية واشنطن لفض منازعات الإستثمار1965. وكان الأجدر بالمشرع أن يترك القانون الواجب التطبيق لإختيار أطراف العقد . أضف إلى ذلك ماجاء في قانون الإستثمار المرقم (13) لسنة 2006 حيث أجاز لطرفي العقد اللجوء إلى التحكيم في المادة (27) مِنهُ .

الفرع الثاني

فعّالية إتفاق التحكيم

ممالاشك فيه أن التحكيم الدولي أضحى من أهم الوسائل المتبعة لفض منازعات العقود الدولية ونخص بالذكر المنازعات الناشئة عن مسألة تحديد الثمن، بما يمثله من ضمان للإستثمار الدولي، والتعاملات التجارية، والذي يعكس علاقة طردية من حيث إزدهار الحركة التجارية والإستثمارية في حال كان التحكّيم يسيراً، بينما يحصلّ العكس من ذلك إذا كان التحكيم عسيراً، وتعدّ مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي، الهدف الأسمى من نظام التحكيم كله، وتتوقف فعّالية التحكيم الدولي على مدى القدرة على تنفيذه[1]. و نتناول في هذا الفرع فعّالية إتفاق التحكيم من خلال تقسيمه على فقرتين، نبين المقصود بإتفاق التحكيم في البند الأول ، ومن ثم نبين متطلبات إتفاق التحكيم في البند الثاني، وكالتالي:

أولاً- المقصود بإتفاق التحكيم

لم يُشرّ قانون المرافعات المدنية العراقي إلى تعريف إتفاق التحكيم صراحةً، وأشارله ضمنًا في المادة (251) والتي نصت على أنه:" يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين" ، بينما تمّ تعريف إتفاق التحكيم في المادة (10) أولًا من مشروع أو مسودة قانون التحكيم العراقي والتي نصت على أنه:" اتفاق التحكيم هو إتفاق الطرفين على اللجوء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن ان تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية ". وفي المعنى ذاته أشارت المادة (10) من قانون التحكيم المصري

---

(1) **د. بشارمحمد الأسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص126.

إلى اتفاق التحكيم بأنه:" اتفاق طرفي النزاع في اللجوء إلى التحكيم للنظر لحل النزاع القانوني الناشئ من علاقة عقدية أو غير عقدية"[1].

كذلك عرفه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وتحديدًا في المادة (1/7) والتي نصت على أنه:" أتفاق بين طرفين على أن يحيل جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة سواءً كانت تعاقدية أم غير تعاقدية، ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة إتفاق منفصل"[2].

وبالنظر إلى تطور وسائل التواصل التكنلوجية، إذ يتم التعامل بالإتفاق الألكتروني في تعاملات العقود التجارية، والمقصود به:" إتفاق يتلاقى فيه إيجاب صادر من طرف بطريقة سمعية أو بصرية على شبكة للإتصالات الدولية بقبول مطابق له صادر من طرف آخر بذات الطريق بقصد أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية"[3]. ولإتفاق التحكيم أثاراً وصوراً مختلفة يمكن إيضاحها وكالتالي:

1- الآثار المترتبة على إتفاق التحكيم:

يتجسد إتفاق التحكيم بمبدأ سلطان الإرادة وهو بمثابة عقد، يرتضي فيه الطرفان لشروطه، وعليه يترتب على هذا الأتفاق عدة آثار وكالتالي[4]:

1- الركّون إلى التحكيم .وهذايمثل الآثر الأيجابي لإتفاق التحكيم .
2- لايسمح للقضاء النظر في النزاع، إذا تم الاتفاق مسبقًا من قبل الخصوم على التحكيم، ويؤكد ذلك المادة (253) من قانون المرافعات المدنية العراقي سالفة الذكر [5]. وهذا يمثل الآثر السلبي لإتفاق التحكيم.
3- لايؤثر حصول الظروف الطارئة أوالقوة القاهرة على إتفاق التحكيم.
4- في حال بطلان إتفاق التحكيم فيحق لطرفي النزاع اللجوء إلى القضاء.

---

(1) ينظر: المادة (1/10) من قانون التحكيم المصري المرقم (27) لسنة 1994.
(2) **م.د. ريّان هاشم حمدون**، اتفاق التحكيم الألكتروني، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (8)، العدد (30)، السنة 2019، ص45.
(3) **م.د. ريّان هاشم حمدون**، اتفاق التحكيم الألكتروني، المصدر نفسه، ص45.
(4) **المهندس. نبيل محمد عباس، محمد ماجد عباس خلوصي**، المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.ص 73.
(5) يقابلها : المادة (13) من قانون التحكيم المصري المرقم (27) لسنة 1994.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي: ماهي صور إتفاق التحكيم ؟ ويمكن الإجابة عنه في الفقرة التالية:

2- صور إتفاق التحكيم :

لإتفاق التحكيم ثلاث صور نبينها وكالتالي:

1- شرط التحكيم : وفي هذه الصورة يتم إتفاق طرفي العقد على عرض أي نزاع يثور بينهما إلى التحكيم ويتم تدوين هذا الإتفاق في العقد الأصلي[1].

وجاء في قانون الإستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006، يمكن للمستثمر اللجوء إلى التحكيم وذلك بوضع شرط إتفاق التحكيم في العقد المبرم مابين الدولة والمستثمر[2]. أما عن شرط التحكيم في القانون الفرنسي، فقد أجاز قانون المرافعات الفرنسي ذلك، والإعتراف بصحته في المسائل التي يصلح بها التحكيم وحسب مانصت عليه المادة (1443) من القانون أعلاه، بوضع عدة شروط منها: أن يرد الشرط في العقود التجارية دون المدنية وأيضًا أن يكون مكتوبًا وخلاف ذلك يكون الشرط باطلًا[3].

2- مشارطة التحكيم : وهو إتفاق لاحق على نشوء النزاع وهو على عكس شرط التحكيم حيث يتم التطرق فيه إلى كل الجوانب، من تحديد لموضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان وإجراءات التحكيم، وفي هذه الحالة لايتفق الخصمان على التحكيم في العقد الأصلي، بل يرد في وثيقة منفصلة، وهي وثيقة ملزمة لأطرافه بما يصدر من حكم عنها إعمالا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[4].

أما عن موقف التشريعات الوطنية من إتفاق التحكيم (شرط ومشارطة التحكيم)، إذ تبنى المشرّع العراقي كلّا الحالتين ضمن المادة (251) من قانون المرافعات العراقي[5].

أما عن موقف المشرع الفرنسي، إذ تناول قانون المرافعات الفرنسي وفق المرسوم (500) لعام 1981 شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، أما في المرسوم الجديد رقم (48) لسنة 2011 من قانون المرافعات المعّدل، إذ أشارت المادة (1442) إلى أنه:" إتفاق التحكيم يأخذ شكل شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، وشرط التحكيم هو إتفاق بموجبه يلتزم الأطراف؛ في عقد أو أكثر ، بإخضاع ماقد ينشأ عن هذه العقود

---

(1) **المهندس. نبيل محمد عباس، محمد ماجد عباس خلوصي**، المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية، المصدر السابق، ص 72.

(2) نصّت المادة (1/27) من قانون الإستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 على أنه:" أولًا- تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي ، و يجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني او الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته و القانون الواجب التطبيق ."

(3) **د.نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي**، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص178.

(4) **رقاب عبدالقادر**، الآليات البديلة لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي، المصدر السابق، ص202.

(5) يقابلها: المادة (2/10) من قانون التحكيم المصري. كذلك المادة (11) من قانون التحكيم الأردني.

من منازعات التحكيم. ومشارطة التحكيم هي اتفاق بموجبه يقوم الأطراف في نزاع قائم بإخضاعه إلى التحكيم"[1]. ونشيرفي هذا الصددّ الى موقف إتفاقية نيويورك 1958 بشأن الأعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين وتحديدًا في نص المادة (2)أولًا، والتي حرصت على ضرورة أحترام الدول لشرط التحكيم، إذ نصت على أنه:" 1- على كل دولة من الدول المتعاقدة أن تعترف بالإتفاقيات الخطية التي يوافق الفرقاء فيها على أن يحيلوا إلى التحكيم أية منازعات تكون قد نشأت (أو التي يمكن أن تنشأ) بينهم ويكون لها مساس بعلاقات قانونية محددة سواءً كانت تعاقدية أم غير تعاقدية وذلك فيما يتعلق بأي نزاع يمكن تسويته بطريق التحكيم"[2]. ويطلق مصطلح (التحكيم الأجباري) على شرط التحكيم، بينما يطلق على مشارطة التحكيم مصطلح (التحكيم الأختياري)، ويذهب أحد الباحثين إلى إن أطلاق هذه التسميات- الأجباري والأختياري- أمر غير صحيح، لأن طبيعة إتفاق التحكيم هي رضائية بالتالي أن اللجوء إلى التحكيم يكون إختياريًا في أساسه، فالتحكيم واحد، فهو في بادئ الأمر يلجأ اليه الأطراف إختياريًا كوسيلة بديلة لحل النزاعات الحاصلة لاحقًا، بالتالي يصبح الأمر الزامي وأجباري بعد الأتفاق عليه، وتنفيذ أحكامه طواعية[3]. والباحث يؤيد هذا الرأي، إذ لايوجد مبرر لأطلاق هذين المصطلحين، كون التحكيم في أصله اتفاقي مبني على رضاء الطرفين.

وفي هذا الصددّ تبنت المحكمة الدستورية المصرية المبدأ التالي ومفاده :" ...لايجوز أن يكون التحكيم إجباريا يذعن له أطرافه أو بعضهم إنفاذا لقاعدة قانونية آمرة لايجوز الأتفاق على خلافها، ذلك أن القاعدة التي تأسس عليها مشروعية التحكيم كأسلوب لفض المنازعات يغاير طريق التقاضي العادي هي قاعدة إتفاقية تنبني إرادة الأطراف فيها ... "[4].

أما عن موقف المشرع الأمريكي بهذا الصددّ، فأن قانون التحكيم الفيدرالي لايميز مابين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم بل يضعهما على قدم المساواة، ويشترط الكتابة في إتفاق التحكيم مع توقيع طرفي

---

(1) **د.علي عبدالحميد تركي**، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي(دراسة تحليلية في ضوء المرسوم 48 لسنة 2011)، بحث منشور في مجلة القانون والأقتصاد، العدد التسعون، 2017، ص448.

(2) **مصطفى ناطق صالح مطلوب**، مبدأ أستقلال اتفاق التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (12) ، العدد (43) ، 2010 ، ص120-121.

(3) **صباح فياض طلاس**، التسوية القضائية للنزاعات الدولية القانونية(دراسة تحليلية)، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون،2012، ص94-95.

(4) ينظر: القضية رقم (55) لسنة 23 قضائية دستورية، المحكمة الدستورية العليا المصرية، جلسة 13 يناير سنة 2002، نقلا عن : المهندس **الأستشاري، محمد ماجد خلوصي**، قضايا تحكيمي، المصدر السابق، ص 313-314. وما يعزز هذا الرأي أن البرلمان المصري صوتّ على قانون إلغاء التحكيم الأجباري، وذلك بالتعديل على بعض أحكام قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادربالقانون رقم (97) لسنة 1983 كخطوة منه لإنهاء المنازعات التي تحصل بين شركات القطاع العام بعضها مع البعض الآخر، واللجوء إلى القضاء بدلًا من التحكيم، نقلًا عن: جريدة الوطن المصرية ، مجلس النواب يوافق نهائيا على إلغاء باب التحكيم الإجباري بقانون القطاع العام، منشور على الموقع الألكتروني المتاح https://www.elwatannews.com تأريخ الزيارة 2021/4/2.

التحكيم على الوثيقة[1]. ويجد الباحث أن مسلك المشرع الأمريكي القاضي بعدم التمييز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، هو المسلك الأدق بالمقارنة مع مسلك المشرع العراقي، والمصري، والفرنسي؛ كونه يتفق مع مبدأ التحكيم الإتفاقي النابع من رضا الطرفين.

3- الإحالة إلى التحكيم :

يعرف شرط التحكيم بالإحالة بأنه:" إتفاق على التحكيم غير مدرج في العقد الذي يترجم إتفاق الأطراف والموقع عادة من قبلهم، ولكنه يوجد في وثائق أخرى مستقلة عن هذا العقد وتحيل إليها إرادة الأطراف صراحةً أو ضمناً، على نحو يؤدي إلى إدماج هذه الوثائق في العقد ذاته"، وعن موقف القضاء الفرنسي، إذ وضع شرطين للإعتراف بالتحكيم بالأحالة وهما شرط الكتابة وشرط علمّ الأطراف المحتجّ عليهم بشرط التحكيم[2]. وينبغي عدّم الخلطّ مابين شرط التحكيم بالإحالة والمتعلق بوجود إتفاق التحكيم ذاته، ومابين إحالة أطراف التحكيم إلى إتفاقية دولية وإخضاع التحكيم لتلك الإتفاقية[3] فشتان مابين الحالتين.

وفي هذا الصدد نشير إلى موقف المشرع الفرنسي في التعديل الجديد من قانون المرافعات بعد صدور المرسوم (48) لسنة 2011 وتحديدًا في المادة (1443)[4] حيث يستنتج شرط أومشارطة التحكيم الداخلي عن طريق الإحالة[5]. أما عن موقف قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي فقد تبنى هذه الصورة وتحديدًا في المادة (206) والتي نصت على أنه:" يجوز للمحكمة المختصة بموجب هذا الفصل أن تأمر بأن يتم التحكيم وفقًا لاتفاق التحكيم في المكان المنصوص عليه في أحكامه، وذلك إذا كان المكان واقعاً في الولايات المتحدة الأمريكية أو في الخارج..". ويجد الباحث أن المسلك المتبع من قبل المشرع الفرنسي هو المسلك الأدق؛ كونه رهن الإحالة بإرادة الأطراف الصريحة أوالضمنية، بالإضافة إلى وضعه للشروط التي تحقق الضمان لهم، على العكس من موقف المشرع الأمريكي الذي أقتصر على الإرادة الصريحة للطرفين، وجاءت الإحالة عامة من دون شروط.

---

(1) **بكلي نور الدين**، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، المصدر السابق، ص104.

(2) **بلباقي بومدين**، شرط التحكيم بالأحالة ومدى نفاذه بمواجهة المرسل أليه في عقد النقل البحري للبضائع، بحث منشور في المجلة الجزائرية للقانون البحري للبضائع، العدد(3)، والمنشور على الموقع الألكتروني المتاح https://www.asjp.cerist.dz/ تأريخ الزيارة 2021/6/10. ص100-101.

(3) **د. جارد محمد**، مدى مشروعية شرط التحكيم بالإحالة في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، بحث منشور على الموقع الألكتروني المتاح https://www.researchgate.net/، تأريخ الزيارة 1/7/2020، ص3.

(4) نصت المادة (1443) من المرسوم (48) لسنة 2011 قانون المرافعات الفرنسي، على أنه:" عند الحكم بالبطلان, يتم كتابة اتفاق التحكيم. ويتم ذلك بعد تبادل الكتابات والوثائق المشار إليها في الاتفاقية الرئيسية".

(5) **د. علي عبدالحميد تركي**، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي (دراسة تحليلية)، المصدر السابق، ص 450.

ثانياً - متطلبات إتفاق التحكيم

يتم إثبات اتفاق التحكيم بتوافر شروط حددتها القوانين الداخلية أو الآتفاقيات الدولية، وفي حال تخلف أحد تلك الشروط يتم الدفع بإتفاق التحكيم، والتي نتناولها في هذا البند من خلال تقسيمه على فقرتين، نبين إثبات اتفاق التحكيم في الفقرة الأولى، ومن ثم نبين الدفع بإتفاق التحكيم في الفقرة الثانية وكالتالي:

1- إثبات اتفاق التحكيم :

وردّ في التعديل الثالث لقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 من القانون رقم (116) لسنة 1973 وتحديداً في المادة (7) منه والتي نصت على أنه: "لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلّا بالكتابة. ويجوز الاتفاق عليه اثناء المرافعة. فاذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم او اذا اقرت اتفاق الطرفين عليه اثناء المرافعة، فتقرر اعتبار الدعوى مستاخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم " كما نصت المادة (259) من القانون أعلاه على أنه: "يجب أن يكون قبول التحكيم بالكتابة مالم يكن معيناً من قبل المحكمة ويجوز أن يثبت القبول بتوقيع المحكم على عقد التحكيم ولا ينقضي التحكيم بموت أحد الخصوم". فالكتابة هي وسيلة الأثبات الوحيدة المقررة قانونًا لكلًا من شرط التحكيم وعقد التحكيم، وفي هذا الصدد تبنت محكمة التمييزالعراقية المبدأ التالي:" إن التحكيم في القانون واحد حسب المادة (251) مرافعات وأن الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو أن يكون ثابتًا بالكتابة حسب المادة (252) المعدلة من قانون المرافعات....."[1]. بينما أشارت مسودة مشروع التحكيم التجاري الدولي العراقي إلى الكتابة في المادة (12) والتي نصت على أنه:" أولًا: يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلّا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً في حكم هذا القانون إذا ورد في محرر وقعه الطرفان أو ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة". أما بالنسبة لقانون التحكيم المصري فالكتابة هي شرط لصحة انعقاد اتفاق التحكيم، وخلاف ذلك يكون الإتفاق باطلًا، وورد هذا صراحة في نص المادة (12) من القانون أعلاه، مع الأشارة إلى الكتابة الألكترونية[2]. أما بالنسبة للقانون الفرنسي، وقبل التعديل كانت المادة (1/1443) تشترط الكتابة في شرط التحكيم دون مشارطة التحكيم، أما بعد التعديل ووفق المرسوم الجديد رقم (48) لسنة 2011 خفف المشرع من شدّة القانون السابق، إذ نصت المادة (2/1443) مرافعات على أنه :" إن اتفاق التحكيم يمكن أن ينتج من تبادل المكاتبات أو من مستند تمت الإشارة إليه في الإتفاق

---

(1) ينظر: قرار محكمة التمييز العراقية رقم (263) مدنية أولى/ 1974 في 1975/2/5 الأحكام العدلية ، العدد الأول 1975. نقلًا عن : **د. آدم وهيب النداوي**، المرافعات المدنية، الطبعة الثانية، العاتك، القاهرة، 2009، ص 296.

(2) **مصطفى ناطق صالح مطلوب**، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ، المصدر السابق، ص125.

الأصلي"[1]. يتبين من المادة أعلاه، بأن المشرع الفرنسي لم يشترط الكتابة بعد التعديل الأخير، سعيًا منه للتخفيف من حدّة إجراءات التحكيم.

ثانيًا - الدفع بإتفاق التحكيم :

وضحنا مسبقًا بأن حق الركّون إلى التحكيم مبني على إرادة الطرفين، ويُعدّ بمثابة تنازلٍ عن إتفاق التحكيم، حالة إذا لجأ أحد الطرفين إلى القضاء، مع بقاء حق الآخر بالتمسك بإتفاق التحكيم، الذي بإمكانه الدفع بهذا الحق أمام المحكمة، وعليه يعرف الدفع بإتفاق التحكيم:" وهووسيلة التمسك بالجانب السلبي للحق في التحكيم، وهو الأداة التي تخولها الأنظمة القانونية الوضعية للمدعي عليه أمام القضاء العام في الدولة للتمسك بوجود الأتفاق على التحكيم لغرض منع القضاء العام من السير في إجراءات الفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم"[2]. إن الدفع باتفاق التحكيم هو بمثابة دفع بعدم الإختصاص، إذ إن إتفاق الأطراف على عرض نزاعهم على التحكيم هو إنحسار لولاية القضاء ومنع سلطة المحاكم عن نظر الدعوى، بالتالي نزع الإختصاص عن المحاكم وفسح المجال أمام المحكمين لتولي النظر في النزاع[3]. وفي الإتجاه ذاته سارت الهيئة التحكيمية المصرية، بتبنيها المبدأ التالي ومفاده:" تختص هيئة التحكيم في الفصل في الدفوع المتصلة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أوعدم شموله لموضوع النزاع"[4]. ويتبين مما تقدم أن على المحكمة في حال قدم لها الدفع بعدم أختصاص الهيئة التحكيمية ، وتبين لها بعد التدقيق وجود إتفاق في العقد المبرم بينهما، فلّا ينبغي للمتعاقدين تجاهله ولاينبغي تفسيره على أهوائهم، فإتفاق التحكيم أذا كان مكتوبا أصبح حجة على الجميع، والمحكم يفصل بمبدأ الإختصاص طبقا للقوانين والاتفاقيات الدولية، وهذا بالتالي يعزز من فعّالية التحكيم الدولي ويبعث الطمأنينة في نفوس المحتكّمين. وجاء في اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة (3/2) والتي نصت على أنه: " أن محكمة الدولة المتعاقدة المرفوع اليها نزاع حول موضوع قد أبرم بشأنه الفرقاء اتفاقية بالمعنى المحدد في المادة هذه، تحيل هؤلاء إلى التحكيم بناء على طلب أحدهم ...". وعن موقف المشرع الفرنسي إذ جاء في المادة

---

(1) **د. علي عبدالحميد تركي**، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي (دراسة تحليلية)، المصدر السابق، ص449.

(2) **القاضي. إبراهيم جوهر إبراهيم**، الدفع بإتفاق التحكيم في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 126-127.

(3) **القاضي. إبراهيم جوهر إبراهيم**، المصدر نفسه، ص134.

(4) ينظر: القضية التحكيمية المرفوعة من أحد المهندسين ضد مدير إحدى الشركات الأهلية (الهيئة التحكيمية المصرية)، نقلًا عن : المهندس الأستشاري . **محمد ماجد خلوصي**، المصدر السابق، ص22.

(1/1458) من قانون المرافعات الفرنسي والتي نصت على أنه:" الزام المحكمة بالحكم بعدم الأختصاص بنظر نزاع أتصلت به محكمة التحكيم بمقتضى إتفاق التحكيم..."[1]. أما عن موقف المشرع الأمريكي، إذ جاء في قانون التحكيم الفيدرالي في المادة (3) التي نصت على أنه:" تأجيل البت في حال وجود عقد تحكيمي: إذا رفعت دعوى أمام أية محكمة فدرالية أمريكية في نزاع اتفق كتابة على إحالته إلى التحكيم، يجوز للمحكمة التي رفعت أمامها الدعوى - بعد التأكد من أن المسألة المتنازع عليها تدخل في إطار اتفاق تحكيم - تأجيل البت بالقضية حتى انتهاء إجراءات تحكيم المنصوص عليها في الإتفاق بناء على طلب أحد الأطراف على أن يكون هذا الطرف لم يهمل في اتخاذ إجراءات التحكيم".

ومما تقدم يثار التساؤل التالي وهو من له الحق بالتمسك بالدفع باتفاق التحكيم؟

في حال تم طرح الدعوى أمام القضاء العادي حول نزاع نشأ عن عقد تم الأتفاق من طرفيه على شرط التحكيم فمن البديهي أن حق التمسك بهذا الدفع هو للمدعى عليه؛ كونه يمثل الجانب السلبي في الخصومة المدنية، وهو صاحب المصلحة بالدفع بإعتباره لم يتنازل عن حقه، بينما عبّرالطرف الآخر عن تنازله عن حقه أمام القضاء[2]. وما يعزز ذلك ماجاء في المادة (3/2) والتي نصت على أنه:" يتوجب على محكمة البلد المتعاقد التي تقام لديها قضية ذات علاقة باتفاقية معقودة بين الفرقاء ضمن منطوق هذه المادة ، أن تحيل ذلك النزاع إلى التحكيم وذلك بطلب من أحد الفرقاء...".

ولايفوتنا ان ننوه بأنه يشترط استقلالية المحكم في حالً النظر في الدفع بإتفاق التحكيم، بمعنى أن يكون غير تابع لطرف على حساب الطرف الآخر، مما يعزز من أستقلال وحيادّ المحكم، وفي هذا الصدد تبنت محكمة النقض الفرنسية المبدأ التالي:" عدم قبول المحامي الذي كان شريكًا للمستشار القانوني لأحد الخصوم، كمحكّم"[3].

حتى يرتقي التحكيم الدولي ويصبح أداة فعالة، فلابد من تتبع بعض المبادئ الراسخة في ميدان قضايا أو منازعات التحكيم الدولي، والتي نبينها في المطلب التالي:

---

(1) **القاضي. إبراهيم جوهر إبراهيم**، الدفع بأتفاق التحكيم في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص134.
(2) **القاضي. إبراهيم جوهر إبراهيم**، المصدر نفسه، ص171.
(3) **أ.د. محمد علي حسن عويضة**، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم (دراسة مقارنة)، الطبعة الرابعة، مطبعة الجندي، مصر، 2021، ص160—161.

المطلب الثاني

مبادئ فعالية التحكيم الدولي

حتى تكون عملية التحكيم فعالة وناجحة في فض منازعات العقود الدولية وخاصة منازعات تحديد الثمن، إذ يجب إتباع عدد من المبادئ القانونية الموحدة، ومن هذه المبادئ مايطبق على التحكيم مابين الأطراف الخاصة والمتعلقة بالأنشطة التجارية والبعض الآخر يتعلق بالتحكيم الذي تكون الدولة طرفاً فيها[1]، وسنعرض في هذا المطلب من الدراسة إلى أهم تلك المبادئ وكالآتي:

المبدأ الأول - إستقلالية شرط إتفاق التحكيم عن بنود العقد الأصلي:

ويمكن تعريف هذا المبدأ وهو:" ذلك الإتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية، وهو تصرف قانوني مستقل يشترط به الكتابة، ويحدد به المسائل المهمة في النزاع من قبل طرفي العقد، مع أسماء المحكمين، ومكان التحكيم وإجراءاته، وقد يحددون أيضا القانون الواجب التطبيق على النزاع، وقد يكون اتفاق التحكيم سابقاً أو لاحقا على نشوب الخلاف"[2]. إن أستقلالية إتفاق التحكيم التجاري تنطبق على شرط التحكيم دون مشارطة التحكيم؛ كون إتفاق التحكيم يدون كشرط في بنود العقد الأصلي أوفي وثيقة خارجية كوسيلة وقائية تمهد للجوء إلى التحكيم حال نشوب نزاع في المستقبل، وكان هنالك إتجاه تقليدي مع عدم أستقلالية اتفاق التحكيم بحيث إذا بطل العقد الأصلي أو فسخ فأن اتفاق التحكيم يتأثر في هذه المسألة، وبالتالي يبطل شرط التحكيم تبعًا لبطلان العقد، ومع التطورات الحاصلة في الأنظمة التحكيمية الدولية، أصبح شرط اتفاق التحكيم مستقلًا عن العقد الأصلي ولايتأثر بأي طارئ يحصل للعقد من بطلان، كون شرط اتفاق التحكيم يعالج مسألة تختلف عن موضوع العقد[3]. وبالنسبة لموقف المشرع العراقي، فأنه لمّ يشر صراحة إلى إستقلال شرط التحكيم عن بنود العقد الأصلي في قانون المرافعات المدنية المرقم (83) لسنة 1969، بينما أشار مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام 2011 إلى هذا المبدأ في المادة (23) والتي تنص على أنه: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي اثر على شرط التحكيم الذي

---

(1) **د. بشار محمد الأسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الأستثمار الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص75.

(2) **فؤاد محمد محمد أبو طالب**، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 183.

(3) **مصطفى ناطق صالح مطلوب**، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، المصدر السابق، ص130.

يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته "[1]. كما تناول قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994ذات المبدأ في المادة (23) . وفي الإتجاه نفسه تبنت الهيئة التحكيمية المصرية المبدأ التالي ومفاده:" يعتبر شرط التحكيم مستقلًا عن شروط العقد الأخرى"[2]. كما أكد المشرع الفرنسي في المرسوم الجديد رقم (48) لسنة 2011 على إستقلالية شرط التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في المادة (1447) والتي نصت على أنه: " إتفاق التحكيم مستقل عن العقد الذي يرتبط به، ولايتأثر الاتفاق بعدم نفاذ هذا العقد، وإذا كان الاتفاق باطلاً، فإن شرط التحكيم يعتبر كأنه غير مكتوب"[3]. وفي هذا الصددّ تبنت محكمة النقض الفرنسية المبدأ التالي ومفاده:" إن اتفاق التحكيم في موضوع التحكيم الدولي يمثل استقلالاً تاماً "، وهذا دليل على أن القضاء الفرنسي قد تبنى مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، أي الفصل التام بين مصير شرط التحكيم ومصير العقد الاصلي[4]. ويسمى إستقلال اتفاق التحكيم بالفقه الفرنسي(Autonomie de la convention d'arbitrage)، أما في الفقه الأنكلوأمريكي يسمى بـ (severability)، وسواء أكان من ضمن العقد أم خارجًا عنه، فأنه ذو إستقلالية تامة، وليس له علاقة بصحة العقد أو بطلانه؛ لأن شرط التحكيم يفصل في موضوع يختلف تمامًا عن موضوع العقد الأصلي، كذلك في حال بطلان شرط التحكيم فأنه لايؤثر على صحة العقد[5].

ونشير إلى موقف المشرع الأمريكي بهذا الصدد، إذ لم يشر صراحةً إلى هذا المبدأ، وأشار له ضمنًا من خلال قيام المحكّم بالنظر في أختصاصه في قضية تحكيمية ترعاها الولايات المتحدة الأمريكية وتخضع لرقابة المحاكم الإتحادية[6]. ومايؤكد ذلك ماجاء في قانون التحكّيم الفيدرالي الأمريكي[7] وتحديداً في المادة

---

(1) **محمد عامر شنجار**، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الأستثمار، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية الحقوق، 2015، ص184.

(2) **ينظر: القضية التحكيمة** رقم (**7**) نقلًا عن : **المهندس الأستشاري. محمد ماجد خلوصي**، قضايا تحكيمية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص62.

(3) **د.علي عبدالحميد تركي**، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي(دراسة تحليلية في ضوء المرسوم 48 لسنة 2011)، بحث منشور في مجلة القانون والأقتصاد، العدد التسعون، 2017، ص453. ويراجع أيضاً: **علي عبدالجبار رحيم المشهدي**، قانون المرافعات الفرنسي بالعربي مع تعديلاته (قانون الأجراءات المدنية)، المنشور على الموقع الألكتروني المتاح http://www.sajplus.com تأريخ الزيارة 2021/5/11.

(4) **سعودي سيد علي**، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، جامعة أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، الجزائر، 2017 – 2018 ، ص16.

(5) **سعودي سيد علي**، المصدر نفسه، ص12- 13.

(6) **بكلي نور الدين**، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونيةالعربية، المصدر السابق، ص 105.

(7) **قانون التحكيم الفيدرالي(الولايات المتحدة الأمريكية):** تم سنّ القانون لأول مرة في 12 فبراير/ شباط1925، وتم تدوينه في 30 يوليو/ تموز 1947، وتم تعديله في 3 سبتمبر/ أيلول 1954، وينص الفصل الأول على صلاحية وإنفاذ اتفاقات التحكيم الدولية، وتمت أضافة الفصل الثاني في 31 يوليو/ تموز 1970ويتعلق بتنفيذ اتفاقية نيويورك ، وتم تمرير قسمين جديدين من قبل الكونكرس في أكتوبر/ تشرين الأول من عام 1988، وأعيد ترقيمها في 1 ديسمبر/ كانون الأول 1990، وتمت إضافة الفصل الثالث في 15 أغسطس/ آب 1990 والذي يتناول تنفيذ اتفاقية البلدان الأمريكية، أما القسم 10 تم تعديله في 15 نوفمبر/ تشرين الثاني. للمزيد من التفاصيل يراجع: الموقع الألكتروني المتاح https://www.international-arbitration-attorney.com، تأريخ الزيارة 19/9/2021.

(2) والتي نصت على أنه:" لصحة عقد التحكيم، وقوته التنفيذية هوبعدم جواز الرجوع فيه، مع عدم الإخلال بتطبيق أحكام القانون أو قواعد الإنصاف المتعلقة بصحة عقود التحكيم، فإن أي عقد يبرم كتابةً يتعلق بعملية تجارية .....، يكون صحيحًا طبقا للقانون، ولا يجوز الرجوع فيه ويجوز تنفيذه بالقوة الجبرية"، إذ يتضح من المادة أعلاه إحترام شرط قبول التحكيم المكتوب مابين الطرفين، ولايجوز الرجوع فيه وله قوة تنفيذية بشرط أن يكون صحيحاً وموافقًا للقانون.

وفي الإتجاه ذاته سارت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في القضية مابين Prima Print ضد Fload and Conkin حيث تبنتّ المبدأ التالي ومفاده:" أنه تبعًا للقانون الفدرالي فإن مصير اتفاق التحكيم يعد مستقلًا ومنفصلًا عن مصير العقد المدرج في هذا الأتفاق"[1].

وقد بذلت الكثير من الجهود الدولية لدعم شرط اتفاق التحكيم تشجيعا لنظام التحكيم كله، و قد تبناه القانون النموذجي بالنص عليه في المادة (1/16) على أنه:" ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لايترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"[2]. أما بشأن الإتفاقيات الدولية التي اشارت للمبدأ أعلاه ضمنًا، فنلاحظ أن اتفاقية نيويورك لعام 1958 لم تشر إلى هذا المبدأ بشكل صريحّ، إذ جاء في المادة (1/5) والتي نصت على أنه:" أن من شروط رفض الحكم التحكيمي وعدم تنفيذه، هو في حال أثبت الخصم عدم صحة اتفاق التحكيم..."[3]. كذلك بالنسبة لإتفاقية واشنطن لعام 1965 -التي أنشأت المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى- إذ أقرت هذا المبدأ بشكل ضمني، إذ جاء في المادة (41 /1) التي نصتّ على أنه:"هيئة التحكيم هي التي تحدد أختصاصها"، وهذا موقف المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم، والتي أتضح أنها لم تفصح وبشكل صريح إلى قبول المبدأ، والذي يمكن أستخلاصه بصورة ضمنية إستنادا لأقرار تلك المعاهدات للنتائج المترتبة على هذا المبدأ، والذي يفيد ضمنياً أعترافها به وإن لم يكن صريحاً[4].

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، مالذي يترتب على إستقلال إتفاق التحكيم؟

يترتب على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم الآتي:

---

(1) **بولحية سعاد**، إستقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، 2012- 2013، ص29.

(2) ينظر : المادة (1/16) من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر عن الأمم المتحدة ,1985. كما نصت المادة (5) من الاتفاقية الاوربية لعام 1961، على انه:" المحكم له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه".

(3) **بولحية سعاد** ، المصدر نفسه، ص 25-27.

(4) **فؤاد محمد محمد أبو طالب**، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، المصدر السابق، ص 191.

1- لا يخضع وجود شرط أتفاق التحكيم إلى مصير العقد الأصلي نفسه، فإذا بطل عقد البيع لسبب عيب في الرضا أو لأختلاف صفة الأطراف، فأن ذلك لايؤثر على صحة شرط التحكيم، إذ يبقى الأختصاص للهيئة التحكيمية بالنظر بالطلبات المقدمة أمامها والفصل بالنزاع وأصدار الحكم التحكيمي بغض النظر عن بطلان العقد[1].

2- عقد التحكيم فيما إذا أبطل لأي سبب من الأسباب فأنه لايمكن تحويله إلى عقد آخر، وعن موقف المشرع العراقي بهذا الخصوص إذ جاء في القانون المدني النافذ في المادة (140) والتي نصت على أنه:" اذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحًا بأعتباره العقد الذي توافرت أركانه اذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد". وفي المعنى نفسه تشترط المادة (144) من القانون المدني المصري النافذ لغرض تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر يتوجب توافرأركان عقد آخر صحيح، مع أنصراف نية المتعاقدين الى الأرتباط بعقد جديد، وهذا لايمكن تصوره في عقد التحكيم لعدم توفر أركان عقد جديد فيه يمكن أن تنصرف نية أطراف العقد للأرتباط به[2].

3- يخضع إتفاق التحكيم إلى قانون آخر مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد، وبالإمكان تطبيق المبادئ العامة، والعادات التجارة الدولية على إتفاق التحكيم بغض النظر عن القانون المطبق على العقد الدولي[3].

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي وهو مامدى إلزامية إتفاق التحكيم ؟

إن إتفاق التحكيم بمثابة العقد الذي يرتب التزامات متقابلة مابين أطرافه، وهو بمثابة الدستور الذي لايمكّن تعديله أو الغاءه لاحقًاً، فمبجرد التوقيع عليه يصبح هو قانون العقد وقانون المحكّم. ولكن طبقًا لمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) وبما أن الإتفاق تم بتراضي الطرفين، فلايوجد مانع من إجراء تعديل عليه بتوافق الإرادتين.

و يثار أيضًا السؤال التالي، هل يمكن لعيوب الإرادة أن تعيب إتفاق التحكيم ؟

الأصل أن إتفاق التحكيم الدولي يتسّم بالرضائية، ووفقًا للقواعد العامة يستلزم تلاقي الإيجاب بالقبول لطرفي التحكيم، وعلى أن لايشوب تلك الإرادة أي عيب يذكر(كالأكراه والغلط والغبن مع

---

(1) **محمد عامر شنجار**، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الأستثمار،المصدر السابق، ص184.
(2) **د. أحمد السيد الصاوي**، الوجيز في التحكيم طبقا لقانون (27) لسنة 1994، الطبعة الرابعة، بلادار للنشر، مصر، 2013، ص 26.
(3) **د. منير عبدالمجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المصدر السابق، ص 208.

التغريروالأستغلال)[1]. وفي هذا الصددّ ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصرإلى تبني المبدأ التالي ومفاده:" عدم جواز اجبار أحد الطرفين على التحكيم..."[2]. كذلك تبنتّ هيئة التحكيم المصرية المبدأ التالي ومفاده:" أن إدعاء المحتكّم توقيعه على الإتفاق التحكيمي كان وليد إكراه، هو إدعاء لايقوم على أساس من الواقع ومما يؤكد ذلك هو أن المحتكّم لم يقدم أي بلاغ يتضمن تعرضه للإكراه منذ التوقيع على الإتفاق وحتى بداية إتخاذ الإجراءات المؤدية الى رفع الدعوى التحكيمية"[3]. إذ يتبين للباحث من الحكّم أعلاه ، أمكانية تأثر إتفاق التحكيم بعيوب الإرادة، و يقع عبء إثباته على (المدعيّ)، ويشترط في ذلك، قيامّه بإخطار الجهات المعنية، وأثبات ذلك.

وتأسيسًا على ما تقدم يجد الباحث أن ما يرسم ملامح التحكيم الدولي هو رضا الطرفين الخالي من أي عيب يرد على إرادة طرفي التحكيم وخلاف ذلك تطبق القواعد العامة على تلك المسألة.

المبدأ الثاني - مبدأ الإختصاص بالإختصاص :

ويرادّ به أن المحكّم هوالذي يفصّل فيما إذا كان هنالك شرط تحكيمي تم الإتفاق عليه في عقدٍ تحكيمي أم لا، ويكّون المحكّم مختصًا متى ما وجد إتفاق تحكيم صحيحّ، وإذا قام أحد الأطراف بالطعن بالإختصاص لهيئة تحكيمية معينة، فلهذه الهيئة السلطة في الفصّل في صحة إختصاصها، أوالدفّع بعدّم صحة إتفاق التحكيم، ويساعد هذا المبدأ للحيلولة دون قيام أحد الأطراف بعرقلة سير التحكيم أو تأخيره بالدفع بعدم الإختصاص للمحكّمة التحكيمية، مما يخول هيئة التحكيم مسألة البتّ في اختصاصها في كافة المنازعات المثارة بشأن إتفاق التحكيم أو العقد الأصلي الذي تضمنه دون الركّون للقضاء الوطني لعرض النزاع، ويطلق عليه باللغة الإنجليزية مصطّلح (Competence of Competence)[4]. وبالنسبة لموقف المشرع العراقي، إذ لم يتناول هذا المبدأ صراحةً في قانون المرافعات المدنية المرقم (83) لسنة 1969 إذ أشارت إليه المادة (1/265) ضمنًا والتي نصت على أنه:" ويجب على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الإتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة ....."، كما تبنى مشروع قانون التحكيم العراقي هذا المبدأ وتحديدًا في المادة (22) والتي نصت على أنه :" أولًا: يجب على هيئة التحكيم أن تفصل من تلقاء نفسها أو بناءً على الدفوع المقدمة من أحد الطرفين بعدم أختصاصها قبل الدخول في أساس الدعوى ..." .

---

(1) **مصطفى ناطق صالح مطلوب**، مبدأ أستقلال اتفاق التحكيم التجاري، المصدر السابق، ص123

(2) ينظر: القضية رقم (13) قضائية دستورية ،حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في ١٧/١٢/١٩٩٤ ، ، نقلًا عن : **مصطفى ناطق صالح مطلوب**، المصدرنفسه، ص123.

(3) ينظر: **القضية التحكيمة** رقم **(13)** نقلًا عن : **المهندس الأستشاري. محمد ماجد خلوصي**، قضايا تحكيمية، المصدر السابق، ص147.

(4) **فؤاد محمد محمد أبو طالب**، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، المصدر السابق، ص 191.

وفي المعنى ذاته تناول قانون التحكيم التجاري الدولي المصري المرقم (27) لسنة 1994 في المادة (1/22) المبدأ أعلاه، إذ أعترف المشرع المصري للهيئة التحكيمية بالأختصاص بالفصل بأختصاصها، يضاف إلى ذلك أن للمحكّمين ولاية الفصل في مدى مشروعية ولايتهم أو صحتها، وتقدير اختصاصهم، عند الإدعاء ببطلان أتفاق التحكيم ذاته، أو بسبب عدم قابلية النزاع للتحكيم[1]. كذلك تبنى المشرع الفرنسي هذا المبدأ في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (48) لسنة 2011 إذ نصت المادة (1476) على أنه "إذا ادعى أحد الأطراف عدم اختصاص المحكّم في الفصل في النزاع، كان لهذا الأخير أن يفصل في صحة أو حدود إختصاصه ". حيث يتضح أقرار المشرع الفرنسي صراحة بهذا المبدأ، وفيها يكون المحكم له الحق في الفصل فيما إذا كان شرط التحكيم مستقلاً أم غير مستقلًا عن بند العقد[2].

أما بالنسبة لموقف المشرع الأمريكي، فالأمر يختلف عن موقف التشريعات الوطنية سابقة الذكر، فمن يحددّ دخول النزاع ضمن الإختصاص هي المحاكم القضائية، بمعنى أن المحاكّم الأمريكية وطبقاً لقانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي، هي من تحددّ أن النزاع يدخلّ في مجال إتفاق طرفي التحكيم الدولي أم لا، وعلى العكس من موقف التشريعات الأخرى التي تخول المحكمين هذا الأختصاص، بالتالي يحق لطرفي التحكيم العدول عن التحكيم[3]. ومايؤكد ذلك ماجاء في قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي وتحديداً في المادة (4) منه والتي نصت على أنه:" .... تقوم المحكمة بسماع رأي الأطراف وذلك بعد التأكد من صحة اتفاق التحكيم والتأكد من أن رفض المشاركة في الإجراءات لا يرجع لعدم صحة الاتفاق، وتصدر أمر للأطراف بمباشرة إجراءات التحكيم طبقا لأحكام اتفاق التحكيم....."[4].

ولقد اهتمت معظم الاتفاقيات الدولية اهتماماً كبيرا بهذا المبدأ، إذ أشارت إتفاقية جنيف الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 في المادة (3/5) إلى أنه:" للمحكم سلطة تحديد اختصاصه، ووجود إتفاق التحكيم، أو العقد الذي يَعِدُ اتفاق التحكيم جزءاً منه"[5]. كذلك ماجاء في نص المادة (41) من اتفاقية واشنطن لعام 1965 على أنه:" تختص محكمة التحكيم بتحديد إختصاصها "[6].

---

(1) **دحماني فريدة**، القوة الألزامية للحكم التحكيمي، رسالة ماجستير، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2018، ص58.

(2) **سعودي سيد علي**، فعالية اتفاق التحكيم، المصدر السابق، ص 13.

(3) **بكلي نور الدين**، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، المصدر السابق، ص105.

(4) للإطلاع على بقية نصوص قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لعام 1925، والمنشورعلى الموقع الألكتروني المتاح /http://site.eastlaws.com ، تاريخ الزيارة 1/7/2021.

(5) ينظر: المادة (3/5)اتفاقية جنيف الاوربية للتحكيم التجاري 1961.

(6) ينظر : المادة (1/41) من اتفاقية واشنطن لعام 1965. وينظر: المادة (1/21) من قواعد التحكيم الصادرة من الأمم المتحدة (الأونسترال) والتي نصت على أنه:" هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص على الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها , وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل عن التحكيم أو بصحة هذا الشرط او هذا الاتفاق".

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي: هل يوجد إستثناء على المبدأ أعلاه؟

أتاحت معظم التشريعات أمكانية تدخل القضاء بناءً على طلب أحد الخصوم، مثال على ذلك ماجاء في المادة (10) من قانون التحكيم المصري في حال وجود عائق يحول دون إتمام مهمة المحكم بالتالي يمكن للمحكمة المختصة أتمام تلك المهمة[1].

ويتبادر للذهن السؤال التالي، هل لطبيعة العلاقة العقدية محل النزاع دور في إختصاص المحكمين؟

يشير الواقع العملي في مضمار منازعات التحكيم التجاري الدولي إلى أن معظم المنازعات ناشئة من علاقات تعاقدية، بينما أشارت الكثير من التشريعات والإتفاقيات الدولية إلى التحكيم في المنازعات التعاقدية وغير التعاقدية وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في نص المادة (251)[2] من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969، إذ إن العلاقة التعاقدية مابين الأطراف هي أساس قيام التحكيم، بينما إتفاقية التحكيم وحدها تصلّح لنزع اختصاص المحاكم القضائية من النظر بالنزاع، وفي هذا الصددّ تبنت المحكمة العليا في إنجلترا المبدأ التالي:" كل مطالبة أو موضوع ناجم عن العقد الراهن أو علاقة به يحال إلى التحكيم حتى لوكان أساس الدعوى جرميًا"، بمعنى أنه يتعين اختصاص المحكمين وفقًا لنص العقد التحكيمي[3]. أما إذا كان النزاع حول العلاقات القانونية غيرالعقدية[4] في المسائل المدنية والتجارية، بالتالي تخضع تلك الإلتزامات إلى قانون البلد الذي وقع به الفعل المنشأ للإلتزام، بمعنى أن الإختصاص ينعقدّ للمحاكم الوطنية التي يحصلّ فيها تلك الحادثة سواء كان الفعل الضار أم الأثراء بلا سبب، وقّد تخرج المسألة عن إختصاص المحكّمين في النظر فيها[5].

ويتضح مما تقدم إن أختصاص المحكمين بالنظر في النزاع مرهون بتفسير العقد التحكيمي، لذلك ينبغي أن يتوخى الطرفان عند إبرامهما العقد الإشارة إلى التزاماتهما بإحترافية عالية حتى يجنبهم ما يحصل من منازعات في المستقبل، ويساعد المحكمين في تفسير بنود العقد المبرم بينهم.

---

(1) **عمار فلاح**، دور التحكيم في فض المنازعات التجارية الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، الجزائر، 2014 -2015، ص169.

(2) نصت المادة (251) مرافعات مدنية على أنه:" يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين".

(3) **د. سيد لطفي عبدالله**، مفهوم العلاقة بين التحكيم التجاري الدولي والعقد التجاري الدولي(دراسة تحليلية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021، ص50-52.

(4) بين القانون المدني العراقي النافذ المقصودّ بالإلتزامات غيرالعقدية وتحديدًا في المادة (27/1) والتي نصت على أنه:" الإلتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للإلتزام". يقابلها: المادة (21) من القانون المدني المصري النافذ.

(5) **د. سيد لطفي عبدالله**، المصدر نفسه، ص65-66.

ومما تقدمً يتبادر لذهننا السؤال التالي وهو هل يشترط بالمحكم الدولي أن يكون ذو كفاءة في مجال عمله، وأن يكون ملمًا بالمجال القانوني ضمن اختصاصه ؟ وماهي صلّاحيته في تحديدّ الثمن المتنازع عليه في العقود الدولية؟

بالنظر لإختلاف طبيعة التحكيم عن طبيعة القضاء، ولكون التحكيم يستند إلى إتفاق أطراف النزاع، مما يثير خلافًا حول أهمية أمتلاك المحكم للخبرة القانونية من عدمها، ولكون عملية التحكيم يبرز فيها الطابع الفني على القانوني ولاسيما في معاملات التجارة الدولية، حيث هنالك بعض التشريعات لاتشترط الخبرة القانونية والبعض الآخر لايشترط وجود أي خبرة أخرى في المحكم[1]. بينما أشارت بعض الإتفاقيات إلى العكس من ذلك، ومنها اتفاقية واشنطن لعام 1965 تسوية منازعات الأستثمار (ICSID) وتحديدًا في المادة (14) التي نصت على أنه:" يجب أن يكون هؤلاء الأشخاص- المحكمين والمفوضين- ...من المشهود لهم بتخصصهم وكفايتهم في المجالات القانونية...مع ملاحظة أن التخصص القانوني بالنسبة للأشخاص المعينين لقائمة التحكيم يعتبر شرطًا جوهريًا". وتبرز كفاءة المحكم الدولي، خاصة عند منح محكّم الطوارئ صلّاحية إتخاذ التدابير المؤقتة، في منازعات تحديد الثمن كونه حدثًا طارئًا بحد ذاته، وقّد يلّحق الضرر في طرفي العقد في حال التأخيرفي أخذ الأحتياطات اللازمة، والمتمثلة بحماية الحقوق الأساسية والمهمة بالنسبة لموضوع النزاع[2]. مما يستدعي الإستعجال بتلك الإجراءات، وتقديم طلب من قبل أحد الطرفين إلى الهيئة التحكيمية للقيام بهذه المهمة، ومايعززّ ذلك ماجاء في قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 في المادة (1/24) والتي نصت على أنه:"... يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أيًا منهما بأتخاذ ماتراه من تدابير مؤقتة... "[3]. ويتضح مما تقدم أن هذه الإجراءات المتخذة من قبل محكم الطوارئ من شأنها أن ترتقي بفعّالية التحكيم الدولي، وتشجع على الإقبال عليه، ولاسيما المستثمرين في بلدان العالم الثالث.

يجد الباحث أن المحكم يلّزم بأن يكون خبيرًا في المجاليين القانوني والفني ولاغنى له عن أحدهما، فنلاحظ في الكثير من القضايا التحكيمية الدولية ولاسيما وثائق الكلاوت CLOUT[4] التي يستند فيها المحكّم إلى قوانين الأمم المتحدة للبيوع الدولية إتفاقية فيينا لعام 1980، وكذلك مبادئ اليونيدروا وغيره من القوانين

---

(1) **هيوا علي حسين**، التحكيم قضاءً أصيلًا للمنازعات التجارية، بحث منشور في مجلة جامعة كركوك المجلد (5)، العدد (16)، 2016، ص560.

(2) **د. ليزة عبدالعزيز فهمي**، نظام محكم الطوارئ بين النظرية والتطبيق(دراسة مقارنة)، الطبعة الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021، ص48.

(3) **د. ليزة عبدالعزيز فهمي**، المصدر نفسه، ص51. كذلك ماجاء في قانون التحكيم النموذجي في المادة (17/1) والتي نصت على أنه:" يجوز لهيئة التحكيم ان تصدر تدابير مؤقتة بناء على طلب أحد الأطراف...".

(4) **وثائق الكلاوت (CLOUT)** : ويقصد بها: السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال، وللمزيد من التفاصيل، يراجع الموقع الالكتروني التالي : http://www.uncitral.org .

والإتفاقيات الدولية، وفي بعض الأحيان قد يلجأ إلى التشريعات الوطنية المقارنة في حال أرادّ تفسير قضية معينة، لذلك نجد أن المحكم بالرغم من عدم اشتراط الخبرة القانونية فيه، لكن ينبغي أن يكون ملمًا على أقل تقدير بالمعلومات القانونية ولاسيما المتعلقة بالقانون الدولي العام وقانون التجارة الدولية.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي: هل يحق للمحكم التدخل في تعديل الثمن ؟

هنالك إتجاهان في هذا الموضوع وكالتالي:

أ- الإتجاه الرافض :

إن هذا الإتجاه وجد تأييدًا له من جانب القضاء الفرنسي[1]، والمبني على وجوب إحترام المحكم لإرادة أطراف العقد بشكل لايتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة حيث أن سلطة المحكم تقف على عدم المساس بالإشتراطات التعاقدية المتفق عليها مسبقًا، وأن تدخل المحكم في تعديل عنصرالثمن أمر لايحمدّ عقباه في نظرهم في حال فشلت مساعي المتعاقدان بإعادة التفاوض أو مراجعة الثمن، وفي هذا الصدد تبنت محكمة باريس سنة 1977 المبدأ التالي ومفاده:" لايمكن للمحكم وفقًا للعدالة أن يقوم بتغيير إتفاق الأطراف ولايمكن له أن يتجاوز السلطات المخولة له في حدود العقد المبرم"[2]. ويتبين مما تقدم عدم صلّاحية المحكمين بتعديل الثمن محل خلاف الخصوم، كون المسألة خارج صلاحياتهم، وتمس بإتفاق التحكيم.

ب- الإتجاه المؤيد :

ويذهب المؤيدون لهذا الإتجاه[3] إلى أنه في حالّ عدم التوصلّ إلى نتيجة بخصوص تعديلّ الثمن في حالة إعادة التفاوض من قبل طرفي العقد، حينها يكون للمحكم السلطة في تعديل الثمن، مستندين إلى القرارات التحكيمية الإجتهادية في هذا الصدد، ولاسيما المحكم المفوض بالصلح وما تمليه عليه مبادئ العدالة العقدية التي تستدعي تدخله في تعديل شروط العقد وبالأخص تعديل عنصر الثمن، تماشيًا مع الظروف المستجدة، والحيلّولة دون توقف العقد أو الفسخ، ويتجسد ذلك بالصلّاحية التي يمنحها الأطراف إلى المحكم صراحةً أو ضمنًا، بإعتبار أن الآتفاق على شرط التحكيم بالعدالة هو بمثابة منح الصلاحية للمحكم بالتدخل بتعديل شروط العقد[4].

---

(1) وكان على رأس المعارضين الأستاذ ROPERT الذي أستند في رأيه الى بعض القرارات التحكيمية التي أكدت هذا الأتجاه، وتحديدًا في الحكم الصادر من محكمة باريس سنة 1977. نقلًا عن: **موكة عبد الكريم**، تأثير تغير الظروف على أستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص387.

(2) **موكة عبد الكريم**، تأثير تغير الظروف على أستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، المصدر نفسه، ص387-388.

(3) وعلى رأسهم الأستاذين FOUCHARD – LOQUIN، نقلًا عن: **موكه عبد الكريم**، تأثير تغير الظروف على أستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، المصدرنفسه، ص388.

(4) **موكه عبد الكريم**، تأثير تغير الظروف على أستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، المصدر نفسه، ص388-389. وعلى رأسهم الأستاذين FOUCHARD – LOQUIN .

والباحث يميل إلى الرأي الثاني، وهو صلاحية المحكم في التدخل في تعديل الثمن، كون هذه المهمة منسجمة مع ما اتفق عليه طرفي التحكيم، وهي من ضمن صلاحياته الموكل فيها.

المبدأ الثالث - عدم جواز الرجوع عن قبول التحكيم من طرفٍ واحد :

لضمان فّاعلية التحكيم وكفاءته، يتوجبّ على الطرفين كتابة شرط التحكيم ؛ حتى لايثير نزاعًا قد يحدث بالمستقبل، فإتفاق التحكيم يضع قاعدة عامة تلّزم الأطراف الموقعين عليه، ممايرتب إلتزاما قانونيًا على الأطراف، يحتمّ عليهم تطبيقه وتنفيذه بحسن النية، ومخالفة هذا الشرط يؤدي إلى أيقاع المسؤولية، إلّا إستثناءً مثل حصول القوة القاهرة، أوعندما يتفق الطرفان على قاعدة مخالفة، أو توصلهم إلى حسّم الخلاف ودياً، ولايجوز لأي طرف من الأطراف تعديلّ التعّهد أو فسّخه منفردًا، كما لايجوز لهما الإنسحاب من التحكيم معاً[1]. إذ يردّ شرط التحكيم كبندّ في العقد المبرمّ بين أطرافه وقد يرد في وثيقة ملحقة بالعقد تبين اللجوء إلى التحكيم دون القضاء كوسيلة لفض النزاع[2]. إن وضع القيود على إرادة طرفي التحكيم خاصة في مسألة الإنسحاب من الإتفاق على التحكيم من شأنه أن يرفع من فعالية التحكّيم بصورة عامة، ومايعززّ ذلك ماجاء في المادة (25) من إتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير والمنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار سنة 1965 والتي نصتّ على أنه:" ...عدم جواز إنهاء إجراءات التحكيم بالإرادة المنفردة لأي من طرفي النزاع، أياً كانت طبيعة الأطراف في العلاقة العقدية....."، وتجدر الإشارة إلى إن إجراءات التحكيم لاتنتهي إلّا بإحدى الحالتين التاليتين:"1-إما بصدور حكم يحسّم النزاع وينهي الخصومة .2- أو بإتفاق جميع الأطراف على إنهاء الإجراءات قبل صدور الحكم"[3].

ولضمان فعالية التحكيم الأقرار بعدم أحقية الدفع من قبل الطرف العام بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء للتحكيم، وعدم جواز التذرع بالمركز السيادي لغرض التنصل من الإتفاق التحكيمي والتي نبينها وكالتالي:

أولاً- عدم أحقية الدفع بعدم الأهلية من قبل الدولة راعية الإستثمار :

وهو من المبادئ المستقرة في التحكيم الدولي، ونشير في هذا الصددّ إلى أن الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، قد تناولت مسألة الأهلية الدولية في إبرام إتفاق التحكيم، إذ نصت المادة

---

(1) **فؤاد محمد محمد أبو طالب**، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، المصدر السابق، ص199.
(2) **د. احمد السيد الصاوي**، الوجيز في التحكيم، المصدر السابق, ص16.
(3) **فؤاد محمد محمد أبو طالب**، المصدر نفسه، ص202.

(1/2) على أنه:" الأشخاص المعنويين الموصّوفين في القانون المطبق بصددهم بالأشخاص المعنويين في القانون العام لهم الأهلية لعقد إتفاقات التحكيم بصورة أصولية"[1].

ثانياً. عدم جواز الدفع بمبدأ السيادة:

ويقصد به عدم أحقية الدولة التنصل من الإتفاق التحكيمي في عقود الإستثمارات الأجنبية بحجة المركز السيادي للدولة مما يتعارض مع مبدأ المشروعية، المتمثل بخضوع أعمال الدولة للمراقبة القضائية ومسؤولية الدولة عن هذه الأعمال، وعليه لايمكن لإتفاق التحكيم أن يمس سيادة الدولة؛ كّون مثولها أمام الهيئات التحكيمية قد تمّ برضاها وقبولها[2]. والأصل أن قواعد الأسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على العقود المشوبة بعنصر أجنبي، وكما ورد بالمادة (26) من القانون المدني العراقي على أنه :" تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها"، كما أشار القانون المدني المصري في المادة (2/11) إلى أنه:" أن النظام القانوني للأشخاص الأعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فأن القانون المصري هو الذي يسري"[3].

وغني عن البيان أن الإرادة الحرة تلعب دورًا بارزًا في عملية التحكيم، وأن الدولة (جهة التعاقد) حين تدرج شرط التحكيم في العقود الحكومية بإرادتها الحرة، فلا ينبغي لها للتمسك بالحصانة القضائية، فالتحكيم لايشكل إعتداءً أو مساسًا بسيادة الدولة راعية الإستثمار كونها راضية بتلك الوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن عقود الأستثمار[4]، وخاصة منازعات تحديد الثمن.

كذلك على مستوى الإتفاقيات الدولية، إذ إنبرت إتفاقية واشنطن لعام 1965 وتحديدًا في المادة (1/25) والتي نصت على أنه : " .... متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فأنه لايجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده، بمعنى أن قبول الدولة بأختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار يعدّ قبولًا لارجعة فيه[5]. أما بالنسبة لموقف المشرع الأمريكي، إذ جاء في قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي وتحديداً

---

(1) **بودلال فطومة**، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجيلالي يابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2015- 2016، ص193.

(2) **منى بوختالة** ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية فرع التنظيم الأقتصادي، الجزائر، 2013-2014، ص 124.

(3) **عامر علي صاحب**، تنازع الأختصاص القانوني في عقود الأستثمار الأجنبي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 2011، ص9.

(4) **رشا موسى محمد**، دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الأستثمار الأجنبي، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت المتاح ، العدد (11) ، السنة 2010، ص191.

(5) **د. بشار محمد الأسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الأستثمار الدولية، المصدر السابق، ص 96-97. وأكد هذا المبدأ بعض التشريعات الوطنية كقانون الحصانة الأنجليزية وتحديدًا في الفقرة (3) من المادة (9) والتي نصت

في المادة (15) والتي نصت على أنه:" أن تنفيذ اتفاقات التحكيم، وتأكيد أحكام التحكيم والتنفيذ بناءً على أحكام مبنية على أوامر تؤكد هذه الأحكام يجب أن لا ترفض بناءً على قانون مبدأ سيادة الدولة"[1]. وفي الإتجاه ذاته تبنتّ محكّمة مقاطعة كولومبيا المحلية في الولايات المتحدة المبدأ التالي ومفاده :" رفضت المحكّمة المحلية في قرارها إدعاء غانا بعدم تمتع المحكمة بالإختصاص في موضوع الدعوى، مشيرة إلى أن قانون الحصانة السيادية الأجنبية في الولايات المتحدة الأمريكية يسمح بالمضي قدماً في الدعاوى المقامة ضد الجهات السيادية الأجنبية بمقتضى المادة (1605) من الباب (28) من مدونة قوانين الولايات المتحدة...."[2].

المبدأ الرابع - عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من قبل أحد الأطراف:

هنالك العديد من التصرفات السلبية التي يقوم بها أحد أطراف التحكيم، مما قد تؤثر على سير إجراءات التحكيم والحد من فّاعليتها وكفاءتها ويؤدي إلى تعطيلها، وبناءً على ذلك أقرت معظم الإتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم عددًا من الإجراءات لمواجهة ماقد يسببه أمتناع أحد الطرفين عن تعيين محكّمِهِ، أوالأمتناع عن المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم، أوالأعتراف لهيئة التحكّيم بسلطة الأستمرار في العملية التحكيمية، وأصدار الحكّم الملزم والفعّال للحيلولة دون وقف سير إجراءات التحكيم التي يقوم بها أحد طرفي النزاع[3]. وتتمثل تلك الإجراءات بالتالي:

أولًا - عدم المماطلة بتعيين المحكمين :

يفترض إحترام طرفي النزاع لإتفاق التحكيم والحيلولة دون قيام أحدهما بالمماطلة والتأخير بتعيين محكمِهِ، مما يعيق إجراءات التحكيم ويعمل على تعطيله والتقليل من فّاعليته[4]. إذ تلعب إرادة الأطراف دورًا بارزًا في أختيار هيئة التحكيم، ويجب الإلتزام بما تم الإتفاق عليه وعدّم إستقلال أحدهم عن الآخر في مسألة آختيار المحكمين؛ لكن هذه الإرادة ليست مطلقة بل تتقيد بمبادئ العدالة وحسن النية في أختيار المحكمين[5]. ومن أجل تفادي مثل هذه المماطلة والتي تسبب تعطيل إجراءات التحكّيم، إذ تتخذ التشريعات الوطنية

على أنه :" عندما تتفق دولة ما كتابة على أخضاع منازعة ما، ناشئة أو يمكن أن تنشأ للتحكيم، فأن هذه الدولة لايمكن أن تدفع بحصانتها أمام المحاكم البريطانية المرتبطة بهذا التحكيم"

(1) ينظر: المادة (15) من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لعام 1925، والمنشور على الموقع الإلكتروني المتاح http://site.eastlaws.com تأريخ الزيارة 1/7/2021.

(2) للإطلاع على تفاصيل القضية ينظر : القضية المرقمة (1835) كلاوت، (الولايات المتحدة الأمريكية : محكمة مقاطعة كولومبيا المحلية في الولايات المتحدة) بتأريخ 22أذار/ 2018 ، المنشورة على الموقع الالكتروني المتاح https://www.italaw.com، تأريخ الزيارة 2021/1/24.

(3) **فؤاد محمد محمد أبوطالب**، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، المصدر السابق، ص206.

(4) **د. بشار محمد الاسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المصدر السابق، ص99.

(5) **فؤاد محمد محمد أبوطالب**، المصدر نفسه، ص207.

والإتفاقيات الدولية حلولًا معينة مثل تحديدّ الهيئة التحكّيمية من قبل المحكمة المختصة، أو من قبل جهة إدارية بدلًا من أحد الطرفين الذي يعطل إجراءات التحكيم[1]. وفي هذا الصددّ أشار قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم (83) لسنة 1969 لهذه المسألة، إذ نصت المادة (256) على أنه:" 1- إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو أمتنع واحد أو اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو إعتزله أو عُزِلَ عنه أو قام مانع من مباشرته، ولم يكن هناك إتفاق في هذا الشأن بين الخصوم؛ فلأيٍّ منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم". وبالرجوع إلى مشروع التحكيم التجاري العراقي لعام 2011 نلاحظ أنه تبنى هذا المبدأ أعلاه، وتحديدًا في المادة (17) والتي نصت على أنه: " أولا: لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وكيفية و وقت اختيارهم فان لم يتفقا اتبع ما يأتي : أ- إذا أتفق الطرفان على أن تكون هيئة التحكيم مشكّلة من محكم واحد ولم يتفقا على اختيار هذا المحكم تولت المحكمة المنصوص عليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين". وفي المعنى ذاته، نصت المادة (17) من القانون التحكيم المصري المرقم (27) لسنة 1994 على هذا المبدأ.

أما عن موقف المشرع الفرنسي، فكان شرط ومشارطة التحكيم في ظل المرسوم رقم (345) لسنة 1980 حيث أشارت المادة (2/1443) إلى أنه:" شرط التحكيم يكون باطلاً إذا لم يكن مشتركاً كتابة في الإتفاق الأصلي أو في مستند يحيل إليه هذا الأتفاق"، ويقبع تحت طائلة هذا الجزاء مايسمى " باتفاق التحكيم على بياض"[2]، أي حالة عدم تعيين المحكم أو المحكمين[3]. يتضح من هذه المادة أن المشرع الفرنسي كان يعتبر إتفاق التحكيم باطلًا لخلّوه من تعيين المحكّمين خاصة في التحكيم الداخلي. أما المادة (1448) من القانون أعلاه فنصت على أنه:" يجب تحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم وإلّا كانت باطلة"، أما في المرسوم الجديد لقانون المرافعات رقم (48) لسنة 2011 فجاء في نص المادة (1444) على أنه:" اتفاق التحكيم يعين المحكم أو المحكمين، وعند الإقتضاء يكون هذا التعيين بالإحالة إلى أحد أنظمة التحكيم، أو يبين الإتفاق كيفية تعيينهم، وفي حال عدم التعيين يتم اللجوء إلى المواد (1451و 1454)[4] من القانون

---

(1) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي**، الفعالية الدولية لقبول االتحكيم في منازعات التجارة الدولية، ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص10.

(2) **اتفاق التحكيم على بياض**: ويقصد به الاتفاقات التي تخلو من أي تحديد للمحكمين او كيفية تعيينهم، إذ لم يقبل المشرع الفرنسي في المرسوم القديم رقم (345) لسنة 1980 قبل التعديل وتحديداً في مجال التحكيم الداخلي على اتفاق التحكيم على بياض، على العكس من التحكيم الخارجي. بينما سمح بذلك في التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية المعدل رقم (48) لسنة 2011.

(3) **د. علي عبدالحميد تركي**، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي(دراسة تحليلية في ضوء المرسوم 48 لسنة 2011)، المصدر السابق، ص444.

(4) تنص المادة (1451) من المرسوم الجديد لقانون المرافعات الفرنسي رقم (48) لسنة 2011 على أنه:" تتألف هيئة التحكيم من محكم أو أكثر على أن يكون عددهم فردياً. وتكتمل الهيئة إذا عين اتفاق التحكيم عدد زوجي للمحكمين. في حالة

أعلاه"، علماً أن هذه المواد لاتنطوي على البطلان كجزاء لعدم تعيين المحكمين، بالتالي يصح اتفاق التحكيم على بياض[1]. ويتضح مما تقدم أنه لّم يعدّ الإغفال أو عدم تعيين المحكّمين من مبطلات الحكّم التحكّيمي في القانون الفرنسي، على العكس من موقف المشرع العراقي والمصري.

أما بالنسبة لموقف المشرع الأمريكي، وتحديدًا في قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي ، إذ جاء في المادة (5) منه في تعيين المحكم أو المحكم المرجح والتي نصت على أنه:": إذا تضمن الاتفاق نصًا يتعلق بإجراءات تعيين أو تسمية المحكمين أو المحكم المرجح يطبق اتفاق التحكيم، فإذا لم يتم اتباع الإجراءات المتفق عليها أو اتبعت الإجراءات وأهمل أحد الأطراف في تعيين أو استبدال المحكم أو عدة محكمين أو المحكم المرجح أو لأي سبب سقط حق الطرف في تعيين أو تسمية المحكمين أو المحكم المرجح، أو بناء على طلب أي من طرفين النزاع فعلى المحكمة أن تقوم بتسمية وتعيين المحكم أو المحكمين أو المحكم المرجح، وفقًا للحالة؛ كما لو كان تعيينهم قد تم بموجب الاتفاق، ما لم يكن هناك اتفاق مخالف يتم تعيين محكماً فرداً". وإستنادًا إلى ما سبق نلاحظ اتفاق المشرع العراقي والمصري والأمريكي على أعطاء الصلاحية للمحكّمة المختصة في تعيين المحكمين في حال عدم اتفاق الطرفين على تعيينه أو في حال تقصد أحد الطرفين أبطاء أو تعطيل عملية التحكيم.

وقدّ تسهم بعض العقود الدولية في وضع الحلول، وتقدم التسهيلات بتعيين المحكم وبالتالي جعل إجراءات التحكيم أكثر فعّالية، وفي هذا الصدد نشيرإلى المادة (3/35) من عقد المقاولة المبرم بين العراق وشركة (ايراب) سنة 1968 والتي نصت بأنه:"... إذا لم يعين أحد الطرفين محكّمهُ خلال المدة الممنوحة له، يقوم الطرف الآخر بطلب هذا التعيين من رئيس المحكمة الفيدرالية في لوزان بسويسرا، وعند غيابه يقوم بذلك أعلى رتبة في المحكمة المذكورة "[2].

وفي حالات معينة قدّ تسندّ هذه المهمة إلى جهة أجنبية وكالتالي:

أ- تعيين المحكمين من قبل محكمة دولة أجنبية :

في بعض العقود الدولية يتم تخويل محكمة دولة أجنبية بتعيين المحكم في حال عدم تعيينه من قبل أحد الأطراف، وفي القانون الفرنسي لايؤدي تنصل أحد الأطراف في تعيين محكمه إلى تأخير إجراءات

عدم وجود اتفاق بين الأطراف على تعيين محكم آخر، تنعقد الهيئة التحكيمية بعد مرور شهر من قبول تعينهم من قبل المحكمين المعينين، أو من قبل القاضي المختص المشار إليه في المادة 1459. كما نصت المادة (1454) من القانون أعلاه على أنه:" عند نشوء أي خلاف آخر يتعلق بتأسيس هيئة التحكيم، وعدم وجود اتفاق بين الأطراف، يسوى هذا الخلاف بواسطة الشخص المكلف بتنظيم التحكيم أو القاضي المختص".

(1) **د. علي عبدالحميد تركي**، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي(دراسة تحليلية في ضوء المرسوم (48) لسنة 2011)، المصدر السابق، ص 451.

(2) **فؤاد محمد محمد أبوطالب**، التحكيم الدولي في منازعات الإستثمار، المصدر السابق، ص 208.

التحكيم، إذ تناول قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد في المادة (1493) صلاحية رئيس المحكمة الجزائية في باريس في تعيين المحكم في حال تقاعس الطرف الآخر في تعيينه[1]. كذلك أشارت المادة (38) من إتفاقية واشنطن - بشأن تسوية المنازعات الإستثمارية - إلى حالة عدم إختيار هيئة تحكيمية خلال 90 يوماً من تأريخ الاخطار بتسجيل الدعوى من السكرتير العام للمركز، إذ يقوم رئيس البنك الدولي للإنشاء والتعمير وبعد التشاور مع أطراف النزاع بتعيين المحكم أوعدد من المحكمين للفصل في النزاع[2]. ومن الحالات التي يتدخل فيها القاضي بتعيين المحكمين، هي حالة عزل المحكمين، أما اتفاقيًا من قبل طرفي التحكيم، أو قضائيًا، إذ يتم إستبدال المحكمين، في حالتي تعذر أحدهم عن الإستمرار بعمله أو بسبب فشله بإداء مهمته[3].

ب- قيام الهيئة الدولية بأختيار أعضاء الهيئة التحكيمية :

ويمكن توضيح هذه الفكرة من خلال عرض القضية التالية: إذ نص ملحق المعاهدة المبرمة بين الصين وفرنسا لعام 1984 والتي تتعلق بتشكيل محكمة التحكيم المختصة بفض منازعات الاستثمار بين إحدى الدولتين المتعاقدتين ورعاية الدولة المتعاقدة الأخرى على مايلي:" في حالة إمتناع أحد الطرفين المتنازعين عن تعيين محكمه، أو إذا لم يتم الإتفاق بين المحكمين على أختيار المحكم الثالث خلال المدة الزمنية المذكورة في الفترة السابقة فسوف يطلب أي منهما من رئيس غرفة تجارة استوكهولم[4] إجراء التعيينات اللازمة"[5].

جـ - قيام الموظف الدولي بتعيين أعضاء الهيئة التحكيمية:

يعرف الموظف الدولي: وهو كل موظف يقوم بوظيفة قضائية دولية كرئيس محكمة العدّل الدولية فهو يتمتع بالكفاءة والخبرة، إذ تسندّ إليه مهمة إختيار أعضاء الهيئة التحكيمية، ومايعزز ذلك هو ماجاء في

---

(1) **د. بشار محمد الاسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المصدر السابق، ص102.

(2) ينظر: المادة (38) من **اتفاقية واشنطن** بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار. نقلًا عن: د. أحمد السيد الصاوي، الوجيز في التحكيم، المصدر السابق، ص 155.

(3) **أرزقي رمضان**، إتفاق التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، الجزائر، 2018، ص44-45.

(4) **مركز التحكيم بغرفة تجارة استوكهولم (The SCC)** : وهو الجهة المسؤولة عن إدارة المنازعات وفقًا لقواعد مركزالتحكيم في غرفة تجارة استوكهولم (قواعد التحكيم المستعجل) ووفقًا للإجراءات أو القواعد الأخرى التي يتفق عليها الأطراف، ويتألف المركز من (مجلس الأدارة) و(الأمانة العامة)، ويبدأ التحكيم منذ تاريخ استلام المركز لطلب التحكيم.للمزيد من التفاصيل يراجع: قواعد تحكيم مركز التحكيم في غرفة تجارة استوكهولم 2017 والمنشورة على الموقع الألكتروني المتاح https://sccinstitute.com تاريخ الزيارة 2021/6/21.

(5) **فؤاد محمد محمد أبو طالب**، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، المصدر السابق، ص 209- 210.

المادة (2/3) من لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة في نموذج القواعد الخاص بإجراءات التحكيم الذي وضعه عام 1958 والتي نصت على أنه:" إذا لم يتم تشكّيل محكمة في خلال 3 أشهر من تأريخ طلب عرض الخلاف على التحكيم، فإن تعيين المحكمين الذين لم يتم أختيارهم سوف يتم بواسطة رئيس محكمة العدل الدولية بناء على طلب أحد الأطراف"[1].

ثانياً. تأثير غياب أحد الأطراف في عملية التحكيم :

قد يتعمد أحد أطراف النزاع عدم الحضور في جلسات التحكيم، مما يؤثر في سير الإجراءات وإطالة آمد النزاع والبتّ فيها، ويخل بأهم ميزة للتحكيم ألّاوهي السرعة في الفصل في المنازعات لاسيما مسألة تحديد الثمن، وبالتالي يحدّ من فاعّلية وكفاءة التحكيم ، لذلك تسعى معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم، للحيلولة دون فسح المجال أمام أحد طرفي النزاع بالتغيب عن إجراءات التحكيم، إذ وضعت عدة نصوص تضمن إستمرارية هذه الإجراءات وعدم تأثرها بغياب أحد الأطراف[2]. ولّم يشر قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 إلى هذا المبدأ صراحة ، لكنه تناول مسألة تخلف أحد طرفي التحكيم عن الحضور في الجلسة التحكيمية بسبب وفاته، بالتالي يصار إلى تمديد ميعاد صدور الحكم ، وتحديداً في المادة (3/262) والتي نصت على أنه :" 3- في حالة وفاة أحد الخصوم أو عزل المحكم أو تقديم طلب بردّه يمتد الميعاد المحدد لإصدار قرار التحكيم إلى المدة التي يزول فيها هذا المانع". كما أشارت مسودة مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي في المادة (35) والتي نصت على أنه :" إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور أي من الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الإستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استناداً إلى الأدلة المعروضة أمامها". أما عن موقف المشرع المصري، إذ أشار إلى المبدأ ذاته في المادة (35) من قانون التحكيم المصري رقم(27) لسنة 1994[3].

وعن موقف الإتفاقيات الدولية، نذكر ما جاء في نص المادة (2/45) من اتفاقية واشنطن لعام 1965 وتبنيه لهذا المبدأ من خلال تقنينه بشكل يضمن فعّالية شرط التحكيم، والذي أشار إلى إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار وكالآتي: " 2- إذا لم يحضر أحد الطرفين أمام المحكمة ... فإن من حق الطرف الآخر أن يطلب من المحكمة اتخاذ قرار بشان النزاع .."[4]. إذ يتضح مما تقدم أن تخلف أحد

---

(1) **فؤاد محمد محمدأبو طالب**، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، المصدر السابق ، ص216.
(2) **منى بوختالة**، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، المصدر السابق، ص 125.
(3) للإطلاع على بقية نصوص قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م والمعدل بالقانون رقم(9) لسنة 1997، والمنشورة على الموقع الألكتروني المتاح http://www.icacn.org/rules، تأريخ الزيارة 2021/2/11.
(4) ينظر: نص المادة (45) من إتفاقية واشنطن، المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار ICSID لعام 1965.

طرفي التحكيم بإرادته أو دون إرادته، لايحول دون توقف إجراءات الهيئات التحكيمية، إذ يصار إلى وقف تلك الإجراءات أو تأجيل البت بالحكم التحكيمي، لحين زوال العذر، مما يضيف إلى العملية التحكيمية القدرة على تحقيق هدفها، وتكون أكثر فاعلية في مواجهة شتى المنازعات في العقود الدولية ولاسيما منازعات تحديد الثمن.

المبدأ الخامس- إستئثار هيئة التحكيم بنظر النزاع:

إن إحترام اتفاق التحكيم يحقق الفاعلية المرجوة للتحكيم بصورة عامة وفي التحكيم في منازعات تحديد الثمن بصورة خاصة، وذلك من خلال الإعتراف لهيئة التحكيم بالإستئثار في تسوية النزاع، وأن الإتفاق بين الأطراف قد تمخض عن منح الهيئة التحكيمية الإختصاص في الفصل في النزاع، وبناءً على ذلك لايجوز لمحاكم الدولة الفصل فيه، ولايحق للإطراف اللجوء إلى القضاء الوطني، بطلب الفصل في النزاع محل التحكيم [1]. ويعد هذا المبدأ تطبيقاً للقوة الملزمة للإتفاق أو العقد شريعة المتعاقدين بإعتباره من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود، حيث يستوجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايفرضه مبدأ حسن النية[2].وفي الإتجاه ذاته تبنتّ محكمة التمييز الإتحادية المبدأ التالي:" إذا نفذ أحد طرفي العقد التزاماته العقدية كاملة فيستحق المبلغ الوارد في العقد لإن العقد شريعة المتعاقدين ولاتنفذّ بحقه القرارات الصادرة من الجهات المعنية لدائرة الطرف الآخر"[3]. وعلى صعيد التشريعات الوطنية تبنت معظم الدول مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع وكذلك الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم.

وبالنسبة لموقف المشرعّ العراقي فقد تبنى هذا المبدأ في قانون المرافعات المدنية المرقم (83) لسنة 1969 وتحديدا في المادة (1/253) والتي نصت على أنه : " إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء إلّا بعد استنفاد طريق التحكيم ".حيث يتضح من المادة أعلاه بأن القضاء العراقي لايختص بنظر النزاع في حالّ اتفق الطرفان على التحكيم ، إلّا في حالة واحدة هي عدم اعتراض أحد الأطراف عن ركون الطرف الآخر إلى القضاء بالرغم من وجود شرط التحكيم، حينها تعده المحكمة شرطًا ملغيًا، وحسب ما أشارت لذلك الفقرة (2) من المادة أعلاه[4]. وفي هذا الصددّ تبنت محكمة التمييز الإتحادية المبدأ التالي ومفاده :" أن للمحاكّم ولاية النظر في جميع الخصومات حتى ولو وردّ إتفاق التحكيم في العقد فـأنه لّا يجعل المحكمة غير مختصة إذا أعرض عنه الخصم وفضل إقامة الدعوى أمام

---

(1) **فؤاد محمد محمد أبو طالب**، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، المصدر السابق، ص 220.
(2) **منى بوختالة**، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، المصدر السابق، ص126.
(3) ينظر: قرار الحكم المرقم (515 / عقد /2010) ، **محكمة التمييز العراقية الاتحادية** ، الصادر بتأريخ 2010/6/20. المنشور على الموقع الألكتروني المتاح مجلس القضاء الاعلىhttps://www.hjc.iq، تأريخ الزيارة 2021/3/1.
(4) ينظر: المادة (2/253) من قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969.

القضاء مباشرة "[1]. أما عن موقف مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي، إذ جاء في المادة (13) والتي نصت على أنه:" أولًا: إذا اتفق على التحكيم في نزاع معين فلّا يجوز رفع دعوى به أمام القضاء إلّا بعد استنفاد طرق التحكيم ". وتبنى قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 ذات المبدأ وتحديدًا في نص المادة (13)[2]. إن المشرع المصري يستند إلى الطبيعة الإتفاقية للتحكيم، بمعنى تصرف قانوني إرادي بموجبه يتفق الأطراف على تسوية منازعات تحديد الثمن دون اللجوء إلى قضاء الدولة[3].

يتضح مما تقدم اتفاق قانون التحكيم العراقي والمصري على هذا المبدأ، بعدم جواز النظر بالنزاع من قبل المحكمة، وأحترام ما تم الإتفاق عليه من قبل طرفي التحكيم، بتخويل هيئة تحكيمية معينة للفصل بالقضية المطروحة أمامه.

وفي هذا الصدد نذكّر القضية التالية:" وقعّت وزارة الدفاع العراقية في أوائل الثمانينات عقدا بمليارات الدولارات مع شركة ايطالية لتوريد سفن حربية للقوات البحرية العراقية، وعلى مدى عدة سنوات دفعت الحكومة العراقية عدة دفعات مسبقة من قيمة العقد بلغ مجموعها اكثر من نصف قيمة العقد، إلّا أنه لم ترسلّ فعلًا أي سفن حربية إلى العراق، وفي عام 1991رفعت الشركة الأيطالية دعوى في محكمة إيطالية تدعي فيها أن الأداء مستحيل بعد غزو العراق للكويت في عام 1990،وفرض حظر دولي على العراق... وبعد عدة سنوات صدر حكم لصالح الشركة الأيطالية، وقدمت وزارة المالية العراقية طلب تحكيم في محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، وبنما رفضت الأخيرة النظر في القضية، أنشئت هيئة تحكيم في نهاية المطاف بعد عام 2003، وأصدرت قرار لصالح الشركة الأيطالية ورفعت وزارة المالية دعوى ضد قرار الحكيم أمام محكمة استئناف باريس ..... أستهلت وزارة المالية العراقية أيضًا اجراءات في محكمة بغداد التجارية ضد الشركة الإيطالية لاخلالها بالعقد ..وقررت المحكمة التجارية تعليق القضية إلى أن تكون إجراءات التحكيم قد استنفدت تماما وصدر قرار تحكيم نهائي وذلك عملاً بالمادة (3/253) من قانون المرافعات العراقي النافذ المرقم (83) لسنة 1969 ...وأشارت المحكمة إلى مبدأ قانوني عراقي يسمح للقضاة بالإعتماد على المبادئ الدولية عندما يكون القانون العراقي غامضاً ...كون قانون المرافعات العراقي لايفرق بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي. لذلك إعترفت المحكمة بإتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين وأنفذته، مشيرة إلى إتفاقية نيويورك ونصوص دولية أخرى... واستأنفت وزارة المالية أمام محكمة إستئناف الرصافة بدعوى عدم أختصاص المحكمة التجارية، لأن القانون العراقي لايعترف

---

(1) قرار المحكمة التمييزية العليا العراقية الصادر بتأريخ 30/ 8/ 1967. نقلًا عن: **هدى سعدون لفتة**، التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 2009، ص81.

(2) ينظر : المادة (13) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

(3) **فؤاد محمد محمد أبو طالب**، التحكيم الدولي في منازعات الإستثمار، المرجع السابق، ص 222.

بالتحكيم الدولي....وأيدت المحكمة حجة وزارة المالية..لكن محكمة التمييز نقضت القرار ...مؤكدة قرارالمحكمة التجارية وقائلة : " إنّ رفض الدعوى صحيح ولم يكن ينبغي نقضه"[1].

يتضح من القضية أعلاه عدم أختصاص المحاكم العراقية في النظر في النزاع العقد الدولي، خاصة في حال وجود إتفاق على التحكيم .

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي، فلقد كان للمحكم دور أشبه بدور السلطة القضائية وفقاً للمرسوم رقم (354) لسنة 1980، إذ جاء في المادة (2/1458) من قانون الإجراءات والتي نصت على أنه:" إذا لم تكن محكمة التحكيم اختصت بالنزاع بعد، فأنه يجب على محاكم الدولة أن تقضي بعدم اختصاصها بشرط أن لايكون اتفاق التحكيم ظاهر البطلان"[2]. أما بعد التعديل وفق المرسوم (48) لسنة 2011، أحال المشرع الفرنسي إجراءات التحكيم للمبادئ العامة لأجراءات الخصومة في القانون المدني، مع أحترام خصوصية اتفاق التحكيم، إذ استبدل المشرع مصطلح(محكمة التحكيم) بمصطلح (المحكم)، مع التأكيد على الطبيعة القضائية لإجراءات التحكيم[3].

أما بالنسبة لموقف المشرع الأمريكي، وتحديدًا من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي 1925، إذ جاء في المادة (3) والتي نصت على أنه:" تأجيل البت في حال وجود عقد تحكيمي: إذا رفعت دعوى أمام أية محكمة فدرالية أمريكية في نزاع اتفق كتابة على إحالته إلى التحكيم، يجوز للمحكمة التي رفعت أمامها الدعوى - بعد التأكد من أن المسألة المتنازع عليها تدخل في إطار اتفاق تحكيم - تأجيل البت بالقضية حتى انتهاء إجراءات تحكيم المنصوص عليها في الاتفاق بناء على طلب أحد الأطراف على أن يكون هذا الطرف لم يهمل في اتخاذ إجراءات التحكيم"، إذ يتضح من المادة أعلاه أن على المحكمة الفيدرالية التي يطرح أمامها نزاع التأكد من وجود أتفاق التحكيم وأحترامه، وتأجيل البت في القضية إلى حين أنتهاء مهمة الهيئة التحكيمية المختارة.

ومما تقدم يتضح أن هنالك اتفاقًا مابين التشريعات على إعتماد هذا المبدأ وأحترام إتفاق التحكيم وعدم تدخل المحكمة بالنظر بالنزاع الذي ينظوي على إتفاق طرفي التحكيم على إحالة نزاعهم الى هيئة تحكيمية مختارة من قبلهم.

---

(1) ينظر: القضية رقم (1378) كلاوت، الصادرة في 30 أيلول لعام 2012 مابين وزارة المالية العراقية ضد شركة Fincantieri Cantieri Navali Italiani .العراق : مجلس القضاء الأعلى، محكمة التمييز الاتحادية، No./1932/1952/Civil Panel/Copied/2012 t/2081/2082. تأريخ الزيارة 2021/2/20.

(2) **د. علي عبدالحميد تركي**، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي(دراسة تحليلية في ضوء المرسوم (48) لسنة 2011)، المصدر السابق، ص460.

(3) **د. علي عبدالحميد تركي**، المصدر نفسه، ص466.

كذلك تبنت معظم الإتفاقيات الدولية هذا المبدأ، ونذكرّ ماجاء في المادة (3/2) من اتفاقية نيويورك لعام 1958 للإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية والتي نصت على أنه:"على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم اللجوء إلى التحكيم ، وذلك مالم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لاأثر له أو قابل للتطبيق".

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، هل أن الإجراءات الوقتية أو التحفظية تؤثر على مبدأ إستئثار هيئة التحكيم بنظر النزاع؟

الأصل أن شرط التحكيم يحول دون تدخل القضاء من النظر في موضوع النزاع، والبتّ في الحكّم ، لكن الرأي الراجح في الفقه والقضاء هو جواز التقدم من قبل أحد الطرفين بطلب إلى المحكّمة المختصة من أجل اتخاذ الإجراءات الوقتية أوالتحفظية للتأمين على الشيء طبقًا لقانون المرافعات لدولة القاضي، وهذا الأمرلايعارض مبدا أتفاق التحكيم ولايؤثر على سير الاجراءات التحكيمية[1]. أن خير ضمان لتحقق الفاعلية لعملية التحكيم هو بأستئثار هيئة التحكيم بالفصل في النزاع مما يكفل أستقلاليتها بنظر النزاع دون أن يفسح المجال للقضاء أو الادارة بالتدخل بنظر النزاع، ومن الجدير بالذكر أن إتخاذ أحد الأطراف الإجراءات الوقتية أو التحفظية باللجوء إلى القضاء لتوفير الحماية القضائية العاجلة بغرض تجنب وقوع الضرر بالحقوق والمراكز القانونية المراد الحفاظ عليها، لايؤثر في المبدأ أعلاه[2]. ومايعزز ذلك ما جاء في المادة (9) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والتي نصت على أنه:" لايعتبر مناقضًا لإتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين قبل بدء أجراءات التحكيم أو في أثناءها، من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراءً وقتياً، وأن تتخذ المحكمة إجراءً بناء على هذا الطلب"[3]. ومن الملفت للنظر أن اتفاقية نيويورك لم تتعرض إلى مسألة بقاء أو أنعدام اختصاص القضاء الوطني بإتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية.

المبدأ السادس - توسيع بندّ التحكيم :

الأصل عدم أنصراف آثار العقد إلى الغير، وهو مايسمى بمبدأ نسبية أثرالعقد، وإتفاق التحكيم هو عقد أسوة بباقي العقود، بالتالي يخضع لهذا المبدأ، بمعنى لايجوز الإحتجاج به من طرف أجنبي عن العقد.

---

(1) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي،** الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المصدر السابق، ص19.

(2) **فؤاد محمد محمد أبو طالب،** التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، المصدر السابق، ص221- 222.

(3) كما نصّت المادة (3/26) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي وضعتها الأونيسترال على أنه :"الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية، باتخاذ تدابير مؤقتة لايعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم أو نزولاً عن الحق في التمسك به".

أولايجوز للغير التمسك به أمام طرفي العقد[1]، لكن هذه القاعدة ليست مطلقة وترد عليها بعض الإستثناءات فقد تقضي العدالة أن يكون الأجنبي عن العقد له دعوى مباشرة ضد أحد المتعاقدين مثل دعوى المقاول ضد المقاول من الباطن[2]،بمعنى أن أثر العقد ينصرف لعاقديه والخلف العام والخاص[3].

ويختلف الأمرفيما إذا كان التحكيم داخليًا أم دولياً وكالآتي :

أولاً- التحكيم الداخلي:

نلاحظ خلّو المواد المتعلقة بالتحكيم من قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم (83) لسنة 1969 من أي اشارة إلى مبدأ توسيع التحكيم، بينما تناولتّ مسودة مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي المبدأ أعلاه، وتحديدًا في المادة (12) والتي نصت على أنه:" أولًا: يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلّا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً في حكم هذا القانون إذا ورد في محرر وقعه الطرفان أو ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"، وفي المعنى نفسه تناول المشرع المصري هذا المبدأ في المادة (12) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 . أما عن موقف المشرع الفرنسي، إذ ورد في قانون المرافعات الفرنسي وتحديدا في نص المادة (1443) والتي نصت على أنه: " عند الحكم بالبطلان يتم كتابة اتفاق التحكيم، ويتم ذلك بعد تبادل الكتابات والوثائق المشار إليها في الاتفاقية الرئيسية."[4]، حيث تمنع امتداد أثار العقد للغير[5]

إذ يتضح مما تقدم بعدم جواز إمتداد شرط اتفاق التحكيم الداخلي إلى غير عاقديه، بمعنى لايصلح أن يكون التحكيم الداخلي متعدد الأطراف.

ثانيا - التحكيم الدولي:

أشار مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي، إلى المبدأ أعلاه وتحديدًا في المادة (5) والتي تنص على أنه:" في الأحوال التي يجيز فيها هذا القانون لطرفي التحكيم اختيار الإجراء الواجب الإتباع في مسألة معينة فان ذلك يتضمن حقيهما في تفويض الغير في إختيار هذا الإجراء ويعتبر من الغير كل منظمة أو مركز للتحكيم في جمهورية العراق أو خارجها". وتبنى قانون التحكيم المصري المعنى ذاته في المادة

---

(1) **منى بوختالة طاشور**، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، المصدر السابق، ص127.
(2) **أ.د. عبد المجيد الحكيم وآخرون**، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المصدر السابق، ص 141.
(3) نصّت المادة (14) من القانون المدني العراقي النافذ على أنه : " ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام...). يقابلها: المادة (145) من القانون المدني المصري النافذ، والمادة (1165) من القانون المدني الفرنسي رقم (131) لسنة 2016.
(4) **أ. علي عبدالجبار رحيم المشهدي**، قانون الأجراءات المدنية الفرنسي بالعربي مع تعديلاته، المصدر السابق، ص816.
(5) **صفاء تقي عبد نور العيساوي** ، التحكيم متعدد الأطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، المجلد (15)، العدد (1)، لسنة 2018، بلا رقم صفحة.

(5). ومما تقدم نلاحظ عدم إمكانية الإجراءات التحكيمية لمتعددي الأطراف في العراق؛ كون المواد المتعلقة بالتحكيم من قانون المرافعات العراقي تتعلق بالتحكيم الداخلي دون الدولي[1].

أما عن موقف المشرع الفرنسي، وطبقاً للمرسوم الجديد رقم (48) لسنة 2011، إذ اتبع مبدأ التوسع في أتفاق التحكيم، إذ اشارت المادة (2/1442) إلى أنه:" جواز أمتداد نتائج اتفاق التحكيم بالنسبة إلى مجموعة من العقود ..."[2]. وإبتدع القضاء الفرنسي قاعدة مفادها:" أن لشرط التحكيم الوارد في عقد دولي صلاحية وفعّالية متميزة تفرض التوسع في تطبيقه على الأطراف المقحمة في تنفيذ العقود"، وجاء في المادة (1494) من قانون المرافعات الفرنسية في حق أطراف التحكيم بالإحالة إلى لوائح التحكيم المعمول بها في مجال المنازعات الدولية داخل أو خارج فرنسا مما يؤدي إلى إمتداد شرط التحكيم إلى أطراف أجنبية على اتفاق التحكيم[3].

وبالنظر لتشعب المعاملات التجارية وكثرة الأفراد الداخلين في تلك المعاملات أو مايطلق عليه بتجمع الشركات أو" الشركة المسيطرة"[4]، فقد أفرزت حالة تحرر عدة عقود تجارية بمناسبة معاملة واحدة، مع وجود حالة متكررة في إجراءات التحكيم الدولي والمتمثلة (بتوسيع نطاق بند التحكيم)، فإذا ثبت علّم الشركة التي تم إدخالها كطرف بالتحكيم، و كانت إحدى المساهمين في مراحل تكوين العقد، بالتالي تخضع لشرط التحكيم بالتبعية، بإعتبار أن قبول شرط التحكيم من قبل الشركة المسيطرة يصبحّ ملزمّا للشركات التي اسهمت بتكوين وتنفيذ وفسخ العقد أو العقود المتضمنة لذلك الشرط، ولاسيما أنها ظهّرت بمثابة الطرف الموقع على بنود في العقد أو المعني به بالدرجة الأولى[5]. وأتجهت الكثير من الأحكام التحكيمية إلى الإقرار بأمتداد إتفاق التحكيم ليشمل الشركة الأم وفروعها المؤسسة لمشروع معين، وفي هذا الصددّ تبنت الهيئة التحكيمية المشكلة في أطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية المبدأ التالي ومفاده:"

---

(1) **صفاء تقي عبد نور العيساوي**، التحكيم متعدد الاطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة) ، المصدر السابق، بلا رقم صفحة.

(2) **د. علي عبدالحميد تركي**، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي(دراسة تحليلية في ضوء المرسوم (48) لسنة 2011)، المصدر السابق، ص454.

(3) **صفاء تقي عبد نور العيساوي**، المصدرنفسه، بلارقم صفحة.

(4) **الشركة المسيطرة:** إن مفهوم المؤسسة المراقبة في التشريع الأمريكي واسع جدا ويشمل أي شخص أو تجمع له صلاحية تعيين كل أو أغلب أعضاء مجلس الإدارة. وهو:" شركة مراقبة من طرف الشخص أو مجموعة الأشخاص الذين لهم صلاحية تعيين كل أو أغلبية أعضاء مجلس الإدارة، وعليه فالمؤسسة الرئيسية قد تكون شخصًا طبيعيًا أو معنويًا، مدني أو تجاري، مجموعة من الأشخاص الطبيعيين- عائلة مثلا-، مجموعة من الأشخاص المعنوية تجمع أو بنك، وقد تتشكل من مجموع هذه العناصر، وفي هذه الحالة نأخذ بعين الاعتبار قدرة المجموعة على ممارسة الرقابة ولا يشترط أن يتمتع بذلك كل عنصر فيها، فلا يهم شكل المؤسسة الرئيسية لكن المهم أنها تتمتع بصلاحية تعيين أغلب أو كل أعضاء مجلس إدارة الشركة التابعة"، نقلاً عن : **زايدي أمال**، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية (دراسة مقارنة)،أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، الجزائر، 2013-2014، ص189.

(5) ينظر: القضية رقم (14752)، محكمة الإستئناف في تونس، الصادرة بتأريخ 2011/3/8، المنشورة على موقع المعهد الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي المتاح http://www.aifica.com/، تأريخ الزيارة 2021/7/11.

أن شرط التحكيم الذي يردّ في أحد العقود من أعضاء مجموعة واحدة يلّزم الشركات الأخرى من أعضاء المجموعة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم، وبالرغم من تمتع كل منها بشخصية معنوية مستقلة، مادامت قد أسهمت في تكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه"، بالتالي قبلت هيئة التحكيم دخول كلا من الشركتين كطرف بالتحكيم - الشركة الأم الأمريكية والمتفرع منها الفرنسية – بالرغم من عدم توقيعهما على إتفاق التحكيم[1]. بإعتبار أن الشركة التي تعمل بالإستثمار والمتفرعة عن الشركة الأم، بالتالي تكّون الشركة الأم هي القائمة بالمفاوضات وهي الضامنة للشركة الفرع[2]. لذلك أن شرط التحكيم لاينطبق على باقي الشركات الأعضاء، الا إذا ثبت بشكل صريحّ أو ضمني وبعدّ توقيع الشركة الأم على إتفاق التحكيم، أسهام تلك الشركات (الأفرع) بشكل فعّال في عملية تنفيذ العقد، أو إذا كانوا ممثلين فيه، أومساهمتهم بدور فعال في تنفيذه[3].

ومما تقدم يتضح أنه يشترط لدخول فروع الشركة الأم بالتحكيم بالتبعية، أن تكّون على علم بإتفاق التحكيم وأيضا أن تكون مساهمة بتكوين عقد الشركة.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، وهو هل تناول المشرع العراقي في قانون الشركات مبدأ توسيع بندّ التحكيم ؟

من الجدير بالذكر أن المشرع العراقي أشار إلى (الشركات القابضة) في قانون رقم (17) لسنة 2019 ، قانون تعديل الشركات رقم (21) لسنة 1997 المعدل وتحديداً في المادة (1) المضافة إلى المادة (7) مكررة والتي نصت على أنه:" أولا: أ- الشركة القابضة هي شركة مساهمة أو محددة تسيطر على شركة أو شركات مساهمة أو محدودة تدعى الشركات التابعة بإحدى الحالتين:

1- أن تتملك أكثر من نصف رأس مال الشركة إضافة الى السيطرة على إدارتها.
2- أن تكون لها السيطرة على مجلس إدارتها في الشركات المساهمة"

---

(1) ينظر: قضية (Dow chemical)، هيئة التحكيم المشكلة في أطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر بتاريخ 23/9/1982، مابين الشركة الأم (Dow chemical) والشركة المتفرع منها (Isover St Gobian) الفرنسية، نقلًا عن: **د. بشار محمد الأسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الأستثمار الدولية، المصدر السابق، ص117. وفي نفس الصدد ينظر: القضية التحكيمية رقم(1788) كلاوت، (المحكمة العليا في إسبانيا / بلنسه، الشعبة المدنية والجنائية، الدائرة 1، الصادر بتأريخ 5 أيار/ مايو لسنة 2015، والنص الكامل منشور على الموقع الإلكتروني المتاح http://www.poderjudicial.es/search ، تاريخ الزيارة 10/7/2021.

(2) **منى بوختالة**، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، المصدر السابق، ص127.

(3) **زايدي أمال**، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص169.

ومما يؤخذ على قانون الشركات العراقي المعدل سالف الذكر، أنه لم يُشرفيه إلى مسألة لجوء الشركة القابضة أو الشركات التابعة لها إلى التحكيم . لذلك نقترح على المشرع العراقي الإشارة إلى حالة لجوء الشركة القابضة وفروعها إلى أتفاق التحكيم من خلال نص صريح.

المبدأ السابع - عدم إمتداد المسؤولية للدولة عن لجوء هيئاتها العامة للأستثمار:

في الواقع العملي كثيرًا مايحدث أن يحملّ المستثمر الأجنبي الدولة (الراعية للإستثمار) المسؤولية عن شرط التحكيم الذي أبرمته الهيئات العامة التابعة لها، والسؤال الذي يتبادر للذهن هو هل أن الدولة مسؤولة عن هيئاتها العامة أو هل يمتد شرط التحكيم المبّرم من قبلّها إلى الدولة راعية الأستثمار؟

الأصل أن تلك الهيئات لا تملك سلطة تقييد الدولة فيما تبرمه من شروط، وأن إتفاق التحكيم لايمتدّ إلى الدولة راعية الاستثمار، إذ تنفردّ الدولة بدورها الرقابي على تلك الهيئات المتمتعة بالشخصية المعنوية، وبما أن التحكيم يستند إلى إرادة الأطراف، وهذا يتنافى مع الأفتراض القائل أن المتعاقد ماكان ليوقع بند العقد لو علم بعدم التزام الدولة باتفاق التحكيم[1]. ومن التطبيقات القضائية حول هذه المسألة، وتحديداً في قضاء المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات المنشأ بإتفاقية نيويورك في 18 اذار لعام 1965 والتي تبنت المبدأ التالي ومفاده:" الدولة التي تقبل شرط التحكيم المقرر لشركة وليدة محلية يتم من خلالها تنفيذ إستثمارات أجنبية لاتستطيع أن تدفع بعدم نفاذ هذا الشرط في مواجهة المستثمر الأجنبي نفسه ..."[2]. ومما تقدم يتضح أن هذا المبدأ له أهمية بالغة على صعّيد التحكيم الدولي ويزيد من فّاعليته، كّونه ضّامن لحقوق المتعاملين مع الشركات الفرعية المملوكة لدولة معينة، من حيث عدم تدخل الدولة في إتفاق التحكيم المبرم بينهما.

ومما تقدم يمكننا وضع تعريف لفعالية التحكيم :(وهي مجموعة من المبادئ القانونية النابعة من الإتفاقيات الدولية والسوابق التحكيمية، والتي من شأنها رفع مستوى وكفاءة التحكيم الدولي، مما يعطي انطباعًا ايجابيا للمتعاملين فيه، ويزيد من ثقة المستثمرين، ويشجعهم ويبدد مخاوفهم، في ما يتعلق بمسألة إبرام العقود الدولية وأهمها عقود البيوع التجارية الدولية، وعقود الإستثمار التي تدخل الدولة كطرف فيها).

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، ما هي الضمانات أو المعايير التي ترفع من فعالية التحكيم الدولي بصورة عامة وتسهل من تنفيذ الحكم التحكيمي، وتصبح الوسيلة الملائمة لحل منازعات تحديد الثمن؟ ويمكن الإجابة عن هذا السؤال في المبحث التالي:

---

(1) **منى بوختالة**، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، المصدر السابق، ص129.
(2) **صفاء تقي عبد نور**، التحكيم متعدد الاطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، بلا صفحة.

المبحث الثاني

ضمان فعّالية تنفيذ الحكم التحكيمي

هنالك عدة معايير دولية وداخلية من شأنها أن ترفع من فعّالية الحكم التحكيمي، فيما يتعلق بمسألة الطعن ببطلان الحكم التحكيمي، كما أن للقضاء الداخلي دور مهم في الرقابة على الحكم التحكيمي في مسألة بطلانه أوتنفيذه وأيضًا على الإجراءات المتبعة في ذلك. نتناول في هذا المبحث ضمان فعّالية تنفيذ الحكم التحكيمي من خلال تقسيمه إلى مطلبين، نبين المعاييرالدولية لفعّالية الحكم التحكيمي في المطلب الأول، ومن ثم نبين فعّالية الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي في المطلب الثاني، وكالتالي:

المطلب الأول

المعايير الدولية لفعّالية الحكم التحكيمي

هنالك معايير دولية متمثلة بالإتفاقيات الدولية، ومعايير داخلية متمثلة بالتشريعات الوطنية تبين حالات بطلان أو رفض الحكم التحكيمي وإلغاءه، والتي نتناولها تباعاً في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين، نبين بطلان الحكم التحكيمي طبقاً للإتفاقيات الدولية في الفرع الأول، ومن ثم نبين بطلان الحكم التحكيمي طبقاً للتشريعات الوطنية في الفرع الثاني، وكالآتي:

الفرع الأول

بطلان الحكم التحكيمي طبقًا للإتفاقيات الدولية

من المعلوم أن الغرض من الطعن بالبطلان للقرار التحكيمي هو إلغاء هذا الحكم وليس أصلاحه أو تعديله، فيما إذا توافرت شروطاً وأسبابًا لهذا الطعن وفق القوانين الوطنية أو الإتفاقيات الدولية، وفي حال قبل هذا الطعن وصدرقرار الأبطال حينها يكون بمثابة الحكم المعدوم وتمحى حجيته وقيمته القانونية[1]. ونتناول في هذا الفرع الإتفاقيات على الصعيد الدولي والإقليمي، وكالآتي:

---

[1] **د. ممدوح عبدالعزيز العنزي**، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص309.

أولاً - إتفاقية نيويورك لسنة 1958:

طبقًا لإتفاقية نيويورك[1] فأن هنالك نوعين من المحاكم التي ينعقد لها الأختصاص بنظر دعاوي البطلان للحكم التحكيمي[2] الدولي، الأولى تتمثل بمحكمة دولة المقر- التي جرى التحكيم على أراضيها – والثانية تتمثل بالمحاكم التي يطبق قانونها على إجراءات التحكيم، بالتالي تلتزم الدول المنضمة للأتفاقية بعدم الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الذي تم إبطاله، ويشترط أن يكون الحكم الصادر قاضياً ببطلان الحكم التحكيمي وليس حكماً يقضي بإلغاء القرار التحكيمي[3]. وبالتالي لايكون هنالك أي أثر للحكم التحكيمي الذي تم أبطاله في محاكم تلك الدولتين[4]. وتتبلورمساعي الأتفاقية الرّامية إلى توحيد إجراءات الإعتراف بإحكام التحكيم الأجنبية بين الدول، حيث تلتزم الدول المنضمة للإتفاقية بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في دول أخرى متى ما استوفت الشروط المحددة في الإتفاقية، ولايفوتنا أن ننوه إلى إنضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 ليصبح عدد الدول المنضمة (168) دولة [5]. وفي الواقع أن هذه الإتفاقية تناولت بالتنظيم الإعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وبينت أسباب إنكار الإعتراف بالحكم التحكيمي، وحالة الطعن بالبطلان على تلك الأحكام، كأثر مترتب على بطلان الحكم التحكيمي في الدولة المراد منها الأعتراف به أو تنفيذه، وكمبرر لرفض الإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية[6]. إذ جاء

---

(1) **اتفاقية نيويورك لعام 1958:** بدات غرفة التجارة الدولية في باريس بدراسة مشروع اتفاقية وقدمته عام 1953م إلى هيئة الأمم المتحدة لايجاد تشريع خاص بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم على المستوى الدولي بعيدا عن التشريعات الوطنية، وتم عرض المشروع على الدول الاعضاء انذاك في هيئة الامم المتحدة خلال مؤتمر دولي كبير في نيويورك بتاريخ 1958/5/20 ليتم اقرارها بتاريخ 1958/6/10، والتي اشتملت على (16) مادة قانونية ولقد انضمت العديد من الدول إلى الاتفاقية حيث بلغ عدد الدول المنضمة ولغاية عام 2017 (157) دولة، من بينها دول عربية هي : (الآردن، الأمارت، البحرين، تونس، الجزائر، سوريا، جيبوتي، عمان، قطر، الكويت، لبنان، مصر، المغرب، السعودية، موريتانيا)، للمزيد من التفاصيل يراجع:أ**.م. د.مصطفى ناطق صالح مطلوب**، العراق وتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية، المصدر السابق، ص233-234.

(2) **دعوى بطلان الحكم التحكيمي**: تعرف بأنها:" دعوى أصلية تقريرية يرفقها المحكوم عليه في خصومة التحكيم أمام المحكمة المختصة وفقًا لأحكام القانون المتفق على تطبيقه إذا توافرت فيه حالة من حالّات البطلان المنصوص عليها حصرًا في هذا القانون، وهي ترمي إلى إلغاء الحكم التحكيمي وليس تصحيحه أو تعديله أو تكميله. للمزيد من التفاصيل يراجع: **سارة أميمة بوقرنوس**، بطلان حكم التحكيم ، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، 2016 -2017، ص35- 36.

(3) **سلام توفيق حسين منصور**، بطلان حكم التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر بغزة، كلية الحقوق -قسم القانون الخاص -، فلسطين، 2010، ص93.

(4) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي**، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 120.

(5) ينظر: جريدة الوقائع العراقية ذي العدد (4633) الصادرة بتأريخ 31/5/2021، المتضمنة للقانون رقم (14) لعام 2021 ، الصادر من رئيس الجمهورية بتاريخ 6/4/2021 ، والمنشور على موقع **المعهد الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي**، وعلى الموقع الالكتروني المتاح http://www.aifica.com/ تاريخ الزيارة 7/7/ 2021. علماً بأن الحكومة العراقية وضعت ثلاثة تحفظات وكالتالي: 1- عدم أنطباق أحكام الأتفاقية على ماسبق من أحكام التحكيم الصادرة قبل توقيع العراق على الأتفاقية. 2- إعمال مبدأ المعاملة بالمثل. 3- أن تطبق على المنازعات الناشئة عن علاقات قانونية ذات الصفة التجارية طبقاً للقانون العراقي.

(6) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي**، المصدر نفسه، ص119.

في نص المادة (5) التي أجازت للمدعى عليه تقديم طلب للمحكمة المختصة برفض تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي في حال قدم أحد الأدلة التالية:"

أ- اذا كان طرفا النزاع فاقدي الأهلية بموجب القانون الواجب التطبيق أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم .

ب- إن الطرف الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن اعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم .

ت- أذا كان قرار التحكيم الصادر في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم....

ث- أذا تشكلت الهيئة التحكيمية دون توافق الطرفين، أو أن إجراءات التحكيم جاءت مخالفة لقانون البلد الذي تمت فيه عملية التحكيم....." [1].

وجاء في نص الفقرة ثانيا من المادة نفسها أعلاه بأن للسلطة المختصة من تلقاء نفسها، رفض هذا الحكم في حالتين وهما:"

1- إذا تبين ان موضوع النزاع لايمكن ان يحل بطريق التحكيم طبقًا لقوانين هذا البلد.

2- إذا كان الحكم التحكيمي يخالف النظام العام والآداب العامة لهذا البلد".

ثانياً - الأتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961:

إن الهدف من هذه الاتفاقية هي تنمية التجارة بين الدول الأوربية، وتخطي الصعوبات التي تواجه التحكيم بشكل عام، وبخصوص بطلان الحكم التحكيمي، إذ جاء في المادة (9) من هذه الأتفاقية والتي نصت على أنه:" البطلان في أحدى الدول المتعاقدة للحكم التحكيمي لايشكل سبباً لرفض الأعتراف أو تنفيذ الحكم في دولة أخرى طرف في الأتفاقية، إلّا إذا كان حكم البطلان قد صدرمن قضاء دولة مقر التحكيم أو من قضاء الدولة التي تم تطبيق قانونها على التحكيم ..."[2]. أما الفقرة (2) من المادة أعلاه فنصت على أنه:" في العلاقات بين الدول المتعاقدة في هذه الإتفاقية والتي تعد أطرافاً في إتفاقية نيويورك لعام 1958 فأن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لها أثر مقيد لأسباب البطلان التي تنص عليها المادة (1/5/هـ)من اتفاقية نيويورك" ، بمعنى تتقيد الدول المنضمة للإتفاقية الأوربية وأتفاقية نيويورك بالوقت نفسه وبالأسباب المذكورة للبطلان، ويكون بطلان حكم التحكيم ذو فعالية دولية مابين تلك الدول الأطراف، وإستناداً إلى ذلك فأن ورود أي سبب آخرغير ماذكر سابقاً، مثل عدم قابلية النزاع للتحكيم طبقاً لقانون دولة المقر، أو مخالفة الحكم للنظام العام للدولة المراد منها تنفيذ الحكم، فأن البطلان لايكون ذو أثر مقيد لقاضي الدولة

---

(1) **سلام توفيق حسين منصور**، بطلان حكم التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، المصدر السابق، ص91.

(2) **عمار فلاح**، دور التحكيم في فض المنازعات التجارية الدولية(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص175.

– الدولة الطرف من ضمن الدول المنضمة لاتفاقية جنيف لعام 1961- المراد منها الأعتراف او تنفيذ الحكم التحكيمي[1].

ثالثًا - إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965:

إن الطريق الوحيد للطعن بالبطلان على ضوء هذه الإتفاقية يتم النظر فيه من قبل لجنة مشكلة من رئيس المجلس الإداري للمركز الدولي، ولايسمح الطعن بالبطلان بأحكامه من قبل القضاء الوطني[2]. كما ضمنت إتفاقية واشنطن الرقابة على القرارات التحكيمية الصادرة عن المركز، إذ أجازت تقديم الطلب متضمناً للطعن ببطلان القرار التحكيمي موجهًا الى السكرتير العام للمركز لإلغاء القرار، وأشارت المادة (2/52) من اتفاقية واشنطن إلى خمس حالات على أساسها يمكن تقديم الطلب بإلغاء القرار التحكيمي وهي:" 1- عدم صحة تشكل محكمة التحكيم. 2- تجاوز المحكمين لنطاق اختصاصهم. 3- عدم صلاحية أحد أعضاء محكمة التحكيم . 4- الإهمال الجدي لقاعدة إجرائية أساسية. 5- فشل المحكمة في تحديد الأسباب التي بني عليها قرار التحكيم" ويقدم الطلب في حال توافر احد الأسباب أعلاه خلال مدة (120) يوم من تاريخ صدور القرار التحكيمي[3]. ويظهر وجه الإختلاف مابين إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم وفق اتفاقية واشنطن واتفاقية نيويورك، إذ تلّزم اتفاقية واشنطن تنفيذ قرارات التحكيم الصادرة منها بالآلية ذاتها التي تنفذ فيها الاحكام القضائية الوطنية، بينما تسندّ اتفاقية نيويورك إجراءات التنفيذ لقانون الدولة المطلوب فيها التنفيذ[4].

رابعًا - الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980:

أن القرار التحكيمي الصادر من الهيئة المشكلة طبقا لهذه الإتفاقية يكون قراراً نهائياً وملزماً وغير قابل للطعن فيه، يتمتع بحجية مطلقة تعلو على حجية الأحكام القضائية، وبالتالي يتوجب على أطراف النزاع الأنصياع له وتنفيذه بمجرد صدوره مالم يتم تحديد مهلة لتنفيذه، وذلك طبقاً لما جاء في المادة (8/2) من ملحق الاتفاقية أعلاه، ويقتصر أنفاذ الحكم على الدول الأطراف بالإتفاقية، إذ جاء في المادة (3/34) من الاتفاقية أعلاه والتي نصت على أنه:" يكون للحكم الذي تصدره المحكمة قوة النفاذ في الدول الأطراف ويجري تنفيذه فيها مباشرة كما لوكان حكماً قضائياً، قابلاً للنفاذ صادراً من قضائها المختص"[5].

---

(1) **سلام توفيق حسين منصور**، بطلان حكم التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، المصدر السابق،ص113.
(2) **سلام توفيق حسين منصور**، المصدر نفسه، ص97.
(3) **عمار غالب مصطفى تركمان**، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، كلية الحقوق والإدارة العامة، فلسطين، 2013، ص72.
(4) **عمار غالب مصطفى تركمان**، المصدر نفسه، ص68.
(5) **وديان خالد عودة**، الوسائل الودية لتسوية المنازعات في ضوء الاتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، المصدر السابق ، ص193.

خامسًا - إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987:

بالرغم من أن المادة (27) من الإتفاقية أعلاه[1] أشارت إلى منع الطعن بالحكم التحكيمي أمام أي جهة قضائية؛ لكن في الوقت نفسه أجازت المادة (34) تقديم طلب كتابي الى رئيس المركز بعنوان ابطال الحكم في حال توافر الأسباب لتوجيه هذا الطلب من قبل أحد الطرفين[2]. حيث أناطت هذه الإتفاقية مهمة رقابة الحكم التحكيمي إلى اللجنة المشكلة على ضوء الإتفاقية، بالتالي لايخضع الحكم التحكيمي الى رقابة القضاء الداخلي، إذ تناولت المادة (34) من هذه المعاهدة ذكر أسباب الطعن على الحكم التحكيمي، والتي نصت على أنه:" أ- اذا كانت الهيئة قد تجاوزت اختصاصها... ب - اذا ثبت بحكم قضائي وجود واقعة جديدة من طبيعتها أن تؤثر في القرار..... جـ - وقوع تأثير غير مشروع على أحد المحكمين كان له أثر في القرار"، أما مايتعلق بتنفيذ الحكم التحكيمي فجعلته من إختصاص أعلى جهة قضائية في البلد المراد تنفيذ القرار فيها[3].

ومما تقدم يتضح أن ضمان تحقيق الفعّالية الدولية للحكم التحكيمي جاء نتيجة التعاون الدولي والتي كانت ثمرته إنبثاق إتفاقيات دولية على الصعيدين الدولي والإقليمي، غايتها تخطي الحواجز التي وضعتها بعض الأنظمة القانونية لإنكار الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، وتبرز أهمية تلك الأتفاقيات في عدد القواعد القانونية المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي والواجب إتباعها وعدم إنكارها من قبل مجموعة الدول المنضمة إليها[4].

الفرع الثاني

بطلان الحكم التحكيمي طبقاً للتشريعات الوطنية

ونتناول حالات الطعن بالبطلان في التشريعات الوطنية وكالآتي:

أولاً - حالات الطعن بقرار التحكيم بالبطلان في التشريع العراقي:

من المعلوم أن المشرع العراقي أستعمل لفظ القرار على الأحكام الصادرة من الهيئات التحكيمية، ويتميز هذا القرار عن غيره من القرارات بأنه مجرد من خاصية الطعن التي يمكن إعمالها في بقية القرارات،

---

(1) للإطلاع على نصوص الاتفاقية والمنشورة على الموقع الألكتروني المتاح http://www.aifa-eg.com/ تأريخ الزيارة 5/7/2021.

(2) **علي صباح خضير الجنابي**، النظام القانوني لأحكام التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 2013، ص86.

(3) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود صلاح الدين مصيلحي**، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المصدر السابق، ص57- 58.

(4) **د.صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي**، المصدر نفسه، ص39.

بمعنى لايجوز للخصم الطعن بالقرارات الصادرة من الهيئة التحكيمية، وعلى المتضرراللجوء إلى القضاء للدفع ببطلان القرار التحكيمي المعروض أمام المحكمة المختصة التي تتولى النظر بالدفوع المقدمة[1]. إعتمد المشرع العراقي والمصري على طريق واحد للرقابة القضائية على الحكم التحكيمي والمتمثل بدعوى البطلان[2]، بينما أضاف المشرع الفرنسي طرقًا أخرى تتمثل بالإستئناف، وإعادة النظر، واعتراض الغير[3]. ووفقًا للمادة (273) من قانون المرافعات العراقي يحق للخصوم التمسك بالبطلان، وكذلك للمحكمة هذا الحق نفسه عند توافر الأسباب التالية:" إذا كان قد صدر بغية بينة تحريرية أو بناءً على اتفاق باطل أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الإتفاق. 2- إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون....."[4]. كذلك من صلاحية المحكّمة وفي حالّ رأت أن هنالك مايشوب قرار التحكيم أن تعيده الى جهة التحكيم لإعادة النظر فيه، أن آلية إعادة المحاكمة أعتمدها المشرع العراقي وبذلك يكون قد وسعّ من طرق الطعن المتبعة في حال توفر سبب من اسباب بطلان الحكم، واشارإلى ذلك قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 وتحديدًا في المادة (196)[5].

وما يميز الطعن في قانون التحكيم العراقي من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 عن كل من القانون المصري والفرنسي هو أن المشرع المصري لم يجز للمحكمة أن تبطل حكم التحكيم من تلقاء نفسها، على العكس من موقف المشرع العراقي الذي سمح بذلك الإجراء[6].أما في مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي فنلاحظ أن الأصل لايجوز الطعن بالحكم التحكيمي وفق طرق الطعن المنصوص

---

(1) **أ.م.د. وسن قاسم الخفاجي، سامي حسين ناصر المعموري**، فاعلية قرار التحكيم (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (9)، العدد (3)، السنة 2017، ص192.

(2) **علي صباح خضير الجنابي**، النظام القانوني لأحكام التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص93. حيث نصت المادة (274) من قانون المرافعات العراقي النافذ على أنه:" يجوز للمحكمة أن تصدق قرار التحكيم أو تبطله كُلاً أو بعضاً أن تُعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ماشاب قرار التحكيم، أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها".

(3) **أ.م.د. وسن قاسم الخفاجي، سامي حسين ناصر المعموري**، المصدر نفسه، ص193.

(4) ينظر : نص المادة (273) من قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم (83) لسنة 1969.

(5) **علي صباح خضير الجنابي**، المصدر نفسه، ص94. ينظر: المادة (196) من قانون المرافعات العراقي النافذ، والتي نصت على أنه :" يجوز الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من محاكم الإستئناف أو من محاكم الصلح أو من محاكم البداءة بدرجة أخيرة أو المحاكم الشرعية إذا وجد سبب من الأسباب الآتية ولو كان الحكم المطعون فيه قد حاز درجة البتات :

1- إذا وقع من الخصم الآخر غش في الدعوى كان من شأنه التأثير في الحكم.
2- إذا حصل بعد الحكم اقرار كتابي بتزوير الأوراق التي أُسس عليها، أو قضى بتزويرها .
3- إذا كان قد بنى على شهادة شاهد وحكم عليه بشهادة الزور.
4- إذا حصل طالب الإعادة، بعد الحكم، على أوراق منتجة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها".

(6) **حيدر مدلول بدر عبدالله**، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة المستنصرية، كلية القانون، 2016 ، ص 105.

عليها في قانون المرافعات العراقي، لكن يحق للخصم رفع دعوى البطلان للحكم التحكيمي وفق شروط محددة[1].

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، هل يجوز الطعن بالبطلان على الحكم الصادر أثناء أنقطاع خصومة التحكيم؟

من الآثار المترتبة على أنقطاع خصومة التحكيم[2] فأن أي أجراء يتم اتخاذه خلال هذا الميعاد يعدّ باطلًا بقوة القانون، ولصاحب المصلحة التمسك بهذا البطلان، وخلاف ذلك يعدّ نزولًا منه عن حقه بالطعن بالبطلان، لذلك يمكن رفع دعوى البطلان على الحكم الصادر أثناء وقف ميعاد التحكيم[3]. ومما يؤكد هذا الحكم ماجاء في مشروع ومسودة قانون التحكيم العراقي في المادة (53/ أولًا/ ز) والتي نصت على أنه:" أولًا: لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الحالات الآتية : ز- إذا لم تراعي هيئة التحكيم الشروط الواجب توفرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه أو استند الحكم على إجراءات تحكيم باطلة أثرت فيه". وعليه يحق للمدعى عليه الطعن ببطلان الحكم التحكيمي الصادر اثناء وقف الخصومة، كون الهيئة التحكيمية أصدرت حكمها وفق إجراءات باطلة.

ثانياً ـ حالات الطعن بالبطلان في التشريع المصري :

إن الطريق الوحيد للطعن بالحكم التحكيمي في نظر قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 وكما أشرنا لذلك مسبقًا، هو دعوى البطلان، متأثرًا بقانون الأونيسترال النموذجي، إذ حددت المادة (53) من القانون أعلاه الحالات التي يمكن أن تبنى عليها دعوى بطلان حكم التحكيم كما حددت المادة (54) المدة التي يقدم فيها الطلب وعلى أن لاتتجاوز (90) يومًا من تاريخ الأعلان عن الحكم التحكيمي[4]. ومن

---

(1) ينظر: المادة (52) من مسودة مشروع قانون التحكيم العراقي، والتي تنص على أنه:" أولًا- لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها باي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية".
كما نصّت المادة (53) على أنه:" أولا : لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الحالات الآتية: "
أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته .
ب- إذا كان احد الطرفين وقت إبرام اتفاق التحكيم لا يملك أهلية التصرف في حقوقه وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته .
ج- إذا تعذر على احد طرفي التحكيم تقديم دفوعه فيما يتعلق بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته .
د- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً أو مستبعداً للقانون الواجب التطبيق على النزاع .....".
ثانياً : على المحكمة التي تنظر دعوى البطلان ان تحكم من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية العراق .

(2) **أنقطاع الخصومة**: " ويقصد به وقف السيرفيها بقوة القانون لتصدع ركنها الشخصي، مما يترتب عليه وقف الميعاد اللازم لصدور الحكم التحكيمي حتى زوال سبب الوقف، وتعجيل الخصومة". نقلًا عن: **د.عبدالنواب مبارك** ، وقف ميعاد التحكيم (دراسة تأصيلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021، ص38.

(3) **د.عبدالنواب مبارك**، المصدر نفسه، ص 53.

(4) **أ.م.د . وسن قاسم الخفاجي، سامي حسين ناصر المعموري**، فاعلية قرار التحكيم(دراسة مقارنة) ، المصدر السابق، ص195.

الأسباب التي تناولها المشرع المصري في المادة (53) وهي كالتالي:" أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً...ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرام الإتفاق فاقد الأهلية أو ناقصها...جـ- اذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحاً بتعيين محكم...د- إذا أستبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع. هـ - اذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو الإتفاق. و- اذا فصل حكم التحكيم في مسائل لايشملها اتفاق التحكيم ...ز- اذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانًا أثر في الحكم"[1]. وهنالك أسباب للبطلان تثيرها المحكمة المختصة في نظر دعوى البطلان، من تلقاء نفسها والمتمثلة بمخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام وحسب ماورد في المادة (1/53) والتي نصت على أنه:" وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم اذا تضمن مايخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية"[2]. وفي هذا الصدد تبنت محكمة الطعن المصرية المبدأ التالي ومفاده:" إذا كان القانون رقم (27) لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية قد أجاز الطعن ببطلان حكم المحكمين إلّا أنه قصر البطلان على أحوال معينة بينتها المادة (53) منه، ولما كان ماتنعاه الشركة الطاعنة على حكم المحكمين بما جاء بسبب النعي ليس من بين حالات البطلان التي عددتها المادة (53) من القانون المار ذكره فلا تسوغ البطلان، إذ إن الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع (تعديل الطلبات) يجب التمسك فيه فوراً أمام هيئة التحكيم وإلا سقط الحق فيه وفقا للمادة (2/22) من ذات القانون"[3]. بمعنى أن حالات الطعن بالبطلان في القانون التحكيم المصري قد وردت على سبيل الحصر، وعليه لايجوز أيراد حالات أخرى مثل دعوى البطلان المستندة إلى خطأ المحكمين في تفسير العقد أو نصوص القانون المختار، ويضاف إلى ذلك رفض الطعن بطريق إلتماس إعادة النظر حتى لو توافر شرطي الغش والتزوير[4]. ويستمد المحكم سلطته من إتفاق طرفي النزاع على تحكيمه، وقراره ، حيث يعد القرار التحكيمي الصادر منه بمثابة القرار القضائي لذا يستوجب خضوعه إلى رقابة القضاء الوطني حتى يكتسب حجية الأمر المقضى به، وهذه الرقابة غايتها التحقق من التزام المحكم بمهامه وشرعية إجراءاته وصحتها[5]. وفي هذا الصدد تبنت محكمة إستئناف

---

(1) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود صلاح الدين مصيلحي**، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المصدر السابق، ص67.

(2) **سارة أميمة بوقرنوس**، بطلان حكم التحكيم، المصدر السابق، ص52.

(3) ينظر: الطعن رقم (291) لسنة 70 ق- جلسة 2001/6/17.نقلًا عن : المهندس الأستشاري، محمد ماجد خلوصي، قضايا تحكيمية، المصدر السابق، ص 309.

(4) **د. ماهر مصطفى محمود**، الرقابة القضائية على حكم التحكيم، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، الأسكندرية، بنات – دمنهور، المجلد (9)، العدد (2)، السنة 2017، ص291.

(5) **د. جعفر مشيمش**، التحكيم في العقود الأدارية والمدنية والتجارية(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009، ص269.

القاهرة المبدأ التالي ومفاده : " دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعنًا عليه بالإستئناف، فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعييب قضاء الحكم فيه، ليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين، وصواب أو خطأ أجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه، لأن ذلك كله من أختصاص قاضي الإستئناف "[1].

ويشترط في دعوى البطلان وفقا للقواعد العامة مايلي[2]:

1- وجود مصلحة للمدعي في رفع دعوى البطلان، كأن تكون مصلحة قانونية مشروعة او مصلحة شخصية .
2- أن تتوافر الصفة في رافع الدعوى، بمعنى ان يكون هو صاحب الحق أو المركز القانوني لموضوع النزاع أو ينوب عنه.

وفي هذا الصدد تبنت محكمة أستئناف القاهرة المبدأ التالي ومفاده " بما أن الشركة قد أستمرت في إجراءات التحكيم مع علمها بعدم تحرير محاضر جلسات تتسلم منها صورة ، ولم تقدمّ أِي دليلًا على أنها قد أبدت إعتراضا على ذلك في وقت معقول، أو غيره ومن ثم يعد سكوتها نزولًا منها عن حقها في الأعتراض وفقًا للمادتين (8) و (3/23) من قانون التحكيم المصري "[3].

ويتضح مما تقدم أنه يشترط برفع دعوى البطلان إلى المحكمة المختصة من قبل الشخص صاحب المصلحة أو من ينوب عنه ويجب ان يتمسك بالبطلان وأن لايتنازل عن حقه، ويعّد سكوته بمثابة قبول بالحكم التحكيمي، بشرط عدم مخالفته للنظام العام.

ثالثاً - حالات الطعن بالبطلان في التشريع الفرنسي:

كان الطعن بالإستئناف هو الطريق العام للطعن بالأحكام التحكيمية قبل تعديل قانون المرافعات الفرنسي ذي المرسوم رقم (354) لسنة 1980، وحسب ماورد بالمادة (1482) والتي نصت على أنه:" حكم التحكيم يقبل الإستئناف مالم يتنازل الأطراف عن الطعن بهذا الطريق في إتفاق التحكيم"، أما بعد التعديل، وبصدور المرسوم (48) لسنة 2011، إذ جاء في المادة (1499) المعدلة والتي نصت على أنه:" الأمر الذي يمنح التنفيذ لحكم التحكيم لايقبل الطعن بأي طريق. ومع ذلك، الإستئناف أو الطعن بالبطلان في حكم

---

(1) ينظر: الدعاوى المرقمة (39 لسنة 119 ق و 54 لسنة 119 ق و56 لسنة 119 ق)، جلسة 2003/2/26، نقلًا عن: **المهندس الأستشاري، محمد ماجد خلوصي**، قضايا تحكيمية، المصدر السابق، ص310.

(2) **محمد مهدي عبدالوهاب حجيري**، بطلان حكم التحكيم(دراسة مقارنة)، بلا طبعة ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2013، ص152-159.

(3) ينظر: الدعوى رقم (47 دائرة / مدني) في الأستئناف رقم (38) لسنة 1996، محكمة الإستئناف القاهرة، جلسة 1996/5/29.
، نقلًا عن : **محمد مهدي عبدالوهاب حجيري**، المصدر نفسه، ص158.

التحكيم يترتب عليه بقوة القانون، في حدود ماهو مطروح أمام المحكمة، الطعن في أمر القاضي الذي فصل في طلب الأمر بالتنفيذ أو استنفاذ ولاية هذا القاضي"، إذ أصبح الطعن بالبطلان هو المبدأ العام، على العكس ماكان عليه قبل التعديل بإستثناء حالة إتفاق طرفي التحكيم على سلوك طريق الإستئناف، كما نصت المادة (1500) من المرسوم الجديد على أنه:" الأمر الذي يرفض التنفيذ يمكن الطعن عليه بالإستئناف خلال شهر من تأريخ إعلانه.."[1]. أما طرق الطعن الغير عادية وفقاً للمرسوم الجديد من قانون المرافعات الفرنسية فهو الطعن بإلتماس إعادة النظر، والواردة في المادة (1/1502) والتي نصت على أنه:" يمكن الطعن بإلتماس إعادة النظر ضد أحكام التحكيم ...."[2].

ويتضح مما تقدم أن المرسوم الجديد رقم (48) لسنة 2011 في التعديل الجديد من قانون المرافعات الفرنسي، قد أتاح ثلاثة طرق للطعن بالأحكام التحكيمية، منهما طريقان عاديان متمثلان بالطعن بالبطلان، والطعن بالإستئناف[3]، وطريق ثالث غير عادي متمثلًا بإلتماس إعادة النظر[4]. وبهذا يكون المشرع الفرنسي الأكثر أنفتاحاً من ناحية توسعة طرق الطعن بالأحكام التحكيمية، خلافاً للمشرع العراقي والمصري الذي أقتصر على حالة واحدة فقط وهي الطعن بالبطلان حصراً. كما نظم المشرع الفرنسي وتحديداً في المادة (1502) من قانون الإجراءات المدنية الجديد، حالات الطعن بالأحكام التحكيمية الدولية، وهي خمس حالات وكالتالي: " 1- عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو انقضائه. 2- وجود مخالفة للقواعد الخاصة بتعيين المحكم أو بتشكيل هيئة التحكيم. 3- أصدار المحكم للحكم دون الألتزام بحدود مهمته. 4- عدم أحترام مبدأ المواجهة . 5- تعارض الأعتراف أو تنفيذ الحكم مع النظام العام الدولي"[5].أما عن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان للحكم التحكيمي الدولي فلقد نصت المادة (1/1486) من قانون

---

(1) **د.علي عبدالحميد تركي**، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي (دراسة تحليلية في ضوء المرسوم رقم (48) لسنة 2011)، المصدر السابق، ص 493- 497.

(2) **د.علي عبدالحميد تركي**، المصدر نفسه، ص 494.

(3) **الطعن بالإستئناف:** ويتمثل في إخضاع أحكام التحكيم لنفس طرق الطعن في الأحكام القضائية، ويجوز الطعن بالإستئناف في القرار الصادر بالاعتراف بحكم التحكيم الصادر في الخارج وتنفيذه، كما يجوز رفع دعوى الأحكام الصادرة في التحكيم الدولي، حيث اجازت بعض التشريعات الإستئناف لسببين، الأول: الطعن في الحكم كعمل إجرائي لوجود عيب في الحكم أو عيب في الإجراءات التي تسبق صدوره. والثاني: الطعن في الحكم لعدم عدالته، واخذ به كل من قانون المرافعات القطري لسنة 1951، وقانون البحرين لسنة 1971. للمزيد من التفاصيل يراجع: **سلام توفيق حسين منصور**، بطلان حكم التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، المصدر السابق، ص28.

(4) **الطعن بإلتماس إعادة النظر**: يعتبر هذا الطريق من طرق الطعن غير العادية في الأحكام الصادرة من محاكم الدولة، ويحتفظ في هذه الخاصية عند الطعن به في أحكام المحكمين، والهدف من سلوك هذا الطريق هو معالجة عيوب الحكم سواء أكانت عيوباً في تقدير الوقائع أم عيباً في الإجراءات التي تؤدي إلى بطلان الحكم، حيث لاتقتصر سلطة القاضي بعد قبول الإلتماس على الحكم بإلغاء الحكم المطعون فيه بل بنظر موضوع النزاع.وعموماً يلجأ إلى هذا الطريق في حال ثبت وجود الغش أو التزوير بالحكم التحكيمي. للمزيد من التفاصيل يراجع: **سلام توفيق حسين منصور**، بطلان حكم التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، المصدر نفسه، ص29-30.

(5) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود صلاح الدين مصيلحي**، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 79- 81.

الإجراءات المدنية على أنه:" الإستئناف والطعن بالبطلان يرفعان أمام محكمة الإستئناف التي تصدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم"[1].

رابعًا - الطعن بالحكم التحكيمي في التشريع الأمريكي:

إتبع المشرع الأمريكي طريقًا واحدًا وهو الطعن بالبطلان كوسيلة للرقابة القضائية الأمريكية على الحكم التحكيمي، وأكد ذلك قانون التحكيم الفيدرالي لسنة 1925، حيث وردتّ فيه أسباب البطلان على سبيل الحصروالمتمثلة بالعيوب الإجرائية التي ترافق عملية التحكيم، ولم يشرّ إلى آلية إعادة النظر بالحكم كوسيلة من وسائل الطعن بالقانون، وعليه هنالك نوعان من أسباب الطعن بالبطلان الأولى تتمثل بأسباب قانونية وهي: (1- مخالفة القانون 2- مخالفة النظام العام) ، أما الثانية فهي الأسباب الواردة في قانون التحكيم الفيدرالي الامريكي[2]. وجاء في البند (10/ أ) من قانون التحكيم الأمريكي والتي تنص على أنه:" أ- يجوز لمحكمة الولايات المتحدة في المقاطعة التي صدر فيها الحكم، إلغاء قرار التحكيم بناءً على طلب أي من طرفي التحكيم في الحالات التالية:1- حالة الغش والتحايل في أصدار الحكم. 2- حالة ثبوت فساد أو تحيز أحد المحكمين أوكلاهما. 3- أذا ثبت سوء نية المحكمين في رفضهم تأجيل جلسة الأستماع أو رفضهم الأستماع إلى الأدلة. 4- تجاوزهم حدود الصلاحيات الممنوحة لهم ...."[3].

ومما تقدم نلاحظ أن المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية سار بالمنحى ذاته الذي سار به المشرع الأمريكي من ناحية إستبعاد آلية إعادة النظر كوسيلة من وسائل الطعن بالبطلان للحكم التحكيمي. ومن الجدير بالذكر أن المحاكم الأمريكية تمارس دوراً رقابياً على الأحكام التحكيمية ، إذ لايجوز لها أبطال الحكم من تلقاء نفسها، على عكس موقف القضاء العراقي الذي يسمح للمحكمة المختصة أبطال الحكم التحكيمي من تلقاء نفسها، طبقاً للمادة (273) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969.

---

(1) **قسنطيني صورية**، سلطة القضاء في الرقابة على قرارات المحكمين، رسالة ماجستير، جامعة د. الطاهر مولاي – سعيدة -، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، 2015 -2016، ص16.

(2) **علي صباح خضير الجنابي**، النظام القانوني لأحكام التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، المصدر السابق ص99.

(3) وأدناه النص الأصلي للبند (10/ أ) من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي باللغة الأنجليزية:

Section 10. Same; vacation; grounds; rehearing (a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration (1) Where the award was procured by corruption, fraud, or undue means. (2) Where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them. (3) Where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced. (4) Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي: هل يحق لأطراف التحكيم تضييق أو توسيع أسباب البطلان في القانون الأمريكي؟

ويمكن الإجابة عن السؤال أعلاه من خلال سردّ القضية التالية:" في قضية (Kyosera) التي جرت أحداثها في الولايات المتحدة الأمريكية، إذ اتفق الأطراف على إضافة عدم تسبيب الحكم والخطأ في الواقع والخطأ في القانون، لأسباب البطلان، وفعلاً قدم طعن بالبطلان لهذا السبب، وردّت المحكمة هذا الطعن لعدم جواز إتفاق الأطراف على توسيع الرقابة المنصوص عليها في المادة (10) من القانون الفيدرالي للتحكيم، ولكن محكّمة الإستئناف قررت جواز إتفاق الأطراف على توسيع وسائل الرقابة وإعادة الحكم للمحكمة للحكم بموجب إتفاق الأطراف"، وعلى العكس من الموقف سالف الذكر، إذ صدرّ حكم من المحكمة العليا الأمريكية في عام 2008 في قضية (Hall street v.matte) ضد حكم محكمة أستئناف (Oregon) الفيدرالية، وقضت بالحكم التالي: " بعدم جواز توسيع الرقابة القضائية على البطلان وفقاً لاتفاق الأطراف خلافاً لأحكام المحاكم الإستئنافية الفيدرالية السابقة"[1].

ويلاحظ مما تقدم أن هنالك تباينًا في موقف القضاء الأمريكي في مسألة جواز أو عدم جواز تدخل طرفي التحكيم في توسيع أو تضييق أسباب بطلان الحكم التحكيمي، وتحديد المسألة يرجع إلى المحكمة المختصة المطروح أمامها قضية البطلان، في قبول أو رفض تلك الطلبات.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي وهو في حالة رفض تنفيذ الحكم التحكيمي في بلدٍ ما، فهل يمكن تنفيذه في بلدٍ آخر؟ ويمكن الإجابة عن هذا السؤال في المطلب التالي:

المطلب الثاني

فعّالية الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي

يمارس القضاء الوطني دورًا رقابيًا على الحكم التحكيمي الدولي الصادر من الهيئات التحكيمية والمراد تنفيذه في دولة أو مقر تلك المحاكم الوطنية، وتتباين الإتجاهات في مسألة تنفيذ الحكم المرفوض في بلدٍ آخر غير البلد الذي رفض ذلك الحكم، كما أن لتنفيذ الحكم التحكيمي شروطًا وإجراءات معينة حددها القانون، وتختص محكمة معينة في النظر في تلك الإجراءات، والتي نتناولها في هذا المطلب والذي نقسمه إلى فرعين، إذ نبين فعّالية القضاء ببطلان الحكم التحكيمي في الفرع الأول، ومن ثم نبين فعّالية القضاء بتنفيذ الحكم التحكيمي في الفرع الثاني، وكالتالي:

---

(1) **عمر محي الدين المصري**، سلطة القضاء في ابطال حكم التحكيم موضوعياً، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، عمان، الأردن، 2020، ص73-74.

الفرع الأول

فعّالية القضاء ببطلان الحكم التحكيمي

تباين موقف الفقه والقضاء في مسألة فعالية القضاء ببطلان الحكم التحكيمي[1] بين مؤيد ومعارض، ونعرض في هذا الفرع إلى الإتجاهين المعارض والمؤيد، ومن خلال تقسيمه إلى فقرتين، نبين الإتجاه المعارض في البند الأول، ومن ثم نبين الإتجاه المؤيد في البند الثاني، وكالتالي.

أولاً - الإتجاه المعارض

تبنى هذا الإتجاه[2] القضاء الفرنسي والأمريكي إعمالاً بمبدأ وحدة الرقابة القضائية على أحكام التحكيم، ويتمثل برفض حصر مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي على قضاء الدولة المراد منها تنفيذ الحكم التحكيمي، مع إتجاه المحاكم الفرنسية خاصة بعد صدور قانون التحكيم الفرنسي سنة 1981، إلى إصدار أمرًا بتنفيذ الأحكام التحكيمية في فرنسا، والتي صدرّ بحقها حكمًا بالبطلان من قبل المحاكم المختصة خارج دولة فرنسا[3]. ومن حججهم أنه بالرغم من أن الحكم التحكيمي الصادر في دولة المقّر سيلحق مع الحكم القضائي الآمر بتنفيذه، فأن هذا المزج لّا يعيق عملية تنفيذ الحكم في بلدٍ آخرخارج الأقليم[4]. ومن المعلوم إذا حصل تعارض مابين القانون الوطني وقانون اتفاقية نيويورك لعام 1958 فأن المحكم يختارالنص الأصلح، علمًا إن الإتفاقية أعلاه قد ضمنت الحد الدنى من الإعتراف بالحكم التحكيمي حسب المادة (3)، إذ أعتبرت الحكم الأجنبي بمثابة الحكم القضائي[5]. وتبنت محكمة النقض الفرنسية في قضية Chromalloy بين

---

(1) فعالية القضاء ببطلان الحكم التحكيمي : أن الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي قد تعيق من فعاليته، من ناحية إمكانية تنفيذه في بلدٍ دون الآخر، ولغرض التقليل من أثر بطلان الحكم التحكيمي وأعطاء فعالية له وأن يكون الحكم طليقًا يمكن تنفيذه في بلدٍ آخر غير دولة مقر التحكيم، ظهر إتجاه يعارض فعالية القضاء بالبطلان ويدعم تنفيذه في دول أخرى بالرغم من القضاء ببطلانه مسبقًا بناء على طلب الخاسر. للمزيد من التفاصيل يراجع: . **صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي**، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 84-85.

(2) ومن القضاة الذين تبنوا هذا الإتجاه : نذكرالقاضي Michael Keer بقوله:" إنه لايمكن تحصين الحكم التحكيمي ، إذ قد يكون هنالك فساد في الحكم أو رشوة، أو تحيز، أو عدم صلاحية، فكل ذلك لايبررتحصين حكم التحكيم ويردف بأن رفض الرقابة على أعمال المحكم، ضمانة هامة، وضرورية لصحة الحكم"، نقلًا عن: **فرعون محمد**، الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية، أطروحة دكتوراه، جامعة جيلالي يابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2017 – 2018، ص271.

(3) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي**، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المصدر نفسه، ص85-86.

(4) **د. منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2000، ص391.

(5) **د. منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، الجزء الثاني، المصدر نفسه ، ص390.

وزارة الدفاع المصرية وبين شركة أمريكية لتوريد معدات الطائرات المبدأ التالي:" أن القاضي الفرنسي ليس بمقدوره رفض تنفيذ حكم التحكيم في حالة صدور حكم ببطلانه أو بوقف تنفيذه الصادر من قضاء دولة التحكيم أو التي طبق قانونها، إعمالًا لحكم المادة (1502 الملغاة) وقرر القاضي قبول التنفيذ "[1]. كذلك في حكمٍ آخر لمحكمة النقض الفرنسية، إذ تبنت المبدأ التالي ومفاده:" طالما كان حكم التحكيم دولياً فانه يصبح حراً طليقاً غير مرتبط بنظام قانوني لدولة بعينها ومن ثم إذا تم ابطالة من القضاء في دولة المقر فان حكم البطلان هذا لا يلزم القضاء الفرنسي طالما أن سبب البطلان غير منصوص عليه في القانون الفرنسي"[2].

وعن موقف المشرع الأمريكي، إذ تبنى ذات المبدأ، بالتوسيع من نطاق الحكم التحكيمي الطليق، وما يعزز ذلك ماجاء في قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لعام 1925 وتحديدًا في المادة (203) والتي نصت على أنه:" يمكن تقديم الدعوى الخاضعة لصلّاحية المحاكم الفيدرالية أمام أية محكمة صالحة للنظر في النزاع بين الأطراف في غياب العقد التحكيمي أو أمام أية محكمة فيدرالية يقع في نطاقها مكان التحكيم المحدد في العقد التحكيمي إذا وقع هذا المكان في الولايات المتحدة الأمريكية"[3]. وفي هذا الصدد نعرض القضية التالية :" أصدرت محكمة مقاطعة كولومبيا أمر بتنفيذ الحكم التحكيمي بالرغم من بطلانه من القضاء المصري، وإستنادا إلى المادة (7) من إتفاقية نيويورك لعام 1958 يتم الإعتراف بقرارات التحكيم الباطلة بحجة أن القانون الأمريكي لايجيز للقاضي التنفيذ في أمريكا رفض تنفيذ أحكام التحكيم لخطأ هيئة التحكيم في تطبيق القانون وبالنظر لأن البطلان من المحكمة المصرية، وتم فيه تطبيق القانون الإداري دون الخاص، وهذا بنظرها هو الخطأ؛ لذلك تم قبول أصدار هذا الحكم في أمريكا "[4].

إذ يتبين من القضية أعلاه، أن المشرع وسع من نطاق بطلان حكم التحكيم، بمعنى في حال بطلان الحكم التحكيمي في دولة ما، فليس من الضروري إنعدامه في دولةِ آخرى، إذ نلاحظ أمكانية تنفيذه في حال وجود أي منفذ قانوني يسمح بذلك.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي: ماهي سلطة القاضي الوطني في رقابة أحكام المحكمين المخالفة للنظام العام؟

---

(1) **أ.م.د. وسن قاسم الخفاجي، سامي حسين ناصر المعموري**، فاعلية قرار التحكيم (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص207.

(2) **علي صباح خضير الجنابي**، النظام القانوني لأحكام التحكيم التجاري الدولي، المصدر السابق، ص201.

(3) **فرعون محمد**، الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية، المصدر السابق، ص276.

(4) **د. احمد رشاد محمود سلام**، البنيان الفني لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص200-201.

باديء ذي بدء فان القاضي الوطني يتمتع بسلطة تقديرية في تحديد مفهوم النظام العام[1]، بإعتبار أن الحكم التحكيمي يصدر في دول مختلفة يتباين فيها مفهوم النظام العام، وأيدت إتفاقية نيويورك لعام 1958 وتحديداً في المادة (1/5/هـ) إمكانية رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي إذا ماتم أبطاله من محاكم الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، خاصة إذا تعلق بالنظام العام، حينها يتوجبّ على المحكمة المرادّ منها الفصل بالطعن المتضمن مخالفة النظام العام، أن تميز بين قواعد النظام العام الدولية والداخلية، ومن ثم تضييق نطاق تطبيق النظام العام الداخلي ليقتصر على مسائل تمس كيان الدولة الأساسي والمتمثلة بالسياسية، والأخلاقية، والأجتماعية، والأقتصادية، مما يحقق الفعّالية المرجوة في تنفيذ الحكم التحكيمي في الدول الأخرى المراد منها أصدار الأمر بتنفيذ تلك الأحكام[2]. وفي هذا المجال نذكر ملخص القضية التي جرت وقائعها مابين شركة (Norsolor) الفرنسية وشركة (Pablak) التركية وكالتالي:" إذ إنعقدت المحكّمة النمساوية وأصدرت حكمها والذي ألزم فيها الشركة الفرنسية بدفع التعويضات والفوائد المستحقة عليها للشركة التركية نتيجة للفسخ التعسفي لعقد الوكالة، ورفضت الشركة الفرنسية التنفيذ، وأستطاعت الشركة التركية إستصدار أمراً بتنفيذه في كل من النمسا وفرنسا، وتم رفض الأمر من محكمة إستئناف فيينا، بينما رفضّ الأمر بالتنفيذ في محكمة إستئناف باريس، إستناداً إلى نص المادة (1/5/هـ) من اتفاقية نيويورك 1958، حيث تم نقض الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية، والتي بدورها أقرت بتنفيذ الحكم التحكيمي على الرغم من القضاء ببطلانه في دولة المقرّ مستندة إلى المادة (1/7) من اتفاقية نيويورك[3]. إذ يتضح من القضية أعلاه بأن القضاء الفرنسي يسمح بتنفيذ الحكم التحكيمي الذي تم أبطاله من قبل قضاء دولة المقرّ أو الدولة التي تم أختيار قانونها لتطبيقه على النزاع التحكيمي.

---

(1) **النظام العام:** وهو من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدًا دقيقًا، وهي فكرة ذات مفهوم متغير بأختلاف المكان والزمان، فأن فكرة النظام العام تسعى إلى تحقيق حماية المصالح العليا في المجتمع والمحافظة على كيانه، فهي تعبر بصفة عامة عن الأسس الأقتصادية والأجتماعية، والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع"، نقلًا عن: **د. علي مجيد العكيلي، لمى علي الظاهري**، الحماية الدستورية لفكرة النظام العام، الطبعة الأولى، المركز العربي، القاهرة، مصر، 2018، ص18.

(2) **د. سامية كسال**، إعمال النظام العام في الرقابة القضائية على احكام التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد (10)، العدد (2)، سبتمبر/ 2019، ص1139.

(3) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي**، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المصدر السابق، ص86-89.

ثانيًا - الإتجاه المؤيد

تبنى هذا المبدأ جانب من الفقه الفرنسي[1] إعمالًا بوحدة الرقابة القضائية وحصّر الرقابة على قضاء البلد المراد منه تنفيذ الحكم التحكيمي، ووجه التعارض مابينهم وبين موقف محكمة النقض الفرنسية المناهض لفعالية بطلان الحكم التحكيمي يتمثل بأن تنفيذ الحكم التحكيمي الذي تم رفضه مسبقًا سيولد حالة من عدم التناسق بالحلول على الصعيد الدولي[2]. ومن المعلوم أن الأثر المترتب على بطلان الحكم التحكيمي هو أعتباره معدومًا، ويخلو من أية قيمةٍ قانونية بإتفاق الأنظمة القانونية، ولاتثير أية أشكالية في حال اذا اتحد كل من دولة مقر التحكيم – التي أبطلت الحكم - والدولة المراد منها تنفيذ الحكم التحكيمي؛ لكن الإشكالية تثار في حال اختلاف هذين البلدين، وعليه فأن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت تنفيذ الحكم الذي تم إبطاله في دولة المقر بالإستناد إلى المادة (5/هـ) من اتفاقية نيويورك 1958[3]. وهنالك إختلاف مابين مسألة رفض تنفيذ الحكم التحكيمي، وحالة القضاء ببطلان الحكم التحكيمي، ومدى تاثيرهما بشكل مباشر على كفاءة و فعّالية التحكيم الدولي، إذ يسبب رفض التنفيذ للحكم التحكيمي في خفض فعّالية الحكّم التحكيمي ضمن النطاق الإقليمي للدولة مصدرة القرار، مع بقاء إمكانية نفاذه في دولة أخرى، بينما تعدّم مسألة القضاء ببطلان الحكم أي أثرًا للحكم التحكيمي ويصبح ملغياً، بحيث لايبقى أمام أطراف النزاع إلّا اللجوء مرة أخرى إلى الهيئة التحكيمية بغية الفصل في موضوع النزاع بحكم تحكيمي جديد، ويتلافى الأخطاء المسببة لبطلانه[4].

والأصل أن من المسائل المترتبة على البطلان هو أنتهاء الخصومة بين طرفي النزاع، بالتالي لاتنظرالمحكمة المختصة مرة أخرى بهذه القضية، كون هذه الدعوى ليست إستئنافا كما هو الحال في القضاء العادي، ويقع على المحكّمة بيان سبب البطلان من حيث أن البطلان تقرر لمصلحة مقدم الدعوى أو كان مخالفًا للنظام العام، يضاف إلى ذلك أذا صدر أمر البطلان بالحكم التحكيمي فأنه يشمل جانبًا من إتفاق التحكيم، بالتالي لايؤثر الحكم على صحة إتفاق التحكيم للعقود الأخرى بالتالي لامناص من عرض

---

(1) ومن الفقهاء الذين تبنوا هذا الإتجاه: نذكر الأستاذ. **كلاوس بيتر بيرجر** بقوله:" إن المحاكم الوطنية قد تفهم القانون الأجنبي فهمًا سطحيًا وحتى في حالة فهمها للقانون الأجنبي المطبق سوف تجد أنه غير ملائم التوفيق بين مفاهيمها القانونية والقانون الأجنبي، وسوف يترتب على ذلك أن الرجوع على أحكام التحكيم لن يصبح طريقًا مساندًا، بل سيصبح عقبة كبيرة تقف في طريق التحكيم خاصة على صعيد التجارة الدولية"، نقلًا عن: **فرعون محمد**، الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية، المصدر السابق، ص274.

(2) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي**، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، المصدر السابق، ص 101.

(3) **سارة أميمة**، بطلان حكم التحكيم، المصدر السابق، ص77.

(4) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي**، المصدر نفسه، ص 83-84.

المسائل التي يحدث فيها نزاع بالمستقبل على التحكيم، أما اذا شمل حكم البطلان جميع المسائل المتفق عليها في إتفاق التحكيم بالتالي لايمكن عرض النزاع الناشئ عن هذه العلاقة للتحكيم ثانية[1].

يتضح مما تقدم أن تركيز جميع دعاوى الطعن ببطلان الحكم التحكيمي في قضاء بلد مقر التحكيم يلبي الحد الأدنى من التنظيم الدولي، بالتالي يجعل من الإتجاه الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية - المعارض - هو ضد تطلعات وغاية اتفاقية نيويورك[2]. ومن الحجج التي إستند أليها أصحاب هذا الرأي مايلي:"

أ- إن عدم الأعتراف بفعّالية أحكام البطلان للحكم التحكيمي الصادرة من بلد مقر التحكيم يعد نوعاً من الإعتداء على سيادة بلد مقر التحكيم.

ب- ان إتجاه محكمة النقض الفرنسية يخلق نوعًا من الأحكام العرجاء " Sentence flottantes" ويقصد بها الأحكام التي لايجوز الطعن فيها بأي دولة بالعالم، بالرغم من العيوب التي تعتريها.

ت- إن إتجاه محكمة النقض الفرنسية يجعلها عرضة للإتهام بعدم الحيادّ، من خلال ميلّ الأحكام الصادرة لمصلحة الشركات التي مركز أعمالها في البلدّ المرادّ تنفيذ الحكم التحكيمي في إقليمه.

ث- المساس بالإرادة المفترضة لطرفي التحكيم الدولي وعدم أحترام إتفاقاتهم"[3].

إن الباحث يؤيد الإتجاه الأول المعارض لفعالية القضاء ببطلان الحكم التحكيمي، بمعنى آخر نؤيد الحكم الطليق، الذي يمكن تنفيذه في أي بلدٍ آخر في حال تم رفضه في دولة المقر. ويعارض الحجة القائلة: أن دولة المقر هي الأحق بمراقبة الحكم التحكيمي، بالتالي لايحق لأي دولة مصادرة تلك الأحكام بحجة عدم وجود رابطة مابين دولة المقر وجنسية طرفي النزاع أو محل النزاع، وتبقى مهمة تلك الدول مقتصرة على مراقبة الحكم التحكيمي وسلامته وعدالته وعدم مخالفته للمبادئ الأساسية أوخروجه عن إتفاق التحكيم[4].

---

(1) **محمد مهدي عبد الوهاب حجيري**، بطلان الحكم التحكيم (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 173- 174.
(2) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي**، ، المصدر السابق، ص113.
(3) **د. صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي**،المصدر نفسه، ص115-118.
(4) **فرعون محمد**، الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية، المصدر السابق، ص279.

الفرع الثاني

فعّالية القضاء بتنفيذ الحكم التحكيمي

ونتناول في هذا الفرع فعّالية القضاء بتنفيذ الحكم التحكيمي والذي نقسّمه إلى ثلاث فقرات ، إذ نبين شروط تنفيذ الحكم التحكيمي في البنّد الأول، ومن ثم نبين إجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي في البنّد الثاني، ومن ثم نبين تنفيذ الحكم التحكيمي في العراق في البنّد الثالث، وكالآتي:

أولًا- شروط تنفيذ الحكم التحكيمي:

وهنالك عدة شروط ينبغي إتباعها لغرض تنفيذ الحكم التحكيمي أحدهما إيجابية والأخرى سلبية والتي نتناولها في الفقرتيين التاليتين:

الفقرة (1) الشروط الإيجابية:

ويمكن بيان تلك الشروط بالفقرات التالية:

1- إيداع القرارفي المحكمة المختصة:

بينت المادة (271) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 النافذ والتي نصتّ على أنه:" بعد أن يصدر المحكمون قرارهم على الوجه المتقدم يجب عليهم إعطاء صورة منه لكلٍ من الطرفين وتسليم القرار مع أصل اتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصة ... "[1]. أما في قانون التحكيم المصري المرقم (27) لسنة 1994 يلزم المحكوم لصالحه ايداع الحكم الأصلي المستلم من قبل الهيئة التحكيمية أو نسخة موقعة منه[2]. وفي هذا الصدد تبنت الهيئة التحكيمية المصرية، المبدأ التالي:" يودع أصل الحكم قلم كتاب المحكمة المختصة خلال الخمسة عشر يومًا التالية لصدوره ويتم تنفيذه وفقا لما تقضي به أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة بالقانون (27) لسنة 1994"[3]. وأشارأيضًا قانون الإجراءات الفرنسي إلى إيداع الحكم التحكيمي، وخلال مدة محددة هي ثلاثة أيام من صدوره، بقلم كتاب

---

(1) يقابلها: من قوانين التحكيم العربية والأجنبية، المادة (793) من قانون التحكيم اللبناني. والمادة (184) من قانون التحكيم الكويتي. والمادة (240) من قانون التحكيم البحريني، .والمادة (98) من قانون التحكيم الأماراتي . المادة (31) من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

(2) ينظر: نص المادة (47) من قانون التحكيم المصري المرقم (27) لسنة1994.

(3) ينظر : القضية التحكيمية رقم (14)، هيئة التحكيم المصرية، المرفوعة من احدى مجموعات الخدمات الاستشارية ضد إحدى شركات الأستثمار السياحي، 2001، نقلا عن:**المهندس الأستشاري، محمد ماجد خلوصي**، قضايا تحكيمية، المصدر السابق، ص 171.

المحكمة على أن تقع هذه المحكمة في دائرة محل أصدار الحكم التحكيمي[1]. إن إجراء تسليم النسخة إلى قلّم المحكمة المختصة وتسجيله في الكتب الواردة اليها، له دلالات عديدة، منها أن هيئة التحكيم قد إستنفدت سلطتها في إدارة النزاع وحسّمه، وكذلك وضع الحكّم تحت تصرف الخصوم وبالتالي حصول المحكوم له على حقّه على أكمل وجه، وفي قانون التحكيم المصري لايمكن تنفيذ الحكم التحكيمي إلّا بعد إنقضاء ميعاد رفع الدعوى ببطلان الحكم التحكيمي[2].

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي: هل يشترط بالقرار المودع لدى المحكمة أن يترجم من قبل من صدر لصالحه القرار التحكيمي؟

لم يشر قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ الى هذه المسألة. بينما أشار مشروع التحكيم العراقي إلى الترجمة في المادة (47) والتي نصت على أنه:" يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم أو نسخه موقعة منه باللغة التي صدر بها، وإذا كان الحكم صادراً بلغة أجنبية ترفق معه ترجمة باللغة العربية مصادق عليها من جهة معتمدة...." ، كذلك جاء في قانون التحكيم المصري أنه إذا كان الحكم صادرًا باللغة الفرنسية مثلًا، فيسلم كما هو أو يتم ترجمته والتصديق عليه من جهة معتمدة، ويتم أستلامه من قبل كاتب المحكمة ويتم تدوينه في سجل المحكمة وتزويد طرفي النزاع بنسخه منه على ضوء تقديم طلب للمحكمة[3]. ونلاحظ ان المادة(1499) من قانون الأجراءات الفرنسي أشترطت التالي:" بأن المستندات غير المحررة باللغة الفرنسية يجب أن ترفق بترجمة لها من قبل مترجم محلف مسجل على لائحة المترجمين المحلفين[4]. أما بعدّ التعديل وفقاً للمرسوم الجديد رقم (48) لسنة 2011 إذ نصت المادة (1515) على أنه: " وجود حكم التحكيم يثبت بتقديم الأصل مصحوباً باتفاق التحكيم أو صور من هذه المستندات مستوفية الشروط اللازمة لرسميتها وإذا لم تكن هذه المستندات محررة باللغة الفرنسية، يقدم الطرف الطالب ترجمة لها، ويمكن دعوة هذا الطرف لتقديم ترجمة تصدر من مترجم مسجل في قائمة الخبراء..." يتبين من المادة أعلاه أن التعديل الجديد لايشترط ترجمة الحكم التحكيمي كما في القانون السابق قبل التعديل[5]. أما عن موقف المشرع الأمريكي، إذ لم ينص قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي

---

(1) **د. أحمد رشاد محمود سلام**، البنيان الفني لحكم التحكيم، المصدر السابق، ،ص52.

(2) **د. محمود السيد عمر التحيوى** ، تنفيذ حكم المحكمين، ملتقى الفكر، الأسكندرية، 2007، ص 37.

(3) **د. محمود السيد عمر التحيوى**، المصدرنفسه، ص 43. كما نصت المادة (47) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على أنه:" يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم أو صورة موقع منه باللغة التي صدر بها أو ترجمة باللغة العربية مصدقا عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية وذلك في قلم كتاب المحكمة المشار إليها في المادة(9) من هذا القانون".

(4) **عيساوي محمد**، فعالية التحكيم في حماية الأستثمار الأجنبي في الجزائر، المصدر السابق ، ص 212-213.

(5) **د.علي عبدالحميد تركي**، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي، المصدر السابق، ص536-537.

على مسألة الترجمة[1]، ويتضح مما تقدم أن المشرع الفرنسي بالتعديل الجديد لقانون المرافعات لسنة 2011 لايشترط الترجمه، أسوة بموقف المشرع الأمريكي والعراقي وخلافاً لموقف المشرع المصري.

ومما يشار اليه، أن هنالك اتفاقًا بين قوانين التحكيم العربية والأجنبية على ايداع الحكم التحكيمي في المحكمة المختصة لكن هنالك تفاوت في عدد الأيام أو الفترة الواجب ايداع الحكم فيها لكي يكتسب القرار القوة الملزمة للتنفيذ، فالبعض من هذه القوانين حدد تلك المدة والبعض الآخر سكت عن تحديدها، بحيث كانت المدة في قانون التحكيم العراقي (قانون المرافعات) هي خلال ثلاثة أيام التالية لصدور الحكم التحكيمي، أما في قانون التحكيم المصري حددت المدة بثلاثين يوماً[2]. ونشير إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة(2/4) والتي نصتّ على أنه: " 2 - إذا لم يكن قرار التحكيم أو الاتفاقية منظمين باللغة الرسمية للبلد المراد الاستناد إليهما فيه ، فيتوجب على الفريق الذي يطالب بالاعتراف بذلك القرار وتنفيذه أن يبرز ترجمات لهذه المستندات بتلك اللغة ، ويتوجب المصادقة على تلك الترجمات من قبل مترجم محلف أو من قبل موظف دبلوماسي أو قنصلي ".

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي وهو: على من يقع عبء أو مسؤولية إيداع الحكم التحكيمي؟

من الجدير بالذكرأن قانون التحكيم المصري القى عبئ أيداع الحكم على صاحب المصلحة أو الطرف الذي قرر الحكم لصالحه، على العكس من قانون التحكيم العراقي الذي ألقى عبئها على الهيئة التحكيمة أو أحد اعضائها أما القانون الفرنسي فألقى عبئ ايداع الحكم على أحد المحكمين أو أحد الخصوم، وهناك من القوانين التي سكتتّ عن تحديد الجهة الملزمة في أيداع الحكم التحكيمي[3].بينما جاء في مشروع قانون

---

(1) نصت المادة (13) من قانون التحكيم الأمريكي الفيدرالي لعام 1925 المعدل على أنه:" المستندات التي يجب ضمها إلى طلب الحكم, القوة والأثر القوة التنفيذية: يجب على الطرف الذي يطلب أمرا يؤكد أو يعدل أو يصحح حكم التحكيم عند إيداع حكم التحكيم في قلم كتاب المحكمة لتصديقه أن يقدم المستندات التالية إلى قلم المحكمة: (أ) اتفاق التحكيم وأن يختار أو يعين إذا كان ذلك ضروريا محكم إضافي أو محكم مرجح وأي تمديد مكتوب للمهلة لإصدار حكم التحكيم. (ب) حكم التحكيم. (ج) أي إشعار أو أي مستند آخر يدعم طلبه بتأكيد أو تعديل أو تصحيح حكم التحكيم ونسخة عن أي أمر من المحكمة يتعلق بهذا الطلب. يتم تسجيل الحكم كما لو كان صادرا في دعوى عادية. ويكون للحكم المصدق على هذا النحو نفس القوة والأثر للحكم الصادر في دعوى عادية ويخضع للأحكام القانونية نفسها ويمكن تنفيذه كما لو كان صادرا في دعوى عادية أمام المحكمة التي صدقت عليه".

(2) ينظرالمواد التالية: المادة (271) من قانون المرافعات المدنية العراقية. والمادة (44/1) قانون التحكيم المصري. والمادة (793) قانون التحكيم اللبناني. وينظر المادة (184) قانون التحكيم الكويتي. وينظر المادة(240) من قانون المرافعات المدنية البحرينية. علماً أن قانون التحكيم اللبناني لم يذكرالمدة ، والقانون الكويتي حددها خلال عشرة أيام، وقانون التحكيم البحريني كانت المدة المحددة هي ثلاثة أيام.

(3) **د. أحمد رشاد محمود سلام**، البنيان الفني لحكم التحكيم، المصدر السابق، ص 54.

التحكيم العراقي في المادة (24) حيث أوجبت ايداع الحكم لدى المحكمة من قبل الطرف الذي صدر الحكم لمصلحته، وخلال مدة لاتتعدى (15) يومًا من تأريخ صدور الحكم التحكيمي.

و يتبادر للذهن السؤال التالي حول الأحكام التي يستوجب ايداعها لدى قلم المحكمة؟

غني عن البيان أن جميع أنواع الأحكام التحكيمية التي فصلت في موضوع النزاع يستلزم إيداعها في قلم المحكمة سواءً كانت أحكامًا كلية أم جزئية، أما أحكام الإجراءات التحفظية فلا يستوجب إيداعها في قلم المحكمة[1].

2- أن لايكون الحكم التحكيمي مخالفًا للنظام العام :

لم يحددّ المشرع العراقي جميع المسائل المخالفة للنظام العام، حيث تناولت المادة (2/130) من القانون المدني العراقي بعض تلك المسائل والتي نصت على أنه:"ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالإنتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين ... ". كما نصت المادة (32) مدني عراقي على أنه:" لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق" . كما أشار إلى مصطلح الأداب إلى جنب النظام العام في المادة (32) من القانون أعلاه، وهي جانب مهم من جوانب النظام العام وجزء لايتجزء منها في القانون العراقي، بالتالي إستحالة تطبيق القانون الأجنبي في العراق اذا كان يخالف النظام العام والأداب العامة[2]. وفي هذا الصدد تبنت محكمة الأستئناف الروسية المبدأ التالي ومفاده" أن هيئة التحكيم التجاري الدولي في غرفة التجارة والصناعة للأتحاد الروسي(CICA)، قد أنتهكت أحد المبادئ الأساسية للقانون المدني الروسي - مبدأ المساواة في معاملة الأطراف - وهو أنتهاك أتضح في تقييم أحادي الجانب للقضية، وفي قصر العواقب غير المؤاتية فيما يتعلق بالممتلكات على المدعي وحده في حين أن كل طرف في نشاط تجاري عليه أن يتحمل مخاطر تنظيم المشاريع، الأمرالذي اعتبرته هيئة تحكيم الدولة انتهاكاً للسياسة العامة الروسية "[3].

---

(1) **د. محمود السيد عمر التحيوى** ، تنفيذ حكم المحكمين، المصدر السابق، ص 47.

(2) **ياسمين خيري يوسف**، أثر النظام العام على اتفاق التحكيم، في القانون العراقي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأدنى، كلية الدراسات العليا في العلوم الأجتماعية برنامج القانون، نيقوسيا، 2019، ص86.

(3) ينظر: القضية رقم (640) كلاوت، (الأتحاد الروسي مجلس التحكيم الفيدرالي، دائرة موسكو، القرار المؤرخ 15 آب / أغسطس 2003 ، منشور على الموقع الألكتروني المتاح https://www.uncitral.org تأريخ الزيارة 2021/4/8.

ويتضح من القضية أعلاه بأنها مست النظام العام أو المبادئ الأساسية للقانون الروسي لذلك أيدت محكمة الإستئناف هذا الدفع وقضت بنقض الحكم.

3- شرط المعاملة بالمثل:

ويقصد به " أن المحاكم الوطنية لدولة ما، لاتقبل الأمر بتنفيذ الحكم الاجنبي إلّا إذا كانت المحاكم الأجنبية التي أصدرت هذا الحكم تقبل تنفيذ الأحكام الصادرة من قبل محاكم هذه الدولة بالقدر نفسه وفي الحدود نفسها، وهذا المبدأ لايقتصرعلى الأحكام القضائية الأجنبية بل يتعداها إلى تنفيذ الأوامرالأجنبية، وتنفيذ أحكام المحكمين، وفي تنفيذ السندات الأجنبية ويتعين على المحكمة التي يتعين عليها تصديق تنفيذ الحكم التأكد من توافر شروط هذا المبدأ "[1]. وهي إحدى الوسائل الفنية التي تلجأ اليها الدولة حتى تضمن لرعاياها خاصة من المستثمرين للتمتع بالحد الأعلى من الحقوق بعد منح الإجانب على أقليمها المعاملة نفسها، بالتالي تتحقق الموازنة التي تصب في فائدة رعاياها[2]. ونشير في هذا الصدد إلى موقف قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي وتحديدًا في المادة (304) والتي تنص على أنه: "الاعتراف وتنفيذ القرارات وأحكام التحكيم الأجنبية؛ مبدأ المعاملة بالمثل يجب، على أساس مبدأ المعاملة بالمثل، الإعتراف بقرارات التحكيم أو بأحكام التحكيم الصادرة في أراضي دولة أجنبية والتنفيذ بموجب هذا الفصل إلّا إذا صدقت تلك الدولة أو انضمت إلى الإتفاقية المشتركة بين البلدان الأمريكية ".

مما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، ماهي شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في المحاكم العراقية؟ يمكن بيان تلك الشروط وكالآتي[3]:

---

(1) **مصطفى محمد عبود القره غولي**، مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ الاحكام الاجنبية، مقال منشور على موقع جامعة بابل لكلية للقانون، والمنشور على الموقع الالكتروني المتاح http://www.uobabylon.edu.iq تأريخ الزيارة 2021/3/28.

(2) **أحمد نعمة خضيرالجبوري**، دور المبادئ العامة في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2020، ص98.

(3) **أ.د. حسن علي كاظم**، أزهار حميد مهدي، وضع الأحكام القضائية الأجنبية موضع التنفيذ في العراق، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الأول ، لعام 2009، ص98- 102.

1- أن تكون المحكمة الأجنبية مصدرة الحكم ذات أختصاص، وفقًا لقواعد الأختصاص القضائي الدولي، وهذا ما أكدته إتفاقية الرياض العربية[1] للتعاون القضائي لسنة 1983 وتحديدًا في المادة (25/ب) منه[2].

2- أن يكون الحكم الأجنبي القضائي نهائيًا، بمعنى أن يستنفد الطرق القانونية العادية للطعن، لتفادي ماقد يترتب من أحداث جراء الإعتراف و تنفيذ الحكم الغير نهائي، ومايؤكد ذلك ماجاء في إتفاقية الرياض العربية لسنة 1983 وتحديدًا في نص المادة (34) من الإتفاقية:" يجب على الجهة التي تطلب الأعتراف بالحكم ....تقديم مايلي: ب- شهادة بأن الحكم أصبح نهائيا....".

3- أن يكون الحكم الأجنبي متعلقًا بمسائل القانون الخاص (المدني والتجاري والأحوال الشخصية...)، وإستبعاد مسائل القانون العام (الأداري والجنائي و.....) لكونها مسائلًا تتعلق بالسيادة للدولة المراد الأعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي فيها.

4- المعاملة بالمثل، بمعنى أن على الدولة (ب) مصدرة الحكم الأجنبي أن تعترف وتنفذ الحكم الأجنبي الصادر من الدولة (أ) المراد منها الأعتراف وتنفيذ الحكم القضائي للدولة (ب) وفق مبدأ التعامل بالمثل.

5- أن لّايخالف النظام العام للبلد المراد منه الأعتراف وتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي، حيث جاء في المادة (30/أ) من اتفاقية الرياض أعلاه تأكيدًا على هذا الشرط، والتي نصت على أنه : " يرفض الأعتراف بالحكم في الحالات الآتية: أ- إذا كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو أحكام الدستور أو النظام العام أو الآداب في الطرف المتعاقد المطلوب إليه الأعتراف".

---

(1) **اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي**: وافق عليها مجلس وزراء العدل العرب بموجب قراره رقم (1) المؤرخ 1983/4/6 في دورة انعقاده العادي الأولى. وقعت الاتفاقية بتاريخ 1983/4/6 " الرياض" من قبل جميع الدول الأعضاء عدا كل من (جمهورية مصر العربية - جمهورية القمر الاتحادية الإسلامية). وانضمت إلى الاتفاقية جمهورية العراق بتاريخ 1984/3/16. وللمزيد من التفاصيل وللإطلاع على نصوص الإتفاقية والمنشورة على الموقع الألكتروني المتاح https://adala.justice.gov.ma ، تأريخ الزيارة 2021/3/25.

(2) نصت المادة (25/ب) من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 على أنه:" ب- مع مراعاة نص المادة (30) من هذه الاتفاقية، يعترف كل من الأطراف المتعاقدة بالأحكام الصادرة عن محاكم أي طرف متعاقد آخر في القضايا المدنية بما في ذلك الأحكام المتعلقة بالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية، وفي القضايا التجارية والقضايا الإدارية وقضايا الأحوال الشخصية، الحائزة لقوة الأمر المقضي به وينفذها في إقليمه وفق الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في هذا الباب، وذلك إذا كانت محاكم الطرف المتعاقد التي أصدرت الحكم مختصة طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ أو مختصة بمقتضى أحكام هذا الباب، وكان النظام القانوني للطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ لا يحتفظ لمحاكمة أو لمحاكم طرف آخر دون غيرها بالاختصاص بإصدار الحكم".

الفقرة(2) - الشروط السلبية :

تناولت أغلب التشريعات الشروط السلبية التي بتحققها، يمكن أبطال القرار التحكيمي بناءً على الطلب المقدم من أحد الخصوم. وتناول المشرع العراقي هذه الشروط، في المادة (273) من قانون المرافعات المدنية[1] ومما تجدر الأشارة اليه أن هذه الشروط من النظام العام وهي كالتالي:

1- أن يكون إتفاق التحكيم صحيحًا:

حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا يجب أن يكون مستوفيا للشروط الموضوعية والشكلية وكالآتي:

أ- الشروط الموضوعية: ويقصد بها (الرضا والمحل والسبب).

ب- الشروط الشكلية[2] : وتتمثل بالكتابة والتي نص عليها معظم التشريعات، وجاء في قانون المرافعات المدنية العراقي وتحديدا في المادة (252) التي نصت على انه" لايثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة" ، وجاءت الكتابة هنا شرط إثبات وليس شرط إنعقاد[3].

وبالرغم من أن الهيئات التحكيمية المنوط بها مهمة حل النزاعات الناشئة عن تحديد الثمن غير ملزمة بأصدار حكمها وفقًا للشكل المقرر بالنسبة للمحاكم الوطنية، الا أن ذلك لايعني أطلاق الحرية لها لأصدار الحكم وفق أهوائها ، بل يجب مراعاة الشكل الذي يتطلبه القانون، وكما أشارت بعض القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية على ضرورة توافر بيانات شكلية وموضوعية حتى يأذن أو يصادق على تنفيذها[4].

وفي هذا الصدد تبنت إحدى محاكم الإستئناف العربية المبدأ أعلاه[5].

---

(1) **زهراء عصالم صالح كبة**، تنفيذ القرار التحكيمي في المسائل التجارية،(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2013، ص116. ينظر: المادة (273) من قانون المرافعات العراقي النافذ والتي نصت على انه:" يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله في الأحوال الأتية : " 1- إذا كان قد صدر بغية بينة تحريرية أو بناءً على اتفاق باطل أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الإتفاق....." . يقابلها: المادة (53) من قانون التحكيم المصري. والمادة (49) من قانون التحكيم الاردني.

(2) وتتلخص هذه المسائل الشكلية كالتالي: أ- ملخص عن اتفاق التحكيم .
ب- أيجاز بأقوال الخصوم ووثائقهم.
ت- ان يكون الحكم مسببًا
ث- أشتمال الحكم التحكيمي على منطوقه: بمعنى ذكر الأحكام الصادرة بموضوع النزاع.
ج- ذكر مكان وتاريخ صدور الحكم :وتتجلى اهمية ذكر المكان لمعرفة المحكمة المختصة بأصدار أمرالتنفيذ أو ابطاله، وعدم ذكر هذا البيان لايبطل الحكم التحكيمي، على العكس من بيان التأريخ ففي حال عدم ذكره يؤدي الى بطلان القرار التحكيمي.
ح- تواقيع المحكمين: وهو بيان شكلي يترتب على اغفاله بطلان الحكم . نقلًا عن: **حيدر مدلول بدر عبدالله**، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص95- 97.

(3) **زهراء عصالم صالح كبة**، تنفيذ القرار التحكيمي في المسائل التجارية،(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 120.

(4) **حيدر مدلول بدر عبدالله** ، المصدر السابق، ص94.

(5)وفي هذا الصدد تبنت محكمة الإستئناف المدنية في ريف دمشق المبدأ التالي ومفاده : " إعفاء المحكمين من التقيد بالأصول والقانون لايعني منحهم مطلق التصرف للحكم بأهوائهم لأن الأعفاء مقصور على القواعد غير الإلزامية ولاتشمل القواعد

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي حول الشكلية المتبعة في مجال التحكيم الألكتروني؟

تمتاز الشكلية في القرارات التحكيمية الألكترونية بشيء من الخصوصية من حيث كتابة القرار والتوقيع الألكتروني وكالآتي:"

1- فّاعلية الكتابة الألكترونية: بالنظر للتطور الذي شهدته العقود الدولية ولاسيما العقود التجارية الألكترونية من سرعة بإبرام العقود وغيره من متطلبات التجارة العالمية، مما أدى الى هجرّ الأسلوب التقليدي بالكتابة إلى أسلوب عصري متمثل بالكتابة الألكترونية مما دعى معظم الدول إلى أصدار التشريعات المواكبة لهذا التطور، وبالنسبة للعراق صدر(قانون التوقيع الألكتروني والمعاملات الألكترونية) المرقم (78) لسنة 2012، حيث جاء في المادة (13- أولًا) والتي نصت على انه: " تكون للمستندات الألكترونية والكتابة الألكترونية والعقود الألكترونية ذوات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية ..."

2- فّاعلية التوقيع الألكتروني: يلعب التوقيع دورًا بارزًا في إثبات المحررات الرسمية ولاسيما العقود الدولية، إذ يتمّ الإعتماد حاليًا على التوقيع الألكتروني بديلًا للتوقيع التقليدي خاصة في العقود الأكترونية، ولقد عرفّ المشرع العراقي التوقيع الألكتروني في قانون المعاملات الألكترونية رقم (78) لسنة 2012 في المادة (1- رابعًا) والتي نصت على أنه : " علاقة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو أشارات أو أصوات أو غيرها وله طابع منفرد يدل على نسبته إلى الموقع ويكون معتمدًا من جهة التصديق"[1]. وعرفه القضاء العراقي:" بأنه تصرف إرادي يقصد به أقرار الموقع لما هو مدون في السند ودليل مادي مباشر على حصول الرضا في إنشاءه "[2].

2-أن يخلّو من الغش والتزوير:

أشارت المادة (196) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ على أنه كل قرار يصدرمتضمنا الغش أو التزوير فمصيره يؤول إلى المطالبة بإعادة المحاكمة كطريق من طرق بطلان الحكم[3].

المتعلقة بالنظام العام. ينظر: القرار المرقم (39 لعام 2018)، (محكمة الأستئناف المدنية في ريف دمشق)، الصادر بتأريخ 2018/12/17، والمنشور على موقع المعهد الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي، على الموقع الألكتروني المتاح http://www.aifica.com تأريخ الزيارة 2021/3/26. وفي نفس الصدد ينظر: القرار المرقم (266 لعام 2019)، محكمة التمييز الأردنية، الصادر بتأريخ 2019/3/4، والمنشور على موقع المعهد الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي، على الموقع الألكتروني المتاح http://www.aifica.com تأريخ الزيارة 2021/3/26.

(1) **إبراهيم أسماعيل إبراهيم**، فعالية قرار التحكيم الألكتروني(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 360-362.

(2) ينظر: القرار رقم (775)، محكمة التمييز الأتحادية العراقية، الصادر بتأريخ 5/ 3/ 1974 النشرة القضائية العدد الأول، نقلًا عن: **إبراهيم أسماعيل إبراهيم**، فعالية قرار التحكيم الألكتروني(دراسة مقارنة)، المصدر نفسه ، ص 362.

(3) **زهراء عصالم صالح كبة**، تنفيذ القرار التحكيمي في المسائل التجارية،(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص121.

3- خلوه من أي أخطاء جوهرية :

بينت الفقرة (5) من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ[1] المسائل التي تعد من قبيل الأخطاء الجوهرية والتي بتوافرها جاز للمتضرر رفع دعوى بطلان الحكم ومن هذه المسائل أذا وجد خطأ في الحكم من حيث تكييف الوقائع أو في حال أغفل الفصل في مسألة تخص الدعوى أو فصل في أمر خارج الدعوى وغيره من الأمور التي وردت في تلك المادة[2].

وفي هذا الصدد تبنت محكمة التمييز الأتحادية العراقية المبدأ التالي ومفاده: " الخطأ الجوهري في قرار المحكمين الذي يؤثر في صحته يكون سبباً لإبطال القرار التحكيمي"[3].

ويجب التمييز مابين الأخطاء الجوهرية والغير جوهرية، ففي الحالة الأولى يكون جزاءها البطلان، كإنعدام اتفاق التحكيم، أو تجاوز المحكم حدوده المتفق عليها، أما في الحالة الثانية عندما يكون الخطأ ثانوي أو غير جوهري فلا يؤول إلى البطلان[4]. وفي هذا الصدد تبنت محكمة إستئناف القاهرة المبدأ التالي:" سوء التقدير أو الخطأ في حكم التحكيم ليس بالضرورة سببًا لبطلانه، وأن محكمة البطلان لاتتدخل بنتيجة حكم التحكيم الا إذا تجاوز الحكم الضوابط القانونية وأهدرمبادئ العدالة "[5].

ثانيًا - إجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي

يتطلب تنفيذ الحكم التحكيمي عدة أجراءات نبينها في الفقرات التالية:

1- تقديم طلب تنفيذ الحكم :

وتختلف أنظمة تنفيذ الحكم الأجنبي فهنالك ما يسمى بنظام (رفع دعوى التنفيذ) والمتبع من قبل أغلب الدول (الأنكلوامريكية) مثل الولايات المتحدة الأمريكية، وتتمثل هذه الطريقة برفع دعوى جديدة لتنفيذ الحكم الأجنبي أمام المحكمة المختصة، أما في العراق فالحال يختلف اذ يتبع نظام الأمر بالتنفيذ ، ومفاده أن الشخص الذي تقرر الحكم لمصلحته سواء كان حكمًا قضائيًا أو تحكيميًا، اللجوء إلى القضاء وعادة

---

(1) ينظر: الفقرة (5) من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم (83) لسنة 1969.

(2) **زهراء عصالم صالح كبة**، المصدر نفسه، ص122.

(3) ينظر: القرار المرقم (العدد 273/ هيئة موسعة)، محكمة التمييز الأتحادية ، وتاريخ الأصدار عام 2007. نقلًا عن: **وسن قاسم الخفاجي، سامي حسين ناصر المعموري**، فاعلية اتفاق التحكيم(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، .ص194. وفي نفس الصدد: ينظر: القرارالمنشور المرقم (العدد185/ هيئة موسعة مدنية /2007)، محكمة التمييز الاتحادية ، الصادربتأريخ 20/2/2008.

(4) **زهراء عصالم صالح كبة**، تنفيذ القرار التحكيمي في المسائل التجارية(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، 123.

(5) ينظر: القرار المرقم (39 لسنة 130 قضائية)، محكمة أستئناف القاهرة، الصادر بتأريخ 2020/6/3، والمنشور على موقع المعهد الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي، على الموقع الألكتروني المتاح http://www.aifica.com تأريخ الزيارة 2021/3/26.

تكون المحكمة المختصة كما أشرنا سابقًا هي محكمة البداءة، ويقوم بتقديم طلب لإستحصال الأمر بالتنفيذ[1]. وطبقًا لإتفاقية نيويورك لعام 1958، وبخصوص إستحصال أمر بتنفيذ الحكم، فمن حيث المعاملة فلّا يوجد إختلاف مابين الإعتراف بالحكم والأمر بتنفيذه في إتفاقية واشنطن ولم تميزّ بينهم المادة (3) حيث ألزمت الأعتراف بحجية الحكم والأمر وأشترطت اتفاقية نيويورك عدة شروط وردت في المادة (4) مثل تقديم قرار تحكيمي مصدق سواء كان أصلي أو مصور، وترجمة هذا الحكم أن أستدعى الأمرمن جهة مختصة[2].

2- المحكمة المختصة بنظر الحكم التحكيمي (الرقابة القضائية):

إن مايعزز فعّالية التحكيم الدولي هو دور القضاء الوطني المتمثل بمراقبة عمل المحكمين والتأكد من التزامهم بالحدود المرسومة لهم، من أجل التوصل إلى تحقيق العدالة المرجوة وبالشكل المطلوب قانوناً[3]. وأشار المشرع العراقي في قانون المرافعات رقم (83) لسنة 1969 وتحديدًا في المادة (271) سالفة الذكر، إذ بينت الجهة التي يتم ايداع الحكم فيها وهي (محكمة البداءة)[4]. وفي الإتجاه ذاته تبنت محكمة التمييزالاتحادية العراقية المبدأ التالي ومفاده:" محكمة البداءة هي التي تقام لديها الدعوى بشان طلب تنفيذ الحكم الاجنبي حتى وأن كان صادرًا في قضايا الأحوال الشخصية"[5]. ويقصد بالمختصة، أي أن الإختصاص في نظر النزاع يرجع لها في حال عدم وجود إتفاق التحكيم، وتستبعدّ محكمة الإستئناف من النظر بالقرارّالتحكيمي، وتمارسّ هذه المحكّمة رقابة موضوعية وشكلية على هذا القرار[6]، ومايؤكد ذلك ماجاء في المادة (274) من قانون المرافعات المدنية العراقي والتي نصت على أنه: " يجوز للمحكمة أن تصدق قرار التحكيم أو تبطله كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الإبطال كلاً أو بعضاً أن تعيد القضية

---

(1) **زهراء عصام صالح كبة**، المصدر نفسه، ص125-126.

(2) **عيساوي محمد**، فعالية التحكيم في حماية الأستثمار الأجنبي في الجزائر، المصدر السابق، ص217 – 218.

(3) **د. ممدوح عبدالعزيز العنزي**، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص261.

(4) نصت المادة (32)(المعدلة بموجب القانون رقم 10 لسنة 2016) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 على ما يأتي:
"تختص **محكمة البداءة** بالنظر في ما يأتي:
1- الدعاوى كافة التي تزيد قيمتها على مليون دينار، والدعاوى التابعة لرسم مقطوع، والدعاوى غير مقدرة القيمة والدعاوى كافة التي لا تختص بها محكمة البداءة بدرجة أخيرة أو محكمة الاحوال الشخصية ويكون حكمها بدرجة أولى قابلا للاستئناف بموجب أحكام المادة (185) من هذا القانون، وفيما عدا ذلك يكون بدرجة أخيرة قابلا للتمييز مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى".للأطلاع على التفاصيل يراجع: **القاضي نعمان كريم أحمد**، محكمة البداءة، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلي الألكتروني المتاح https://www.hjc.iq تأريخ الزيارة 2021/3/22.

(5) ينظر: الحكم التمييزي المرقم (286 الهيأة الموسعة المدنية / 2017)، الصادر من محكمة التمييز الاتحادية العراقية بتأريخ 10/17/ 2017، المنشورعلى الموقع الالكتروني المتاح https://www.hjc.iq تأريخ الزيارة 25 /3/ 2021.

(6) **بهاء خليل أسماعيل أمين**، الرقابة القضائية على القرار التحكيمي(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص88.

إلى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها.". كما أشارت المادة (1/9) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 والتي تنص على أنه:" 1- يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر"[1]. كذلك أشار قانون المرافعات المصري بالمادة (217) على أن المحكمة الإبتدائية هي صاحبة ألإختصاص النوعي المتعلق بالنظام العام، حيث تختص بالأعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي في دائرتها[2]. وفي الإتجاه ذاته سارت محكمة إستئناف القاهرة، حيث تبنت في أحدى القضايا المبدأ التالي :" الحجية لاتثبت للعمل القضائي إلّا إذا صدر في حدود الولاية القضائية للجهة التي أصدرته .... فإن الأحكام الصادرة عن طريق أخر غير طريق التحكيم تكون منعدمة الحجية إذا ماعرض ذات النزاع على هيئة التحكيم صاحبة الولاية في فض المنازعات"[3].

ويتضح من الحكم أعلاه بأن أختصاص محكمة الإستئناف بالنظر للحكم التحكيمي أمر يتعلق بالنظام العام، وخلاف ذلك يبطل الحكم فيما إذا صدر من محكمة غير مختصة.

وبالنسبة لموقف المشرع الفرنسي، إذ أشارت المادة (1487) من قانون المرافعات الفرنسية رقم (48) لسنة 2011 والتي نصت على أنه:" لّا يصبح حكم التحكيم قابل للتنفيذ إلّا بصدور أمر بالتنفيذ من المحكمة العلّيا التي صدر الحكم في دائرة اختصاصها"، بمعنى أن الإختصاص المكاني هو الذي يحدد المحكمة المختصة بأصدار الأمر بالتنفيذ[4].

ويتضح مما تقدم في القانون الفرنسي ينعقد الإختصاص للمحكمة طبقًا لمكان أصدار الحكم؛ كي يتسنى لها القيام بالرقابة القضائية والتي ينبغي أن تكون داعمة وساندة للحكم التحكيمي، بالتالي تكون مقومة لعملية التحكيم، وتزيد من فاعليته. ولّايكفي تقديم الحكم التحكيمي وحده لتنفيذ الحكم إذ لّابد أن يكون مشفوعًا بإتفاق التحكيم وطبقا لإتفاقية نيويورك 1958 وتحديدًا في المادة (1/4) والتي تنص على أنه:" من أجل الحصول على الإعتراف والتنفيذ المبحوث عنهما في المادة السابقة يتوجب على الفريق الذي يطلب مثل ذلك الإعتراف والتنفيذ أن يبرز ما يلي عند تقديمه الطلب : أ- قرار التحكيم الأصلي المصدق

---

(1) **د. محمد علي محمد بني مقداد**، كيفية إختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (4)، المجلد (4)، العدد (2)، الجزء (2)، 2019،ص69.

(2) **د. أحمد رشاد محمود سلام**، البنيان الفني لحكم التحكيم، المصدر السابق، ص73.

(3) ينظر: القضية رقم (71) لسنة 1995، محكمة النقض المصرية، الجلسة 19/ 9/ 1996، نقلاًعن : **المهندس الأستشاري، محمد ماجد خلوصي**، قضايا تحكيمية، المصدر السابق، ص 310.

(4) **بهاء خليل أسماعيل أمين**، الرقابة القضائية على القرار التحكيمي(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص89.

، أو صورة مصدقة عنه. ب- الإتفاقية الأصلية المبحوث عنها في المادة الثانية ، أو صورة مصدقة عنها ". وعليه " ضرورة أن تكون الرقابة القضائية الوطنية داعمة لسير إجراءات التحكيم وخير ضامن لفعّاليتها وتقديم كافة المساعدات الإجرائية والتحفظية، وتسهم الرقابة على العملية التحكيمية للتحقق من مدى نزاهتها خاصة عند الإعتراف بصحة إجراءات التحكيم والمحكمة تؤدي هذا الدور إعمالا لمبدأ النظام العام في الدولة"[1]. والباحث يذهب مع هذا الرأي.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي: هل أن المحاكم التي تمارس دورها الرقابي على الحكم التحكيمي، هي المحاكم من الدرجة الأولى أو المحاكم من الدرجة الثانية ؟

الأصل بأن المحاكم التي تناط بها المهمة الرقابية على الحكم التحكيمي هي من محاكم الدرجة الثانية ؛ لكن هذا الطريق يقضي على مبدأ هام ألا وهو التقاضي على درجتين، كون الدعوى مبتدئة ومستقلة، ولغرض أن تكون ثمرة التحكيم أكثر فعالية بما يتعلق بالطعن بالقرار التحكيمي، إذ يقترح أحد الباحثين أن يحال الأختصاص بالنظر في دعوى البطلان إلى محاكم الدرجة الأولى، مما يضمن للمدعى عليه التقاضي على درجتين وتعويض مافاته لأسباب خارجة عن إرادته. [2]. وفي هذا الصددّ تبنت محكمة التمييز القطرية المبدأ التالي ومفاده:" إن أسناد النظر في دعاوى البطلان لحكم التحكيم لمحاكم الدرجة الثانية دون الأولى وعلى درجة واحدة من درجات التقاضي هي قاعدة منصفة تتفق مع طبيعة طريق التحكيم الذي اختاره الأطراف، واحتراماً لإرادة طرفي التحكيم حظر المشرع الطعن بالحكم التحكيمي - الذي يكتسب حجية الأمر المقضي فيه مجرد صدوره - بأي طريق من طرق الطعن"[3]. وبدورنا نؤيد اتجاه محكمة التمييز القطرية التي أعطت دوراً هاماً لمبدأ سلطان الإرادة لطرفي التحكيم ورجحت بقاء الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من مهام محاكم الدرجة الثانية وعدم جواز الطعن بالحكم التحكيمي بأي طريق من طرق الطعن. أما بالنسبة للمحكمة التي تمارس الرقابة القضائية في العراق فهي محكمة البداءة وهي محكمة من

---

(1) **د. ممدوح عبدالعزيز العنزي**، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص262.
(2) **قسنطيني صورية**، سلطة القضاء في الرقابة على قرارات المحكمين، المصدر السابق، ص16.
(3) ينظر: الطعن رقم (126) لعام 2019، (محكمة التمييز القطرية)، تأريخ الأصدار في 16/4/2019، منشور على موقع المعهد الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي الالكتروني المتاح http://www.aifica.com/ ، تأريخ الزيارة 6/7/2021.

الدرجة الأولى، أما في مصر فالإختصاص يرجع إلى محكمة الإستئناف[1] وهي من الدرجة الثانية. أما في فرنسا فالمهمة تناط بالمحكمة العليا[2] وهي محكمة من الدرجة الأولى أيضًا.

أما في التشريع الأمريكي :

بصورة عامة يخضع التحكيم في النظام الأنجلوأمريكي في مختلف مراحله إلى الرقابة القضائية المستمرة، بدليل هنالك إجراء يطلق عليه(Discovery) يلزم أطراف النزاع بالإفصاح عما تمتلكه من وثائق لها علاقة بالنزاع[3]. والأصل طبقًا للدستورالأمريكي وحسبّ ماجاء في المادة (2/3) إذ ينعقدّ الإختصاص لمحاكم الولايات المتحدة الأمريكية[4] للنظر في منازعات القانون الخاص، ولدواعي إرساء مبدأ العدالة،

---

(1) محاكم الاستئناف: تعتبر من محاكم الدرجة الثانية في مصر بمعنى أنه يحق للمحكوم عليه أن يتظلّم أمامها من الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى (سواء الابتدائية أو الجزائية)، فيُطرَح النزاع أمامها مرة أخرى لتفصل فيه بإصدار حكم نهائي ومحاكم الاستئناف لا تنشأ إلّا بقانون خاص يصدر بذلك وتوجد في مصر حالياً 8 محاكم استئناف. للمزيد من التفاصيل يراجع: محكمة استئناف (مصر)، المنشور على الموقع الألكتروني المتاح ويكيديا https://ar.wikipedia.org، تأريخ الزيارة 15/10/2021.

(2) **المحكمة العليا**: هي أعلى محكمة في تسلسل المحاكم في عدد من الأنظمة القضائية. هناك توصيفات أخرى للمحكمة العليا مثل محكمة الملاذ الأخير، محكمة الذروة، محكمة الاستئناف العليا (الأخيرة). بالحديث بنطاق واسع، لا يخضع قرار المحكمة العليا لمراجعة أخرى من قبل أي محكمة أخرى. تعمل المحاكم العليا بالدرجة الأولى كمحاكم استئناف، إذ تسمع للاستئنافات على قرارات محاكم أدنى منها، أو لقرارات محاكم استئناف متوسطة المستوى. للمزيد من التفاصيل يراجع الموقع الألكتروني ويكيديا المتاح https://ar.wikipedia.org، تأريخ الزيارة 2021/10/16.

(3) **د. ممدوح عبدالعزيز العنزي**، المصدر السابق، ص261-262.

(4) نصت المادة (2/3) من دستور الولايات المتحدة الامريكية لعام 1789(المعدل 1992) على أنه: " " تشمل السلطة القضائية جميع قضايا القانون والإنصاف الناشئة في ظل أحكام هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات المعقودة أو التي ستعقد بموجب سلطتها. كما تشمل جميع القضايا التي تتناول السفراء والوزراء المفوضين الآخرين والقناصل وجميع القضايا الداخلة في اختصاص الولاية القضائية الأميرالية والبحرية والمنازعات التي تكون الولايات المتحدة طرفا فيها، والمنازعات التي تنشأ بين اثنتين أو أكثر من الولايات، -وبين إحدى الولايات ومواطني ولاية أخرى،- وبين مواطني ولايات مختلفة، وبين مواطني نفس الولاية ممن يدعون ملكية أراض بموجب منح من ولايات مختلفة، وبين ولاية أو مواطنيها ودول أجنبية أو مواطني دول أجنبية أو رعايا أجانب "، للاطلاع على بقية المواد للدستور الأمريكي: يراجع الموقع الألكتروني المتاح https://www.constituteproject.org تاريخ الزيارة 2021/3/30.
وأدناه النص باللغة الانجليزية: والمنشورة على الموقع الالكتروني المتاح https://www.archives.gov تاريخ الزيارة 2021/3/30.

Article III.- Section. 2.

The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;— between a State and Citizens of another State,—between Citizens of different States,—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

أوجد الدستورالأمريكي حالة إستثناء على هذه القاعدة، وتدعى بـ (Diversity Jurisdiction) بمعنى الإختصاص المبني على تنوع الخصّوم، حيث منحّ المحكمة الفيدرالية صلّاحية النظر في المنازعات الناشئة بين مواطني الولايات المتحدة الأمريكية المختلفة، أو ما بينهم وبين الأجانب، خوفًا من تحيزّ المحاكّم الأمريكية لمواطنيها[1]. إذ يتضح مما تقدم هنالك إختلاف واضح مابين القانون العراقي والقانون الأمريكي من ناحية المحكمة المختصة في نظر القرارات التحكيمية ، إذ تكون من مهمة محكمة البداءة وهذا الأمر من النظام العام وخلاف ذلك يبطل الحكم، وعلى العكس من ذلك، يلاحظ هنالك مرونة في النظام الأمريكي بهذا الخصوص، من ناحية إنعقاد الإختصاص للمحاكم الفيدرالية أيضًا.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي، هل يمكن تنفيذ الحكم التحكيمي في جمهورية العراق؟

يمكن الإجابة عن هذا السؤال في الفقرة التالية:

ثالثاً- تنفيذ الحكم التحكيمي في العراق

هنالك رأيان بالموضوع وكالأتي:

الرأي الأول - القابل بالتنفيذ :

الأصل إذا صدر القرار التحكيمي صحيحًا خالي من العيوب فيفترض تنفيذه أختياريًا وفق مبدأ حسن النية[2]. ولأصحاب هذا الرأي وجهة نظر مبنية على حجج عديدة، منها عدم نصّ القانون العراقي صراحةً على تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية في العراق، كذلك أن قانون المرافعات المدنية العراقي الذي نظم أحكام التحكيم لم يقسمها إلى أجنبية ووطنية وجاء فيها التحكيم مطلقًا، لذلك تعد مسألة تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية جائزة، يضاف إلى ذلك ماورد في قواعد تنازع القوانين ، إذ جاء في المادة (25) مدني عراقي بخصوص القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية سواء كان قانون الموطن المتحد أو قانون الدولة التي تم فيها العقد، أما المادة (30) تنص على أنه " يتبع فيما لم يردّ بشأنه نص ....مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا"[3]. وأشترط المشرع العراقي وقبل نفاذ الحكم التحكيمي المودعّ في سجل المحكمة من قبل أحد طرفي النزاع ، مصادقة المحكمة المختصة بالنظر بالنزاع وهي (محكمة

---

(1) **د. يحيى أكرام أبراهيم بدر**، دور المحكمة العليا الأمريكية في حل مشكلة تنازع القوانين بالولايات المتحدة الأمريكية، بحث منشورفي مجلة الحقوق جامعة الاسكندرية، والمنشورة على الموقع الالكتروني المتاح http://scholar.google.com تأريخ الزيارة 2020/12/5.

(2) **د. ماهر مصطفى محمود**، الرقابة القضائية على حكم التحكيم، المصدر السابق، ص249.

(3) **أ.م.د. نظام جبار طالب، سنان عبدالحمزة البديري**، تنفيذ قرارات التحكيم الدولي، بحث منشور في مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد الثامن السنة 2016، ص156-157.

البداءة)، حتى يكتسب الحكم التحكيمي حجية الأمر المقضي فيه، وذلك طبقًا لماجاء في نص المادة (272) من قانون المرافعات المدنية العراقي[1]. وفي هذا الصدد تبنت محكمة التمييز الإتحادية العراقية المبدأ التالي ومفاده:" قواعد التحكيم الدولية غير ملزمة للمحاكم العراقية ولايمكن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق إلّا عند وجود اتفاقية متعلقة بهذا الشأن"[2].

ويتضح مما تقدم أن القرار التحكيمي لّايحوز حجية الأمر المقضى فيه في العراق وهو غير ملزم للمحاكم العراقية إلّا بشرط وهو التصديق عليه من قبل محكمة البداءة، أو طبقًا لإتفاقية يكون العراق طرفًا فيها، بالتالي يمكن تنفيذه من قبل القضاء العراقي.

يتضح مما تقدم بأن هذه الحجج تسندّ الرأي القائل بقبول تنفيذ الحكم التحكيمي بجمهورية العراق.

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي حول أمكانية الأعتراف وتنفيذ الأمر الولائي في المحاكم العراقية؟

يختلف الحكم القضائي عن الأمر الولائي بأن الأخير لايحوز حجية الأمر المقضي فيه على العكس من الحكم القضائي، لذلك وطبقًا لقانون الإعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم (30) لسنة 1928 فلّا مجال لتنفيذ الأوامر الولائية، إذ نصت المادة (6/هـ) على أنه :" أن يكون الحكم حائزًا صفة التنفيذ في البلاد الأجنبية " بمعنى أن يكون الحكم نهائيًا وحائز لقوة الأمر المقضي فيه، بالتالي لّايتصور تنفيذ الأوامر الولائية بالعراق كونها لّاتحوز حجية الأمر المقضى فيه، وهو مخالف لما جاء في اتفاقية الرياض أعلاه

حيث تعترف الأتفاقية بتنفيذ الأوامر الولائية الأجنبية حسب المادة (25/أ) والتي نصت على أنه : " يقصد بالحكم ...يصدر بناءً على إجراءات قضائية أو ولائية..."[3].

ومما تقدم يتبادر للذهن السؤال التالي وهو أيًا من الحكّمين يرجّح القضاء العراقي تنفيذه ، هل هو الحكم الصادر من المحكمة العراقية أو الحكم التحكيمي أو الحكم القضائي الأجنبي؟

وللإجابة عن هذا السؤال نستعرض ملخص القضية التالية:" طالب المدعي ترجيح أحد الحكمين الصادرين في النزاع الناشئ مع المدير المفوض لمصرف الشرق الأوسط إضافة لوظيفته على أساس أنهما متناقضان.

---

(1) ينظر: المادة (272/1) من قانون المرافعات العراقي المرقم (83) لسنة 1969.

(2) ينظر: القرارالمرقم (162)، محكمة التمييز الإتحادية العراقية، القسم المدني ، الصادر بتأريخ 2012/9/30، منشور على موقع المعهد الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي، على الموقع الألكتروني المتاح http://www.aifica.com تأريخ الزيارة 2021/3/23.

(3) **أ.د. حسن علي كاظم**، أزهار حميد مهدي، وضع الأحكام القضائية الأجنبية موضع التنفيذ في العراق، المصدر السابق، ص107 – 108.

ولدى الأطلاع على الحكّمين المطلوب ترجيح أحدهما، وجد أن الأول بالعدد (2017/1360) تجاري كلي في 2018/9/10 صادر من محكمة دبي الابتدائية التجارية والمتضمن ردّ دعوى المدعي المدير المفوض لمصرف الشرق الأوسط إضافة لوظيفته بمطالبة المدعى عليهم (طالبي الترجيح) بالمبلغ الوراد في الدعوى وهو مكتسب درجة البتات بتصديقه من محكمة التمييز في دبي، أما الثاني وهو بالعدد (653/ 3316/ توحيد ب/2019) في 2019/12/19 والصادر من محكمة بداءة الكرادة والمتضمن إلزام المدعى عليهم (طالبي الترجيح) بالمبلغ المطالب به وهو المبلغ نفسه في الحكم الصادر من محكمة دبي، وهو أيضاً مكتسب درجة البتات. ولأن ترجيح الأحكام وفق المادة (217) من قانون المرافعات المدنية يشترط أن يكون بين الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية، أما الحكم الأجنبي فلّا يعتدّ به إلا بعد الإعتراف به وإعطائه القوة التنفيذية لذا فإن شروط الترجيح غير متوفرة في الطلب، فقررّ رده وتحميلّ مقدّمه الرسم المدفوع وصدر القرار بالاتفاق إستناداً لأحكام المادة (13/أولاً-ب-ثانياً/1) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل في 29/شعبان/1442هـ الموافق 2021/4/11"[1]. إذ يتضح من القرار أعلاه وطبقاً للمادة (217) مرافعات مدنية أن القضاء العراقي يرجح الحكم الصادر من المحاكم العراقية على الحكم الأجنبي ومن ضمنه الحكم التحكيمي، ويشترط لترجيح الحكم التحكيمي الإعتراف به وأكتسابه القوة التنفيذية .

الرأي الثاني - الرافض للتنفيذ:

لأصحاب هذا الأتجاه حججهم والمتمثلة بأن قانون الإعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (30) لسنة 1928 يشترط أن يكون الحكم الأجنبي صادراً من محكمة قضائية مختصة، أما بالنسبة للإتفاقيات الدولية التي يكون العراق طرفًا فيها لكن قراراتها غير ملزمة للمحاكم العراقية[2]. كما أن قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم (30) لسنة 1928 لم يتناول أحكام التحكيم الأجنبي وعلى المنوال نفسه سار قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 حيث سكتّ عن الموضوع، بالتالي يتعذر تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في دوائر التنفيذ العراقية[3]. وفي الفقه المصري لاتعتبر الأحكام الأجنبية حائزة لحجية الأمر المقضي فيه بالتالي عدم قابلية الحكم التحكيمي للتنفيذ الجبري وإلّا بعد صدور الأمر بالتنفيذ من جانب القضاء المصري؛ كون الحكم التحكيمي هو من أعمال الإرادة وهو ثمرة إتفاق الطرفين لإحالة نزاعهم

---

(1) ينظر: القرار رقم (165/الهيئة الموسعة المدنية /2021)، محكمة التمييز الإتحادية، الصادر بتأريخ 2021/4/11، المنشور على موقع مجلس القضاء الأعلى الألكتروني المتاح https://www.hjc.iq/، تأريخ الزيارة 2021/7/29.

(2) **بهاء خليل اسماعيل أمين**، الرقابة القضائية على القرار التحكيمي (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص88.

(3) **هيوا علي حسين**، التحكيم قضاءً أصيلًا للمنازعات التجارية، المصدر السابق، ص 576.

للتحكيم، مما يستدعي تدخل السلطة العامة في تكوين السند التنفيذي[1]. وأشار قانون الأونسيترال النموذجي إلى عدد من الحالات التي تكون سبباً في رفض الحكم التحكيمي ومنها على سبيل الحصر عدم أهلية أحد طرفي التحكيم، وللمحكمة من ذاتها أن ترفض التنفيذ في حالات اخرى[2].ولايتّسم القرار التحكيمي في العراق بالقوة التنفيذية بشكل مستقلّ عن الحكم القضائي، مما يقلّ من أهمية اللجوء الى التحكيم[3].

وللباحث وجهة نظر تتفق مع الرأي الأول، المؤيد لتنفيذ الحكم التحكيمي بالعراق، ونستخلص ذلك من التغيرات التي حصلت بعد عام 2003 من حيث تشريع بعض القوانين التي سمحت للجوء للتحكيم الدولي كقانون الاستثمار العراقي المرقم (13) لسنة 2006 المعدل، وقانون تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لعام 2014، ومايعززّ ذلك - وكما أشرنا إلى ذلك مسبقا - إنضمام العراق إلى إتفاقية نيويورك رسمياً، إذ يُحتمّ على القضاء العراقي الإعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها، مع الإلتزام بالتحفظات التي وضعها الجانب العراقي.

وأخيرًا يتبادر للذهن السؤال التالي: ماهي الحلول البديلّة أو ماهو ضمّان تنفيذ الحكم التحكيمي، في حالّ تمّ رفض تنفيذهِ في بلدٍ ما؟

أثبت الواقع العملي أن الحلّ المتبعّ في تنفيذ الحكم التحكيمي بالرغم من رفضه في بلدٍ ما، هو بالرّهان على السمعة التجارية للمدعى عليه، ويقعّ ذلك في حالتين: الأولى في حالة تنفيذ (الطرف الخاسر أو المدعى عليه) للقرار التحكيمي طواعية، والثانية حالة منح الصلاحية للمراكز التسويقية الألكترونية أو لجهة تحكيمية معينة التأشير سِلبًا أمام البائع أو التاجر الذي يتهربّ أو يمتنع من تنفيذ القرار التحكيم طواعية، وبالتالي فأن هذه الاشارات تضّعف من سمعته التجارية، وبهذا تكون هذه الوسيلة أكثر ضمانًا وفعّالية، والحل البديلّ لتسوية منازعات العقود الدولية وخاصة منازعات تحديد الثمن، وبعيدًا عن القضاء الوطني[4].

---

(1) **د. محمود السيد عمرالتحيوي**، المصدر السابق، ص22.
(2) ينظر : المادتين (35) و(36) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم الدولي.
(3) **بهاء خليل أسماعيل أمين**، الرقابة القضائية على القرار التحكيمي(دراسة مقارنة)، المصدر نفسه، ص89.
(4) **إبراهيم أسماعيل إبراهيم**، فعالية قرار التحكيم الألكتروني(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص367.

الخـــاتمـــة

نخلص من خلال ماتقدم إلى أهم الإستنتاجات التي تم التوصل إليها، ونطرح في ضوؤها عدة مقترحات :

أولاً- الأستنتاجات:

1- إن مرحلة التفاوض هي مرحلة ممهدة لإبرام العقد في المستقبل، إذ لم يعدّها المشرع العراقي عقدًا، بينما هنالك توافق مابين المشرع المصري و الفرنسي والأمريكي حول أعتبار مرحلة التفاوض مرحلة عقدية. أما تحديد الثمن في العقود الدولية فهو يستند إلى مبدأ حسن النية، ويتمثل هذا المبدأ في التعاملات العقدية الدولية بمعيارين، فالأول تراعى فيه المعقولية في تقدير التعاملات، والثاني يتمثل بالحفاظ على السمعة التجارية أو مايعرف بـ (شرف المهنة).

2- إن للنقود أهمية في نشوء العلاقة التعاقدية، والأصل في العقود الداخلية يكون وفاء المدين بالنقد، ويمكن إستثناءً الوفاء بما يقابله من صك أو سندات لكن من بعد رضى الدائن. وهذا الحال يختلف مما هو عليه في العقود الدولية ، إذ يباح الوفاء بوسائل أخرى، سواء كان الثمن المتفق عليه ثابتاً وهو الثمن النهائي غير القابل للمراجعة، أم متغيرًا، أي قابلًا للتعديل من قبل الطرفين.

3- إعتماد تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على الثمن الجدي المقارب من الكلفة التخمينية للمشاريع، من أجل تحقيق التوازن المالي . كما لّايمكن التخيل أو التصور بإستحالة تنفيذ التزام المدين في عقود التجارة الدولية الموصوف بمبلغ من النقود.

4- إن لتغير سعر صرف العملة الوطنية أثراً سلبياً على الثمن المحدد في عقود التجارة الدولية، إذ تسبب بحصول مشكلة مركّبة تتمثل برفع قيمة السلّع والبضائع في السوق، كذلك مايتعلق بتسديد قيمة تلك البضائع قبل تخفيض قيمة العملة، وعند حصول النزاع في هذا الشان فأن الجهة المسؤولة عن تحديد قيمة الدولار الأمريكي ومايقابلها من الدينار العراقي تتمثل بـ (البنك المركزي العراقي)، أماعن الوقت الذي يستندّ أليه القضاء في تحديد قيمة العملة الأجنبية، فهو وقت تقديم الدعوى إلى القضاء.

5- في حال عدم تحديد الثمن إبتداءً أو عدم الإتفاق على معايير لتحديده لاحقًا فأن مصير العقد يؤول إلى البطلان وهذا الأمرمن المسلّمات في القانون المدني العراقي، على خلاف موقف كلُ من المشرع المصري، والفرنسي، والأمريكي ، إذ لايبطل العقد للأسباب أعلاه، ويحل محله إعتماد الثمن المعقول أو الثمن المفتوح (open price term).

6- أن المشرع العراقي لم يتطرق إلى وقت إعتماد السعر السائد، بينما حددّت إتفاقية فيينا 1980 ذلك الوقت وهو وقت إبرام العقد، بينما المشرع الأمريكي إعتمد وقت تسليم المبيع. كما أن هنالك توجهًا لدى المشرع الأمريكي بأن يكون الثمن مستحق الأداء من وقت التسليم المعنوي، أي في زمان ومكان تلقي المشتري للمستندات.

7- يتسع مفهوم المطابقة لدى المشرع الأمريكي بالمقارنة مع النظام اللّاتيني، إذ يشترط أن تكون البضائع المتفق عليها صالحة للأغراض التجارية، كذلك يكون البائع ضامناً للسلعة أو البضائع التي قام بوصفها أو عرض نموذج منها، بغض النظر عن التلفظ أو ذكر صيغة الضمان، وأن إبداء الرأي أو الثناء على سلعة معينة لّايعني من قبيل الضمان . كما تعدّ (شهادة المنشأ) معياراً لقياس مستوى المطابقة .

8- إن إتخاذ الإجراءات الوقتية أوالتحفظية طبقًا لقانون المرافعات لدولة القاضي، يرفع من الفعّالية التحكيمية بشكل لايتعارض مع مبدأ إتفاق التحكيم ولايؤثر على سير الإجراءات التحكيمية.

9- إن مبدأ الأقرار بعدم أحقية الدفع من قبل الطرف العام بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء للتحكيم وعدم جواز التذرع بالمركز السيادي لغرض التنصل من الاتفاق التحكيمي، خير ضامن لفعّالية التحكيم، فالتحكيم لّايشكل إعتداء أو مساس بسيادة الدولة راعية الإستثمار .ويستوجب لتفعيل الدور التحكيمي الدولي، أن تضّمن القوانين الوطنية التمكن من إتخاذ قرارات تحكيمية وذلك بالمساعدة في تشكيل هيئات أو مراكز تحكيمية متخصصة، ومنحها الصلّاحيات التي تحتاج إليها للقيام بمهامها ، ولّابد أن تكون الدولة المضيفة للإستثمار مستعدة للإعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها.

10- أجاز المشرع الفرنسي والأمريكي توسيع بندّ التحكيم، بمعنى إمتداد شرط إتفاق التحكيم بالنسبة إلى مجموعة من العقود. أو إلى أطراف أجنبية على إتفاق التحكيم. ويشترط لدخول فروع الشركة الأم كطرف بالتحكيم بالتبعية، أن تكون على علم بإتفاق التحكيم، وأن يكون لها دورٌ بارزٌ في تكوين عقد الشركة. علمًا أن قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل بالقانون رقم (17) لسنة 2019 أشار إلى الشركة القابضة،؛ لكنه لم يشر إلى مسألة لجوء تلك الشركة و الشركات التابعة لها إلى التحكيم .

11- إن قانون المرافعات الفرنسي، وبعد التعديل وفقاً للمرسوم الجديد رقم (48) لسنة 2011، لايشترط ترجمة الحكم التحكيمي على خلاف موقف المشرع العراقي والمصري.

12- إن القضاء الفرنسي والأمريكي سمح بتنفيذ الحكم التحكيمي الذي تم أبطاله مسبقاً من قبل قضاء دولة المقرّ أو الدولة التي تم أختيار قانونها لتطبيقه على النزاع التحكيمي، وهذا الأمر من وجهة نظرهم يزيد من فعّالية تنفيذ الحكم التحكيمي، إنسجامًا مع الإتجاه المؤيد لإزدواجية الرقابة القضائية على أحكام التحكيم الدولية وتفعيل مبدأ الحكم الطليق.

13- نجدّ أنه بالأمكان تنفيذ الحكم التحكيمي بالعراق، ونستخلص ذلك من التغيرات التي حصلت بعد عام 2003 من حيث تشريع بعض القوانين التي سمحت للجوء للتحكيم الدولي كقانون الإستثمار رقم (13) لسنة 2006، وقانون تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لعام 2014، أضف إلى ذلك مسألة إنضمام العراق الى إتفاقية نيويورك رسمياً وأنعكاساته على مستقبل التجارة الدولية، مما يحتمّ على القضاء العراقي تنفيذ الأحكام التحكيمية مع الإلتزام بالشروط أو التحفظات التي وضعها الجانب العراقي. وفي حال رفض تنفيذ الحكم التحكيمي، فبالأمكان أتباع عدة خطوات لضمان تنفيذه بالرّهان على السمعة التجارية للمدعى عليه، والمتمثلة بتنفيذ الطرف الخاسر للقرار التحكيمي طواعيةً، أو بمنح المراكز التسويقية الألكترونية لجهة تحكيمية معينة، صلّاحية التأشير سلبًا أمام البائع أو التاجر الذي يتهرب أو يمتنع من التنفيذ.

ثانيـــًا – المقتـرحـــــات:

1- نقترح على المشرع العراقي، أسوةً بإتفاقية فيينا لعام 1980، البناء على العقد الصحيح في مسألة تحديدّ الثمن، وعدّم الإستناد إلى عدم تحديد الثمن كسبب من أسباب البطلان، لذلك نقترح إلغاء الفقرة (2) من المادة (526) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه :" 2- ويلزم أن يكون الثمن معلومًا بأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة"، وأن يحل بدلها العبارة التالية:" أذا انعقد العقد على نحو صحيح دون أن يتضمن صراحةً أو ضمناً تحديداً لثمن المبيع، ويفترض أن الطرفين قد أحالا ضمناً إلى السعر المعتاد."

2- نظراً للتعارض مابين الفقرة (1) من المادة (526) والتي نصت على أنه:"1- الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة". ومابين الفقرة (1) من المادة (527) والتي نصت على أنه:" 1- في البيع المطلق يجب ان يكون الثمن مقدراً بالنقد ...." وعليه نقترح إلغاء الشطر الأول من الفقرة (1) من

المادة (527). مع دمج الفقرة (1) من المادة 526 بما تبقى من الفقرة (1) من المادة 527 لتصبح كالتالي:" 1- الثمن مايكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة، ويجوز بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد ".

3- بالنظر للتعارض مابين الفقرة (2) من المادة (526) والتي تنص على أنه :" 2- ويلزم ان يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة". ومابين المادة (528) والتي تنص على أنه :" اذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين نويا إعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما". لذلك نقترح إلغاء الفقرة (2) من المادة 526 والإبقاء على المادة (528)، ليتطابق مع توجه القانون الأمريكي بإعتماد الثمن المفتوح.

4- بالنظر لعدم تطرق المشرع العراقي إلى وقت إعتماد السعر السائد أسوة بالمشرع الأمريكي أو إتفاقية فيينا لعام 1980، لذلك نقترح بتعديل المادة 528 لتصبح كالتالي:" إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلّا يترتب على ذلك بطلّان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين نويا إعتماد السعر المتداول في التجارة او السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما، من وقت إبرام العقد".

5- نقترح على المشرع العراقي توحيد معايير أو أسس تحديد الثمن وفق مادة واحدة، كونها وجدّت في مواد مبعثرة، مع إضافة معايير دولية أخرى كمعيار المعقولية، ومعيار تقييمّ الثمن من طرف ثالث، وغيره من المعايير التي تلائم طبيعة التعاملات التجارية الدولية. كما نقترح تنظيم مسائل أخرى مثل مبدأ الثمن الثابت، والثمن المتغير، وتناول مسألة المطابقة بصورة دقيقة أسوة بإتفاقية فيينا لعام 1980.

6- نقترح تعديل المادة (571) من القانون المدني العراقي، بإضافة مايدل على وقت الوفاء بالثمن لتصبح كالتالي:" يلتزم المشتري بالوفاء بالثمن المحدد بالعقد من وقت تسليم البضائع من قبل البائع أو وقت إستلام المستندات التي تمثل تلك البضائع، وتصبح تحت تصرف المشتري".

7- نقترح المصادقة على مسودة مشروع التحكيم التجاري العراقي، خصوصاً بعد إنضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 وأنعكاسها على واقع التجارة الدولية.

8- نقترح على المشرع العراقي رفع اللبسّ، والغموض من المادة (2/8) من قانون تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014، وتوضيح القصّد من المشاريع المهّمة، وترك مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق إلى إرادة الطرفين.

9- نقترح على المشرع العراقي الإشارة إلى إتفاق التحكيم، وتوسيع بندً التحكيم في قانون الشركات ولاسيما الشركات القابضة، من خلّال إجراء تعديل على قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل بالقانون رقم (17) لسنة 2019، وتحديدًا في المادة (1) المضافة إلى المادة (7)، بإضافة الفقرة (6) إلى المادة أعلاه، لتصبح كالتالي:(سادسًا. إن إتفاق التحكيم الذي أبرمته الشركة القابضة يسري بالتبعية على فروعها). مع ضرورة إنشاء مراكز تخصصية لتسوية المنازعات ولاسيما الألكترونية منها كونها تمثل موضوعًا عصريًا ويضمن الطمأنينة للمستثمرين، خاصةً أن قانون تنفيذ العقود الحكومية لّايتطرق لحل مسائل التنازع الناشئة عن العقود الدولية الألكترونية.

المصادر

القرآن الكريم

أولًا - الكتب القانونية :

1- القاضي. إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع بإتفاق التحكيم في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية (دار شتات للنشر والبرمجيات)، مصر، 2009.
2- المستشار. إبراهيم سيد أحمد، راندا محمد جادو، الإلتزامات والعقود التجارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2010.
3- د. احمد السيد الصاوي، الوجيز في التحكيم طبقًا لقانون (27) لسنة 1994، الطبعة الرابعة، بلادار نشر، مصر، 2013.
4- د.أحمد السيد لبيب إبراهيم، الدفع بالنقود الألكترونية الماهية والتنظيم القانوني (دراسة تحليلية ومقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2009.
5- د.أحمد رشاد محمود سلام، البنيان الفني لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة،2010.
6- د.أحمد عبدالكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات(المفاوضات – الوساطة – التوفيق- الصلح) بديلًا عن المعترك القضائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة،2013.
7- د.أحمد محمد الصاوي، تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للبناء والتشييد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
8- د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، الطبعة الثانية، العاتك، القاهرة، 2009.
9- د. أسامة أبوالحسن مجاهد، مشكلة عدم تحديد الثمن في بعض العقود طويلة المدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
10- د. أكرم محمد حسين، الاخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
11- السيد خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، الطبعة الثالثة، المركز القومي للأصدارات القانونية، القاهرة، 2005.
12- د. أمية علوان، وآخرون ، مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
13- المستشار. أنور طلبة، نفاذ وانحلال البيع، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2007.
14- د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
15- د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.
16- د.حازم بيومي المصري، ألآليات الحديثة في التجارة الدولية (عقود الأونيسترال)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
17- دبيان محمد الدبيان، المعاملات المالية آصالة ومعاصرة، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1434 هـ.
18- د.راقية عبدالجبارعلي، عقد البيع دراسة في القانون المدني البحريني(دراسة مقارنة)، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2017.
19- زينب وحيد دحام، الوسائل البديلة لحل النزاعات، الطبعة الأولى، مطبعة الثقافة، أربيل،العراق، 2012.

20- سارة ماكسويل، خطأ في السعر(أسس التسعير العادل والتكلفة الحقيقية للتسعير الجائر)، مؤسسة هنداوي، المملكة المتحدة، 2017.
21- د. سعيد مبارك، وآخرون، الموجز في العقود المسماة، شركة العاتك، بيروت، لبنان، 2018.
22- سمير نصار، عقد البيع (الأحكام العامة)، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق، 2006.
23- القانون المدني الفرنسي بالعربية، ترجمة : شبيب مقلّد، وآخرون، الطبعة العربية، جامعة القديس يوسف، بيروت، 2012.
24- د. سيد لطفي عبدالله، مفهوم العلاقة بين التحكيم التجاري الدولي والعقد التجاري الدولي (دراسة تحليلية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021.
25- د. صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، 2004.
26- د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010.
27- عبدالخالق صالح عبدالله معزب، الإطار القانوني للمعاملات الألكترونية في التجارة الدولية، الطبعة الأولى، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستتراتيجية والسياسية والإقتصادية، برلين ، ألمانيا، 2019.
28- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الإلتزام بوجه عام)، دار احياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة.

- الوجيز في شرح القانون المدني (نظرية الإلتزام)، الجزء(1)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2000.

29- د. عبد المجيد الحكيم، وآخرون، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015.

- القانون المدني العراقي وأحكام الإلتزام، الجزء الثاني، دار السنهوري، بيروت، 2015.

30- د. عبدالمنعم زمزم، الإجراءات التحفظية والوقتية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
31- د. عبدالمنعم البدراوي، الوجيز في عقد البيع، النسر الذهبي، القاهرة، 1998.
32- د.عبدالنواب مبارك ، وقف ميعاد التحكيم (دراسة تأصيلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021.
33- علاء آباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2008.

34- علي فريش المطراوي، تكوين العقد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019.

- المحل في عقد البيع (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.

35- د.علي مجيد العكيلي، لمى علي الظاهري، الحماية الدستورية لفكرة النظام العام، الطبعة الأولى، المركز العربي، القاهرة، مصر، 2018.
36- د.علي هادي العبيدي، العقود المسماة(البيع والآيجار)، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

37- د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، الجزء(1)، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.
38- فؤاد محمد محمد أبوطالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
39- د. لطيف جبر كوماني، علي كاظم الرفيعي، عقد البيع الدولي للبضائع، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012.
40- د. ليزة عبدالعزيز فهمي، نظام محكم الطوارئ بين النظرية والتطبيق(دراسة مقارنة)، الطبعة الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021.
41- د. محمد أحمد عطا عمارة، النقود وآثارها في تقييم الحقوق والواجبات (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2009.
42- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (العقود المسماة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
- قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية(المعدل لعام 2016)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
43- د.محمد عبدالظاهر حسين، تحديد الأثمان في العقود الأولية (دراسة في بعض الأنظمة القانونية)، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1998.
44- د. محمد عبدالفتاح ترك، عقود البيوع البحرية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
45- د. محمد علي حسن عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم (دراسة مقارنة)، الطبعة الرابعة، مطبعة الجندي، مصر، 2021.
46- المهندس الأستشاري، محمد ماجد خلوصي، قضايا تحكيمية، بلا طبعة، دار الكتب القانونية ، مصر، 2006.
47- د. محمد محمد الخطيب، إلتزامات المشتري في البيع الدولي (دراسة مقارنة)، دار العلم للملايين، بيروت، بلاسنة .
48- د. محمد محيي الدين ابراهيم سليم، تحديد الثمن في عقد البيع، بلا دار للنشر، مصر، 1998.
49- محمد مهدي عبدالوهاب حجيري، بطلان حكم التحكيم(دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2013.
50- د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة (شرح عقد البيع في القانون المدني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
51- د. محمود السيد عمرالتحيوي، تنفيذ حكم المحكمين،ملتقى الفكر، الإسكندرية، مصر، 2007.
52- مصطفى أحمد الزرقا، عقد البيع(العقود المسماة في الفقه الأسلامي)، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 2012.
53- د. مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية (دراسة مقارنة)، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2008.
54- د. ممدوح عبدالعزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
55- د. منير عبدالمجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، الجزء الثاني، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002.

56- مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة، 2016.
57- د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة(البيع) الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، 1997.
58- المهندس. نبيل محمد عباس، محمد ماجد عباس خلوصي، المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
59- د. نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006.
60- د. نزيه كباره، العقود المسماة، الطبعة الأولى، المؤوسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2010.
61- د. هبة هزاع، توازن عقود الإستثمار الأجنبية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.
62- د. وفاء مصطفى محمد عثمان، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 .

ثانيًا - الرسائل والأطاريح:

أ- الرسائل:

1- أحسيني خيرة، مدياني عبدالرحمن، الرقابة على مراجعة الآسعار ودورها في ضبط صرف النفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة احمد دراية، كلية العلوم الاقتصادية, الجزائر, 2020.
2- أحمد نعمة خضير الجبوري، دور المبادئ العامة في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2020.
3- أرزقي رمضان، إتفاق التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، الجزائر، 2018.
4- بهاء خليل أسماعيل أمين، الرقابة القضائية على القرار التحكيمي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2012.
5- بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، 2012- 2013.
6- تواتي أحمد نورالهدى، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق، الجزائر، 2012-2013.
7- حداد عبدالسلام، حطاب منال، التفاوض الألكتروني في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة 8 ماي كلية الحقوق، الجزائر، 2017-2018.
8- حفصة بشير محمود، المخالفة الجوهرية في اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1980(دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، بغداد، 2018 .
9- حيدر حمزة كريم، مبدأ التوازن في العقد التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2018.
10- حيدر مدلول بدر عبدالله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة المستنصرية، كلية القانون، 2016.
11- خالد سليمان أسود العنزي، عقد التوريد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون، 2012.
12- دحماني فريدة، القوة الألزامية للحكم التحكيمي، رسالة ماجستير، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2018.

13- رضوان العورات، تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفق اتفاقية افيينا لعام 1980، رسالة ماجستير، جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2010- 2011.
14- زهراء عصام صالح كبة، تنفيذ القرار التحكيمي في المسائل التجارية،(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2013.
15- سارة أميمة بوقرنوس، بطلان حكم التحكيم، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي- ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، 2016 -2017.
16- سارية النورعثمان حسن، الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارية، رسالة ماجستير، جامعة النيلين، كلية الدراسات العليا قسم القانون، الخرطوم، السودان ، 2018.
17- سعودي سيد علي، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، جامعة أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، الجزائر، 2017 – 2018 .
18- سلام توفيق حسين منصور، بطلان حكم التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر بغزة، كلية الحقوق -قسم القانون الخاص -، فلسطين، 2010.
19- سناء سعيد محمد طه، الوفاء بمقابل(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2011.
20- صباح فياض طلاس، التسوية القضائية للنزاعات الدولية القانونية (دراسة تحليلية)، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون،2012.
21- عامر علي صاحب، تنازع الأختصاص القانوني في عقود الأستثمار الأجنبي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون،2011.
22- عصام هاني بردي، العيوب الخفية في المبيع (دراسة مقارنة مابين القانون اللبناني واتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980)، رسالة الدبلوم العالي، جامعة لبنان، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، لبنان، 2017.
23- علي صباح خضير الجنابي، النظام القانوني لأحكام التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 2013.
24- عمار شاوي، أميرة بن قراط، عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة ماجستير، جامعة 8 ماي 1945، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2015-2016.
25- عمار غالب مصطفى تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، كلية الحقوق والإدارة العامة، فلسطين، 2013.
26- عمر محي الدين المصري، سلطة القضاء في ابطال حكم التحكيم موضوعياً، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، عمان، الأردن، 2020.
27- قسنطيني صورية، سلطة القضاء في الرقابة على قرارات المحكمين، رسالة ماجستير، جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، 2015 -2016.
28- لغواطي مصطفى أمين، بليماني يونس، الأطار القانوني للمرحلة السابقة للمفاوضات، رسالة ماجستير، جامعة بلحاج بوشعيب، قسم الحقوق، الجزائر، 2016-2017.
29- ماموني يمينة، بوفادن ليليا، النظام القانوني لبطاقة الدفع الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة أمحمد بوفرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، الجزائر، 2019-2020.
30- ماهر حسن حمد محمد، تأثير تغير سعر الصرف على الصادرات والواردات في مصر، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر غزة، كلية الأقتصاد والعلوم الإدارية، غزة- فلسطين، 2018.
31- محمد بواط ، التحكيم في حل النزاعات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة حسيبة بن بوعلي، كلية العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، 2007- 2008.
32- محمد عامر شنجار، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الأستثمار، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية الحقوق، 2015.

33- مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، الأردن، 2014.
34- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع التنظيم الاقتصادي، الجزائر، 2013 – 2014 .
35- موكة عبد الكريم، الثمن في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، الجزائر، بلاسنة .
36- هدى سعدون لفتة، التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 2009.
37- هيوا علي حسين، التحكيم التجاري في إطار منظمة التجارة العالمية، رسالة ماجستير، جامعة صلاح الدين، كلية القانون، 2007.
38- وسام أبو امين، دور عوامل أستتراتيجية التسعير في الحصة السوقية، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الأقتصاد، سوريا، 2014.
39- ياسمين خيري يوسف، أثر النظام العام على اتفاق التحكيم، في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأدنى، كلية الدراسات العليا في العلوم الإجتماعية برنامج القانون، نيقوسيا، 2019.

ب- <u>الأطاريح :</u>

1- أسامة محمود حميدة، الالتزامات المتقابلة لأطراف البيع الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الخرطوم، كلية القانون، السودان، 2004.
2- بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجيلالي يابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2015- 2016.
3- بوطالب هاجر، مطابقة البضائع في عقد البيع الدولي وفقاً للقانون الفرنسي والجزائري وفي إتفاقية فيينا 1980، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2019.
4- بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، 2007- 2008.
5- بن ساعد الهام، عقود نقل المعرفة الفنية وعلاقتها بالتنمية، اطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2011-2012.
6- حازم أكرم صلال الربيعي، آثر الارادة الباطنة في العقد (دراسة مقارنة القانون الانجليزي والعراقي)، آطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2017.
7- رقاب عبد القادر، الآليات البديلة لتسوية منازعات الأستثمار الأجنبي، إطروحة دكتوراه، جامعة زيان عاشور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، الجزائر، 2019-2020.
8- ريم عبدالباقي حمزة، القوة الملزمة للعقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة النيلين، كلية الدراسات العليا – كلية القانون، الخرطوم، السودان، 2017.
9- زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، الجزائر، 2013-2014.
10- سي فضيل الحاج، آليات فض منازعات عقود الأستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة دكتوراه، جامعة عبدالحميد بن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر،2018-2019.
11- عباس سلمان محمد علي، أحكام الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2021.

12- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، 2014-2015.
13- عمار فلاح، دور التحكيم في فض المنازعات التجارية الدولية(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، الجزائر، 2014- 2015.
14- عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الأستثمارالأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2012.
15- فرعون محمد، الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية، أطروحة دكتوراه، جامعة جيلالي يابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2017 – 2018.
16- موكة عبد الكريم، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، الجزائر، 2016.

ثالثًا – البحوث والمقالات:

1- ابراهيم اسماعيل إبراهيم، فعالية قرار التحكيم الالكتروني(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (21)، العدد (2)، السنة 2013.
2- د. أبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي، ماهر محسن عبود الخيكاني، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الأستثمار(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (3)، العدد (2)، السنة 2011.
3- إبراهيم الصرايرة، الوفاء بمقابل واثره في براءة ذمة المدين وفقا للقانون الأردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد (41)، ملحق (1)، السنة 2014.
4- د. احمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقدي (إطاره القانوني وأثره في الألتزام)، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، العدد (4)، الجزء (1)، لعام 2019.
5- أ.د. أحمد خلف حسين الدخيل، هشام فاضل مجيد، التعريف بالوسائل البديلة لحل المنازعات الضريبية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد (2)، العدد (2)، الجزء(1)، السنة (2)، 2017.
6- د. أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، بحث منشور في أبحاث المؤتمر السنوي الرابع ، العدد (2)، الجزء (2)، السنة 2017.
7- أ.م.د. أمير حسن جاسم، ميسر حسن جاسم، دور التحكيم الألكتروني في فض منازعات أسواق المال (دراسة مقارنة)، بحث منشورفي مجلة جامعة تكريت، السنة (3)، المجلد (3)، العدد (4)، الجزء(1)، السنة 2019.
8- أمير طالب هادي، فاعلية مبدأ حسن النية في اتفاقية فيينا عام 1980(دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الأنسانية، المجلد(26)، العدد(7)، السنة 2018.
9- ايناس هاشم رشيد، وعود كاتب الأنباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة السابعة، العدد (1)، 2015.
10- د. باسم علوان العقابي، وأخرون، النقود الالكترونية ودورها في الوفاء بالإلتزامات التعاقدية ، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت الألكتروني، العدد (6)، 2008.
11- براهيمي نوال، الإجراءات الإستثنائية للتحكيم التجاري الدولي في ظل جائحة كورونا وفق نظام غرفة التجارة الدولية، بحث منشور في حوليات جامعة الجزائر، المجلد (34)، العدد (خاص)، القانون وجائحة covid 19.
12- د. جعفر محمد جواد الفضلي، عقد الاطار(دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، السنة الحادية عشر، المجلد (8)، العدد (28)، لسنة 2006.

13- جغروري ليلي، لمعيني محمد، القانون الواجب التطبيق على المنازعة التحكيمية في العقود الإدارية الدولية، بحث منشور في مجلة الفكر، المجلد (16)، العدد (1)، السنة 2021.
14- د. جودت هندي، التزام البائع بتسليم المبيع وفي أحكام اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (28)، العدد (2)، 2012.
15- م.د. حاتم خليفة بريسم العجيلي، مقترح تطوير قانون التحكيم العراقي من خلال دراسة مقارنة لبعض القوانين العربية، بحث منشور في مجلة الهندسة والتنمية، المجلد (16)، العدد (2)، السنة 2012.
16- أ.م.د. حاتم غائب سعيد، انهيار التوازن العقدي بجائحة كورونا(عقد التوريد أنموذجًا)، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، المجلد (9) العدد (الخاص) العام 2020.
17- **أ.م.د. حسن علي كاظم**، الوسائل البديلة لحل النزاع وأثرها على التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد (الخاص)، المؤتمر العاشر، 2013.
18- أ.د. حسن علي كاظم، أزهار حميد مهدي، وضع الأحكام القضائية الأجنبية موضع التنفيذ في العراق، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، المجلد (1)، العدد (1) ، لعام 2009.
19- أ.م.د. حسن علي كاظم، ختام عبدالحسن شنان، الوساطة الألكترونية وسيلة لتسوية المنازعات، بحث منشور في مجلة الكلية الأسلامية الجامعة، العدد (50)، الجزء (1)، 2018.
20- د.حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي، الوفاء الألكتروني كوسيلة لتنفيذ الألتزام، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (14)، العدد (2)، لسنة 2012.
21- د.حمدي بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنلوجيا، بحث منشورفي مجلة الجامعة الإسلامية المجلد (16)، العدد (1)، 2008.
22- د.حيدر فليح حسن، البيع على أساس الثمن المفتوح(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، العدد (2)، لسنة 2018.
23- حيدر مهدي نزال، التحكيم الالكتروني والقانون العراقي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (17)، العدد (2)، السنة 2015.
24- خليفة خالد، بودالي محمد، أثر الظروف الطارئة على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات الحكومية، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد (7)، العدد (2)، السنة 2020.
25- رشا موسى محمد، دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الأستثمار الأجنبي، بحث منشور على موقع جامعة أهل البيت العدد (11)، 2010.
26- م.د. ريّان هاشم حمدون، اتفاق التحكيم الالكتروني، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (8)، العدد (30)، السنة 2019.
27- زقاي حفيظة، أهمية الإعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية، بحث منشور في مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد (7)، لسنة 2018.
28- زياد العرسان، تحديد الثمن وطبيعته القانونية في العقود الادارية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة البعث، المجلد (38)، العدد (58)، لسنة 2016.
29- زينب سالم ، الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، العدد(2)، السنة 2018.
30- زينب عدنان توفيق، التحفظات التي يبديها المشتري على البضاعة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (2)، العدد(4)، 2020.
31- د. سامية كسال، إعمال النظام العام في الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد (10)، العدد (2)، لسنة 2019.

32- م.د. سليم عبدالله الجبوري، التحكيم التجاري الألكتروني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (23) ، العدد(2)، 2021.
33- د. سمير حامد عبدالعزيز الجمال، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون، العدد (52)، 2012.
34- سميرة عبدالله مصطفى، وقف تنفيذ الألتزام كجزاء على الإخلال المبتسر للعقد (بحث مقارن)، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد (13)، العدد (2)، 2011.
35- **صالح العصفور**، أساليب التفاوض التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة موسوعة الأقتصاد والتمويل الأسلامي، العدد (53)، السنة 2010.

36- صفاء تقي عبد نور العيساوي، التحكيم متعدد الاطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة بابل المجلد (15)، العدد (1)، 2018.

- الإخلال المبتسر بالعقد وأثره (دراسة في عقود التجارة الدولية)، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (14)، العدد (2)، 2007.

37- أ.م.د. ظافر حبيب جبارة، نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في النظام القانوني الأنكلوامريكي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد (30)، العدد (1)، 2015.
38- أ.م.د. عادل شمران حميد، هديل خضير، دور المعقولية في العقود (دراسة مقارنة)، بحث منشور في موقع جامعة أهل البيت، العدد (23)، 2019.
39- أ.م.د.عباس علي محمد، حسن حنتوش رشيد، التعويض القانوني نظرية الفوائد، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد (6)، العدد (1)، 2008.
40- د. عبدالعالي صالح العكيدي، أحكام حق حبس الثمن للنظام، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبيلة، المجلد (4)، العدد (1)، السنة 2008.
41- د. عطيه سليمان خليفة، عباس موسى الياس، عقد الإطار والقانون الواجب التطبيق عليه ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (1)، العدد (16)، 2013.
42- د. عطية سليمان خليفة، القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي، بحث منشور في مجلة الأنبارللعلوم القانونية والسياسية، المجلد (10)، العدد (1)، 2020.
43- أ.م.د. علي شاكر البدري، غسق خليل ابراهيم الياسري، الخطأ في عقد المعلوماتية الآطاري، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة العاشرة، العدد (2)، 2018,
44- د. علي شمران حميد، نقل المعرفة الفنية في اطار عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت المتاح، العدد (23) ، 2019.
45- أ.م.د. علي شهاب احمد، مدى أعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة وأثرها على ألتزامات الناقل للشيء في عقد النقل ضمن قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983 النافذ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (9)، العدد (خاص)، العام 2020.
46- د. علي عبدالحميد تركي، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي(دراسة تحليلية في ضوء المرسوم 48 لسنة 2011)، بحث منشور في مجلة القانون والأقتصاد، العدد التسعون، 2017.
47- د. علي مطشر عبدالصاحب، المطالبات في عقود الانشاءات(الفيديك)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد (32)، العدد (3)، 2017.
48- د. عمار طارق عبدالعزيز، دور التحكيم في منازعات العقود الأدارية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (14)، العدد (2)، السنة 2012.

49- م. د. عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الأقتصادي المختل في العقد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة ، المجلد (1)، العدد (38)، 2015.
50- فيصل عدنان عبد شياع، الإخطار بعيب عدم المطابقة كواجب على المشتري في ظل إتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا) لسنة 1980، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، العدد (1)، 2018.
51- كفاح حمودي حسون، الآثار القانونية لقرار التحكيم التجاري، بحث منشور في المجلة الأكاديمية العلمية العراقية، المجلد (44) ، العدد (2)، السنة 2019.
52- د. لشهب حورية، زينب سالم، الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد (2)، 2018.
53- د. ماهر مصطفى محمود، الرقابة القضائية على حكم التحكيم، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية ،جامعة الأزهر، الأسكندرية، بنات دمنهور، المجلد (9)، العدد (2)، 2017.
54- د. محمد حنون جعفر، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة واثرها في العقود الملزمة للجانبين، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، المجلد (2) العدد(4) ،2013.
55- د. محمد علي محمد بني مقداد، كيفية اختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (4)، المجلد (4)، العدد (2)، الجزء (2)، 2019.
56- مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ أستقلال اتفاق التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (12) ، العدد (43) ، 2010 .

- العراق وتنفيذ احكام التحكيم التجاري الاجنبية، بحث منشورفي مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (2)، المجلد (2)، العدد (4) الجزء (1)، 2018.

57- د. موكه عبد الكريم، المقاربة القانونية لعنصر الثمن في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الدراسات، المجلد(2)، العدد (1)، السنة 2018.
58- د. نبيل عبد شعيبث المياحي، الوثائق القياسية في العقود، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (4)، المجلد (4)، العدد (2)، الجزء(2)، 2019.
59- أ.م.د. نظام جبار طالب، سنان عبدالحمزة البديري، تنفيذ قرارات التحكيم الدولي، بحث منشور في مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد (8)، 2016.
60- هيوا علي حسين، التحكيم قضاءً أصيلًا للمنازعات التجارية، بحث منشور في مجلة جامعة كركوك المجلد (5)، العدد (16)، 2016.
61- وديان خالد عودة، الوسائل الدولية لتسوية المنازعات في ضوء الاتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الموال العربية لسنة 1980، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (20)، العدد (2)، السنة 2018
62- أ.م.د. وسام صبار العاني، القيود الواردة على اجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة العامة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد، كلية القانون، العدد الخاص (3)، الجزء (1)، 2017.
63- أ.م.د . وسن قاسم الخفاجي، سامي حسين ناصر المعموري، فاعلية قرار التحكيم(دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (9)، العدد(3)، السنة 2017.
64- وسيم جبار ابراهيم الشمري، تعديل الأجر في عقد المقاولة دراسة في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد (12)، العدد (4)، 2014.
65- وفاء محمود أحمد، مبدأ نهائية الثمن في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (8)، العدد (30)، السنة 2019.

66- أ. م.د. يونس صلاح الدين علي، العوامل المؤثرة على معيار المعقولية لتحديد الإهمال في القانون الانكليزي (دراسة تحليلية مقارنة بالقانون العراقي)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، العدد الأول، 2019.

رابعًا - القرارات القضائية والتحكيمية:

أولاً. القرارات القضائية :

أ- القرارات القضائية العراقية:

1- القرار المرقم (14/ الهيئة العامة/ 2020/ ت14) مجلس القضاء الأعلى، محكمة التمييز الإتحادية العراقية ، الصادر بتأريخ 2020/8/25.
2- القرار المرقم (590- مبلغ الدعوى- 2008)، محكمة التمييز الإتحادية العراقية ، الصادر بتأريخ 2008/8/14.
3- القرارالمرقم (515/ عقد /2010) ، محكمة التمييز الإتحادية العراقية ، الصادر بتأريخ 2010/6/20.
4- القرار المرقم (165/الهيئة الموسعة المدنية /2021)، محكمة التمييز الإتحادية العراقية ، الصادر بتأريخ 2021/4/11.
5- القرار المرقم (162)، محكمة التمييز الإتحادية العراقية ، القسم المدني. الصادر بتأريخ 2012/9/30،
6- القرار المرقم (العدد 273/ هيئة موسعة)، محكمة التمييز الإتحادية العراقية ، تأريخ الإصدار عام 2007.
7- القرار المرقم (العدد185/ هيئة موسعة مدنية /2007)، محكمة التمييز الإتحادية العراقية ، الصادر بتأريخ 2008/2/20.
8- القرار المرقم (775)، النشرة القضائية العدد الأول، محكمة التمييز الإتحادية العراقية، الصادر بتأريخ 5/ 3/ 1974.
9- القرار المرقم (286 الهيأة الموسعة المدنية / 2017)، محكمة التمييز الإتحادية العراقية، الصادر بتأريخ 17/ 10 / 2017.
10- القرار المرقم (165/الهيئة الموسعة المدنية /2021)، محكمة التمييز الإتحادية العراقية، الصادر بتأريخ 2021/4/11.
11- القرار المرقم (92/ م2/ 2001)، محكمة التمييز الإتحادية العراقية، الصادر بتأريخ 9/6/ 2001.
12- القرار المرقم (263) مدنية أولى/ 1974 ، العدد الأول ، محكمة التمييز العراقية، الصادر بتأريخ 1975/2/5 الأحكام العدلية.

ب- القرارات القضائية العربية:

1- الطعن المرقم (١٣٦٧٠) لسنة ٨٠ قضائية، (محكمة النقض المصرية)، الدوائر المدنية، تأريخ الجلسة 2012/3/27.
2- الدعاوى المرقمة (39 لسنة 119 ق و 54 لسنة 119 ق و56 لسنة 119 ق)، محكمة إستئناف القاهرة، جلسة 2003/2/26.

3- الدعوى المرقمة (47 دائرة / مدني) في الأستئناف رقم (38) لسنة 1996، محكمة الإستئناف القاهرة، جلسة 1996/5/29.
4- الطعن المرقم (126)، (محكمة التمييز القطرية)، تأريخ الأصدار في 2019/4/16.
5- الطعن المرقم (526 س55ق)، محكمة النقض المصرية، الصادر في 1991/5/9.
6- القضية رقم (13) قضائية دستورية، المحكمة الدستورية العليا المصرية، الصادر بتأريخ ١٩٩٤/١٢/١٧ .
7- الطعنان المرقمان (142 – 166) لسنة 37ق ، محكمة النقض المصرية، تأريخ الجلسة 1972/12/20.
8- الطعن المرقم (2519) لسنة 34ق، (حكم المحكمة الادارية العليا المصرية)، تأريخ الجلسة 1993/8/31.
9- الطعن المرقم (948) لسنة 53 ق، محكمة النقض المصرية، جلسة 1986/11/27.
10- الطعن المرقم (7201)، محكمة دار القضاء العالي المصرية، الصادر في 9 مارس 2017.
11- القضية رقم (14752) ، محكمة الإستئناف في تونس، الصادرة بتأريخ 2011/3/8.
12- القرار المرقم (39)، (محكمة الإستئناف المدنية في ريف دمشق)، الصادر بتأريخ 2018/12/17.
13- القرار المرقم (226)، محكمة التمييز الأردنية، الصادر بتأريخ 2019/3/4.
14- القرار المرقم (39 لسنة 130 قضائية)، محكمة إستئناف القاهرة، الصادر بتأريخ 2020/6/3.
15- القضية المرقمة (55) لسنة 23 قضائية دستورية، المحكمة الدستورية العليا المصرية، جلسة 13 يناير سنة 2002.
16- القضية المرقمة (71) لسنة 1995، محكمة النقض المصرية، الجلسة بتأريخ 19/ 9/ 1996.
17- القرار المرقم (39 لعام 2018)، (محكمة الإستئناف المدنية في ريف دمشق)، الصادر بتأريخ 2018/12/17.
18- القرار المرقم (266 لعام 2019)، محكمة التمييز الأردنية، الصادر بتأريخ 2019/3/4.

ثانياً - القرارات التحكيمية :

1- القضية المرقمة (1184) كلاوت، المتعلقة بإتفاقية البيع الدولي فيينا 1980، هيئة حماية التجارة الخارجية في المكسيك، الصادربتاريخ 30 تشرين الثاني/ نوفمبر 1998 .
2- القضية المرقمة (٣٣٠) كلاوت، المحكمة التجارية في سانت غالين،سويسرا، ٥كانون الأول ١٩٩٥.
3- القضية التحكيمية المرقمة (14)، هيئة التحكيم المصرية، المرفوعة من احدى مجموعات الخدمات الاستشارية ضد إحدى شركات الأستثمار السياحي، 2001.
4- القضية المرقمة (106) كلاوت (المحكمة العليا النمسا) ، السوابق القضائية المتعلقة بإتفاقية الأمم المتحدة للبيع، الصادر بتأريخ 10 تشرين الثاني/ نوفمبر1994
5- القضية المرقمة (131) كلاوت، (ألمانيا)، السوابق القضائية المتعلقة بإتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي، الصادرة بتأريخ 8 شباط/ فبراير لسنة 1995.
6- القضية التحكيمية المرقمة (1835) كلاوت، (الولايات المتحدة الامريكية : محكمة مقاطعة كولومبيا المحلية في الولايات المتحدة)، الصادرة بتأريخ 22أذار/ 2018.
7- القضية المرقمة (53) كلاوت، هنغاريا، الصادرة بتأريخ ٢٥ أيلول/ سبتمبر ١٩٩٢.
8- القضية المرقمة (1080) كلاوت، (المحكمة العليا بولندا)، الصادرة في 11آيار/ مايو2007.
9- القضية المرقمة (1879) كلاوت،(المحكمة العليا بالجمهورية التشيكية)، الصادرة في 25 كانون الثاني / يناير 2005.

10- القضية التحكيمية المرقمة (465) كلاوت، (هيئة التحكيم التجاري الدولي لغرفة التجارة والصناعة للاتحاد الروسي)، الصادرة في ١٥ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٩٧.
11- القضية التحكيمية المرقمة (631) كلاوت،(محكمة كوينزلاند العليا، استراليا)، الصادرة في 17 تشرين الثاني / نوفمبر/2000.
12- القضية التحكيمية المرقمة (142) كلاوت،(هيئة التحكيم التجاري الدولي، غرفة التجارة والصناعة بالإتحاد الروسي)، الصادرة في 17 تشرين الأول / أوكتوبر 1995.
13- القضية التحكيمية المرقمة (49) كلاوت،(المحكمة العليا لمنطقة دولسدروف، ألمانيا) ، الصادرة في 2تموز 1992.
14- القضية التحكيمية المرقمة (104) كلاوت، (محكمة التحكيم الدولية التابعة للغرفة التجارية الدولية)، قرار نشر سنة 1993.
15- القضية التحكيمية المرقمة (1378) كلاوت، مجلس القضاء الأعلى، محكمة النقض العراقية، وزارة المالية العراقية ضد شركة Fincantieri Cantieri Navali Italiani، الصادرة في 30 ايلول لعام 2012.
16- القضية التحكيمية المرقمة (183) كلاوت (الولايات المتحدة الامريكية، محكمة مقاطعة كولومبيا المحلية في الولايات المتحدة)، الصادرة في 22أذار/ 2018.
17- القضية التحكيمية المرقمة (1788) كلاوت، (المحكمة العليا في إسبانيا / بلنسه، الشعبة المدنية والجنائية، الدائرة 1) ، الصادرة بتأريخ، 5 أيار / مايو لسنة 2015.
18- القضية المرقمة (640) كلاوت، (الأتحاد الروسي مجلس التحكيم الفيدرالي، دائرة موسكو، الصادر في 15 آب / أغسطس 2003.
19-

خامسًا - الدساتير:

1- دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1789(المعدل 1992).

سادسًا - القوانين :

أ- القوانين العراقية:

1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
2- القانون التجاري العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل.
3- قانون تنفيذ العقود الحكومية المرقم (2) لسنة 2014.
4- قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم 83 لسنة 1969.
5- الوثائق القياسية المصادق عليها بتأريخ 2016/7/1.
6- قانون حماية المستهلك رقم (1) لسنة 2010.
7- قانون الأستثمار العراقي رقم (13) لعام 2006 المعدل.
8- قانون التوقيع الألكتروني والمعاملات الألكترونية رقم (78) لسنة 2012.
9- قانون الأثبات رقم (107) لعام 1979.
10- قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم (42) لسنة 1924 الملغي.
11- قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية رقم 30 لسنة 1928.

ب- القوانين المدنية والإجرائية المقارنة:

2- قانون العقود الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم (131) الصادر في 10 شباط لسنة 2016.
3- قانون الإجراءات الفرنسي ذو المرسوم 354 لسنة 1980 المعدل.
4- قانون الإجراءات الفرنسي ذو المرسوم 500 لسنة 1981 المعدل.
5- قانون الإجراءات الفرنسي رقم 48 لسنة 2011.
6- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المحدث(Code de procédure civile (CPC) 2020) في 2020/1/1. المعمول به في 6 يناير\ كانون الثاني 2020.
7- قانون الاثبات الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 المعدل.
8- القانون التجاري الأمريكي الموحد Uniform Commercial Code لعام 1952 المعدل عام 2002.
9- القانون المدني المصري المرقم (131) لسنة 1948 المعدل.
10- قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1997 المعدل.

جـ- قوانين التحكيم :

1- قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل لعام 2006.
2- قانون التحكيم الفيدرالي الامريكي لعام 1925 المعدل، والمنشورة على الموقع الالكتروني المتاح http://site.eastlaws.com/GeneralSearch .
3- مشروع أو مسودة قانون التحكيم العراقي، يمكن الأطلاع على المواد القانونية المنشورة على موقع المركز العراقي للتحكيم الدولي المتاح http://www.icacn.org/rules .
4- إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري بتأريخ 14/ 4/ 1987.
5- قانون التحكيم الأردني المرقم (31) لسنة 2001.
6- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م والمعدل بالقانون رقم (9) لسنة 1997.

سابعًا - الإتفاقيات الدولية :

1- إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المنعقدة في 11 أبريل/ نيسان لعام 1980 ودخلت حيز التنفيذ عام 1988.
2- اتفاقية روما بشان القانون المطبق على الألتزامات العقدية لعام 2008.
3- مبادئ مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الصادر بتأريخ 19 أذار/ مارس 2015.
4- قانون الأونيسترال النموذجي لعام 1985.
5- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي: وافق عليها مجلس وزراء العدل العرب بموجب قراره رقم (1) المؤرخ 1983/4/6.
6- اتفاقية نيويورك المتعلقة بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، المصادق عليها بتاريخ 10 حزيران سنة 1958 .
7- إتفاقية واشنطن (المركز الدولي لفض منازعات الأستثمار ICSID)بتأريخ 18 /3/ 1968.
8- اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة 1983.
9- مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لعام 2004.

ثامنًا - الوقائع العراقية والتعاميم الحكومية :

1- جريدة الوقائع العراقية رقم (4625) الصادرة بتأريخ 2021/4/18.
2- جريدة الوقائع العراقية المرقمة (4633) الصادرة بتأريخ 2021/5/31.
3- الدليل الأرشادي للأستشارات التعاقدية الحكومية لعام 2018 وزارة التخطيط العراقية .

تاسعًا - المواقع الألكترونية:

عنوان الموقع	تأريخ الزيارة
1- https://ar.wikipedia.org.	Date of visit: 15\10\2021.
2-https://www.hjc.iq.	Date of visit: 22\3\2021.
3- https://www.ina.iq.	Date of visit: 15\5\2021.
4- https://www.independentarabia.com.	Date of visit: 15\5\2021.
5- https://ar.vijversenkoi.info.	Date of visit: 15\2\2021.
6- https://www.law.cornell.edu/ucc.	Date of visit: 15\12\2020.
7- www.aleqt.com.	Date of visit: 4\1\2021.
8- https://alqabas.com.	Date of visit: 18\1\2021.
9- https://mop.gov.iq.	Date of visit: 12\4\2021.
10- https://uncitral.un.org.	Date of visit: 6\2\2021.
11- http://www.icacn.org/rules.	Date of visit: 6\3\2021.
12- http://site.eastlaws.com.	Date of visit: 1\7\2021.
13- www.international-arbitration-attorney.com.	Date of visit: 19\9\2021.
14- www.almaany.com .	Date of visit: 18\9\2021.
15- http://www.aifica.com.	Date of visit: 11\7\2021.
16- http://www.poderjudicial.es/search.	Date of visit: 10\7\2021.
17- https://www.elwatannews.com.	Date of visit: 2\4\2021.
18- https://www.droitetentreprise.com.	Date of visit: 2\7\2021.
19- https://adala.justice.gov.ma	Date of visit: 25\3\2021.
20- ihabalqazzaz.blogspot.com.	Date of visit: 14\2\2021.

21- www.researchgate.net. Date of visit: 1\7\2021.

22- https://inter-droitetaffaires.com. Date of visit: 25\9\2021.

23- http://www.sajplus.com. Date of visit: 11\5\2021.

24- https://jols.uobaghdad.edu.iq. Date of visit: 14\1\2021.

25- https://www.slideshare.net. Date of visit: 26\5\2021.

26- https://cbi.iq. Date of visit: 11\9\2021.

27- www.uobabylon.edu.iq. Date of visit: 28\3\2021.

28- juhoud.weebly.com. Date of visit: 1\12\2020.

29- http://scholar.google.com. Date of visit: 5\12\2020.

30- www.arab-api.org. Date of visit: 25\1\2021.

31- https://maqam.najah.edu. Date of visit: 15\9\2021.

32- ar.vijversenkoi.info. Date of visit: 15\2\2021.

33- www.almeezan.qa. Date of visit: 20\12\2020.

34- cisgw3.law.pace.edu. . Date of visit: 18\1\2021.

35- repository.yu.edu.jo. Date of visit: 26\6\2021.

36- www.nasnews.com. Date of visit: 22\4\2021.

37- sccinstitute.com . Date of visit: 21\6\2021.

38- www.asjp.cerist.dz. Date of visit: 10\6\2021.

39- adala.justice.gov.ma. Date of visit: 25\3\2021.

40- www.constituteproject.or. Date of visit: 30\3\2021.

عاشرًا- المصادر الإنجليزية:

1- THE INVESTOPEDIA TEAM, Law of One Price, Research published on the available website , https://www.investopedia.com, Date of visit 3\7\2021.

2- Justia,US Law, Posted on the available website, Date of visit, 3\7\2021.

3- Corbisier Isabelle. La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Réflexions comparatives. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 40 N°4, Octobre-décembre 1988. P 774. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1988_num_40_4_1327

4- Bank Harmonised Edition, Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER, Multilateral Development, June 2010.

5 - Prosser, William L," open price in contracts for the sale of goods", Minnesota law, 1932, review 2523.

6- John Cartwright, Simon Whittaker, THE LAW OF CONTRACT, THE GENERAL REGIME OF OBLIGATIONS, AND PROOF OF OBLIGATIONS, Research published on the available website, http://www.textes.justice.gouv. , Date of visit 10\6\2021,

Abstract:

The price is the consideration agreed upon by the two parties to the sales contract, regardless of whether it is equal or not equal to the value of the commodity or thing sold, and the price is an essential element in all international and domestic sales contracts. The types of price specified in international contracts vary, some of them are fixed and some are variable, and according to the nature of the contract concluded, and the price specified in international contracts has many issues represented in the stages of its determination, as each stage has a role in determining the price of international contracts, whether it is the negotiation stage or the offer stage. The arbitrator can investigate the price by referring to the intention of the contracting parties or their tacit agreement by following criteria to determine it, whether they are national or international, and these criteria vary according to the type of international contract. The position of determining the price in Latin legal systems differs from its position in the Anglo-American legal systems, and the issue of determining the price is a red line that cannot be crossed in internal contracts, and otherwise the contract is absolutely null, while this issue is not one of the nullifications of the contract in the law of the United States of America for its adoption open price.

Despite the efforts made by the legal systems to find solutions in contractual disputes, especially with regard to price-fixing disputes that arise in those contracts, the litigants can resort to the judiciary and submit a request in this regard; However, these endeavors may not be

completely successful due to several reasons, including the complexity of the judicial procedures. The matter is different if the basis of those.

disputes is international contracts, as these traditional solutions are not able to keep pace with developments in the field of international transactions, or the increase in the volume of commercial exchanges, which calls for the need to search for effective means to settle their disputes in a manner consistent with the nature of those transactions, while achieving their goal. The basic means of stabilizing transactions and facilitating the matter of settling their disputes, and there are alternative means for settling price-setting disputes in international contracts, some of them are of a negotiating nature, represented by (mediation, conciliation, experience...etc), and others are of a mandatory nature, represented by arbitration, which occupies the center stage in relation to other methods. To resolve disputes because of its encouraging advantages, and about the position of the Iraqi legislator, we point out that the instructions for implementing government contracts No. (2) of 2014 authorized the parties to the dispute to resort to arbitration, as well as Investment Law No. (13) of 2006. The method of arbitration is a legal method followed by those who request it at the internal or international level, and the legal relationship arises when concluding an international contract with an external commercial relationship, and this method emerges when efforts to resolve their disputes fail, therefore they work with the contents of the terms of their contracts that they concluded, the

most important of which is the arbitration clause. It is well known that each sect has a constitution and the constitution of the arbitral bodies is

the arbitration agreement concluded between the two parties, which draws the path of the arbitrators and defines their powers.

Despite the challenges facing the arbitration process, there is a real desire to complete the arbitration tasks to the fullest, regardless of the obstacles that accompany it, and this insistence in itself is one of the ingredients that contribute to achieving the international effectiveness of arbitration. The arbitrators are keen on balancing several issues, the most important of which are: achieving legal balance between its task aimed at achieving the interests of the opponents, and between avoiding compromising the sanctity of legal systems under the title of public order, and preventing the cessation of commercial transactions. As the arbitrator uses his skill and professionalism, especially the legal ones extracted from the number of laws on which he deals, whether theoretical and enshrined in internal legal systems and the agreement or practical and emanating from arbitral precedents and other mechanisms, with reference to the most important international legal principles in force, and the facilities that provide The countries that are party to the international agreements that seek to find solutions, unify them and enable the arbitral award to be enforced, all of this contributes to ensuring effective arbitration to achieve the desired goal, which is the essence and purpose of the arbitral process, which is the recognition and implementation of the arbitral award. To complete his task, such as assigning an expert in financial accounts, for example, or

other mechanisms in accordance with the powers entrusted to it, and concerted all efforts to reach an effective arbitration.

Abstract:

It is hoped that after Parliament voted on the accession of the Republic of Iraq to the 1958 New York Convention, it will also vote on the new arbitration bill, especially since there is a tendency on the part of the Iraqi legislator to introduce laws that flirt with investors as a step to attract investment in Iraq, and welcome the idea of submitting the dispute to Arbitration, which is embodied in Investment Law No. (13) of 2006 and Government Contract Execution Law No. 2 of 2014. In order to activate this step and in order to increase the effectiveness of arbitration in Iraq, it is necessary to open arbitration centers similar to the neighboring Arab countries, such as the Arabian Gulf arbitration centers or the Egyptian arbitration center.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and
Scientific Research
Karbala University
Faculty of Law

The effectiveness of international arbitration in price-fixing disputes ((Comparative Study)).

To the Council of College of Law, University of Karbala

As a part of the requirements To get a Master's Degree
In Private Law.

A thesis Submitted by

Yaseen Abd Jabar

SUPERVISED BY

ASSIST. DR. GHASSAN OBAID AL MAMOURI

1443 A.H 2022 A - March