اثر التحكيم الاداري في فض منازعات الاستثمار

أ.م.د.رشا خليل عبد الشمري- م.م عمر موسى جعفر القريشي
رئيس قسم القانون/ كلية اليرموك الجامعة– مقرر قسم القانون/كلية اليرموك الجامعة

المقدمة

اصبح التحكيم يمثل وسيلة بالغة الاهمية لحل المنازعات خصوصا في مجال الاستثمار، لانها منازعات تتطلب حسما سريعا بعيدا عن القضاء العادي، ولا يخفى ان ظهور تيارات العولمة وسهولة الاتصال ونقل البضائع بين الدول وظهور التكتلات الاقتصادية وامتلاك بعض الدول للتكنلوجيا الحديثة وسعيها لتصديرها للدول المحتاجة اليها، برز اهمية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار ، لان هذه التعاملات غالبا ما تكون مرتبطة بمصلحة الدولة العليا، وهذه قائمة على السرعة والائتمان هذا من جانب ، ومن جانب اخر كثيرا ما تكون هذه العلاقات مشوبة بعنصر اجنبي، ومن ثم تسعى الشركات المستفيدة ان لا تخضع للقضاء العادي في الدولة وتخضع منازعاتها للتحكيم.

وان اهمية التحكيم تكمن في اعتباره وسيلة ملائمة للمنازعات التي يحتمل نشوءها في مثل هذه العلاقات القانونية التي تنشأ في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة المضيفة، لان من اهم ما يحتاجه المستثمرون هو ايجاد وسيلة مستقلة ومحايدة وفعالة يمكن اللجوء اليها للفصل في المنازعات والتي تنشأ بينهم وبين الدول المضيفة، وان هذا الاجراء سوف يشكل لهم حافزاً مهماً لاقدام المستثمرين على استثمار رؤوس اموالهم في دول اخرى،وبهذا اضحى وجود انظمة حمائية للاستثمارات امراً ضرورياً،اذ في حالة انتفائها ستكون الدولة أقل جاذبية للاستثمار، وهذا كله يعمل على جذب وتشجيع رؤوس الاموال .

وتبرز أهمية هذا الموضوع في الواقع العملي بأننا في العراق بحاجة ماسة للاستثمارات الأجنبية ، فهذا الأمر واقع يفرض نفسه بعد أن أنهكت اقتصادنا الحروب والعقوبات الاقتصادية ، إذ دُمّرت البنى التحتية وإعادة هذه البنى يحتاج إلى وقت ومال ليس من السهل توفره ما لم يكن هناك يد تساعد في هذا البناء عن طريق سياسة قانونية حمائية حذقة تشجع المستثمرين وتطمئنهم من جهة ، وتعمل على تحقيق النمو والازدهار الاقتصادي من جهة أُخرى للنهوض بهذا البلد من كبوته بعد سنين عُجاف مرت به.

لذلك اثرنا هذا البحث المتواضع(التحكيم الاداري كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار) في ثلاث مباحث، تطرقنا في المبحث الاول الى ماهية التحكيم الاداري في منازعات الاستثمار،وقسمناه الى مطلبين: تناولنا في المطلب الاول التعريف بالتحكيم الاداري ، والمطلب الثاني فكان لماهية منازعات الاستثمار، اما المبحث الثاني فقد انصب على التنظيم القانوني للتحكيم، وقسمناه الى مطلبين: الاول الخلاف الفقهي والقضائي للتحكيم، والمطلب الثاني لاجراءات التحكيم في القانون العراقي، وفي المبحث الثالث فكان لتنفيذ احكام التحكيم، وبحثناه في مطلبين: الاول تناولنا فيه الشروط الواجب توافرها في قرار التحكيم، والثاني لاجراءات تنفيذ القرار التحكيمي.

Conclusion

Investors are trying to get a neutral and effective means for the settlement of investment disputes that arise between them and the host countries that host their money, and represents the arbitration acceptable way for the settlement of investment disputes in that it is an effective way to resolve investment disputes because the ordinary courts are no longer dome procedural investors because of suspicion and distrust, and is also resorting to arbitration because of its investment contracts of the importance of being involved in the construction economy of the state, which increases the importance of this topic is

Iraq's endorsement of the Washington Agreement, which provided for the creation of an international Centre for settlement of investment disputes Act No. 64 of 2013, and which came into force in July of the same year. Aim of the research: The real problem is that foreign investors face when they came on investment the money in a particular country does not lie in familiarize them with their rights and obligations , or select a range of as much as a problem of finding an independent, impartial & effective way can be resorted to for the adjudication of disputes, which between them and their host countries arise in order to ensure right , this is not hidden from us the great role played by the administration in this field is being carried conclusion of these contracts So the question of the existence of effective & impartial means to resolve disputes issue has become necessary, in case of absence will be a state less attractive to the money, on the other hand, the importance of this issue also highlights the practical reality of Iraq as being the need of foreign investment after the exhausted economy, wars and economic sanctions because of erroneous policies, which are heading for her destruction of infrastructure, it is to restore all that we need a way of protectionist legal policy encourage investors and reassure them of the hand, and is working to achieve economic growth & prosperity on the other hand to promote this country from collapse after the lean years have passed by. After our review of each of the ideas mentioned in this research we have reached to these results: -

1. The presence of the means of impartial and effective settlement of Investment Disputes between host countries and foreign investors of the most important elements of attraction for foreign investments that depend on it states , and the most prominent and most important of these means is the jury system.

2. The investment process regulated by the rules of private law and the fact that investment is often linked to more than one country , through the movement of funds and expertise cross-border capital and this will work to enter the state,represented by the public as administrative investment contracts & provision of an administrative recipe.

3. The need to speed up & complete the legislation of a project of international commercial arbitration law of Iraq, which was adopted in most of its provisions on the Model Law on International Commercial Arbitration Law issued by the United Nations and the law of the Egyptian Arbitration, nor harm the citation of the Model Law, but caution must be exercised as some of the provisions of this law collide with an obstacle in the public system we have

4. there is a necessity to adopt a specific definition of arbitration that is clear and explicit until the smoke features front investor and be an important factor to attract the capital and guarantee them, and to include, in this definition, the text of a particular legal, and this mosque and managed to keep the definition of the concept also shows the scope and shows him and covered by the arbitration of disputes & what not included as an investor. Arbitration of investment disputes, guarantee procedural, and International Centre for Settlement of Investment Disputes.

المبحث الاول

مفهوم التحكيم الاداري ومنازعات الاستثمار

تعتبر ظاهرة انتشار التحكيم على هذا الشكل الواسع والمتزايد في العالم بأسره سواء على الصعيد الدولي ، او على الصعيد الاقليمي ظاهرة طبيعية ، ولا تشكل في الواقع توجهاً مختلفاً عن روح العصر وتغيراته الكبيرة والمتلاحقة بوتيرة عالية للغاية.

ولقد اصبح التحكيم في الاونة الاخيرة عاملاً هاماً في جذب رؤوس الاموال ، والاستثمارات الاجنبية خاصة في الدول النامية التي يعتمد اقتصادها على هذه الاستثمارات ، وذلك لما يتمتع به من مزايا متعددة ترغب الاطراف في تفادي طرح النزاعات الناشئة بينها على القضاء ، وما تتسم به اجراءات التقاضي من كلفة عالية ، وما يتطلبه النزاع من طول في الوقت ناشئ عن اسباب متعددة يتحقق فيها القول المعروف بأن العدالة البطيئة هي نوع من الظلم ، بالاضافة الى ان التحكيم ليس وسيله هجوميه تتسم بالعنف ، بل هو اقرب ما يكون قائماً على التفاهم الذي يحافظ على الحد الادنى من العلاقات بين الاطراف ، والذي يأتي عادة بعد فشل المفاوضات بينهما ،

ويعتبر ايضاً الاخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين الدول المضيفة والمستثمر الاجنبي تطوراً حديثاً وهاماً في وسائل حسم المنازعات ، اسهم خلال الفترة الماضية في تدفق الاستثمارات الاجنبية وتزايد اتفاقيات التنمية الاقتصادية ، والتوسع في جميع المجالات التجارية والدولية ، ولكي تتضح الصورة بشكل اكثر دقة سنتناول هذا المبحث في مطلبين وعلى النحو الاتي :-

المطلب الاول :- ماهية التحكيم الاداري.
المطلب الثاني :- ماهية منازعات الاستثمار .

المطلب الاول

ماهية التحكيم الاداري

التحكيم هو ضرب من القضاء الخاص يقوم على مبدأ سلطان الارادة ، اي ان اطراف العلاقة تتفق فيما بينها على اللجوء الى التحكيم في حل خلافاتها ومنازعاتها التي قد تحصل او حصلت ، وهو تخل من المتعاقدين او الخصوم عن حقهم في اللجوء الى قضاء الدولة واعتمادهم التحكيم لحل الخلاف بينهم ، ويقتضي التعرض لموضوع التحكيم ان نعرض تعريفه ، وصوره ، واساسه القانوني في الفروع التالية وعلى النحو الاتي :-

الفرع الاول

تعريف التحكيم الاداري

التحكيم في اللغة مأخوذ من مادة حكم ، وهو المنع واول المنع الحكم ، فهو من الظلم ، ومعناه التفاوض وحكم فلاناً في كذا اذا جعل امره اليه وفوضه بالحكم ، وحكمه في الامر تحكيما امره ان يحكم ، وحكمت الرجل بالتشديد فوصت الحكم اليه وامرته ان يحكم فيه [1] ، وفي الفقه

الاجنبي فقد عرف التحكيم بأنه احالة النزاع او الخلاف القائم بين شخصين على الاقل من اجل حسمه بعد سماع اطراف النزاع بوسيلة قضائية ، وذلك بواسطة شخص او اشخاص ليسوا من قضاة محاكم الدولة[٢]

اما على الصعيد التشريعي فاننا نجد ان قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل لم يشر الى تعريف التحكيم ولكنه اجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما اجاز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين [٣] وكذلك هو الحال في المادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨ فهي ايضا لم تشر الى تعريف للتحكيم ولكن بينت فقط بان التحكيم يكون وسيلة من الية فض المنازعات وذلك يكون باختيار كل طرف متنازع حكماً يمثله من ذوي الخبرة والاختصاص بموضوع النزاع ويختار المحكمان محكماً ثالث لرئاسة لجنة التحكيم وفي حالة تعذر ذلك تتولى محكمة الموضوع اختيار المحكم الثالث ، وعند ذلك تقوم لجنة التحكيم بدراسة الموضوع المتنازع عليه بكل حيثياته وتصدر اللجنة قرارها النهائي لحسم النزاع ويتحمل الطرف الخاسر نفقات التحكيم ويكون ملزماً بقرار اللجنة بعد تصديقه من محكمة الموضوع وفقاً للقانون، اما قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ ، فلم يشر ايضاً الى تعريف التحكيم ، ولكنه اشار في المادة ٢٧ منه على (المنازعات الناشئة عن الاطراف الخاضعين لاحكام هذا القانون يطبق عليهم القانون العراقي مالم يتفقا على خلاف ذلك...) ،

ان النظر الى هذا النص يتبين لنا بأنه قد اجاز اللجوء الى التحكيم لان المقصود بعبارة (يطبق عليهم القانون العراقي) يقصد بها جميع القوانين العراقية ومن ضمنها قانون العقوبات الذي اجاز هو الاخر اللجوء للتحكيم في المواد في المواد (٢٥١-٢٧٦) والذي جاء خالياً من اي تعريف للتحكيم ، الان اننا نرى ضرورة تبني تعريف معين للتحكيم وبصورة واضحه وصريحه حتى تتوضح معالمه امام المستثمر الذي يتعاقد مع الادارة ويكون عاملا مهما لجذب رؤوس الاموال وضمانه لهم ، وليس الاكتفاء فقط بالاشارة اليه فيما ذكر من مواد السابقه ويكون هذا التعريف جامعا ومانعا لمفهومه كما يبين نطاقه ويبين محله وما يشمله التحكيم من منازعات وما لايشمله باعتبارها امور تهم المستثمر ، وحسناً فعلا المشرع كخطوة اولى عنما عرف التحكيم في مشروع قانون التحكيم العراقي في المادة الاولى منه والتي عرفته بانه (اتفاق طرفا النزاع باراتهما الحرة على اللجوء الى هيئة تحكيم للفصل فيه سواء كانت الجهة التي تتولى هذه الاجراءات منظمة او مركز دائم للتحكيم او لم تكن كذلك).

اما في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري ، فأنه لم يشر الى تعريف التحكيم ولكنه اجاز اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بأحكام هذا القانون [٤] ، اما بالنسبة لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذي نص في المادة (١/٤) "ينصرف لفظ التحكيم في هذا القانون الى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإراتهما الحرة سواء كانت الجهة يتولى اجراء التحكيم بمقتضى اتفاق منظمة اومركز دائم للتحكيم او لم يكن ذلك "

ان ما يؤخذ على هذا النص انه لم يبين مفهوم التحكيم بوصفه وسيلة لتسوية النزاعات تقوم في الاساس على اختيار الاطراف لهيئة المحكمة للفصل في النزاع ، ولكنه اكتفى بالاشارة الى الجانب الاتفاقي وانواع الجهات التي تقوم به ، فقد يكون تحكيم حر او مؤسسي فهو تعريف يكتنفه الغموض والابهام وكان الاجدر بالمشرع ومن اجل سداد نهجه ان يزيل ذلك الغموض والابهام .

اما المشرع الفرنسي فأننا نرى سداد نهجه ، اذ افرد الكتاب الرابع من نصوص قانون المرافعات المدنية الجديد لاحكام التحكيم وخصص الابواب الاربعة من هذا الكتاب للتحكيم الداخلي وذلك في المواد(١٤٤٢ حتى ١٤٩١) ، ثم تم تشكيل لجنه لوضع القواعد الخاصة بالتحكيم الدولي والتي احتلت الباب الخامس مع تخصيص الباب السادس لتنفيذ الاحكام الاجنبية والاحكام الصادرة في موضوعات خاصة بالتحكيم الدولي وطرق الطعن فيها (المواد من ١٤٩٢ حتى ١٥٠٧) ، واستبعد العديد من القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي ومنع تبيقها على التحكيم الاجنبي والدولي وذلك بنصوص صريحة هي المادة (١٤٩٥) والمادة (١٥٠٧).

الفرع الثاني
صور التحكيم
لكي يستطيع أطراف عقد الأستثمار اللجوء إلى التحكيم فإن عليهم الأتفاق على ذلك فهو الذي ينقل الفصل في منازعات الاستثمار من يد القضاة العاديين إلى أشخاص أخريين يختارونهم ويطلق عليهم المحكمين. لذلك يمكن أن يرد أتفاق التحكيم كشرطاً ضمن نصوص عقد الاستثمار أو في أتفاق مستقلاً عن عقد الاستثمار ، فمن خلال النظر الى قانون المرافعات العراقي النافذ نجده لم يفرق بين شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم حيث أنه أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين أو في جميع أنواع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين [٥] ، ولكن عند النظر الى اتجاه محكمة تمييز العراق نجدها قد أشارت إلى إشكال التحكيم ضمن ثنايا القرار الصادر عن محكمة التمييز المرقم ٣٦٣ /مدنية أولى /٧٤ في ١٩٧٥/٢/٥ حيث أشار القرار إلى " أن التحكيم في القانون نوع واحد حسب المادة (٢٥١) مرافعات وأن الشرط الوحيد لوجود وترتيب أثره هو أن يكون ثابتاً بالكتابة حسب المادة ٢٥٢ [٦] المعدلة من قانون المرافعات ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق عليه قد تم وفق التعاقد أو قد تم باتفاق مكتوب مستقل أو تم الاتفاق عليه أثناء المرافعة [٧].
أما مشروع قانون التحكيم العراقي فقد تبنى هذا المفهوم في المادة الرابعة منه إذ فرق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم ويتضح ذلك جلياً في البند (ثانياً) و(ثالثاً) من المادة المذكورة إذ نص البند (ثانياً) على شرط التحكيم حيث جاء به : " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في العقد الأصلي بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين " ، ونص البند (ثالثاً) على مشارطة التحكيم وجاء به " يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو أقيمت بشأنه دعوى أمام القضاء وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم " ، أن اتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون شأنه شأن أي اتفاق تعبيراً عن إرادتين تراضيا على اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات ثارت أو قد تثور .
ومن كل ما تقدم سنتناول هذه الصور لاتفاق التحكيم والتي هيه اولاً شرط التحكيم ، وثانياً مشارطة التحكيم ، وثالثاً شرط التحكيم بالاحالة [٨]
اولا :- شرط التحكيم
يمكن تعريف شرط التحكيم بأنه عبارة عن نص وارد ضمن نصوص عقد الاستثمار يقرر الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تثور مستقبلاً بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه [٩]، وعُرف شرط التحكيم أيضاً " اتفاق بمقتضاه يلتزم الأطراف في عقد أو أكثر بإخضاع منازعاتهم المتولدة عن هذا العقد أو تلك العقود إلى التحكيم [١٠]"
ويتبين من ذلك أن شرط التحكيم يتم الاتفاق عليه قبل حدوث النزاع و يأتي كبند من بنود العقد .
وقد جاء قانون التحكيم المصري خالياً من تعريف شرط التحكيم إلاّ أنه ذكر في المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أم ورد بعقد معين " وكأن المشرع المصري قسم أشكال التحكيم إلى شرط ومشارطة التحكيم على أساس وقت نشوء النزاع فالعبرة في القانون المصري بلحظة الاتفاق على التحكيم هل كانت قبل نشوء النزاع أم بعده ؟ فإذا كانت هذه اللحظة قبل ميلاد النزاع فذلك هو شرط التحكيم ويستوي في ذلك أن يأتي في العقد نفسه أو مستقلاً عنه .
هذا هو النهج ذاته في مشروع قانون التحكيم العراقي حيث تبنى هذا المفهوم في المادة الرابعة منه إذ فرقت بين شرط ومشارطة التحكيم ويتضح ذلك جلياً في البند ثانياً وثالثاً من المادة المذكورة إذ نص البند ثانياً على شرط التحكيم (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في العقد الأصلي بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين) [١١].
ثانياً :- مشارطة التحكيم.
يمكن تعريف مشارطة التحكيم بأنها (أي أتفاق بين أطراف العلاقة الأستثمارية في عقد مستقل يتقرر بموجبه عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل على التحكيم لحلها) [١٢].

وعرفت ايضاً بأنها (عبارة عن أتفاق بمقتضاه يتفق الاطراف في نزاع قائم على أخضاعه للتحكيم) [١٣].

ومن هذه التعريف يتبين لنا جلياً باختلاف مشارطة التحكيم عن شرط التحكيم حيث ان شرط التحكيم يرد لغرض حسم منازعة محتملة الوقوع، أما مشارطة التحكيم فأنها تمثل عقد مستقل لحسم منازعة نشأت
بالفعل ويراد حسمها عن طر يق التحكيم [١٤].

أما بالنسبة للقانون العراقي فنجد أن قانون المرافعات العراقي النافذ لم يفرق بين شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم حيث أنه أجاز الأتفاق على التحكيم في نزاع معين أو جميع أنواع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين [١٥].

لكن نجد ان محكمة تمييز العراق قد اشارت الى اشكال التحكيم ضمن ثنايا القرار الصادر من محكمة التمييز المرقم ٣٦٣ مدنية اولى في ١٩٧٥/٢/٥ حيث اشار على ((ان التحكيم في القانون نوع واحد حسب المادة (٢٥١)مرافعات وان الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو ان يكون ثابتاً بالكتابة حسب المادة (٢٥٢) المعدلة من قانون المرافعات ويستوي في ذلك ان يكون الاتفاق عليه قد تم وقت التعاقد او تم بأتفاق مكتوب مستقل او تم الاتفاق عليه اثناء المرافعة ...)) [١٦].

وبالتالي يتبين لنا من الحكم اعلاه ان محكمة التمييز اجازت الاتفاق على التحكيم وقت التعاقد اي كشرط يرد ضمن بنود العقد المبرم بين الطرفين وهو ما يطلق عليه (شرط التحكيم) وكذلك اجازت المحكمة ان يكون الاتفاق على التحكيم عن طريق عقد مستقل وهذا ما يطلق عليه (مشارطة التحكيم).

اما القانون المصري فهو ايضاً لم يفرق بين شرط التحكيم ومشارطته حيث وضع كل من شرط التحكيم ومشارطته على قدم المساواة بحيث جمعهما بمصطلح واحد اسماه (اتفاق التحكيم) [١٧].

ثالثاً :- شرط التحكيم بالاحالة.

ويقصد به إشارة المتعاقدين في عقد من عقود التجارة الدولية إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزء لا يتجزأ من العقد[١٨].

وقد نص قانون التحكيم المصري صراحة على شرط التحكيم بالإحالة في المادة ٣/١٠ بقوله " ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءً من العقد " . وكذلك تبنى مشروع قانون التحكيم العراقي شرط التحكيم بالإحالة في المادة (٤/٤) والتي نصت على " يعد اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد أو وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءً من العقد " . نلاحظ على النص أعلاه أن مشروع القانون قد أعتبر ألإحالة إلى وثيقة (غير العقد الأصلي) والتي تتضمن شرط تحكيم اتفاقاً على التحكيم بموجب ذلك الشرط على أن تكون الإحالة واضحة على اعتبار الشرط الموجود في تلك الوثيقة جزءً من العقد الأصلي بين الطرفين

ويفترض شرط التحكيم بالإحالة أن العقد الأساسي الذي ورد بين المتعاملين في التجارة الدولية قد جاء خالياً من شرط التحكيم (العادي) وتتجه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بالشروط العامة [١٩] ،الواردة في تلك الوثيقة المحال اليها أو العقود النموذجية لتنظيم أو لتكملة ما ورد بالعقد من أحكام ولأن هذه الشروط أو تلك العقود تتضمن شرط التحكيم الذي أصطلح على تسميته بشرط التحكيم بالإحالة ، وسواء جاءت الإحالة إلى الشروط العامة أو العقود النموذجية أو أية وثيقة أخرى ، فهي لا تأتي عبثاً وإنما يحتمها وجود صلة أو ارتباط بين العقد المتضمن الإحالة والوثيقة المحال إليها[٢٠].

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للتحكيم

عند الحديث عن موضوع الطبيعة لقانونية للتحكيم يقتضي ان نعلم اولاً ان التحكيم يبدأ باتفاق وينتهي بقضاء ، وفي هذا الموضوع اختلف الفقه الى اربعت اتجاهات [٢١] :-

الاتجاه الاول :- وهو الاتجاه الذي يتبنى الطبيعه العقدية للتحكيم استناداً الى اساس التحكيم هو اتفاق الاطراف ورغبتهم في تسوية النزاع الحاصل بينهم عن طريق تقدير شخص يختارونه باراتهم [٢٢] ، وتبعاً لهذا الرأي لا يتصور اعتبار سلطة المحكمة من قبيل سلطة القضاء التي تعتبر من السلطات العامة في الدولة ، اما دور الدولة في مجال التحكيم فأنه يقف عند حد منع المساس بالنظام العام ، اما بدء التحكيم وسيره حتى صدور الحكم فيجد اساسه في اتفاق الاطراف على الالتجاء للتحكيم ، ثم في اتفاقهم مع المحكمين على الانصياع والخضوع لما يصدرونه من احكام [٢٣].

ان التسليم بهذا الرأي واعتبار ارادة الاطراف في التحكيم هي الاساس في نشأته قول غير مسلم به وذلك لان حقيقة عمل المحكم. انه يقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها القاضي العادي ، وينتهي إلى حكم مشابه لحكم هذا الأخير، ومع ذلك ينفي أنصار الاتجاه التعاقدي عن عمله طبيعة الوظيفة القضائية .

وإن حجية حكم المحكم وقوته التنفيذية لا تختلف عن حجية حكم القاضي وقوته التنفيذية لأن كلاهما يستمدها من قرار المشرع ، وليس من اتفاق الافراد ، بل أن الأمر بالتنفيذ هو الذي يرفع حكم التحكيم - من وجهة نظر أصحاب الاتجاه القضائي للتحكيم - إلى مصاف الأحكام القضائية[٢٤]، بالاضافة إلى أنه يتجاهل حقيقة أن إرادة الأطراف (وان كانت تشكل أساساً للتحكيم) إلا أنها لا تكفي بمفردها لإقامة دعائم نظامه من دون مباركة من إرادة المشرع التي تسبغ على هذا النظام طابعاً قانونياً مفروضاً لا دخل لإرادة الأطراف فيه. فضلاً عن ان لجوء مريدي النظرية الاتفاقية إلى فكرة العقد يرجع إلى الرغبة في الهروب من سيطرة فكرة هيمنة واحتكار الدولة، لإقامة العدل بين الناس عن طريق قضاة موظفين تختارهم، فأرادت النظرية العقدية إيجاد تفسير آخر لنظام التحكيم يسمح بالاعتراف لمحكم يختاره الأفراد، ويحددون اختصاصاته ، بالفصل في منازعاتهم.

الاتجاه الثاني :- وهو الاتجاه الذي اعتبر التحكيم نوع من انواع القضاء ،وذلك لان اطراف النزاع حين اتفاقهم على التحكيم لا يتنازلون عن حقهم في رفع دعوى قضائية لحماية حقوقهم وانما يتنازلون فقط عن حق اللجوء الى القضاء الوطني ، كما ان الحكم الصادر عن المحكمين تتوافر فيه جميع خصائص العمل القضائي باستثناء انه يصدر من هيئة خاصة وليس من هيئة عامة ،كما ان طبيعة عمل المحكم تتماثل مع طبيعة عمل القاضي وما يصدر عنه من حكم ملزم لاطراف النزاع [٢٥].

الان ان هذا الرأي ايضاً لا يمكن التسليم به وذلك لان حجية حكم المحكمين ، تستند إلى القوة الملزمة لعقد التحكيم ، أكثر من استنادها إلى طبيعة عمل المحكم فالأطراف يمكنهم الاتفاق على إخضاع حجية الحكم إلى موافقة جهة معينة أو إذا صادق عليه الطرفان. فحجية حكم التحكيم لا تتعلق بالنظام العام ، على خلاف الحال بالنسبة لحجية الحكم القضائي التي تتعلق بالنظام العام ، كما ان اعتبار المحكم قاضياً خاصاً أو عاماً لا يتفق مع حقيقة خضوع المحكم لنظام قانوني يختلف عن الذي يخضع له القاضي. فالمحكم لا يشترط فيه ما يشترط في القاضي من حيث الجنسية أو السن أو المؤهلات. كما لا يلتزم المحكم بأداء اليمين عند بدء عمله، ولا يلتزم بالفصل في نزاع الأطراف حتى يعد منكرا للعدالة. ولا يملك أن يوقع غرامة على احد الأطراف أو الشهود أو الغير أو يلزمه بتقديم مستند تحت يده، بل يلجأ في ذلك إلى القاضي العادي لاستصدار أمر منه به .

الاتجاه الثالث:- وهو الاتجاه الذي اعتبر التحكيم ذو طبيعة مختلطة ، فهو ذو طبيعة مركبة ، ووفقاً لهذا الرأي فأن التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقاً محضاً ، وانما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً وتنحو طابعاً مختلفاً ، فهو في اوله اتفاق وفي اوسطه اجراء وفي اخره حكم ، وينبغي مراعاة هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق [٢٦].

وكذلك ايضاً فان هذا الاتجاه لم يسلم من النقد ، فقد صوبت نحوه كثير من سهام النقد، حيث لا يوجد اتفاق من أنصار هذا الاتجاه فيما بينهم على الحد الزمني الفاصل ما بين الطابع الاتفاقي

للتحكيم، وطابعه القضائي. فالبعض يعتد ببداية ممارسة المحكم لمهمته، أو على الأكثر بإصداره حكم التحكيم ، والبعض الآخر لا يعتد إلا بشمول حكم المحكم للقوة التنفيذية، وذلك كله للقول بتحول التحكيم إلى الطبيعة القضائية، إن مجرد التشابه بين التحكيم وبين العقد والقضاء، لا يعد كافياً لوصفه بأنه اتفاق وقضاء، طالما كانت له صفات تميزه عنهما، فالعقد ليس هو جوهر التحكيم، بدليل وجود تحكيم إجباري. كما إن التحكيم ليس قضاءً ، باعتبار أن القضاء هو إحدى سلطات الدولة التي تباشرها عن طريق القاضي الذي يمثل الدولة عند إصدار الأحكام.

الاتجاه الرابع :- وهو الاتجاه الذي اعتبر التحكيم وسيلة مستقلة وقائمة بذاتها من وسائل حل المنازعات ، اي ان التحكيم ذو طبيعة خاصة، وقد كان التحكيم اسبق في ظهوره تاريخاً على القضاء ،ثم استمر قائماً بعد نشأة القضاء ،مما يدل على انه وسيلة متميزة وقائمة بذاتها من وسائل حسم المنازعات [٢٧] ،كما ان هذا الاتجاه رفض أي دور لإرادة المحتكمين، كما رفض دور السلطة القضائية كعاملين يستند إليهما نظام التحكيم وجعل من التحكيم نظاماً قائماً بذاته استناداً إلى انه يقدم عدالة خاصة تتوازى مع العدالة التي يقدمها قضاء الدولة[٢٨].

ويدافع اصحاب هذا الاتجاه عن رئيهم في استقلال طبيعة التحكيم بالحجج الاتية [٢٩]:-

١ - التحكيم طريق خاص للفصل في كل منازعة يطرحها عليه الأطراف من خلال فرد أو هيئة تشكل خصيصاً، وتنتهي بعد إصدار حكمها، فقد لا تعاود الفصل مرة أخرى في تحكيم آخر بعد ذلك

٢ - لإبراز استقلالية التحكيم، يركز أنصار هذا الاتجاه على التأكيد بأننا أمام نظامين متوازيين، لا يتفرع احدهما عن الآخر، مما يجعل لكل منهما قواعده الخاصة به، فالقضاء تتميز قواعده بالتجريد ، لأنه يهدف لحماية الحقوق والمراكز القانونية من خلال قواعد عامة مجردة موضوعة سلفاً ، أما التحكيم فقواعده تتميز بالخصوصية، تفصل خصيصاً لكل نزاع عن طريق أطراف النزاع الذي يمكنهم الاتفاق على اجراءات معينة يتبعها المحكم عند عمله وإصدار حكمه

٣ - التحكيم ليس من القضاء وإنما هو نظام مختلف في وظيفته وطبيعته، وفي غايته وثباته الداخلي عن القضاء، وهو بذلك جنس موازٍ له، ولا يجوز أن تطبق قواعد القضاء على مسائل التحكيم إلا على سبيل القياس، وبشروط القياس، فالقواعد التي يزعم أنصار الاتجاه القضائي بأنها مشتركة بين القضاء والتحكيم مثل الرد والاستئناف، واحترام حقوق الدفاع، تختلف في مجال التحكيم، عنها في مجال القضاء. فمثلاً لا يوجد نظام لعدم صلاحية المحكم بصفة مطلقة كما هو الحال بالنسبة للقاضي، فالحياد المطلوب في المحكم يختلف عن ذلك المطلوب من القاضي.

ويتضح بعد كل ما تقدم أن الاتجاه الرابع الذي عدّ التحكيم نظاماً مستقلاً قائماً بذاته هو الأقرب لبيان طبيعة التحكيم ، حيث ان من الخطأ إدخال التحكيم في نطاق أي نظام من الأنظمة القانونية القائمة سواء كانت قضائية أم عقدية ، وان كان يتشاطر معها في وجه من الوجوه ، وذلك لما يمتاز به من خصائص أهلته لأن يكون نظاماً مستقلاً ، لاسيما في عقود الاستثمار، إذ يعد التحكيم مطلباً رئيسياً من متطلباتها ، باعتباره الوسيلة المثلى لتسوية المنازعات الناشئة بين أطراف العلاقات العقدية الداخلة في إطارها .

المطلب الثاني

ماهية منازعات الاستثمار

قبل البحث بموضوع ماهية منازعات الاستثمار يقتضي منا الامر ان نبين ما المقصود بالاستثمار ، حيث ان قوانين لدول العربية وبسبب حداثتها نسبياً لم تدرك الا منذ سنوات قليلة اهميته والحاجة الى تنظيمه ضمن اطار قانوني سليم ، وماهو مفهوم منازعات الاستثمار ، وماهي خصائص هذه المنازعات ، وعلى النحو الاتي:-

الفرع الاول :- تعريف الاستثمار.

الفرع الثاني :- مفهوم منازعات الاستثمار

الفرع الثالث:- الاستثمار من عقود القانون العام.

الفرع الاول

تعريف الاستثمار

عند الحديث عن تعريف الاستثمار يلاحظ على القوانين العربية انها اما ان تتضمن تعريفاً للاستثمار وتنتهج فيه النهج الواسع او الضيق لمفهوم الاستثمار او عدم تضمنها ذلك. فقد اورد المشرع العراقي تعَريف الاستثمار في الفقرة (ن) المادة الاولى من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ بأنه (توظيف رأس المال في أي نشاط أو مشروع أقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد) وقد جاء التعريف مطلقاً وهذا يشير الى أن قواعد قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ تطبق بشأن الاستثمارات التي أطرافها الدولة والافراد سواء كانوا وطنيين أو أجانب من جهة والافراد مع بعضهم البعض من جهة أخرى وهذا يعني ان قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ يسري على علاقات الاستثمار المتصفة بالصفة الوطنية وتلك المتصفة بالصفة الاجنبية. وان المشرع كان موفقاً في استخدام كلمة (الاموال) التي جاءت مطلقة [٣٠] والمطلق يجري على أطلاقِه فألاستثمار اسناداً لنص هذه الفقرة يشمل كل أنواع المال مما يتيح فرص أكثر للأستثمار وهذا يتفق مع هدف قانون الاستثمار وبالأخص نص المادة (١/٢) من قانون الاستثمار والتي تنص على (يهدف هذا القانون الى ما يأتي : أولاً : تشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للأسهام في عملية تنمية العراق وتطويرهُ وتوسيع قاعدتهُ الانتاجية والخدمية وتنويعها) . ولكن المشرع قد ضيق هذا الاطلاق في المادة (٢١)[٣١] من القانون نفسه.

إن ما يلاحظ على المشرع العراقي أنهُ يأخذ بأسلوب التعداد الحصري أسوة ببعض القوانين العربيةوهذا المسلك لاينسجم مع المرونة التي يقتضيها المال المستثمر لمواكبة التطورات لانه لايمكن التنبؤ بما يظهر من مستجدات نتيجة للتطور الاقتصادي والتقدم العلمي والتكنولوجي وظهور انواع أخرى من الاموال سواء كانت سواء كانت مادية أو معنوية تدخل في إطار الاستثمار مما يؤدي الى تعديل مستمر في القانون لمواكبة التطور الذي لاتهدأ وتيرتهُ ابداً ومن ثم نَخُلص الى نتيجة مفادها أن نص المادة ٢١ من قانون الاستثمار تتعارض مع نص المادة (١/٢) وكذلك تُضيق مع نص المادة (١/ ن) التي أطلقت مفهوم المال المستثمر ولم تُحدد أنواع معينة من المال المستثمر بينما جاءت المادة ٢١ وضيقت هذا الاطلاق بالتعداد الوارد ذكرهُ في نص المادة لرؤس الاموال.[٣٢]

أما قانون الاستثمار في أقليم كوردستان العراق رقم ٤ لسنة ٢٠٠٦ فلم يورد هو الاخر تعريفاً للأستثمار ولكنهُ عرف المستثمر بأنهُ (الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يستثمر أمواله في الاقليم وفق أحكام هذا القانون وطنياً أم أجنبياً) [٣٣] ، كما وعرف رأس المال الاجنبي بأنهُ (مايستثمرهُ المستثمر من أموال نقدية أو عينية أو حقوق لها قيمة مالية في الاقليم)[٣٤] ، وهذا موقف سليم لأنه لم يلجأ الى أسلوب التعداد الحصري القوانين الخاصة بتشجيع الاستثمار وبما يتلائم مع تطورات العصر في مجالات التقنية وتكنولوجيا المعلومات وعليه لرأس المال ولكن أعطى معياراً عاماً لما يعد مالاً مستثمراً واستطاع أن ينسجم مع الواقع والمرونة التي تقتضيها فأن كل ذلك من شأنهُ أن يؤدي الى أتاحة الفرص الاستثمارية وخلقها.

أما المشرع المصري فلم يورد في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ تعريفاً للاستثمار لكن عدد مجالات الاستثمار التي تخضع لأحكامهِ وحسناً فعل المشرع المصري عندما لم يعطِ للأستثمار معنى محدد في صلب القانون لأن ذلك يؤدي الى تحقيق الاستقرار التشريعي من جهة ويراعي ماقد يستجد من مجالات جديدة للأستثمار قد يكون من شأنها خدمة الاقتصاد من جهة أخرى ، لأن المشرع المصري قد أعطى لمجلس الوزراء السلطة في أضافة مجالات أخرى للأستثمار أذا تطلبت حاجة البلد ذلك وكانت غير واردة في المادة الاولى من القانون المشار اليه أنفاً وبذلك يكون المشرع المصري قد أعتنق مفهوماً واسعاً للأستثمار يتميز بالمرونة مخولاً مجلس الوزراء سلطة الزيادة في مجالات الاستثمار حسب ماتقتضيه الظروف الاقتصادية [٣٥]

الفرع الثاني

مفهوم منازعات الاستثمار

المنازعة لغةً : نزاع (بالفتح) اي الخصومة ، والتنازع بمعنى التخاصم ، وتنازع القوم اختصموا ، وبينهم نزاعة اي خصومة في الحق[٣٦].

اما في قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ في المادة الرابعة منه والتي جاء فيها (... يشترط ان يكون المدعى عليه خصماً...)، ان تعريف المنازعة على انها خصومة تنشأ عادة عن اختلاف المصالح في موضوع معين وليس بالضرورة ان تحل عن طريق القضاء[٣٧]، هو تعريف غير سليم وذلك لان النزاع ليس بخصومة فالخصومة هي صفة تلحق لمن يكون اهلاً وهو شرط من شروط النزاع .

وبما أن الاغلب الاعم من منازعات الاستثمار تتم بين شخصين كل منهما ينتمي لنظام قانوني لدولة تختلف عن الاخرى فالنزاع دولي ، ويعرف النزاع الدولي بانهُ (هو ظهور مصالح متعارضة أو متضاربة بين شخصيين دوليين أو أكثر تؤدي الى وقوع خلاف حول مسألة قانونية أو واقعة مادية معينة)' وتُعرف نزاعات الاستثمار (بأنها ذلك النوع من المنازعات التي تنشأ بين طرفي المشروع الاستثماري نتيجة لأنتهاك أحد الطرفين للحقوق أو خرقهُ للألتزامات المنصوص عليها في العقد المبرم بينهما أو أتخاذ أي أجراءات أنفرادية من قبل أحد ألاطراف مما ينتج عنه أضراراً جسيمة للطرف الاخر يستلزم عنها تعويض الطرف المتضرر عما أصابهُ جراء تلك الانتهاكات أو الاجراءات)[٣٨] ، فألمنازعة تولد مركزاً قانونياً يشكل عارضاً في الحياة القانونية يجب أزالته.

أن المنازعات التي تنشأ بين أطراف العقد تشمل المنازعات العقدية والعملية والمالية ، فالمنازعات العقدية هي التي تنشأ بشأن تفسير بنود العقد وغالباً ما تظهر هذه المنازعات بسبب الاستعجال في صياغة العقود مما يؤدي الى غموض نصوصها وقد نجدها أحياناً في العقود الكبيرة التي تحتوي بنوداً كثيرة قد يتعارض أحدها مع الاخر وتحتاج هذه المنازعات الى أشخاص قانونيين لتفسيرها ومن ثم يقوم الفنيون بدراسة هذه التفاسير وأعطاء الرأي الفني بشأنها بما يتماشى مع العرف المتبع وكيفية تنفيذ الاعمال المختلف عليها . أما المنازعات العملية فهي التي تنشأ أثناء تنفيذ الاعمال وهذا النوع من المنازعات يبدا فنياً وغالباً ما يتعلق في نهايتهُ بمطالبات مالية ناتجة عن أمور حدثت أثناء التنفيذ مثل التأخير في التنفيذ ، الخلافات في تفسير المواصفات ، والخلافات بشأن تمديد فترة المشروع وغير ذلك من المنازعات التي تحدث أثناء فترة التنفيذ .أما بالنسبة للمنازعات المالية فهي تلك المنازعات التي تنشأ بشأن التعويضات المالية مع أن معظم المنازعات ترمي في نهايتها الى الحصول على مكاسب مالية ألأ أن الفرق يكمن في أن المنازعات المالية الصُرف لا يكون فيها خطأ فني وأنما تعتمد أساساً على أرتكاب مخالفة عقدية من قبل أحد الطرفين تسبب أضراراً للطرف الاخر الذي بدورهُ يطالب الطرف المخالف بتعويضهُ عن هذه الاضرار[٣٩] .

ومن الجدير بالملاحظة أن مجرد نشوء النزاع لا يؤدي بالضرورة الى اللجوء الى مراكز التحكيم حيث أن معظم البنود الخاصة بتسوية النزاع بين الدولة والمستثمر والمنصوص عليها في التنظيمات الدولية المتعلقة بالاستثمار تنص في المقام الاول على أستعمال الطرق الودية غير الرسمية لتسوية النزاع.

الفرع الثالث

الاستثمار من عقود القانون العام

يأخذ الاستثمار طبيعة هذه العقود اذا احتفظت الدولة بصفتها السيادية كونها شخص من اشخاص القانون الدولي في عقد الاستثمار فيأخذ الاستثمار طبيعة العقود الادارية ذلك لان الدولة او احد هيئاتها أو مؤسستها شخص عام في محيط القانون العام داخل الدولة ويتمتع بشخصية دولية في محيط علاقات القانون الدولي في الخارج . لذلك فان عقد الاستثمار سيكون محكوم بقواعد القانون العام الداخلي وقواعد القانون الدولي، وهنا يحتاج المستثمر الى ضمانات كثيرة من الدولة المضيفة للاستثمار لان شروط عقد الاستثمار مقيدة نفاذها في حدود ما تسمح به القوانين الداخلية

للدولة فنقل الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي خارج محيط النظام القانوني للدولة المضيفة للاستثمار يكون في المسائل المدنية والتجارية وفي بعض المسائل المتعلقة بالعمل في حين لايمكن للمستثمر الاتفاق على نقل الاختصاص في مجال المسائل المالية والضريبية والمسائل الجزائية والمسائل الاجرائية وكل مايتعلق بالقواعد الامرة . لان الاخيرة قواعد امن مدني وهي قواعد ذات تطبيق فوري ومباشر[٤٠].

ان الكشف عن اتصاف الاستثمار بطابع عقود القانون العام يكون من خلال الوقوف على غرض الاستثمار فان ذلك الغرض يحدد المركز القانوني للدولة وكذلك ضمانات العقد بالنسبة للمستثمر فتعاقد الدولة مع مستثمر اجنبي او وطني برأس مالي اجنبي على انشاء مجمعات سكنية لعوائل الشهداء مثلاً الغرض منه تحقيق مصلحة عامة وبالتالي تظهر الدولة في هذه المناسبة بوصفها شخص ذو سلطة وسيادة وعلى الدولة ان توفر هنا بيئة استثمارية جاذبة من خلال تحسين تشريعاتها الضريبية والمالية وتلك المتعلقة بالعمل والشركات والسماح للمستثمر بالاتفاق معها على تقيد سلطتها في تعديل تشريعاتها خلال مدة معينة عن طريق مايسمى بشرط الثبات التشريعي[٤١]

المبحث الثاني
التنظيم القانون للتحكيم الاداري

سوف نتقسم هذا المبحث الى مطلبين :-

المطلب الاول :- الخلاف الفقهي والقضائي للتحكيم الاداري.

المطلب الثاني :- اجراءات التحكيم في القانون العراقي.

المطلب الاول
الخلاف الفقهي والقضائي للتحكيم الاداري

ان منازعات الاستثمار ذات طبيعة خاصة وهذه الطبيعة تبتعد على التحكيم وفق نص المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ [٤٣]، التي تجيز التحكيم بين اطراف اشخاص القانون العام او الخاص اياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع.

الفرع الاول :- الخلاف القضائي حول جواز التحكيم الاداري.

الفرع الثاني :- الخلاف الفقهي حول جواز التحكيم الاداري

الفرع الاول
الخلاف القضائي حول جواز التحكيم الاداري

اتجه الفقه الفرنسي الى عدم جواز التحكيم الا بنص تشريعي و التشدد في تطبيق ذلك المبدأ وذلك على سند من ان قانون ١٧ ابريل لسنة ١٩٠٦ لم يرخص باللجوء الى التحكيم في منازعات عقود الاشغال العامة و عقود التوريد باعتبارها عقود ادارية الا بالنسبة للدولة والمحافظات ، ومن ثم فانه لا يجوز للهيئات العامة ان تحل منازعاتها المنصبة على تحديد قيمة المبلغ المالي الواجب الاداء لعدم شمولها بالنص التشريعي الذي يجيز ذلك [٤٤] ، كذلك فان المجلس الدولة قد قضي بان ادراج شرط التحكيم بالعقود الادراية يعد باطلا بطلاناً مطلقاً،ويعد هذا البطلان من النظام العام فيجوز لاي من اطراف الدعوى التمسك به في اي حالة تكون عليها الدعوى، كما ان للقاضي ان يحكم به من تلقاء نفسه ، بل ان ادراج شرط التحكيم بالعقود الادارية يعد باطلا بطلان مطلقاً، ويعد هذا البطلان من النظام العام فيجوز لاي من اطراف الدعوى التمسك به في اي حالة تكون عليها الدعوى، كم ان للقاضي ان يحكم من تلقاء نفسه [٤٥]،

اما في مصر فقد اختلف مجلس الدولة قضاءاً وافتاءاً في هذا الخصوص ففي ما يخص قسم الفتاوى عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمي الفتاوى والتشريع بجلسة ١٩٧٠/١/٧ وانتهت الى ان ارادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق نظام التحكيم بل يجب ان يقر المشروع

اتفاقهم بحيث يمكن القول ان لولا اجازة المشرع الالتجاء الى التحكيم ونص على تنفيذ احكام المحكومين ما كانت ارادة الخصوم وحدها كافية لخلقه[٤٦] ، كما عرض عليها الموضوع مرة ثانية وانتهت بجلستها المنعقدة في ١٩٨٨/٣/٣٠ الى ان اهلية الاشخاص القانونية العامة في التصرف والقيام بالاعمال الازمة لتحقيق الاهداف المنوط بها تحقيقا انما هي اهلية محددة تنظمها القوانين والقرارات المنشئة لها [٤٧].

اما في العراق نجد ان المشرع العراقي كان قد لجأ الى التحكيم حيث اشار اليه في المادة (٧/١١) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطة التنمية القومية لعام ١٩٨٨ ،كما ذكرت المادة (٦٩) من الشروط العامة لاعمال مقاولات الهندسة المدنية والمادة (٤٥) من تعليمات شروط المقاولات لاعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية باحالة النزاع الناشيء بين صاحب العمل والمقاول الى المهندس وايا كان نوعه، سواء اكان ناجم عن المقاولة او عن تنفيذ الاعمال او بعد اكمالها ويكون قرار المهندس ملزماً لكل من الطرفين واذا لم يقبل صاحب العمل او المقاول بقرار المهندس فعندئذ يحال الموضوع الى التحكيم [٤٨].

اذا فالمشرع العراقي قد اخذ بالتحكيم كاسلوب لفض المنازعات المتعلقة بعقود الاشغال العامة التي هية نوع من انواع العقود الادارية، ذلك ان التعليمات تنفيذ مشاريع خطة التنمية القومية هي بمثابة التشريع المطبق في مجال عقود الاشغال العامة في العراق.

كما انه لامانع من الاخذ بنظام التحكيم في العقود الادارية الاخرى وذلك اسوةً بالعقود المدنية التي اجاز المشرع العراقي لاطرافها اللجوء الى التحكيم كطريق لفض المنازعات المتعلقة بها . اذ انه يجوز تطبيق القواعد المتعلقة بنظرية العقد المدني على العقد الاداري كما كانت تلك القواعد لا تتنافى مع طبيعة العقد الاخير.

الفرع الثاني

الخلاف الفقهي حول جواز التحكيم الاداري

اختلف الفقه في ما يخص جواز الالتجاء الى التحكيم الى رأيين:-

الرأي الاول :- ويرى عدم جواز الالتجاء للتحكيم:

حيث ذهب هذا الجانب من الفقه الفرنسي الى عدم جواز الالتجاء للتحكيم فمنذ قضية (Ducastaing) او دعوى (Eveque de moueins) سنة ١٨٨٧ ومجلس الدولة الفرنسي عند موقفه السابق بل عاد يؤكد مرة اخرى في قضية (Snvs) في ١٣ ديسمبر ١٩٥٧ ((انه يتضح من نصوص قانون المرافعات المدنية في المواد ٨٣ ،١٠٠٤، ٨٤ ان المؤسسات العامة لا تملك سلطة ابرام عقود التحكيم الا بنص تشريعي خاص))

ويذهب هذا الجانب الفقهي الى ان يتضح من احكام مجلس الدولة الفرنسي ومن مذكرة جازيه ان في المجال القانوني يوجد تبرير لمنع الالتجاء الى التحكيم بالنسبة للمشروع العام الذي يحمل هذه الصفة وهو ضرورة احترام ترتيب الاختصاص القضائي، حيث يعطي هذا المبدأ لاختصاص القضاء الاداري قوة الزامية، لا يمكن مخالفتها اتفاقياً وكمبدأ في منازعات القانون العام ترتفع امام المحاكم الادارية وبالتالي يحظر على اطراف اي نزاع كان ان يرفعوا باختيارهم امام القضاء العادي منازعه من اختصاص المحاكم الادارية او بالعكس.

وترتياً على ذلك فان قبول الالتجاء الى التحكيم في المنازعات المخصصة للقضاء الاداري يؤدي الى القضاء لان المحكمين يطبقون بطبيعة الحال القانون الخاص والرقابة التي تتم عن طريق الطعون والامر بالتنفيذ او الدعوى بالبطلان لنجاوز السلطة يمكن ان تمارس بطبيعة الحال من القضاء العادي [٤٩]

كما ذهب هذا الاتجاه الى تنبني راي مفوض الحكومة (Romieu) سنة ١٨٩٣ وهي ان التحكيم سيكون علامة ريبة ازاء قضاء الدولة المقرر لحماية حريات الافراد وانه بنوع من التسامح ان لم يكن بنوع من الضعف ان يقبل المشرع ان يلجأ الافراد الى التحكيم وانه بنوع من التسامح ان لم يكن بنوع من الضعف ان يتقبل المشرع ان يلجأ الافراد الى التحكيم، [٥٠]

وترتيباً على ذلك فالاشخاص العامة ومن بينها المؤسسة العامة لا يجوز ان تعطي المثل السيء وتتنكر بدورها للقضاء الرسمي الذي يحكم باسم الدولة فكيف يمكن القول بان الدولة تتنكر له [٥١]
ويجعل جانب من الفقه رفض اللجوء الى التحكيم الى الاسانيد الاتية[٥٢] :-

١ -اصطدام نظام التحكيم بميدأ سيادة الدولة.
٢ -اخلال اللجوء الى التحكيم بمدأ الفصل بين السلطات
٣ -اعتداء على اختصاص القضاء
٤ -نطواء التحكيم على امكانية خلافه احد الطرفين للاخر وصعوبة ذلك في حالة خلافه شخص عام لشخص خاص
٥ -اصطدام التحكيم بالاسس والمبدائ الجوهرية التي تقوم عليها نظرية العقد الاداري.

الرأي الثاني :- ويرى جواز الالتجاء للتحكيم:
ويذهب جانب من الفقه الى تعداد اسانيد مؤيدة لهذا الرأي وهي:- [٥٣] .

اولاً :- التحكيم جائز وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي.
المنازعة في مجال تنفيذ العقد الاداري وبطبيعتها مثلها مثل غيرها من المنازعات، حيث اجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي في في المادة (٥٠١) وما يليها الاتفاق على الالتجاء الى التحكيم، ولم يرد نص صريح يحظر على الجهات الادارية ذلك، ومن ثم لا يجوز تقييد النص او تخصيصه بغير موجب [٥٤]، ومن ثم لا يجوز تقييد النص او تخصيصه بغير موجب

ثانياً :- التحكيم جائز وفق قانون مجلس الدولة الفرنسي
حيث يجيز لجوء الادارة الى التحكيم المحلي والدولي ذلك ان قانون مجلس الدولة الصادر بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد اورد بالمادة (٥٨) منه ما يقطع صراحة بجواز التجاء الادارة الى التحكيم في مناعاتها العقدية مدنية كانت او ادارية حيث الزمت الفقرة الثالثة من تلك المادة تلك الوزارات والهيئات العامة و اي مصلحة من مصالح الدولة بألا تبرم او تقبل او تجيز اي عقد صلح او تحكيم او تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن خمسة الاف جنيه بغير استفتاء ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة [٥٥].
وهذه المادة في حقيقة الامر تكشف اتجاهات المشرع نحو اجازة اللجوء الى التحكيم والا ما الزم الادارة عند رغبتها في ذلك اللجوء بعرض اتفاقها في ذلك الشأن على مجلس الدولة لمراجعتها.

ثالثاً :- التحكيم جائز وفق الاتفاقات الدولية.
حيث انه هناك جزء من لنظام القانوني المصري تجيز للدولة و اشخاص القانون العام الالتجاء الى التحكيم كما ان انضمام مصر الى العديد من الاتفاقات الدولية كأتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف و تنفيذ احكام المحكيمن الاجنبية، وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (يونسترال) الذي يتناول جميع مراحل عملية التحكيم بدأ من اتفاق التحكيم الى اصدار قرار التحكيم والاعتراف به وتنفيذه والذي يعبر عن توافق الاراء في العالم بشأن مماؤسات التحكيم التي يصدر بها تشريع يقرها فتصبح في قوة القوانين السارية المفعول الواجبة النفاذ، وهو الامر الذي يؤكد جواز التجاء الادارة في منازعات العقد الاداري الى التحكيم سواء كان محلياً او دولياً[٥٦]
وقد ذهب راي في الفقه ايضاً الى تنبي هذا الراي [٥٧] عن طريق نقد فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ ١٩٩٦/١٢/١٨ والتي حظرت الالتجاء الى التحكيم.
وان هذه الفتوى قامت بالخلط غير المغتفر بين التحكيم والصلح كما وصمت اشخاص القانون العام بنقص الاهلية واضفت قدسية غير مبررة على العقد الاداري ، واخيرا قامت هذه الفتوى بالابتعاد عن قواعد التفسير الصحيحة للنصوص التشريعية [٥٨] .
ان جهة الادارة او اشخاص القانون العام لا تتمتع بحسب الاصل باهلية قانونية كاملة وانما يوصمون بنقص الاهلية واكتمال الاهلية في هذا المقام لا يتاتى الا بعمل تشريعي ، فاشخاص القانون العام من حيث المبدأ بجميع الحقوق ولها ذمة مالية مستقلة واهلية في الحدود التي يعينها سند انشائها او التي يقررها القانون، كما ان لها حق التقاضي ولها نائب يعبر عن ارادتها ،

فاشخاص القانون العام من حيث المبدأ يتمتعةن باهلية يرجع في حدودها اما الى سند انشائها او لما يقرره القانون اي انها ليست من ناقصي الاهلية فحدود الاهلية هنا انما تتحدد بالنسبة لكل شخص عام على حدة ولا يوجد قانون عمومي ينتقص من اهلية هذه الاشخاص العامة جميها حين يتعلق الامر بابرام العقود الادارية [٥٩]

كذلك ان هنالك قدسية غير مبررة على العقد الاداري لان فكرة العقد الاداري من اساسها هي بناء فقهي وقضائي اخذت به اصلا الانظمة القانونية اللاتينية وعلى راسها النظام الفرنسي ، اما الانظمة الانجلو امريكية فهي لا تأخذ بمفهوم العقد الاداري او بطابعه المميز، فكل هقود جهة الادارة لديها هي من صنف واحد ونوع واحد[٦٠].

ومفهوم الفتوى ان عقود الادارة الادارية تنأى عن التحكيم ، اما عقودها المدنية فليس ما يمنع على ما يبدو من الاخذ بنظام التحكيم فيها ، وان جهة الادارة حسبما هو مستقر عليه تستطيع ان تلجأ للتحكيم في مسائل اخطر من اطار العقد الاداري ومن ذلك قبول التحكيم في مجال القانون الدولي العام بما يتعلق مثلاً بامور السيادة او رسم الحدود الجغرافية[٦١].

ان الفتوى المذكورة ذهبت في سبيل نفي ادارج العقود الادارية في حكم نص المادة الاولى من قانون التحكيم الى القول ((من الجلي في مناهج التفسير ان اللفظ العام يعتبر ظني الدلالة في عمومه بينما اللفظ الخاص يعتبر قطعي الدلالة في خصوصه لانه ما من عام الا وخصص[٦٢].

وهذا التفسير قد جاء في الواقع مبتسراً ولا يتفق من قواعد التفسير الصحيحة لافي علم اصول الفقه ولا في القانون الوضعي وتفصيل ذلك ما ياتي ان اللفظ العام في اصول الفقه))[٦٣]

وما من شك ان عبارة المادة الاولى من القانون على ما ورد ذكره قد جاءت في صياغة عامة لا تحتمل اي تخصيص لها في قانون التحكيم ذاته او في اي قانون اخر سري في مصر[٦٤].

وقد سار هذا الراي مداه فذهب انه ما من شك في ان الفتوى المشار اليها من شانها ان تشكل عقبة امام الاتجاه المتعاظم في القانون المصري لتشجيع الاستثمارات وتوفير الاستقرار والطمأنينة للمشروعات الانمائية ومعنى ذلك ان لجهة الادارة المحاكم المختصة ان تلتفت عن هذه الفتوى الجديدة وتطرحها وهذا ما حث بالفعل في حكم حديث لمحكمة استئناف القاهرة صادر بتاريخ ١٩ مارس ١٩٩٧ في قضية رقم ٦٤ حيث قضى برفض دعوى بطلان حكم لهيئة التحكيم رفعها المجلس الاعلى للاثار ضد احدى شركات المقاولات الانجليزية بحجة بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الطرفين لعدم جواز التحكيم في العقود الادارية.

وقد اسند هذا الحكم في اسانيده الى ذات الاراء المتقدمة سالفة البيان

المطلب الثاني

اجراءات التحكيم في القانون العراقي

ان الحديث عن موضوع اجراءات التحكيم في القانون العراقي ضمن هذا المطلب يستدعينا الامر الى ان نقسمه لى ثلاث فروع، نتناول في الفرع الاول تقديم اخطار التحكيم، اما الفرع الثاني فنتناول فيه تشكيل هيئة التحكيم،وفي الثالث نتناول اجراءات المرافعة التحكيمية وعلى النحو الاتي:-

الفرع الاول:- تقديم اخطار التحكيم

الفرع الثاني:-تشكيل هيئة التحكيم

الفرع الثالث:-اجراءات المرافعه التحكيمية

الفرع الاول

تقديم اخطار التحكيم

تبدأ إجراءات التحكيم بقيام طالب التحكيم (المدعي) بإرسال إخطار إلى المدعى عليه (المطلوب التحكيم ضده) وعند تسلم الأخير للإخطار تُعدُّ إجراءات التحكيم قد بدأت ، وقد جاء قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ خالياً من أي نص يشير إلى بدء إجراءات التحكيم سواء من خلال إخطار التحكيم أو أي شيء آخر .

أما مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي وعلى الرغم من أن لجنة أعداد المشروع استوحى العديد من قواعدهُ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأونسترال الأ أن هناك بعض نقاط الاختلاف بينهما ومنها وقت بدء إجراءات التحكيم ، إذ جاء بالمادة ٢١ من القانون النموذجي (تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلباً بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك) .
بينما جاء في نص المادة ٢٣ من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي (يتفق الطرفان على تحديد موعد البدء بإجراءات التحكيم ، فإن لم يتفقا تبدأ الإجراءات بعد (٣) ثلاثة أيام من اليوم التالي لتسلم المدعى عليه الطلب بإحالة النزاع إلى التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك)[٦٥] .
وهكذا يتبين لنا بأن هناك اختلاف في تاريخ تحديد بدء إجراءات التحكيم وهذا الاختلاف واضح ، فقد جاء بالقانون النموذجي المادة ٢١ إن إجراءات التحكيم تبدأ في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلباً بإحالة النزاع إلى التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، بينما مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي ، فقد جاء به إن إجراءات التحكيم تبدأ في حالة عدم الاتفاق بين الطرفين بعد ثلاثة أيام من اليوم التالي لتسلم المدعى عليه الطلب بإحالة النزاع إلى التحكيم، الا اذ أتفاقا بأن الأجراءات تبدأ بالاخطار أو أشعار الطرف الاخر[٦٦].

الفرع الثاني

تشكيل هيئة التحكيم

في ما يخص تشكيل هيئة التحكيم يجب ان نتاول اولاً العدد الوتري لهيئة التحكيم، وثانياً تعيين المحكمين وردهم.

اولاً :- العدد الوتري لهيئة التحكيم.

اشارة المادة ٢٥٧ من قانون المرافعات الى ضرورة ان يكون عدد المحكمين عددا وترا [٦٧] ،إنَّ الغاية من اشتراط هذه المادة وهي كون عدد المحكمين فردياً لكي يستطيعوا إصدار قرار التحكيم بالأغلبية ، إذ جاء بالمادة (١/٢٧٠) من قانون المرافعات " يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق أو بأكثرية الآراء بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين ...) .
وهذا ما أخذت به التمييز في الدعوى المرقمة ١٢٧/مدنية أولى /١٩٧٣ في ١٩٧٣/١١/١٤ والتي جاء به " لا مورد لقول وكيلي المميز من أن عدد المحكمين يكون وتراً في التحكيم القضائي وليس في التحكيم الرضائي لأنَّ القانون لم يفرق في عدد المحكمين في جميع أنواع التحكيم ، كما أنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص بموجب المادة الثانية من القانون المدني . لهذا يجب أن يكون عدد المحكمين وتراً في جميع الحالات لتعلق ذلك بالنظام العام مما يتوجب معهُ بطلان قرار التحكيم المؤرخ في ١٩٦٩/١٢/٣ لأنَ عدد المحكمين كان اثنين فقط عملاً بالفقرتين (٢، ٤) من المادة ٢٧٣ من قانون المرافعات المدنية ...)[٦٨] ، وهكذا نرى أن اتجاه محكمة التمييز هو إبطال قرار التحكيم بسبب كون عدد المحكمين ليس وتراً لمخالفة ذلك النظام العام.

ثانياً :- تعيين المحكمين وردهم.

الاصل ان طرفا النزاع هما اللذان يعينان المحكمين، لكن أما إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع أحد المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزاله أو قام مانع من مباشرته بمهمة التحكيم ، ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فيحق لأي منهم مراجعة المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بعريضة ، لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم[٦٩] ، وإن قرار المحكمة بتعيين المحكمين يُعدُّ نهائياً غير قابل لأي طعن[٧٠]
أما قرار المحكمة يرفض طلب تعيين المحكم فيجوز تمييزه بالطريقة التي يجوز فيها تمييز أحكام القضاء المستعجل أي خلال سبعة أيام من اليوم التالي للتبليغ ويكون الحكم نهائياً[٧١].

أما بالنسبة إلى عزل المحكم ورده :

لا يجوز عزل المحكم إلاّ باتفاق الخصوم ، إذ جاء بالمادة (٢٦٠/مرافعات) (لا يجوز للمحكم بعد قبول التحكيم أن يتنحى بغير عذر مقبول ولا يجوز عزله إلاّ باتفاق الخصوم).
ويجوز رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي ولا يكون ذلك إلاّ لأسباب تظهر بعد تعيين المحكم ، إذ جاء بالمادة (١/٢٦١/مرافعات) (يجوز رد المحكم لنفس الأسباب التي يُرد بها القاضي ولا يكون ذلك إلاّ لأسباب تظهر بعد تعيين المحكم)، وأسباب الرد هي أما إلزامية أو جوازية[٧٢] .

الفرع الثالث

اجراءات المرافعه التحكيمية

نصت المادة ٢٦٥ من قانون المرافعات على (يجب على المحكمين إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلاّ إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحةً أو وضع إجراءات معينة يسير عليه المحكمون)، وعليه سوف نتطرق في هذا الفرع الى اهم الاجراءات المرافعة التحكيمية وحسب الاتي:-

اولاً :- الوجاهية.

الزمت المادة ٢٧٠ /٢ من قانون المرافعات بأن يجب ان يتضمن الحكم اقوال الخصوم [٧٣] ، لذا يجب على المحكمين أن يفسحوا المجال كاملاً للخصوم في الدفاع عن حقوقهم ، ويعتبر الفقه تمكين الطرفين من تقديم أدلتهم وأوجه دفاعهم حقاً لا يجوز التفريط به ، أو التساهل فيه، لأنه حق مقدس وضمان لمراعاة المحكم لوجاهية المحاكمة.

وقد ذهبت محكمة التمييز إلى إبطال قرار التحكيم بسبب عدم إتباع المحكم للوجاهية المطلوبة في قانون المرافعات ، إذ جاء في حكمها " قررت المحكمة إبطال قرار المحكمين ، لأنَّهم أصدروا قرار التحكيم بدون جمع الطرفين والاستماع إلى أقوالهما ودفوعهما وذلك خلافاً لقواعد قانون المرافعات "[٧٤].

ثانياً :- الاثبات

الاصل ان يتولى المحكمون مجتمعين إجراء التحقيق إلاّ إذا انتدبوا لذلك واحد منهم ، والمحكمون يمكّنون الخصوم من الإدلاء بأقوالهم وتقديم دفوعهم ويحددون لهم موعداً لتقديم ما لديهم من أوراق ومستندات وغير ذلك من الادلة كما لهم أن يستعينوا بأهل الخبرة وأن يقوموا بإجراء الكشف والمعاينة على المحل موضوع النزاع ، والشاهد الذي يتخلف أو يمتنع عن الإجابة يراجع المحكمون بشأنه المحكمة القضائية التي كانت مختصة أصلاً بنظر النزاع لتتخذ الإجراءات التي تراها مناسبة[٧٥].

وقد يحدث في بعض الاحيان ان يقر احد الخصوم بحق في ذمته للطرف الاخر امام هيئة التحكيم، فعندها يعتبر هذا الاقرار الذي حصل امام المحكميم (سواء اكان تعيينهم قضاءً ام اتفاقاً) هو اقرار قضائي لانه في نهاية المطاف يخضع لتصديق المحكمة المختصة فيكون له جميع آثار الاقرار القضائي[٧٦].

ثالثاً :- وقف اجراءات التحكيم وانقطاعها

إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكمين أو طعن بالتزوير في ورقة أو اتخذت إجراءات جزائية تتعلق بتزويرها أو عن أي حادث جزائي آخر ، يوقف المحكمون عملهم ويصدرون قراراً للخصور بتقديم طلباتهم إلى المحكمة المختصة ، وفي هذه الحالة يوقف سريان المدة المحددة إلى أن يصدر حكم بات في هذه المسألة ، وإذا اقتضت مهمة المحكمين إجراء بعض الإنابات القضائية كالاستماع إلى شهود خارج العراق أو في منطقة بعيدة عن المكان الذي يجري فيه التحكيم أو إجراء الكشف عن محل ناءٍ ويقع ضمن نطاق محكمة أُخرى أو يتطلب الأمر اتخاذ إجراءات معينة كتغريم الشهود لتخلفهم عن الحضور ، فإن كل ذلك لا تمتد إليه ولاية المحكمين ، بل يتعين الرجوع فيه إلى المحكمة المختصة أصلاً بالنظر في النزاع لاتخاذ القرار اللازم بهذا الشأن[٧٧].

رابعاً :- مكان التحكيم

ان قانون المرافعات لا يلزم الالطراف بمكان معين، فعند غياب الاتفاق بين الطرفين على تعيين مكان معين فيصار الامر عندئذ للمحكمين فهم الذين بعينون مكان التحكيم، واذا وقع النزاع حول ذلك ولم يتمكن المحكمون من حله، فان المحكمة المختصة اصلاً بالنظر في النزاع هي التي تحدد مكان التحكيم[٧٨].

خامساً:- مدة التحكيم.

منح المشرّع حق تحديد المهلة إلى الأطراف أولاً ثم يضيف أنه إذا لم يقم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المشروطة جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لتمديد المهلة للفصل في النزاع أو لتعيين محكمين آخرين للحكم فيه ، إذ جاء بالمادة ٢٦٣/مرافعات (إذا لم يقم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في اتفاقهم أو المحددة في القانون أو تعذر على المحكمين تقديم تقريرهم لسبب قهري جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لإضافة مدة جديدة أو للفصل في النزاع أو لتعيين محكمين آخرين للحكم فيه وذلك على حسب الأحوال) .

وتجدر الملاحظة أخيراً أن المُهل تمدد تلقائياً في حال وفاة الخصوم أو عزل المحكم أو تقديم طلب برده وذلك حتى زوال هذا المانع[٧٩] .

سادساً:- القانون واجب التطبيق.

أن نصوص التحكيم الواردة في قانون المرافعات هي نصوص عامة ومطلقة تنطبق على التحكيم سواء كان يجري داخل العراق أو خارجهُ . ولكن هل يجوز تطبيق القانون الاجنبي للتحكيم الذي يجري داخل العراق ؟

هناك من يذهب الى أنهُ لامانع من ذلك أذا كانت أحكام القانون الاجنبي لاتُخالف النظام العام أو الاداب العامة[٨٠] مستنداً في ذلك الى نص المادة ٣٢ من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررتهُ النصوص السابقة أذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام وللأداب) . وهناك جانب آخر من الفقه[٨١] ، يرى أن المادة المذكورة لاتصلح أن تكون سنداً لجواز تطبيق القانون الاجنبي في التحكيم الذي يجري في العراق ولكن هناك مادة أخرى من مواد القانون المدني وهي الاكثر صلة بأتفاق الطرفين في التحكيم على تطبيق قانون معين غير القانون العراقي وهي المادة ١/٢٥ (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين أذا أتحدا موطناً ، فأذا أختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا أن لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقهُ) حيث أن العبارة الاخيرة تعُطي للطرفين الحق في أختيار قانون معين كالقانون الاجنبي لتطبيقهُ على موضوع النزاع في التحكيم .

ومن المعلوم أن المشرع لايسمح بأختيار قانون غير الوطني أذا كان أطراف النزاع من المواطنين لان في ذلك أفلات من أحكام القانون الوطني أستناداً لنص المادة ٢٩ من قانون المرافعات[٨٢] ، ولكن أذا كان أحد أطراف النزاع أو كليهما أجنبي فيمكن عندئذ أختيار قانون غير القانون العراقي لتطبيقهُ على النزاع أستناداً لنص المادة (٢٧ / ٢و٤) من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ .

سابعاً:- الغياب عن المحكمة.

إذا تخلف طرف عن تقديم ما لديه من أوجه الدفاع في المدة المحددة يفصل المحكمون في النزاع بناءً على الطلبات والمستندات المقدمة في جانب واحد[٨٣] .

إنَّ هذا النص القانوني يتفق مع ماهية وفلسفة التحكيم التي تقضي السرعة في حسم النزاع بحيث إذا ما أراد أحد الأطراف المماطلة في الإجراءات عن طريق عدم الاشتراك في المرافعة وعدم تقديم المستندات ، هنا أجاز المشرع للمحكم إصدار قراره على المستندات المقدمة من جانب واحد فقط

المبحث الثالث

تنفيذ احكام التحكيم

ان تنفيذ الحكم أيا كان طبيعة هذا الحكم هو الهدف المرجو من إجراءات المحاكمة و الدافع للخصومة و محاولة الفوز بأكبر قدر من المكاسب لذا يمكن اعتبار لحظة التنفيذ هى أعلى قمة للخصومة التحكيمية حيث لا يوجد بعدها شئ، أن الحكم القضائي أو ألتحكيمي الأجنبي لا يرتب اثر تلقائي بمجرد صدوره أذا ما أريد تنفيذه خارج محاكم دوله إصداره إنما لا بد أن يقترن الحكم الأجنبي بإجراء يضعه موضع التنفيذ ، عن طريق تدخل السلطة الوطنية في الدولة المطلوب من محاكمها التنفيذه ،وفي ذلك يتحقق التوازن بين احترام السيادة الإقليمية لدوله محكمة تنفيذ الحكم الأجنبي، واحترام الحقوق المكتسبة للإفراد بموجب قانون دولة المحكمة التي أصدرت الأحكام . وفي ذلك يتحقق التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية لدولة إصدار الحكم ودولة تنفيذ الحكم (٨٤).

أن أتباع إجراءات التنفيذ يسبقه فحص الحكم من قبل محكمه دوله التنفيذ في ضوء شروط معينه يتطلب توزيعها بحسب قانون المحكمة أو الهيئة المعنية بالتحكيم التي أصدرت الحكم، وبين قانون المحكمة التي يراد تنفيذ الحكم على أراضيها، ومن ثم يرتفع الحكم إلى مرتبة التنفيذ والذي بأثره تترتب بعض الآثار.

لذا سوف نخصص هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الاول الشروط الواجب توافرها في القرار التحكيمي ،والمطلب الثاني نتناول فيه اجراءات تنفيذ القرار التحكيمي، وعلى النحو الاتي :-

المطلب الاول:- الشروط الواجب توافرها في القرار التحكيمي.

المطلب الثاني:- اجراءات تنفيذ القرار التحكيمي.

المطلب الاول

الشروط الواجب توافرها في القرار التحكيمي.

نصت في المادة ٢٧٣ من قانون المرافعات على : (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة ان يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها ان تبطله في الاحوال الاتية:-

١ - اذا كان قد صدر بغير بينة تحريرية او بناءً على اتفاق باطل او اذا كان قد خرج عن حدود الاتفاق.
٢ - اذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام او الاداب او قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون.
٣ - اذا تحقق سبب من الاسباب التي يجوز من اجلها اعادة المحاكمة.
٤ - اذا وقع خطأ جوهري في القرار او في الاجراءات التي تؤثر في صحة القرار)

اما موقف مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي فهو ايضاً مشابه تقريباً لموقف قانون المرافعات،فقد نصت المادة ٣٨ من المشروع على: (لايجوز الطعن بقرار التحكيم امام المحكمة المختصة الا بطلب ابطال يقدم احدى الحالات الاتية:-

اولاً:- اذا كان احدى طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرام اتفاق التحكيم فاقد الاهلية او ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم اهليته.

ثانياً:- اذا كان اتفاق التحكيم باطلاً وفقاً للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم او سقط بانتهاء مدته .

ثالثاً:- اذا لم يبلغ طالب الابطال على وجه صحيح يتعيين احد المحكمين او باجراءات التحكيم او لم يستطيع ان يعرض قضيته امام هيئة التحكيم .

رابعاً:- اذا تناول قرار التحكيم مسائل لم يتضمنها اتفاق التحكيم او جاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك اذا امكن فصل اجزاء القرار للتحكيم عن اجزائه غير الخاضعة له، فلا يقع الالغاء الا على الاجزاء الاخيرة وحدها.

خامساً:- اذا كان تشكيل هيئة التحكيم او تعيين المحكم مخالفاً للقانون او لاتفاق الطرفين .
سادساً:- اذا كان موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً للقانون او ان حكم التحكيم يخالف النظام العام في العراق.
وبعد ما تقدم يتبين لنا بان قانون المرفعات العراقي النافذ لم يدرج شروط ايجابية لتنفيذ القرار التحكيمي، وانما اورد شروطاً تؤدي الى بطلان القرار ومن ثم منع تنفيذه، وهذا مانصت عليه المادة(٢٧٣) اي ان المشرع لم ينص على الحالات التي يجب بها تنفيذ القرار التحكيمي، لذلك سنقوم بعكس هذا الشروط وعلى النحو الاتي :-
اولاً:- يجب ان يصدر القرار التحكيمي بناءً على اتفاق صحيح ونافذ، ومستند على بينة تحريرية، حيث يكون اتفاق التحكيم صحيحاً وسليماً متى ما كان مستوفياً لجميع الشروط الشكلية والموضوعية، ولذلك لابد من ان نبين هذه الشروط

١ -الشروط الموضوعية .

يجب ان تتوافر مجموعة من الشروط الاساسية والجوهرية لكي يكون الاتفاق التحكيمي صحيحاً:

أ - الرضا :

اتفاق التحكيم شأنه شأن اي اتفاق اخر لابد من توافير ركن الرضا فيه، لذا يجب ان لا يشوب ارادة الطرفين اي عيب، وكذلك لابد من تطابق الايجاب والقبول الذي ينصب على اللجوء الى التحكيم الذي سيحسم النزاع الذي نشأ او سينشأ بينهما، حيث ان الاتفاق على التحكيم يأخذ احدى صورتين، اولهما شرط التحكيم الذي يرد كأحد شروط عقد البيع بين الطرفين،اما كمشارطة تحكيمية تبرم بين طرفين بعد نشوب نزاع معين، ففي الحالة الاولى لا يحتاج الاتفاق على التحكيم الى رضا خاص به، لانه يعد شرطاً من ضمن شروط العقد الذي تمت المفاوضات بشأنه عند التفاوض على باقي شروط العقد الاخرى، اي ان الرضا المتبادل بين الطرفين يشمل العقد الاصلي وشرط التحكيم الذي يعد جزءً منه[٨٥]، اما في الحالة الثانية فلا بد من رضا صريح بخصوص احالة النزاع الى التحكيم.

ب -المحل
المقصود بمحل اتفاق التحكيم هو موضع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها بطريق التحكيم، فهناك عدة طرق للاشارة الى حل النزاع عن طريق التحكيم،فقد يعمل الاطراف على احالة نزاع معين ومحدد الى التحكيم، وقد يعملون على وضع شرط عام مفاده حل جميع منازعاتهم الناشئة عن هذا لعقد عن طريق التحكيم ،وان تحديد النزاع المفترض حله عن طريق التحكيم لا يكون الزامياً او ضرورياً في حالة شرط التحكيم الوارد في عقد معين، بخلاف حالة مشارطة التحكيم فبيان موضوع النزاع وتحديده يعد امراً جوهرياً لا يمكن اغفاله اذ تعد مشارطة التحكيم في هذه الحالة باطلة[٨٦]، وذلك لان موضوع النزاع اصبح محدداً ومعلوماً للاطراف بخلاف الحالة السابقة التي يكون فيها النزاع كحتمل الوقوع وغير مؤكد او معلوم لهم.
وان عدم تحديد المسائل الجوهرية في مشارطة التحكيم لا يحول دون تحديدها مستقبلاً ويتم ذلك باتفاق لاحق يضم اليها، اذ يعمل هذا الاتفاق على تصحيح المشارطة بازالة ما لحق بها من بطلان[٨٧].
ج- **السبب**
ان سبب التحكيم هو حل النزاع بعيداً عن القضاء وتفويض الامر للمحكمين، ويكون سبب التحكيم مشروعاً في اغلب الاحيان، الا اذا ثبت ان القصد من الجوء الى التحكيم هو التهرب من احكام القانون الذي كان سيتم تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظراً لما يتضمنه هذا القانون من قيود او التزامات اراد الاطراف التحلل منها، اذ يمثل التحكيم هنا حالة من حالات الغش نحو

القانون[٨٨]، اراد الاطراف من خلالها التهرب من قانون معين واختيار القانون الاخر يحقق مصالحهم ورغباتهم الا ان هذا الراي لا يمكن التسليم به لان اعلب الدول في الوقت الحالي تعمل على دعم التحكيم وذلك لحاجتها الماسة للاستثمار الاجنبي الذي يعتبر التحكيم ميزة اساسية لا يمكنه التغاضي عنها[٨٩].

د.**الاهلية**

الاهلية اللازمة للاتفاق على التحكيم هي اهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمه، بالتحكيم، اذ نصت المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ على : (لا يصح الا في المسائل التي يجوز فيها الصالح ولا يصح الا لمن له اهلية التصرف في حقوقه...)، وفي ما يخص تحديد القواعد القانونية التي تحكم مسائل الاهلية يتم الرجوع الى القانون الشخصي لاطراف النزاع، اذ يتم تحديد القانون الشخصي عن طريق الرابطة التي بين الشخص والدولة التي يخضع الشخص لقانونها[٩٠].

٢ -الشروط الشكلية.

وهي عبارة عن الكتابة والتي نصت عليها اغلب التشريعات ومن ضمنها قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة ٢٥٢، فعلى الرغم من ان هذه نصت على : (لا يثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة...) ، والتي يفهم منها ان الكتابة هنا شرط للاثبات وليس للانعقاد.

حيث ان مسألة الكتابة والشكلية بصورة عامة لا تقف عند حدود اتفاق التحكيم فحسب، بل تتعداها بمراحل، فالفقهاء بصورة عامة قد انقسموا الى قسمين بصدد عد الكتابة والشكلية ركناً من اركان العقد، او اقتصار العقد عللا ركن واحد الا وهو الرضا[٩١]، وعلى الرغم من وجاهة هذا الراي الا انه لا يمكن التسليم به في هذه المسألة بالتحديد وذلك لصعوبة اثبات مثل هذه الاتفاقات والعقود ان لم تكن مكتوبة وموثقة.

ثانياً:- يجب ان يصدر القرار التحكيمي متوافقاً مع قواعد النظام العام ونصوص القانون:

ففي ما لا شك فيه ان النظام العام هو مجموعة الاصول والقيم التي تشكل كيانها المعنوي وترسم صورة الحياة الانسانية المثلى فيها ، وحركتها نحو تحقيق اهدافها، وسياسية كانتاو اجتماعية او اقتصادية او خلقية وهي بهذه المثابة ، وقيم تفرض نفسها على مختلف انواع العلاقات القانونية في الدولة [٩٢].

والاصل ان على المحكمين التقيد بنصوص قانون المرافعات، الا ان القانون اعطى للاطراف حق اختيار قانون اخر ليحكم اجراءات التحكيم، وفي هذه الحالة على المحكمين الانصياع لارادة الاطراف متى ما لم يختاروا قانوناً يخالف النظام العام الداخلي [٩٣].

اذ ان القرار التحكيمي الصادر نتيجة اتباع قواعد اجرائية مخالفة للنظام العام، او نصاً قانونياً من من احكام القانون الذي اختاره الطرفان ليحكم اجراءات التحكيم، يتعرض للبطلان.

ثالثاً:- يجب ان يصدر القرار التحكيمي بدون غش او تزوير.

كل قرار يصدر نتيجة غش او تزوير يجوز ابطاله عن طريق اقامة دعوى بطلان وذلك لان الغش والتزوير يعتبران من الاسباب التي يجوز من اجلها اعادة المحاكمة، وحسب مانصت المادة ١٩٦ من قانون لمرافعات المدنية .

الا ان الامر المؤكد منه ان احكام التحكيمية تعتبر من قبيل السندات الرسمية وذلك لان المادة (٢٢) من قانون الاثبات نصت في فقرتها الثانية على : (تعتبر من قبيل السندات الرسمية شهادات الجنسية وبراءات الاختراع واحكام المحاكم وسجلات التسجيل العقاري وما هو في حكم ذلك)، وعلى الرغم من ان احكام المحكمين لم ترد بصورة صريحة في هذه المادة الا انها تعد من ضمن (ماهو في حكم ذلك) الذي ورد في نهاية المادة، والذي يؤكد هذا ان المشرع كان قد اشترط في الفقرة (١) من المادة(٢٧٠)من قانون المرافعات ان تتم كتابة القرار التحكيمي بالطريقة ذاتها التي تتم بها كتابة الحكم القضائي[٩٤].

رابعاً:- يجب ان يصدر القرار التحكيمي خالياً من أية اخطاء جوهرية.

بينت المادة ٢٠٣ الفقرة ٥ من قانون المرافعات المدنية العراقي المقصود بالخطأ الجوهري[٩٥] اذ فمتى ما تحققت اي من الحالات السابقة جاز رفع دعوى البطلان .
فالقاعدة العامة في نظرية البطلان تنصب على لتفرقة بين الاجراءات الجوهرية والاجراءات الثانوية ، فاذا كان الاجراء جوهرياً كان جزاء مخالفته البطلان، اما اذا كان الاجراء ثانوياً فان الخطأ لا يعبر جوهرياً ولا يترتب على هذا المخالفة اي بطلان، ومن قبيل الاخطاء الجوهرية انعدام الاتفاق على التحكيم او تجاوز المحكم لحدود هذا الاتفاق اوكون هذا الاتفاق باطلاً، ويعتبر من قبيل الاخطاء الجوهرية ايضاً مخالفة القرار التحكيمي للقواعد القانونية الموضوعية متى ما تم الاتفاق على كون هذه القواعد هي السارية على اجراءات التحكيم، وكذلك اهدار حقوق الدفاع، التي تتمثل بضرورة توجيه اعلان صحيح الى كل طرف في النزاع للحضور وتمكينه من شرح وجهة نظره وتفنيد دفاع خصمه.[٩٦]

المطلب الثاني
اجراءات تنفيذ القرار التحكيمي

ان الدول اختلفت في الطريقة الواجب اتباعها لغرض تنفيذ القرار التحكيمي، وذلك استناداً للقانون او الاتفاقية التي بينت تطبيقها عند تنفيذ القرار التحكيمي.
ونتيجة لهذا الاختلاف فقد عمدت بعض القوانين الى اعطاء القرار التحكيمي الصيغة التنفيذية بمجرد صدوره من قبل المحكمين ، الا ان الجانب الاخر من الدول قد نهج نهجاً مغايراً اذ عمل على وجوب استصدار امر بالتنفيذ من المحكمة المختصة في بلد كما هو الحال في قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ، اذ يستوجب هذا الجانب من التشريعات سلسلة من الاجراءات لغرض التنفيذ، لذلك سنعمل على دراسة الاجراءات الواجب اتباعها وفقاً لقانون المرافعات المدنية العراقي النافذ [٩٧] ، وحيث ان تنفيذ القررات التحكيمية الوطنية والاجنبية يكون تنفيذها بكيفية واحده لان قانون المرافعات العراقي لم يميز بين القرار التحكيمي والوطني والقرار التحكيمي الاجنبي ، لذا سنبين كيفية هذه الاجراءات.
حيث تبدأ هذه الاجراءات بتقديم المحكم نسخة من القرار التحكيمي الى كل من الطرفين، و المحكمة المختصة[٩٨] خلال الايام الثلاثة التالية لاصدار القرار وذلك وفقاً لنص المادة (٢٧١) من قانون المرافعات العراقي النافذ، ولا بد هنا من تسليم وصل موقع من كاتب المحكمة الى المحكمة يثبت تسليمه للقرار التحكيمي.
ان ايداع القرار التحكيمي لدى المحكمة المختصة لا يعني ان هذه المحكمة ستباشر بتصديق القرار تلقائياً، وانما يتوجب تقديم طلب من احد الطرفين، فالقانون لم يشترط تقديم طلب التصديق من الطرف الذي صدر القرار لصالحه، بل ترك الخيار لاي من الطرفين، اي يحق للطرف الذي صدر القرار بحقه ان يقدم طلب التصديق، وهذا يحقق له مصلحة ملموسة عند تقديم الطلب من قبل الطرف الذي صدر القرار لصالحه، والذي قد يعتمد عدم تقديم الطلب لغرض تاخير التنفيذ وتراكم الفوائد، اي عندما يكون سيء النية ويتعمد الاضرار بمصالح الطرف الاخر.
ولابد هنا من الاشارة الى انه يقع على الطرف الذي يقدم طلب التصديق دفع الرسوم المقررة، اذ بدون دفع هذه الرسوم لا تباشر المحكمة عملية تصديق القرار التحكيمي[٩٩].
وبعد بدء المحكمة المختصة بنظر دعوى تصديق القرار التحكيمي، يقع على كاهلها تبليغ كل من طرفي الدعوى بموعد اجراء جلسات المحاكمة، لكي يحق لهم تقديم الطعون في المواعيد المحددة قانوناً، وذلك في حالة توافر الشروط المنصوص عليها في المادة(٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية .
ويحق للمحكمة بعد عرض النزاع عليها ان تصدق او تبطل القرار التحكيمي، بصورة كلية او جزئية، وهذا ان دل على شيء فانه يدل على السلطة الواسعة الممنوحة للمحكمة عند عرض النزاع عليها، اذ لا تقتصر صلاحية القاضي على فحص القرار من الناحية الشكلية بل الامر

يتعدى ذلك ليصل الى فحصه من الناحية الموضوعية كذلك [١٠٠] وهذا يعد تهديداً حقيقياً للقرار التحكيمي.

ومما تجدر الاشارة اليه، انه في حالة ابطال القرار التحكيمي كلياً او جزئياً من قبيل المحكمة، فان هذا لا يمعنها من اعادة القضية مرة ثانية الى المحكمين ليفصلوا في النزاع ، ولكن عليهم هنا تجنب تكرار الاسباب ذاتها التي ادت الى البطلان، اي على المحكمين ان يكونوا اكثر حرصاً في المرة الثانية.

وفي الوقت ذاته تملك المحكمة الحق بأن تنظر هي بالنزاع، هذا في حالة كون القضية صالحة للنظر من قبل المحكمة، اذ على المحكمة ان تراعي مبدأ الاختصاص الوظيفي في حالة قيامها بالفصل بالنزاع.

وفي حالة عدم تقديم اي طعن من قبل الاطراف، واذا ما اتفقت المحكمة مع ما ذهب اليه المحكمون، ولم نجد اي سبب يدعوها الى رفض التصديق، فان المحكمة تصدق القرار التحكيمي ، وهنا يحق للطرف المستفيد الذهاب الى مديرية التنفيذ لغرض تنفيذ القرار التحكيمي بعد ان تم تصديقه من قبل المحكمة، اذ يقع على عاتق هذه المديرية الالتزام التام بما ورد في الحكم من قضاء[١٠١] الا ان لمنفذ العدل الحق في ان يستوضح من المحكمة التي اصدرت الحكم عما ورد فيه من غموض واذا اقتضى الامر اصدرت المحكمة قرارا منها يفهم ذوي العلاقة بمراجعتها دون الاخلال بتنفيذ ما هو واضح من الحكم واجب التنفيذ[١٠٢].

اما عن اهم الاسباب التي من اجلها يطلب القانون حصول المسفيد من القرار التحكيمي على امر بالتنفيذ من قبل المحكمة المختصة:

١ -تحقق المحكمة من سلامة الاجراءات المتبعة من قبل المحكمين، ومنها ، صحة التبليغ ، وضمان مبدأ المواجهة، وحق الدفاع بصورة متساوية بين الاطراف[١٠٣].
٢ -تأكد المحكمة من ان القرار التحكيمي لا يخالف النظام في الدولة [١٠٤].
٣ -تحقيق مبدأ الرقابة القضائية على التحكيم بنوعيه المؤسسي والحر.

الخاتمة

ان دراسة التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار قادتنا الى جملة من النتائج والمقترحات .

اولاً: النتائج.

١ - ان وجود وسائل محايده وفعاله لتسوية منازعات الاستثمار ما بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب من أهم عناصر الجذب للاستثمارات الأجنبية الخاصة التي تعتمد عليه الول، ومن ابرز واهم هذه الوسائل هو نظام التحكيم.
٢ -ان عملية الاستثمار تنظم بواسطة قواعد القانون الخاص ولكون الاستثمار غالباً ما يرتبط بأكثر من دولة وذلك من خلال تحركات رؤوس الأموال والخبرات عبر الحدود وهذا سوف يعمل على دخول الدوله متمثله بادارتها العامة كطرف بعقود الاستثمار مما يضفي عليه صفة الادارية.
٣ -أشكال أتفاق التحكيم يكون اما على شكل شرط التحكيم ومشارطة التحكيم،وشرط التحكيم بالاحالة، حيث أن أتفاق التحكيم يمكن أن يرد كشرط ضمن بنود عقد الاستثمار وهذا ما يسمى بشرط التحكيم ، أو يمكن أن يكون في أتفاق مستقلاً عن عقود الاستثمار وهذا ما يسمى (مشارطة التحكيم).او إشارة من المتعاقدين في عقد من عقود التجارة الدولية إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزء لا يتجزأ من العقد وهذا هوشرط التحكيم بالاحالة.
٤ -تختلف الدول بالنسبة للشروط التي تدرجها في قانونها لغرض تنفيذ القرار التحكيمي الا أن الامر المتفق عليه هو عدم تعارض هذا القرار مع النظام العام، الا إن مسألة النظام العام هي المختلف بشأنها كونها فكرة نسبى، تختلف من دولة الى اخرى.

ثانياً:- المقترحات:-

١ -ضرورة الاسراع باكمال وتشريع مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي، الذي اعتمد في اغلب احكامه على القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر من الامم المتحدة وقانون التحكيم المصري، ولا ضير من الاقتباس من القانون النموذجي، ولكن يجب توخي الحذر في ذلك لان بعض احكام هذا القانون تصطدم في عقبة النظام العام عندنا، من ذلك نص المادة (١٤/ثانيا) من المشروع ، والتي حكمت المحكمة الدستورية في مصر بعدم دستوريتها لمخالفتها للنظام العام، اذ انها تجعل من هيئة التحكيم هي الخصم والحكم في ذات الوقت.

٢ -نرى ضرورة تبني تعريف معين للتحكيم وبصورة واضحه وصريحه حتى تتوضح معالمه امام المستثمر ويكون عاملا مهما لجذب رؤوس الاموال وضمانه لهم ، وتضمين هذا التعريف بنص قانوني معين، ويكون هذا التعريف جامعا ومانعا لمفهومه كما يبين نطاقه ويبين محله وما يشمله التحكيم من منازعات وما لايشمله باعتبارها امورتهم المستثمر.

٣ -نقترح على المشرع العراقي تعديل تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ ليشمل بالإضافة الى تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ووفقاً للشروط التي يتطلبها القانون وهذا ما سيحقق للتحكيم الفعالية الكبيرة كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار.

٤ -إضافة فقرة سادسة للمادة ٢٧ من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ يحث فيه المستثمرين على تسوية النزاع بشكل ودي دون تحديد سواء كان بالتوفيق أو الوساطة أو إجراء المفاوضات قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء.

هوامش البحث

- القران الكريم.

١ - معجم مقاييس اللغة والمصباح المنير ، مادة : حكم ، الكليات ، ص ٣٨٠.

٢ - "An arbitration is the reference of a dispute or difference between not less than

٣ - two persons for determination after hearing both sides in a judicial manner by

٤ - another person or persons other than a court of competent jurisdiction "

- Gill, W.H., The Law of arbitration, 2 nd edition, 1977, p1.

٥ - المادة ٢٥١ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ التي جاء بها "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين "

٦ - جاء في المادة (٧) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار (يجوز تسوية منازعات الاستثمار ....او وفقاً لاحكام التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار اليها بطريق التحكيم امام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي).

٧ - نص الماده ٢٥١ من قانون المرافعات النافذ (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين ،كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين).

٨ - هذا القرار منشور في مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد١ ،السنة السادسة، ص١٧٥ . وما تجدر الإشارة إليه أن قانون المرافعات الفرنسي أجاز ذلك ايضاً بالمادة ١٤٤٦ والتي جاء بها (يجوز الاتفاق على التحكيم حتى أثناء نظر النزاع أمام القضاء) .

Art. 1446- Les parties peuvent compromettre meme au course d’une instance déjà Engagee devant une juridiction.

٩ - د.عبد اللطيف نايف العاني ، مشروع قانون التحكيم العراقي ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الخامس عشر ، تموز ، ٢٠١٢ ،ص٨٠.

١٠ - هذه الصورة (شرط لتحكيم بالاحالة) مأخوذه من القانون التحكيم المصري حيث اورده بالمادة (١٣/١٠) منه (ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل احالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم اذا كانت الاحالة واقعة في اعتبار وهذا الشرط جزء من العقد) ، وهذا النص مأخوذ من المادة (٦/٧) من القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي .

١١ - د.سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ،الكتاب الاول ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٨٤،ص٨.

١٢ - Art 1442- Le clause comeromissoire est la convention par laquelle les parties a

١٣ - un ou plusieurs contarts s’engagent a soumettre a l’arbitrage les litiges

qui pourraient naitre relativement a ce ou a ces contrats. - ١٤

١٥ - وينص البند ثالثاً في المادة الرابعة من مشروع قانون التحكيم العراقي " يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع... "

١٦ - د.مرد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دراسة مقارنه ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،٢٠١٠،ص٤٠.

١٧ - المادة ١٤٤٢ من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي ، الباب الرابع (التحكيم) والمعدل بموجب المرسوم رقم ٨٤ لسنة ٢٠١١.

Art. 1442 " Le compromis est la convention par Laquelle les parties a un litige ne Soumettent celui – ci l'arbitrage ".

أما قانون التحكيم المصري فلم يشير إلى تعريف مشارطة التحكيم وإنما عبّر عن معناها فقط في المادة ٢/١٠ بقوله " ٠٠ كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى قضائية أمام القضاء "

١٨ - د.ابراهيم اسماعيل ابراهيم ، التحكيم ضمانة اجرائية لتسوية منازعات الاستثمار (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة كلية القانون /جامعة بابل ، ٢٠١٣،ص٩.

١٩ - انظر في ذلك نص المادة (251) من قانون المرافعات.

٢٠ - انظر في هذا القرار منشور في مجموعة الاحكام العدلية الصادرة عن قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل ،ع١،س١،ص١٧٥.

٢١ - نص المادة ١٠ من قانون التحكيم المصري النافذ

٢٢ - د. أحمد صالح مخلوف ، أتفاق التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥ .

٢٣ - أحمد محمد الصاوي ، تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للبناء والتشييد " دراسة مقارنة " ، ط١، دار النهضة العربية ٢٠١٢، ص٩٤.

٢٤ - ندى عبد الرحمن قيصر ، تسويت منازعات الاستثمار (دراسة مقارنة في ضوء اتفاقية واشنطن) ، رسالة ماجستير ،كلية القانون / جامعة بغداد، ٢٠١٤، ص ١١٢.

٢٥ - M.De Boisseson ; Le droit Francais de l'arbitrage Gide loyrette Nouel 2ed 1990 n324, p283.

٢٦ - Alfred Bernard : L'arbitrage volontaire en droit prive, Bale, 1995, p203.

٢٧ - د. محمود مختار بريري ، التحكيم التجاري الدولي ،دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ،١٩٩٩،ص٧.

٢٨ - راجع : د. عاطف شهاب ، إتفاق التحكيم التجاري الدولي و الاختصاص التحكيمي ، من دون دار نشر ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٠-٤١ .

٢٩ - خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٨، ص١٥

٣٠ - د.احمد السيد الصاوي ، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وانظمة التحكيم العربية ، الطبعة الثانية ،٢٠٠٤،ص١٣.

٣١ - د.يسرى محمد العصر ،التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية ، دار النهضة العربية، ٢٠٠١،ص٢٩.،

٣٢ - راجع : د. عاطف شهاب ، إتفاق التحكيم التجاري الدولي و الاختصاص التحكيمي ، من دون دار نشر ، ٢٠٠٢، ص ٧٢ - ٧٣

٣٣ - راجع : عرض حجج هذا الاتجاه : د.أسامة احمد شوقي المليجي ، هيئة التحكيم الإختياري، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٦٥ –٦٦.

٣٤ - المال : ماكان فيه منفعة مقصودة مباحة شرعاً لغير حاجة أو ضرورة ولهُ قيمة مادية بين الناس، د.نزيه حماد ،معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ،ط١،دار البشير ،٢٠٠،ص٣٨٨.

٣٥ - والتي جاء بها : (يتكون رأس مال المشروع المشمول بأحكام هذا القانون :

أولاً : النقد المحول الى العراق عن طريق المصارف والشركات المالية أو أي طريقة قانونية أخرى بهدف أستثمارهُ لأغراض هذا القانون .

ثانياً: الاموال العينية والحقوق المعنوية الموردة الى العراق أو المشتراة من الاسواق المحلية بواسطة النقل المحول للعراق وهي :

أ - اموال عينية لها علاقة بالمشروع .

ب - المكائن والالات والمعدات والابنية والانشاءات ووسائل النقل والاثاث وأللوازم المكتبية اللازمة لأقامة المشروع

ج- الحقوق المعنوية التي تشمل براءات الاختراع والعلامة التجارية المسجلة والمعرفة الفنية والخدمات الهندسية والادارية والتسويقية ومافي حكمها .

ثالثاً : الارباح والعوائد والاحتياطات الناجمة عن أستثمار رأس المال في العراق في مشروع أذا تمت زيادة رأس مال هذا المشروع أو

أذا أستثمرت في مشروع أخر مشمول بأحكام هذا القانون) .

٣٦ - ندى عبد الرحمن قيصر ، تسويت منازعات الاستثمار (دراسة مقارنة في ضوء اتفاقية واشنطن)،مصدر سابق،ص٨.

٣٧ - الفقرة التاسعة من المادة الاولى من قانون الاستثمار لإقليم كوردستان العراق رقم ٤ لسنة ٢٠٠٦ .

٣٨ - الفقرة الثانية عشر من المادة الاولى من قانون الاستثمار لأقليم كوردستان العراق رقم ٤ لسنة ٢٠٠٦

٣٩ - المادة الأولى من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ والتي تنص (تسري أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشآت، أي كان النظام القانوني الخاضعة لهُ ، التي تنشأ بعد تاريخ العمل بهِ ، لمزاولة نشاطاتها في أي من المجالات الآتية : استصلاح واستزراع الأراضي البور والصحراوية أو أحدهما ، الإنتاج الحيواني والداجني والسمكي ، الصناعة والتعدين ، الفنادق والموتيلات والشقق الفندقية والقرى السياحية والنقل السياحي .....

٤٠ - أبن منظور ، لسان العرب ، دار المعارف ، القاهرة ، بدون سنة طبع : ص٥٠٤ . وأيضاً أحمد رضا ، معجم متن اللغة ، المجلد الأول ، مكتبة الحياة ، بيروت ، ١٩٥٨، ص١٧٥

٤١ - د. محمد فؤاد الحريري : آليات تسوية المنازعات في عقود الفيديك ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٢ : ص١٧٨

٤٢ - محمد شوقي عبد العال ، فض المنازعات في أطار مجلس التعاون لدول الخليج العربية دراسة مقارنة بتجارب منظمات أقليمية ، دراسات أستتراتيجية ، العدد ١٥٧ ، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية : ص١١ .

٤٣ - كمال ملص ، المنازعات في العقود الهندسية والانشائية وأعداد المطالبات ، بحث منشور على شبكة الانترنيت http://cmguide.org/arabic/?p=282 last visit 9/11/2013

٤٤ - بشار محمد الاسعد – عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – ٢٠٠٦ ، ص ٦٦

٤٥ - د.هشام خالد- خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي – مؤسسة الشباب الجامعية – الاسكندرية – ١٩٨٨، ص٥٠ -٥١

٤٦ - راجع : حامد المختار، التحكيم في العراق (مشاكله العملية وبعض الآراء والمقترحات لمعالجتها)، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الأول والثاني والرابع، ١٩٨١، ص ٤٢٥.

٤٧ - المادة رقم ١ من قانون ١٩٩٤ المصري والتي نصت على (مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التعويض في ذلك (هذه الفقرة مضافة بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧

٤٨ - المستشار حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الادارية ،١٩٩٨،منشأت المعارف ص ١٣٠.

٤٩ - . المستشار حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الادارية ،١٩٩٨،منشأت المعارف ص ١٣٢.

٥٠ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتاوى والتشريع ملف ١٩٦٣/٦/٨٦ جلسة ١٩٧٠/١٠/٧ ، منقول عن المستشار حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الادارية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٤،ص،٧٠.

٥١ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ١٢٢/١/٤٧ جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠ منقول عن المستشار حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص ٧٢.

٥٢ - يسري محمد العصار،التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية- دراسة مقارنة دار النهضة العربية ، القاهرة،٢٠٠١، ص ٦٨.

٥٣ - د.عبد الحميد الاحدب ، تطور وسائل حسم النزاعات في قضايا الانشاءات الدولية ،دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٦، ص ١١.

٥٤ - بهاء هلال دسوقي ، قانون التجار الدوبي الجديد ، رسالة ماجستير ، القاهرة ، ١٩٩٣، ص١٦٧

٥٥ - د.محمد ميرغني، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، ١٩٨٩، ص٢٦٣.

٥٦ - محمود سلام زناتي ، التحكيم عند العرب ، مؤتمر جامعة عين شمس ، ١٩٩٥.

٥٧ - حمدي ياسين عكاشة ، العقود الادارية ،١٩٩٤، ص١٧٨

٥٨ - Didier linette – Achille Mestre – Raphael Romi, Services publics st drait public economique litec paris 1992.
٥٩ - Mayer ARRSSON (La sentence contrair al , ordre public au local fond rwve arbitrage 1994).
٦٠ - حمدي عكاشة ،العقود الادارية،١٩٩٤،ص١٧٨.

٦١ - د.احمد قسمت الجداوي ، خصائص التحكيم في عقود الانشاءات الدولية، دارسة خاصة بمناسبة فتوى الجمعية العمومية بقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة الصادر في ١٩٩٦/١٢/١٨ ،بحث غير منشور ،ص٥.
٦٢ - د.احمد قسمت الجداوي ،مصدر سابق ،ص٢٤
٦٣ - د.جورجي شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩،ص١٢٠
٦٤ - زكي النجار ،الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الادارية ، دار النهضة العربية ،١٩٩٤،ص٧٦.
٦٥ - مصطفى احمد ترو،سلطة المحكم الدولي في تعيين القواعد القانونية على موضوع النزاع، الطبعة الاولى،١٩٩٢،بدون مكان نشر،ص١٣٢.

٦٦ - لما احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار ،منشورات زين الحقوقية،بيروت لبنان،٢٠١٤،ص ١٣٤.
٦٧ - الشيخ زكي الدين شعبان ، اصول الفقه الاسلامي ، ط ،١٩٦١ ، ص٣١٤.
٦٨ - جلال وفاء محمدين،التحكيم بين الاستثمار الاجنبي والدولة المضيفة للاستثمار امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (القواعد- الاجراءات- الاتجاهات الحديثة)،سنه ٢٠٠١،دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،ص٦٦.
٦٩ - د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والاقليمية والعربية مع أشارة الى أحكام التحكيم في التشريعات العربية ، ط٦، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠١٢،ص٢٥٥.
٧٠ - ندى عبد الرحمن قيصر ، تسويت منازعات الاستثمار (دراسة مقارنة في ضوء اتفاقية واشنطن) ، رسالة ماجستير ،كلية القانون / جامعة بغداد، ٢٠١٤،ص١٥٩
٧١ - نصت المادة ٢٥٧ من قانون المرافعات (يجب عند تعدد المحكمين ان يكون عددهم وتراً....)
٧٢ - الدعوى رقم ٧٢١/م١/١٩٧٣ في ١٩٧٣/١٢/١٤، النشرة القضائية لسنة ١٩٧٣ ، عدد ٤٤ ، ص٢٨٤

٧٣ - نصت المادة ١/٢٥٦ مرافعات (إذا وقع نزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع أحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو أكثر له أو عزل عنه أو قام مانع من مباشرته ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم) .
٧٤ - نصت المادة ٢/٢٥٦ مرافعات (يكون قرار المحكمة بتعيين المحكم أو المحكمين قطعياً وغير قابل للطعن ...) .
٧٥ - نصت المادة ٢/٢٥٦ مرافعات (...أما قرارها برفض تعيين المحكمين فيكون قابلاً للتمييز طبقاً للأجراءات المبينة في المادة ٢١٦ من هذا القانون) .
٧٦ - المواد من ٩١ إلى ٩٦ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته .

٧٧ - المادة ٢/٢٧٠/ مرافعات (يجب أن يشتمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم...) .
٧٨ - رقم الدعوى ٨٢١/ مدنية ثانية /١٩٧٣ في ١٩٧٤/١١/٧ أشار إليه د. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون أصول المرافعات العراقي ، ج٤، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٩٠ : ص ٤٦٨.
٧٩ - المواد (٢٦٧ و ٢٦٦ و ٢٦٩) من قانون المرافعات .
٨٠ - مهدي صالح امين،أدلة القانون غير المباشرة،مطبعة اوفيس المشرق،١٩٨٧،ص٣٤.
٨١ - المواد (٢٦٨ و ٢٦٩) من قانون المرافعات.
٨٢ - عبد الحميد الاحدب،موسوعة التحكيم،التحكيم في البلدان العربية،الصبعة الثالثة، منشورات الحلبي،٢٠٠٨،ص٦٣٩.
٨٣ - المادة ٣/٢٦٢ مرافعات (في حالة وفاة أحد الخصوم أو عزل المحكم أو تقديم طلب برده يمتد الميعاد المحدد لإصدار قرار التحكيم إلى المدة التي يزول فيها هذا المانع)

٨٤ - حسين المؤمن الوجيز في التحكيم ، مطبعة الفجر ، بيروت ، ١٩٧٧ :ص١٨.

٨٥ - د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق : ص٤٤١ .
٨٦ - جاء بالمادة ٢٩ / مرافعات (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بمافي ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات الا ما استثني بنص خاص).

٨٧ - جاء بالمادة ٢٦٦/ مرافعات (.. يفصل المحكمون في النزاع ... بناءً على الطلبات المقدمة والمستندات من جانب واحد إذا تخلف الطرف الآخر من تقديم ما لديه من أوجه دفاع في المدة المحددة) .
٨٨ - د.منذر عبد اللطيف التكريتي – آثار الأحكام الجنائية الأجنبية – دراسة مقارنة – مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية – بغداد – ١٩٨١ –ص٤
٨٩ - د.فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠،ص١٢٣.
٩٠ - د.حسني المصري،التحكيم التجاري الدولي د ا رسة مقارنة،دار الكتب القانونية مصر،دار شتات للنشر والبرمجيات ،مصر،بدون سنة طبع، ص ١٦٢.
٩١ - زهراء عصام صالح كبه، تنفيذ القرار التحكيمي في المسائل التجارية ،دراسة مقارنة، رسالة ماجستير :كلية القانون جامعة بغداد،٢٠١٣،ص١١٨.
٩٢ - د.صلاح الدين جمال الدين،القانون الدولي الخاص،ج١، الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين،بدون ذكر دار النشر،٢٠٠٩،ص٢٤٠ وما بعدها.
٩٣ - د.أبو زيد رضوان،الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي،١ ١٩٨، ص١٣.
٩٤ - نصت الفقرة (١)من المادة(١٨) من القانون لمدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على : (الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته).
٩٥ - القاضي حلمي بهجت بدوي، اصول الالت ا زمات ج ١ نظرية العقد، ١٩٤٣ ، مطبعة نوري بالقاهرة،ص ٦٥.
٩٦ - د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون ذكر دار النشر،الصبعة الاولى،١٩٩٩، ص١٥٣.
٩٧ - المادة ٢٦٥ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣،لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٩٨ - زهراء عصام صالح كبه، تنفيذ القرار التحكيمي في المسائل التجارية ،دراسة مقارنة، رسالة ماجستير :كلية القانون جامعة بغداد،٢٠١٣،ص١٢٢.
٩٩ - نصت المادة ٢٠٣ فقره ٥ من قانون المرافعات المدنية على : (ويعتبر الخطأ جوهريا اذا اخطأ الحكم في فهم الوقائع او اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى او فصل في شيء لم يدع به الخصوم او قضى باكثر مما طلبوه او قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى او على خلاف دلالة الاوراق والمسندات المقدمة من الخصوم او كان منطوق الحكم مناقصا بعضه لبعض او كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية
١٠٠ - عبد الرحمن العلام، ، شرح قانون الم ا رفعات المدنية، ج ٤، العاتك لصناعة الكتب – المكتبة القانونية، بغداد ، الطبعة الثانية، ص ٤٨٧.
١٠١ - المحامي حلمي محمد الحجار، اصول التنفيذ الجبري دراسة مقارنة، منشورات الحلبي،٢٠٠٣،ص٢٠٧ ومابعدها.
١٠٢ - تنص المادة (٥) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي على : (تختص محمكة استئناف بغداد بالنظر في المسائل الناشئة عن تنفيذ قرارات التحكيم الصادرة وفقاً لاحكام هذا القانون مالم يتفق الطرفان على جعل الاختصاص لمحكمة استئناف اخرى)
١٠٣ - هذا مانصت عليه الفقرة (١) من المادة(٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
١٠٤ - فؤاد العلواني،التحكيم التجاري الدولي بين النظرية والتطبيق، بدون دار نشر او سنة طبع،ص٣٩.
١٠٥ - قرار وردة لمحكمة تمييز العراق (..... وحيث ان رئاسة التنفيذ لا تستطيع تبديل منطوق الحكم وانما هي ملزمة بتنفيذه) ، قرار رقم (٤٥٨)، تنفيذ، ١٩٧١، في ١٩٧١/٢/٢٢ ، النشرة القضائية ، العدد الاول، السنة الثالثة،ص١٨٠.
١٠٦ - نصت المادة العاشرة من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ على (للمنفذ العدل ان يستوضح من المحكمة التي صدرت الحكم عما ورد فيه من غموض واذا اقتضى الامر صدور قرار منها افهام ذوي العلاقة ومراجعتها دون الاخلال بتنفيذ ما هو واضح من الحكم الواجب التنفيذ)
١٠٧ - القاضي رحيم حسن العكيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية،بدون دار نشر اوسنة طبع،ص٤٤ وما بعدها.
١٠٨ - د. اشرف عبد العليم الرفاعي ، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية دراسة فقهية قانونية مقارنة، دار الفكر الجامعي في الاسكندرية،٢٠٠٣،ص٨٦،وما بعدها