



التحكيم في منازعات العقود الإدارية في العراق بين مقتضيات الإدارة وتدخل القضاء (دراسة تحليلية في مشروع قانون التحكيم العراقي)

عبد اللطيف نايف عبد اللطيف (*)

(*) أستاذ مساعد دكتور - مجلس الدولة dralatef_naif@yahoo.com

المستخلص

ان تشكل هيئة مستقلة مختصة بإدارة ملف التحكيم بات اليوم ضرورة ملحة لما يشكله التحكيم من أهمية كبيرة في مجال حسم المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية والمحلية نظراً لما يتميز به من مميزات عديدة مثل سرعة الفصل في القضايا المعروضة، والسرية... الخ كما انه يعد أحد الوسائل التي تساعد على تشجيع اصحاب رؤوس الاموال للاستثمار داخل الدولة ، كما ان الدور المساند والداعم للقضاء لا يقتصر على التصديق على أحكام التحكيم ومنحها القوة التنفيذية فحسب بل يتعدى ذلك الى تفعيل اتفاق التحكيم وتخطي العقبات الاجرائية التي قد تواجه مراحل التحكيم والتي تمثل في اختلاف أطراف النزاع على تشكيل هيئة التحكيم بحيث يتدخل القضاء ويقوم بتشكيل تلك الهيئة التحكيمية ، كما انه للقضاء دور مهم من خلال الرقابة القضائية على العملية التحكيمية على المراحل كافة التي تمر بها سواء قبل صدور الحكم او بعد صدوره واثراً على سرعه تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقاً لمشروع قانون التحكيم العراقي واتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨.

الكلمات المفتاحية

الرقابة القضائية، التحكيم القانوني، تنفيذ الاحكام، التحكيم الدولي، الهيئات المستقلة

للاستشهاد بهذا البحث:

عبد اللطيف ع. ا. ن. (٢٠٢٦). التحكيم في منازعات العقود الإدارية في العراق بين مقتضيات الإدارة وتدخل القضاء (دراسة تحليلية في مشروع قانون التحكيم العراقي). *مجلة كلية القانون والعلوم السياسية*، ٣٤، ٨٥-٥٧،

<https://doi.org/10.61279/bk9xqr23>

تاريخ الاستلام: ١٣ حزيران ٢٠٢٦ تاريخ القبول: ٢٠ آب ٢٠٢٦ تاريخ النشر ورقياً: ٢٥ تشرين الثاني ٢٠٢٦

متوفر على الموقع الالكتروني: ٢٥ تشرين الثاني ٢٠٢٦

متوفر على: <https://jpls.edu.iq/index.php/jpls/ar/article/view/653>

متوفر على: <https://iasj.mohesr.gov.iq/journals/journal/view/253>

ترميز رقمي: <https://doi.org/10.61279/bk9xqr23>

مفهرسة على: <https://doaj.org/toc/2664-4088>

المجلة تعمل بنظام التحكيم المجهول لكل من الباحث والمحكمين

هذا البحث مفتوح الوصول ويعمل وفق (نسب المشاع الإبداعي) (نَسْب المُصَنَّف - غير تجاري - منع الاشتقاق ٤.٠ دولي)

يحتفظ المؤلفون بحقوق النشر (Copyright) لأعمالهم المنشورة في المجلة، مع منح المجلة حق النشر الأول وذلك حسب [سياسات المجلة](#)

نسخة المجلة المنشورة هي النسخة الرسمية المعتمدة لأغراض التوثيق والاستشهاد العلمي

المجلة مؤرشفة في مستوعب المجلات العراقية المفتوحة

للزيد من المعلومات مراجعة الروابط من خلال الضغط على الشعارات ادناه

Arbitration in Administrative Contract Disputes in Iraq Between Administrative Requirements and Judicial Intervention: (An Analytical Study of the Draft Iraqi Arbitration Law)

Abdullatif Nayef Abdullatif(*)

(*) Assistant Professor Dr. - State Council dralatef_naif@yahoo.com

Abstract

The establishment of an independent body specialized in managing arbitration has become an urgent necessity due to the great importance of arbitration in settling disputes arising from international and domestic trade contracts, given its many advantages, such as speed in deciding cases and confidentiality. It is also a means of encouraging capital owners to invest within the state. The judiciary's supporting role is not limited to approving arbitration awards and granting them enforceability, but extends to activating the arbitration agreement and overcoming procedural obstacles facing arbitration, including the parties' disagreement over the formation of the arbitral tribunal, whereby the judiciary intervenes to form it. The judiciary also plays an important role through judicial supervision of the arbitration process at all stages, before or after the award, and its effect on the speed of enforcing the international arbitration award according to the Iraqi draft Arbitration Law and the 1958 New York Convention.

Key Words

Judicial oversight, Statutory arbitration, Enforcement of awards, international arbitration, independent bodies

Recommended citation

عبد اللطيف ع. ا. ن. (٢٠٢٦). التحكيم في منازعات العقود الإدارية في العراق بين مقتضيات الإدارة وتدخل القضاء (دراسة تحليلية في مشروع قانون التحكيم العراقي). مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، ٣٤، ٨٥-٥٧.
<https://doi.org/10.61279/bk9xqr23>

Received 13 June 2026; accepted 20 Aug. 2026

published 25 Oct. 2026 ; published online: 25 Oct. 2026

Available online at: <https://jpls.edu.iq/index.php/jpls/ar/article/view/653>

Online archived copy can be found at: <https://iasj.mohesr.gov.iq/journals/journal/view/253>

Indexed by: <https://doaj.org/toc/2664-4088>

Crossref DOI: <https://doi.org/10.61279/bk9xqr23>

This article has been reviewed under the journal's double-blind peer review policy.

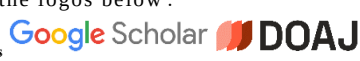
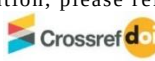
This article is open access and licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND 4.0).

Authors retain the copyright to their works published in the journal, while granting the journal the right of first publication according to the journal's [policies](#).

The published version of the journal is the official version authorized for documentation and scholarly citation purposes.

The journal is archived in the Iraqi Open Access Journals database .

For more information, please refer to the links by clicking on the logos below .



المقدمة

لم يعد التحكيم مجرد وسيلة فاعلة وناجعة يستعين بها أطراف العقد لفض المنازعات التي تنشأ بينهم بعيداً عن طرق التقاضي العادية، وإنما أصبح عاملاً مهماً من عوامل جذب الاستثمارات للدول، لما يوفره من اطمئنان وضمان للمستثمرين الذين ينظرون بعين الشك والريبة الى القضاء الوطني لتلك الدول من جهة، وبالحفاظ على أسرارهم وتجنب المساس بمراكزهم وسمعتهم في مجال النشاط التجاري، فضلاً عن السرعة التي يمتاز بها من القضاء في الفصل والبث في النزاع من جهة أخرى. وللأهمية المذكورة آنفاً فرض التحكيم التجاري الدولي اليوم نفسه بقوة على معظم التشريعات الوطنية، الأمر الذي يتطلب تشجيعه ودعمه لتعزيز فعاليته على الصعيد الدولي وإزالة المعوقات التي تعترضه وبخاصة في مجال تنفيذ الأحكام.

نصوص في قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ من جواز اللجوء الى التحكيم يصطدم بالمادة (الاولى) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨ التي اشترطت في تنفيذ الحكم الأجنبي في العراق ان يكون صادراً من محكمة مختصة ومكتسباً درجة البتات.

وبناءً على ذلك اتجهت الجهود بخطى حثيثة لإعداد مشروع قانون للتحكيم التجاري العراقي ليكون من بين أهدافه ايجاد قواعد تحكيم تنسجم مع قواعد التحكيم التجاري الدولي ويواكب التطور القانوني في مجال التحكيم الدولي، وقد استقى أحكامه جُلّها من التشريع المقارن، وقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في سنة ١٩٨٥ والمعدل في ٧ تموز سنة ٢٠٠٦.

ويؤدي التحكيم دوراً مهماً في حسم المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية والمحلية نظراً لما يتميز به من مميزات عديدة مثل سرعة الفصل في القضايا المعروضة، والسرية... الخ كما يعد أحد الوسائل التي تساعد على تشجيع اصحاب رؤوس الاموال للاستثمار داخل الدولة.

وقد اناطت بعض الدول مهمة تمثيل مصالح الدولة الى هيئة تعرف بهيئة قضايا الدولة وهي هيئة قضائية مستقلة تمارس اختصاص النيابة القانونية عن الدولة في الدعاوى وتسويتها في أي مرحلة من مراحل التقاضي وصياغة عقود الدولة والإشراف الفني على إدارات

ونظراً الى التحولات التي شهدتها العراق في أصعدة متنوعة، منها في الجانب الاقتصادي بانتقاله من اقتصاد السوق الموجه إلى اقتصاد السوق الحر وارتباطه بالكثير من عقود توفير السلع والخدمات وما قد ينشأ عنها من منازعات يتعين حسمها بقواعد أكثر مرونة لجذب الاستثمارات الاجنبية وتشجيعها، لذا كان لزاماً وجود قواعد تنظم التحكيم التجاري الدولي في العراق، ولا سيما إن القوانين النافذة لا توجد فيها معالجة لهذا الموضوع، منها قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ الذي اقتصر على بعض أحكامه على معالجة التحكيم المحلي الذي يجري في داخل العراق، وأن ما ورد من

المطلب الأول

التعريف بالتحكيم في العقود الادارية

يعد العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً اعتبارياً عاماً وكان موضوعه متصلاً بنشاط مرفق عام وإشراف الإدارة على تنفيذه ومراقبة كيفية سيره بما لها من سلطة عامة ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق العقود الخاصة^١. وهو ما يعبر عنه فقهاء القانون الإداري بلجوء الإدارة إلى وسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق والتزامات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها. ومصطلح (العقد الإداري) هو المصطلح السائد في الدول التي تأخذ بمفاهيم النظام القانوني اللاتيني مثل القانون الفرنسي، أما دول النظام القانوني الأنجلو أمريكي فتأخذ بمصطلح (العقد الحكومي)، وتختلف فلسفة النظامين حول هذه العقود، ففي النظام القانوني اللاتيني تسمو إرادة الطرف الإداري (أي الحكومي)، بينما في النظام الأنجلو أمريكي ليس للطرف الحكومي هذه الميزة.

وتتشابه العقود الإدارية مع العقود المدنية في أحكام كثيرة وأهمها أن تنشأ عن توافق إرادتين، ولكن في المقابل هناك فروق بينهما^٢ وهي أن العقود الإدارية تخضع لأحكام القانون العام والقضاء الإداري أما العقود المدنية فتخضع لأحكام القانون الخاص والقضاء العادي، وفي العقود الإدارية التعاقد يتم بين طرفين غير

الشؤون القانونية بالجهاز الإداري بما فيها قضايا التحكيم في العقود الادارية التي تبرمها الدولة كما يتمتع أعضاؤها بالضمانات والحقوق والواجبات كافة المقررة لأعضاء السلطة القضائية لتمكينهم من الدفاع عن الحق والمال العام. وفي العراق فان الهيئة المذكورة آنفاً لم تشكل الى الان بالرغم من وجود نص صريح في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ الذي اناطة هذه المهمة لمجلس الدولة حيث نصت المادة (١٠١) منه على (يجوز بقانون، انشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الاداري، والافتاء، والصياغة، وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة امام جهات القضاء الا ما أستثني منها بقانون).

وبناء على ما تقدم ستركز هذه الدراسة على ماهية التحكيم في العقود الإدارية والتشريعات والاتفاقيات المنظمة له وكيفية ادارته والرقابة القضائية عليه.

المبحث الاول

ماهية التحكيم في العقود الإدارية وادارته في العراق

ستتناول الدراسة في هذا المبحث التعريف بمفهوم التحكيم في العقود الإدارية والتشريعات والاتفاقيات المنظمة له في العراق والجهة المختصة بإدارة ملف التحكيم.

١ للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع ينظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤.

٢ للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع ينظر: د. عمر حلبي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أو اتفاق منفصل).

ويعرف التحكيم في العقود الإدارية^٣ بأنه نظام استثنائي للتقاضي يجوز للدولة بموجبه وسائر أشخاص القانون العام الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية وطنية أو أجنبية من ولاية القضاء الإداري لكي تحل بطريق التحكيم بناء على نص قانوني يجيز ذلك، وخروجاً من مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون الأخرى في اللجوء إلى التحكيم.

وبخصوص التحكيم في العقود الإدارية في العراق فانه ورد في نصوص متفرقة في بعض التشريعات ويخضع لسلطة القضاء العادي بالرغم من استقلال القضاء الإداري في العراق عن القضاء العادي، ويعود سبب ذلك لكون اختصاص القضاء الإداري ورد على سبيل الحصر في البند (رابعاً) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بالنظر في صحة الاوامر والقرارات الادارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجعاً للطعن فيها ومن ثم فإن منازعات العقود الإدارية تخرج عن اختصاصه، ومن أهم التشريعات

متساويين فالإدارة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة أما المتعاقد معه من الأفراد او الشركات فيسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة. وفي العقود المدنية فالأصل هي المساواة بين طرفي العقد لأن كل منهما يهدف الى تحقيق مصلحة خاصة.

وفي العقود الإدارية تتمتع الإدارة بامتيازات وحقوق في تعديل شروط العقد والإشراف على تنفيذه وتوقيع الجزاءات في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة خروجاً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يسري على العقود المدنية. بالإضافة الى أن الإدارة تخضع لقيود في اختيار المتعاقد معها في إبرام العقد الإداري وهي قيود لا يخضع لها الأفراد في عقودهم الخاصة فالأصل أن للفرد الحرية في التعاقد مع من يشاء.

ويعرف التحكيم بأنه نظام قانوني خاص لحل المنازعات التجارية بعيداً عن القضاء، يتعهد بمقتضاه الأطراف بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم او التي نشأت الى التحكيم. وهو قضاء خاص يمارس اختصاصه خارج ولاية قضاء الدولة.

وقد عرفت المادة (٧) من القانون النموذجي ١٩٨٥ (اليونسترال) المعدل من لجنة التحكيم التجاري الدولي اتفاق التحكيم على أنه (اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحدودة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما، بشأن علاقة قانونية

^٣ ينظر د. علاء معي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية واحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.

القانون هي من تحدد ولاية المحاكم المدنية، والبعض الآخر يطالب بوضع قيود على العقود الحكومية تتمثل بضوابط تحد من لجوء الإدارة للتحكيم.

وبعد صدور الامر التشريعي بالرقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ امر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) الذي نظم العقود العامة، صدرت عدة تعليمات بالاستناد الى احكام الفقرة (١) من القسم (١٤) من الامر المذكور آنفاً وكان اخرها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ حيث نصت في البند (ثالثاً) من المادة (٣٥) تحت عنوان الفصل الثامن عشر (تسوية المنازعات)، على التحكيم كطريق لفض هذه المنازعات، اذ ميزت بين التحكيم الوطني والتحكيم الاجنبي، فيكون التحكيم الوطني وفق اجراءات قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ او أي قانون آخر يحل محله، اما التحكيم الدولي (يكون في حالات الضرورة، والمشاريع الاستراتيجية الكبرى أو المهمة، وعندما يكون احد أطراف العقد اجنبياً بعد استحصال موافقة مجلس الوزراء) مع مراعاة: اختيار احد المؤسسات التحكيمية الدولية المعتمدة، تحديد مكان ولغة التحكيم، اعتماد القانون العراقي الواجب التطبيق، توافر المؤهلات لدى العاملين لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب أو الاستعانة بأي جهة مختصة مؤهلة لذلك، مع اعلام وزارة العدل — الدائرة القانونية لأنها الجهة المختصة بإدارة ملف الدعاوى الخارجية ومنها ملف التحكيم.

التي اجازت اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الادارية، الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ والشروط العامة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية المستمدة احكامها من عقود الفدك والتي حلت محلها الشروط القياسية الصادرة عن وزارة التخطيط لسنة ٢٠١٩، كذلك الامر التشريعي بالرقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الذي نظم العقود العامة، وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ الصادرة بالاستناد اليه، وتجدر الاشارة الى ان مشروع قانون التحكيم التجاري الذي لم يرَ النور الى الان قد تضمن في البند (اولاً) من المادة (٣) منه معالجة للتحكيم في العقود الادارية وعلق صحة انعقاده ووجوده على موافقة مجلس الوزراء.

المطلب الثاني

التشريعات والاتفاقيات المنظمة للتحكيم في العقود الادارية في العراق

إن قواعد التحكيم في العراق وردت في نصوص متفرقة فقد خصصت المواد (٢٥١ — ٢٧٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ لتنظيم التحكيم وهي قواعد عامة لتنظيم احكام التحكيم ولا تشير صراحةً إلى جواز أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقد الإداري، إلا إنه يمكن القول بإجازة التحكيم كما فعلت بعض التشريعات الأخرى، ويرى البعض أن أحكام المادة (٢٥١) لا تصلح أساساً لإجازة التحكيم، لأن اختصاص القضاء هو الأصل وخلافه يتطلب نصاً خاصاً كون المادة (٢٩) من

وكذلك أجازت الشروط القياسية التخصيصية الصادرة عن وزارة التخطيط في ٢٠١٧ والمستمدة احكامها من عقود الفدك اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ المفاولة التي تكون الدولة طرفاً فيها، بوصفها (رب العمل) والمفاول كطرف ثانٍ عراقياً كان أو اجنياً.

وكذلك الحال بالنسبة لقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦، فقد أجاز البند (اولاً) من المادة (٢٧) منه اللجوء إلى التحكيم لأنه وسيلة لحل المنازعات في نوع من أنواع العقود الدولية وهي عقود الاستثمار حيث نص على (تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون الى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني او الدولي) وفق اتفاق يبرم يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق).

إن الاتفاقيات الدولية تؤدي دوراً مهماً في السماح بالتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي في العراق، ومن أبرزها عقود امتيازات النفط، من ذلك الاتفاقية المعقودة في ٣/شباط/١٩٥٢م بين حكومة العراق وشركات النفط العراقية المحدودة، ونفط البصرة المحدودة، ونفط الموصل المحدودة، واهم الاتفاقيات التي وقّع العراق عليها وتضمنت احكام في التحكيم، اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وأثمان الصادرات سنة ١٩٧٤، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة ١٩٨٠،

وحسناً فعل المشرع عندما اشترط موافقة مجلس الوزراء على إجازة التحكيم الدولي وذلك بسبب كثرة المشاكل الناجمة عن العشوائية في ادراج شرط وصياغة شرط التحكيم في العقود الادارية من دوائر الدولة والقطاع العام والذي كبد الخزينة العامة مبالغ طائلة نتيجة للدعاوى التي خسرها العراق في قضايا التحكيم المقامة عليه في هذا الصدد، وكذلك حسناً فعل المشرع عندما اشترط اختيار احد المؤسسات التحكيمية الدولية المعتمدة مع تحديد مكان ولغة التحكيم كشرط للجوء الى التحكيم الدولي لتجنب الانزلاق نحو التحكيم الحر الذي تخرج فيه السيطرة والرقابة على القائمين على التحكيم وخاصة في مجال تحديد وتقدير أجور المحكمين المبالغ بها وكذلك اختيار وتحديد مكان التحكيم لما له من أهمية في تحديد المحكمة المختصة بنظر المسائل الناشئة عن التحكيم بما فيها دعوى البطلان والقانون الاجرائي الواجب التطبيق، وليس ادل على ذلك من دعوى التحكيم التي اقامتها شركة (هورس) المصرية ضد شركة الخطوط الجوية العراقية بتاريخ ٢٠١١/٨/٤ حول نزاع يعود تاريخه لعام ٢٠٠١ انتهى بقرار تحكيمي جائر ضد العراق صادر عن هيئة تحكيم (تحكيم حر) بتاريخ ٢٠٢٣/٧/٢٦ ألزمت بموجبه وزارة النقل وشركة الخطوط الجوية العراقية بتأدية مبلغ لصالح شركة (هورس) كتعويض مع الفوائد يزيد على (٧٨٠,٠٠٠,٠٠٠) سبعمائة وثمانين مليون دولار امريكي علماً ان مبلغ العقد الكلي لا يتجاوز (٢٨٠,٠٠٠,٠٠٠) ثمان وعشرين مليون دولار امريكي.

الاتفاقيات الثنائية في مجال تشجيع وحماية الاستثمار مع العديد من الدول وقد دخلت العديد منها حيز النفاذ مع فرنسا، اليابان، مقدونيا، الكويت، الأردن، دولة الامارات العربية....الخ.

لما تقدم فإن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الادارية في العراق، وإن كان جائزاً إلا إنه ليس منظماً بشكلٍ دقيق بحيث يشمل جميع منازعات العقود الإدارية، إذ نراه موجوداً بين طيات نصوص ومواد تشريعات متفرقة مثل (قانون المرافعات المدنية، قانون العقود الحكومية وتعليماتها، الشروط القياسية الصادرة عن وزارة التخطيط.....).

لذلك كان لازماً تدخل المشرع وإصداره تشريعاً خاصاً بالتحكيم يجيز اللجوء إليه وينظم أحكامه، ويعدّه طريقاً لحل المنازعات المتعلقة بالعقود بما فيها العقود الإدارية لذا تم اعداد مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي استقى جل احكامه من قانون الاونسيترال النموذجي وتضمن احكاماً ومبادئ اهمها (شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، استقلال شرط التحكيم : شرط التحكيم يبقى صحيحاً حتى ولو أبطل العقد الاصلي او جرى فسخه او انهأؤه الا اذا كان سبب البطلان يشمل شرط التحكيم ايضاً كما لو ان موقع العقد ناقص الاهلية، نزع تخصص المحاكم القضائية: في حالة قيام المدعى عليه بالتمسك بشرط التحكيم قبل ابدائه اي طلب. عدم جواز التحكيم الا في المسائل التي يجوز الصلح فيها، مبدأ الاختصاص بالاختصاص ويقصد به ان هيئة التحكيم هي المختصة بالفصل في كل ما يتعلق

اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣ اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧، اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الاعضاء في منظمة المؤتمر الاسلامي لسنة ١٩٨٨. اتفاقية القاهرة لتسوية نزاعات الاستثمار في الدول العربية لسنة ٢٠٠٠. بروتوكول جنيف المتعلق بشروط التحكيم لعام ١٩٢٣.

ولقد انضم العراق مؤخراً الى اهم اتفاقيتين دوليتين في مجال التحكيم الأولى اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني دول أخرى لسنة ١٩٦٥ (الاكسيد) والتي انضم اليها بموجب القانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٢ المنشور بالوقائع العراقية بالعدد (٤٢٨٣) في ٢٦/٧/٢٠١٣ والتي لم تدخل حيز النفاذ الا بتاريخ ١٧/١٢/٢٠١٥ بعد تأخره في إيداع صك الانضمام. اما الاتفاقية الثانية وهي اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٥٨ والتي صادق عليها العراق بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٢١ المنشور بالوقائع العراقية بالعدد (٤٦٣٣) في ٣١/٥/٢٠٢١ ودخلت حيز النفاذ بتاريخ ٩/٢/٢٠٢٢ بعد تضمينها ثلاثة تحفظات تتعلق بشرط المعاملة بالمثل وحصرتها بالنزعات التجارية وعدم سريانها على احكام التحكيم الصادرة قبل انضمام العراق الى الاتفاقية. كما انضم العراق الى اتفاقية الامم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول الموقع عليها في نيويورك بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٧، كما وقع العديد من

بالدفع المتعلقة بعدم اختصاصها، التنفيذ والاعتراف بقرارات التحكيم....الخ.

وان مشروع القانون المذكور انفاً لم ير النور الى الان بالرغم من أهميته من جهة ومعالجة النقص التشريعي من جهة أخرى لذا نأمل من مجلس النواب العراقي ان يتم التصويت عليه وتشريعه في أقرب وقت ممكن خصوصاً بعد وصوله الى مراحل متقدمة بعد ان جرى قرأته القراءة الثانية.

اما بخصوص التحكيم في منازعات العقود الادارية في مشروع القانون المذكور فقد نظمته المادة (٣) منه حيث نصت على (اولاً- مع مراعاة عدم الاخلال بالاتفاقيات الدولية ذات العلاقة التي تكون جمهورية العراق طرفاً فيها، تسري احكام هذا القانون على... جـ التحكيم في منازعات العقود الحكومية، ويشترط ان يكون التحكيم في هذه العقود بموافقة مجلس الوزراء).

وتجدر الاشارة الى ان العقود الادارية في العراق لا تخضع لتخصص القضاء الاداري، فبالرغم من أن العراق يعد من البلدان التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج بوجود قضاء اداري مستقل يتخصص بالمنازعات الادارية الى جانب القضاء العادي الذي يتخصص بالمنازعات المدنية، إلا ان المشرع حدد تخصص محكمة القضاء الاداري في العراق بالنظر في صحة الأوامر

والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات الادارية في دوائر الدولة والقطاع العام، مستبعداً في ذلك منازعات العقود الادارية من تخصصه، يضاف الى ذلك ان القضاء العادي في العراق في كثير من احكامه لم يميز عند نظر دعاوى العقود الادارية من العقود المدنية وما يترتب عليها من نتائج.

المطلب الثالث

الجهة المختصة بإدارة ملف التحكيم

تعتمد كثير من الدول الى اناطة تمثيل مصالح الدولة الى هيئة متخصصة تعرف بهيئة قضايا الدولة وهي هيئة قضائية مستقلة أنيط بها اختصاص النيابة القانونية عن الدولة في الدعاوى وتسويتها في أي مرحلة من مراحل التقاضي وصياغة عقود الدولة والإشراف الفني على إدارات الشؤون القانونية بالجهاز الإداري بما فيها قضايا التحكيم في العقود الادارية التي تبرمها الدولة كما يتمتع أعضاؤها بالضمانات والحقوق والواجبات المقررة لأعضاء السلطة القضائية لتمكينهم من الدفاع عن الحق والمال العام.

وفي مصر صدر قانون هيئة قضايا الدولة رقم (١٠) لسنة ١٩٨٦ وكان صدوره بمثابة ميلاد جديد لهيئة قضائية مستقلة^٤، ونص في مادته الأولى على أن هيئة قضايا الدولة هيئة قضائية مستقلة، تلاه النص دستورياً عليها حيث أرسى دستور مصر الصادر عام ٢٠١٤ مبدأ

٤ صدر أول قانون في ظل دستور مصر لسنة ١٩٢٣ هو القانون رقم (١) لسنة ١٩٢٣ بتنظيم لجنة قضايا الدولة.

الحق، وإذا فرض عليها الدفاع لمصلحة عامة تستقل وحدها بتقديرها وفقاً لأحكام القانون، فهي تحقق دفاع الدولة فإن صح أبدته، وإن حاد عن الصواب أغفلته، فلا تنطق إلا عدلاً وصدقاً وترباً بنفسها عن اللدد في الخصومة، وإن شرعت في جمع المعلومات والمستندات من الجهات الإدارية ذات الصلة بمناسبة دعوى تباشرها فهي تلتزم الحيطة والتجرد فتجمع ما للدولة وما عليها لتتبرر به الطريق أمام منصة القضاء، وإذا ما صدر حكم لصالح أحد المواطنين، وكان هذا الحكم مبنياً على أساس قانوني سليم، فلا تطعن عليه وتهب لاتخاذ ما يلزم نحو تنفيذه طبقاً لما قضى به، فتعطي كل ذي حق حقه.

وأعضاء هيئة قضايا الدولة مستقلون، غير قابلين للعزل، ولا سلطان عليهم في لأعضاء السلطة القضائية، فهم قضاة يحكمون ضمائرهم في نيابتهم عن الدولة والمال العام الذي هو مملوك للشعب المصري.

وفي مجال المنازعات الخارجية يختص قسم المنازعات الخارجية بهيئة قضايا الدولة المصرية بمباشرة الدعاوى القضائية المقامة من الدولة المصرية أو ضدها في الخارج وقضايا التحكيم الدولي بنوعيه التجاري والاستثماري أمام هيئات التحكيم الدولية المختلفة، فنذ بداية الثمانينيات بدأ القسم في مباشرة هذا النوع الأخير من القضايا على نطاق ضيق نظراً لقلة قضايا التحكيم الدولي المرفوعة ضد الدولة المصرية آنذاك. ومع ازدياد عدد قضايا التحكيم الدولي ولجوء المستثمرين الأجانب إليه كوسيلة لفض المنازعات، ازدهر دور القسم، وخاصة

سيادة القانون وتأكيد استقلال قضايا الدولة، حيث نص في المادة (١٩٦) على أن (قضايا الدولة هيئة قضائية مستقلة، تنوب عن الدولة فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى، وفي اقتراح تسويتها ودياً في أي مرحلة من مراحل التقاضي، والإشراف الفني على إدارات الشؤون القانونية بالجهاز الإداري للدولة بالنسبة للدعاوى التي تباشرها، وتقوم بصياغة مشروعات العقود التي تُحال إليها من الجهات الإدارية وتكون الدولة طرفاً فيها، وذلك كله وفقاً لما ينظمه القانون، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، ويكون لأعضائها كافة الضمانات والحقوق والواجبات المقررة لأعضاء السلطة القضائية، وينظم القانون مساءلتهم تأديبياً).

وأناط الدستور بهيئة قضايا الدولة كهيئة قضائية مستقلة اختصاص النيابة القانونية عن الدولة في الدعاوى، واقتراح تسويتها في أي مرحلة من مراحل التقاضي، وصياغة عقود الدولة، والإشراف الفني على إدارات الشؤون القانونية بالجهاز الإداري للدولة، كما أكد على تمتع أعضائها بالضمانات والحقوق والواجبات كافة المقررة لأعضاء السلطة القضائية، لتمكينهم من الدفاع عن الحق والمال العام.

فهيئة قضايا الدولة تدافع عن الدولة في مقام دفاعها عن تطبيق القانون، حيث تستقل دون غيرها بتقدير متى تتدخل الدولة في الخصومة القضائية، ومتى لا تتدخل، فلا تزج بالأفراد إلى ساحات المحاكم ظلماً أو تدفع حقاً ليتحقق به ظلم، فتكون أول من يرفض لأجهزة الدولة الإدارية طلباتها إن جنحت تلك الأجهزة الإدارية عن

القانون المصري بالإضافة إلى خبرة مميزة لكل منهم في فرع بعينه من فروع القانون، بما يضمن التخصص، والتمكن من أحد فروع القانون المصري كالقانون الجنائي أو الإداري أو المدني.

ونظراً لأهمية تلك القضايا وطبيعتها الخاصة يقوم العمل بالقسم بنظام العمل الجماعي حيث يتم تكوين فريق عمل خاص بكل قضية ويتولى هذا الفريق (بالمشاركة مع باقي أعضاء القسم) اختيار مكتب محاماة دولي متخصص في قضايا التحكيم الدولي وفق معايير محددة تم ابتكارها لضمان اختيار أفضل مكتب لكل قضية حسب موضوع تخصصها (وذلك فيما يخص منازعات الاستثمار الدولي) ومشاركته في مراحل الدعوى كافة من فحص الملف ودراسة المستندات، واختيار أعضاء هيئة التحكيم، واستجواب الشهود وتعيين الخبراء، وإعداد إستراتيجية الدفاع، والمشاركة في كتابة مذكرة الدفاع، وحضور الجلسات، ما يتعلق بالقضية، كما يقوم فريق العمل داخل الهيئة بتولي ما يتعلق بمسائل القانون المصري كافة لأنه وفق أحكام القانون الدولي قانون الدولة المضيف للاستثمار وهو بطبيعة الحال يكون القانون الأوثق صلة بموضوع النزاع، كما يتولى فريق العمل إعداد الدفوع الشكلية الخاصة بالاختصاص أمام هيئات التحكيم الدولية، ويقوم بإبداء الرأي في المسائل المتعلقة بالتفاوض لتسوية بعض المنازعات الاستثمارية.

عقب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ وعلى أثر ذلك قامت الهيئة بعمل العديد من التطورات عملهم لغير القانون، ويتمتعون بالضمانات والحقوق والواجبات والحصانات المقررة كافة لمواكبة القضايا المتلاحقة التي أقيمت ضد الدولة المصرية إبان هذه المدة. وقد بدأت أولى هذه التطويرات في إنشاء مجموعتي عمل داخل القسم:

المجموعة الأولى:

تختص بكل ما يتعلق بالقانون الدولي وتضم أعضاء يتقنون عدة لغات أجنبية، وسبق لبعضهم الدراسة في جامعات أجنبية وللبعض الآخر العمل في مكاتب محاماة دولية قبل الالتحاق للعمل بالهيئة، ومدرّبين على هذا النوع من القضايا المعقدة والتي تتعرض لأكثر من فرع من فروع القانون الداخلي والقوانين الأجنبية، وكذا القانون الدولي ومبادئه العامة، ويقوم بتوجيه الأعضاء مشرفين من ذوي الخبرة والدراسة الواسعة بالتحكيم والمنازعات الدولية.

المجموعة الثانية:

تختص بمسائل القانون المصري وفروعه المتعددة كافة، وتضم تلك المجموعة نخبة من الأعضاء العاملين بالمكتب الفني لرئيس الهيئة الذي يضم أفضل عناصر الخبرة القانونية بالهيئة، والتميزين من أقسام وفروع الهيئة، والذين حصلوا على دراسات عليا في القانون وسبق لهم العمل في العديد من فروع الهيئة داخل جمهورية مصر العربية والتحقيقوا بعدة أقسام أكسبتهم خبرة في عموم

جانب المهارات الشخصية كمهارات التواصل والتفاوض وغيرها من المهارات المهمة.

التدريب المتواصل لأعضاء القسم، وإيفادهم لبعثات دراسية بالخارج والذي سيكسب العضو الإلمام بالأنظمة القضائية المختلفة والقانون المقارن ويمكنه من الاختلاط بالجنسيات والثقافات المختلفة بما يؤهله للتعامل في مجال عمله بالتحكيم والاستثمار الدولي والقضايا ذات الطبيعة الدولية.

يتبين مما تقدم أن التنظيم الدستوري والقانوني المصري اناط لهيئة قضايا الدولة وظيفة النيابة القانونية عن سلطات الدولة الثلاث (التشريعية - التنفيذية - القضائية) وعن سائر الأشخاص الاعتبارية العامة أمام الحاكم العادية والإدارية وهيئات التحكيم — سواء في الداخل أو الخارج — للدفاع عن حقوق الدولة المصرية. وتولى إبداء الرأي قبل إنهاء المنازعات القضائية صلحاً بين الدولة والخصوم الآخرين سواء بمبادرة منها أو بالموافقة على الصلح المقترح من جهة الاختصاص، إذا كان محققاً لمصالح الدولة.

وقد أوجب القانون واستقرت أحكام الحاكم العليا (الدستورية والنقض والإدارية العليا) على وجوب استطلاع رأي هيئة قضايا الدولة في كل صلح أو تسوية يتم اجراؤها بشأن نزاع متداول تباشره هيئة قضايا الدولة سواء كانت الدعوي قائمة أمام الحاكم الوطنية أو الأجنبية أو مقامة أمام هيئات التحكيم الدولية.

وثمة حالات يباشر فيها القسم منازعات التحكيم الاستثماري الدولي دون الاستعانة بمكتب محاماة خارجي.

أما بالنسبة لقضايا التحكيم التجاري الدولي فيقوم فريق العمل الخاص بالقضية بمباشرتها كاملة دون الاستعانة بمكتب محاماة خارجي توفيراً واقتصاداً للنفقات، ودرءاً لمخاطر وكالة تلك المكاتب الدولية عن الدولة في قضية ما، ثم عن المستثمر في قضية أخرى. مما يهدم مصداقيتها أمام هيئات التحكيم المختلفة، في حين أن دفاع الهيئة من خلال أعضاء القسم المنتمين إليها دائماً، سيصب باتجاه واحد هو (صالح الدولة وحقوق الخزنة العامة وحماية مقدرات الوطن)، وذلك إيماناً بولائهم لوطنهم وحماسهم في الدفاع عن بلدهم وحرصهم الشديد على مصلحتها.

وتسعى رئاسة هيئة قضايا الدولة إلى توفير البيئة المناسبة والتجهيزات اللوجستية اللازمة لقيام القسم بواجباته وفقاً للمعايير الدولية بما يسمح لها بمنافسة مكاتب المحاماة الدولية في التجهيزات اللازمة والآلات الضرورية لضمان حسن أداء العمل في النزاعات الدولية، وتأهيل أعضاء قسم المنازعات الخارجية علمياً وعملياً حيث يعدّ العنصر الأساسي الفعال في الدفاع عن الدولة ونجاح المنظومة، لذا تم اتخاذ ما يلي:

ثم وضع معايير مهنية يتم الاختيار على أساسها للالتحاق بالقسم يراعى فيها الخلفية العلمية، ومهارات اللغة إلى

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه "وحيث إنه من المقرر قانوناً أن عقد الصلح المبرم بين الطرفين يعد بياناً كتابياً موقعاً من الطرفين فيتحقق به إحدى طرق إبداء الترك بشرط أن يكون صريحاً لا غموض فيه ولا يستتج ضمناً. لما سبق ذكره، وكان عقد الصلح المبرم بين طرفي الخصومة المعروضة، الذي وقع في تاريخ لاحق على إقامتها، إلا أن الاحتجاج بهذا الصلح، وإعمال آثاره في شأن عد المدعين تاركين لدعواهم المعروضة، مشروط بوجود عرضه على هيئة قضايا الدولة لأخذ رأيها في إجراء الصلح، والذي يعد من الاختصاصات المحجوزة لتلك الهيئة على ما جرى به نص المادة (١٩٦) من الدستور، ونص المادة (٨) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٦٣ في شأن تنظيم هيئة قضايا الدولة الذي يقضي بأنه "لا يجوز إجراء صلح في دعوى تباشرها هيئة قضايا الدولة إلا بعد أخذ رأيها في إجراء الصلح، كما يجوز لهذه الهيئة أن تقترح على الجهة المختصة الصلح في دعوى تباشرها....."، بما مؤداه أن أخذ رأي الهيئة المشار إليه إجراءً جوهرياً، وشرط لصحة انعقاد عقد الصلح، والحال أنه لم يؤخذ رأي الهيئة المذكورة في شأن الصلح، وإنما تمسكت بطلباتها المباداة في هذه الدعوى، التي تناقض كلياً مع ما تضمنه عقد الصلح آنف الذكر، ومقتضاه عدم انعقاد أثر هذا الصلح في الدعوى المعروضة، لعدم استيفائه لشروطه القانونية، مما لازمه طعنها على الصلح بالبطلان".^٥

وتؤدي هيئة قضايا الدولة عملاً قانونياً يتفق مع وظيفتها القضائية المتمثلة في النيابة عن الدولة كوحدة قانونية مستقلة عن الأشخاص المسؤولين والوزراء الذين يمارسون السلطة ضمناً لمبدأ خضوع الدولة للقانون، حيث أنط الدستور بهيئة قضايا الدولة حماية الحق والمال العام والدفاع عنه وذلك لكونها تبو عن الدولة قانونياً في الدعاوى والمنازعات في الداخل والخارج، ليكون حائطاً قانونياً منيعاً لصد كل معتد على المال العام، فهذه قضايا الدولة تدافع عن الدولة في مقام دفاعها عن تطبيق القانون، بالإضافة إلى تسوية المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، لذا كان من الأولى والأجدر وجوب عرض أي صلح في شأن دعاوى متداولة تباشرها — هيئة قضايا الدولة — عليها بحسبانها هي الأقدر على تقييم الموقف واتخاذ القرار الذي يصب في صالح الدولة وحماية حقوقها ومقدرات شعبها وأموال الخزنة العامة.

أما في العراق فإن الهيئة المذكورة آنفاً لم تشكل الى الان بالرغم من وجود نص صريح في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ الذي انط هذه المهمة لمجلس الدولة حيث نصت المادة (١٠١) منه على (يجوز بقانون، انشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الاداري، والافتاء، والصياغة، وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة امام جهات القضاء الا ما استثني منها بقانون. ويدير حالياً ملف الدعاوى الخارجية في العراق بما فيه التحكيم قسم إدارة الدعاوى الخارجية التابع الى الدائرة القانونية

٥ المحكمة الدستورية العليا - القضية رقم (٣) لسنة ٤٠ قضائية - منازعة تنفيذ - جلسة ٦-٧-٢٠١٩ ص ١٤٧.

العملية التحكيمية منها ما يكون قبل صدور الحكم ومنها ما يكون بعد صدور الحكم حيث إن حكم التحكيم لا يرتب اثرًا تلقائيًا بمجرد صدوره وإنما إذا ما أريد تنفيذه خارج دولة اصداره لابد أن يقتزن الحكم الأجنبي بإجراء يضعه موضع التنفيذ وذلك عن طريق تدخل السلطة الوطنية في الدولة المطلوب من محاكمها التنفيذ، وتلك الإجراءات التنفيذية يسبقها فحص الحكم من محكمة الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها في ضوء شروط معينه بحسب قانون الهيئة المعنية بالتحكيم التي اصدرت الحكم وقانون المحكمة التي يراد تنفيذ الحكم على أرضها.

المطلب الأول

دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

أولاً: تشكيل هيئة التحكيم عند عدم تسمية المحكم

ان دعم القضاء لا غنى عنه في تفعيل اتفاق التحكيم وتخطي العقبات الاجرائية التي قد تواجه مراحل التحكيم. مما يستدعى تدخل القضاء لتخطي العقبات الاجرائية وخاصة عندما يواجه الأطراف مأزق تشكيل هيئة التحكيم يمتنع احدهم عن المشاركة في تسمية المحكم.

ويعد دور المحاكم مهماً ومسانداً في عملية التحكيم إلا إن هذا الدور قد يختلف من دولة لأخرى وذلك بحسب السياسة التشريعية في كل بلد التي قد تضيق أو تتوسع في تدخل القضاء في مراحل التي تمر بها العملية التحكيمية. وبالتالي فان دور القضاء يظهر بشكل جلي في تشكيل هيئة التحكيم من خلال مرحلتين وهما المرحلة

في وزارة العدل بعدما كان يدار من لجنة عليا مشكلة في مجلس الوزراء، ونرى ان يحظى هذا الملف باهتمام الحكومة لأهميته وخطورته في الوقت نفسه وذلك من خلال تشكيل هيئة مستقلة متخصصة على غرار هيئة قضايا الدولة في مصر تعنى بإدارة ملف الدعاوى الخارجية ومنها التحكيم تتألف من اشخاص متخصصين ومستقلين يتم اختيارهم بدقة وفقاً لمبدأ التخصص والكفاءة يكون تشكيلها اما بالاستناد الى احكام المادة (١٠١) من الدستور وربطها في مجلس الدولة وفي حال تعذر ذلك بسبب كثرة المهام الملقاة على عاتق المجلس فيكون بالاستناد الى احكام المادة (١٠٨) من الدستور التي نصت على (يجوز استحداث هيئات مستقلة أخرى حسب الحاجة والضرورة بقانون) وربطها بمجلس الوزراء وان يتم ردها بعناصر كفؤة ومتخصصة وان لا تقتصر مهمتها على إدارة ملف الدعاوى الخارجية فحسب وإنما يمتد ليشمل تدقيق صياغة العقود وابداء المشورة في شأنها قبل ابرامها.

المبحث الثاني

الدور المساند والمساعد للقضاء في مراحل

التحكيم

يلعب القضاء دوراً مسانداً في مراحل عملية التحكيم وخاصة في الجانب الإجرائي وذلك من أجل تخطي العقبات الإجرائية التي قد تحدث والتي تتمثل في اختلاف أطراف النزاع على تشكيل هيئة التحكيم بحيث يتدخل القضاء ويقوم بتشكيل تلك الهيئة التحكيمية، كما انه للقضاء دور مهم من خلال الرقابة القضائية على

يختار رئيساً للهيئة أو يختار الرئيس المحكمين السابق اختيارهما، وفي حالة عدم الاتفاق على تسمية المحكم الثالث أو لم يعين أحد الأطراف محكمه أو لم يتفق الأطراف على تسميته إذا كان فرداً تتولى المحكمة المختصة المنصوص عليها في البند (سابعاً) من المادة (١) من مشروع القانون تسميته وهي محكمة استئناف بغداد الكرخ بصفتها الأصلية مالم يتفق أطراف النزاع على اختصاص محكمة استئناف أخرى داخل جمهورية العراق، ويكون القرار الصادر عن المحكمة بهذا الشأن (قطعي) غير قابل للطعن.

ثانياً: تشكيل هيئة التحكيم عند تنحي أو رد أو عزل المحكم

قد يتم تشكيل هيئة التحكيم تشكيلاً سليماً وذلك باتفاق الأطراف أو عن طريق القضاء إلا أنه قد يطرأ بعد التشكيل عوارض قد تحدث خلافاً في تشكيل هيئة التحكيم، أي أن هيئة التحكيم قد بدأت أعمالها إلا إن هناك أمراً طارئاً قد حدث في زمن لاحق. وذلك كوفاة أحد المحكمين أو اعتذار أحد المحكمين عن القيام بمهام عمله، وفي تلك الحالة يتقدم أحد أطراف التحكيم من له مصلحة لطلب تدخل القضاء وذلك لإحلال محكم بدلاً من الذي تعذر استمراره.

وسوف نتناول ذلك اتباعاً من خلال الحالات الآتية: الحالة الأولى وهي طلب تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم عند تنحي المحكم والحالة الثانية تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم عند رد المحكم والحالة الثالثة وهي

التمهيدية والتي تتمثل في تشكيل الهيئة التي سوف تنظر موضوع التحكيم أما المرحلة الثانية في تلك المرحلة عندما يحدث عارض في تشكيل الهيئة ويستوجب أن يتم تعيين محكم بديل.

وفي جميع الأحوال يجب إن يحدد الأطراف على الأقل الطريقة التي سيتم بها تعيينهم سواء عن طريقهم هم انفسهم أو عن طريق شخصي طبيعي.

ولا يعد اغفال تسمية المحكم سبباً من أسباب بطلان اتفاق التحكيم حيث أجاز المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ في تعديله لقانون المرافعات الفرنسي أن يكون اتفاق التحكيم على بياض ولم يشترط أن يعين فيه المحكم أو أن يتم تحديد الطريقة التي يتم بها تعيين المحكم سواء كان ذلك في التحكيم الداخلي أو الدولي. كما أنه من الممكن أن يمتنع أحد الأطراف عن الاتفاق مع الطرف الآخر على تحديد شكل هيئة التحكيم أي أنها تكون هيئة فردية أو ثلاثية وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط التحكيمي قد ترك الاتفاق على تحديد شكل الهيئة أو على إرجاء تعيين شخص المحكم الفردي لحين نشوب نزاع عندها يتدخل القضاء.

وطبقاً لأحكام المادتين (١١) و(١٢) من مشروع قانون التحكيم العراقي فإن هيئة التحكيم تشكل بمعرفة طرفي النزاع فإذا كانت أحادية أي أنها مكونة من محكم واحد فإن الطرفين يختارا ذلك المحكم وفقاً للمعايير التي يتم الاتفاق عليها بينهما، وإذا كانت هيئة التحكيم متعددة كأن تكون ثلاثة محكمين فيختار كل طرف محكم ثم

عند طلب تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم عند عزل المحكم وذلك على النحو التالي:

أ- تنحي المحكم:

قد يعود سبب التنحي إلى محض ارادة المحكم وما يراه من مبرر قد يستدعي معه اثناء نظر النزاع الذي يحكم فيه إلى التنحي إذا رأى إن هناك سببا يدعو إلى عدم امكانية نظر القضية لهذا لا يمكن اجباره عليه وهو ما يعرف بالتنحي الجوازي وذلك عندما يشعر المحكم بالخرج من نظر دعوى التحكيم المعروضة امامه، حيث عالج قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل حالات التنحي الجوازي في المادة (١٥٠) وانه للقاضي في غير احوال ردة المذكورة إذا استشعر الخرج من نظر الدعوى لاي سبب إن يعرض أمر تختيه على المحكمة في غرفه المشورة أو على رئيس المحكمة للنظر في إقراره على التنحي^٦.

وقد يكون تنحي المحكم وجوبياً وذلك عند طلب احد طرفي التحكيم من المحكم التنحي عن نظر الدعوى ولم يستجب المحكم لهذا الطلب.

ب- رد المحكم

عالج مشروع قانون التحكيم العراقي حالات رد المحكم من اجل ضمان العدالة التحكيمية ولتحقيق النزاهة والشفافية في إحكام التحكيم فانه متى قام سبب من

اسباب التنحي وعدول ورد المحكم وجب الالتزام بها دفعا للشك والتحيز والميل حيث نصت المادة (١٥) من مشروع القانون المذكور آنفاً على (اولاً- لا يجوز رد المحكم المعين الا للأسباب التي يرد بها القاضي أو اذا وجدت ظروف تثير شكوك جدية في شأن حياديته أو استقلاليته أو نزاهته أو اذا لم يكن حائزاً على المؤهلات التي اتفق عليها الطرفان..)

وقد حددت المادة (٩٣) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ حالات تنحي ورد القاضي وهي في حالة وجود قرابة أو مصاهرة مع احد الخصوم أو في حالة وجود علاقة أو عداوة معه أو اذا سبق له ان ابدى رأياً في الدعوى المنظورة.

ولقد نصت المادة (٢/١٢) من قواعد اليونسترال على انه، لا يجوز رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها أو حيده أو استقلاله أو إذا كان غير حائز على المؤهلات التي اتفق عليها اطراف النزاع في هيئة التحكيم ولا يجوز لاي من طرفي النزاع رد محكم عينه هو أو اشتراك في تعيينه إلا اسباب تبينها بعد إن تم تعيين المحكم، وفي الأحوال التي يجرى فيها تعيين هيئة التحكيم أو احد اعضائها بواسطة القضاء الوطني ويكتشف احد الافراد وجود امور مريبة قد تحدث.. ولهذا فان طلب رد المحكم لا يقتصر على شرطي الحيادة والاستقلال المطلوب توافرها في المحكم وانما يمكن رد المحكم لاي سبب من الاسباب وذلك كما لو كان المحكم

٦ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، لسنة ٢٠٠٧، ص ٢٥٤.

قد ابدى رايه في هذا النزاع من المطلوب منه تحكيمه أو كان المحكم يعمل لدى اي من طرفي النزاع في تلك الحالة يتم رد المحكم.

وان تقديم طلب رد المحكم يكون امام المحكمة حيث نص البند (اولاً) من المادة (١٥) من مشروع القانون على (الطرف الذي يعتزم رد المحكم تقديم طلب الرد مكتوباً الى المحكمة المختصة مبيناً فيه اسباب الرد خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم او بالأسباب المبررة للرد واذا لم ينتج المحكم المطلوب رده خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ اشعاره بتقديم الطلب الى المحكمة المختصة، على المحكمة البت في الطلب خلال مدة لا تزيد على (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل طلب الرد لديها ويكون قرارها باتاً وغير قابل للطعن فيه). في حين قضت المادة (١/١٣) من قواعد الاونستيرال للتحكيم على، أن يقدم طلب الرد إلى نفس هيئة التحكيم التي تنظر النزاع وذلك سواء كان المحكم واحداً أو تعدد المحكمون وسواء كان طلب رد على محكم أو أعضاء هيئة التحكيم إذا كانوا أكثر من واحد، وجاء النص على، فاذا لم ينتج المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً بعد تقديم طلب الرد من أحد الطرفين، فصلت هيئة التحكيم.

ويترتب على تقديم طلب رد المحكم وقف اجراءات التحكيم وتعليق مدته الى حين صدور القرار برفض

طلب الرد او الى حين قبول المحكم البديل مهمته التحكيمية، واذا ما حكم برد المحكم ترتب على ذلك عدّ اجراءات التحكيم بما فيها حكم التحكيم كأن لم يكن من تاريخ قيام سبب الرد، وهو ما قضى به البندان (ثانياً) و(رابعاً) من المادة (١٥) من مشروع القانون العراقي المذكور انفاً.

كما قضى البند (ثانياً) من المادة (١٤) من مشروع القانون بانه لا يجوز لاي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه او اشترك في تعيينه الا لسبب جوهري قد تبين له بعد التعيين، كما نص البند (ثالثاً) من المادة (١٥) على تلك الحالة ايضاً حيث قضى (لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في التحكيم ذاته وللسبب ذاته). اي يشترط لعدم قبول الطلب رد المحكم نفسه شرطين وهما: أولاً: أن يقدم الطلب الثاني لرد هذا المحكم ذات الطرف الذي قدم الطلب الأول. ثانياً: أن يقدم طلب الرد الثاني في ذات الدعوى التحكيمية التي قدم فيها طلب رد الأول.

ج- عزل المحكم:

ان عزل المحكم يترتب عليه اختلال بتشكيل هيئة وذلك من خلال استبعاد احد اعضائها والحاجة إلى تعيين محكم بديل إذ أنه يجوز للأطراف بالاتفاق على عزل المحكم وهو ما يعرف بالعزل الاتفاقي بمعنى انه لا يجوز عزل المحكم إلا باتفاق جميع الأطراف^٧، وفي حال عدم

^٧ نجلاء فليح، دور القضاء المساند في تشكيل هيئة التحكيم، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة عين شمس، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، ابريل ٢٠٢٠، ص ٢٢٠.

هذا صريحا من خلال إعلان المحكم بقرار عزله أو يكون ضمنا وذلك من خلال تعيين محكم بديل، وأيضا لا يجوز عزل المحكم بعد صدور الحكم التحكيمي^٨.

كما اوضحت محكمه النقض المصرية في حكمها بالطعن رقم (٦٤٦٦) جلسة ٢٠٢٠/١/١٤، إن امتناع المحكم عن مباشرة التحكيم لأسباب ترجع لعدم مقدرة أو لإهماله أو لسلكه دون نخية. مؤداه جواز إنهاء مهمته اتفاقا أو قضاء. م ٢٠٠ ق التحكيم (٢٧) لسنة ١٩٩٤. العزل الاتفاقي. بالاتفاق الصريح عليه بين جميع الأطراف حتى وإن عين المحكم من المحكمة أو من الغير. العزل القضائي. بطله من المحكمة المختصة وفقاً للمادة (٩) من قانون التحكيم من أي طرف. أثره. عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر هذا الطلب.

كما نصت المادة (١/١٤) قواعد الاونسيترال، انه إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم القانون على اداء وظائفه أو تخلف عن القيام بمهمته تنتهى ولايته إذا هو تنحى عن وظيفته أو إذا اتفق الطرفان على إنهاء مهمته أو إذا ظل هناك خلاف حول أي من هذه الاسباب فيجوز لاي من الطرفين إن يطلب إلى المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة (٦) أن تفصل في موضوع إنهاء ولاية المحكم أو أن يكون قراره في هذا الشأن نهائيا.

الاتفاق جاز للمحكمة عزله بناء على طلب اي من الطرفين وهذا ما نص عليه البند (اولاً) من المادة (١٦) من مشروع قانون التحكيم العراقي (إذا تعذر على المحكم اداء مهمته او لم يباشر فيها او انقطع عن اداها خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ قبولها لأي سبب كان ولم يتنح ولم يتفق الاطراف على عزله فتتولى المحكمة المختصة عزله بناءً على طلب أحد الطرفين).

اما دور القضاء في عزل المحكم فهو يمكن في عدة اسباب وهى إن يتخلف المحكم المعين عن أداء مهمته لأسباب موضوعية كتوقييع الحجز عليه أو حرمانه من مباشرة حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو لشهر افلاسه أو عدم رد اعتباره، كما انه قد يتعذر عليه القيام بتلك المهمة وذلك لأسباب واقعية وهى كالوفاة أو المرض العضال الذي قد يمنع صاحبه من اداء عمله وقد يمتنع المحكم من أداء مهمته بصورة كاملة أو بصورة متقطعة مما يترتب عليه التأخر في إجراءات التحكيم وذلك بغير مبرر.

ولكي يتسنى للقضاء المختص انهاء مهمة هذا المحكم أي عزله فإنه يجب أن تتم في حاله رفض المحكم المعنى بالعزل التنحي أو وجود صعوبات تحول دون إتباع اجراءات العزل يتقدم احد الطرفين بطلب عزل المحكم الممتنع إلى المحكمة التي يجب عليها أن تقوم بالتحقق من توافر إحدى الحالات التي تجب عزل المحكم، كما يجوز أيضا للخصوم في اثناء سير الخصومة الاتفاق على عزل المحكم ويكون

٨ د. خالد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري، الطبعة الأولى، دار الشروق، مصر، لسنة ٢٠٠٢، ص ٤٢٦.

المطلب الثاني

دور القضاء في تنفيذ حكم التحكيم

سنتناول في هذا المطلب دور القضاء في تنفيذ حكم التحكيم الدولي من خلال إضفاء الصيغة التنفيذية عليه وسنتناول في المطلب توضيح مفهوم حجم التحكيم ومن ثم إجراءات تنفيذه:

أولاً: مفهوم حكم التحكيم الدولي

يتجه الفقه الى تعريف حكم التحكيم إلى اتجاهين: الاتجاه الأول ويذهب إلى تعريف حكم التحكيم بأنه جميع القرارات التي تتعلق بالموضوع أو الإجراءات مثال ذلك الحكم الذي يفصل في اختصاص هيئة التحكيم أو بتحديد القانون الواجب التطبيق تعد إحكام تحكيم يجوز رفع دعوى بطلان بصددها. في حين يذهب رأى آخر إلى تعريف حكم التحكيم بأنه حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على هيئة التحكيم أو كل قرار نهائي يفصل في مساله تتعلق بالموضوع أيا كانت طبيعتها أو يفصل في مساله الاختصاص أو اي مسألة اجرائية^٩.

وقد عدت محكمة استئناف باريس، أن حكم التحكيم هو الذي يفصل في النزاع أما الاحكام الأخرى التي لا تفصل في النزاع فلا تعد حكماً تحكيمياً، ولهذا فقد اختلف الفقهاء حول تعريف حكم التحكيم، حيث هناك رأى يرى أن الذي يفصل في كل النزاع والحكم

والذي يفصل في النزاع لا يعتبر حكماً تحكيمياً، بينما يرى الرأي الثاني بأن حكم التحكيم هو الذي يفصل نهائياً في جزء منه يعد حكماً تحكيمياً^{١٠}.

يتضح أن المقصود بحكم التحكيم هو القرار النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع سواء كان هذا القرار شاملاً لكل النزاع أو جزءاً منه، وسواء قبلت هيئة التحكيم طلبات اي من الطرفين كلها أو رفضتها كلها أو قبلت جزء منها ورفضت الجزء الآخر.

وقد نص البند (أولاً) من المادة (٣٠) من مشروع قانون التحكيم العراقي على (يصدر قرار التحكيم النهائي مكتوباً بالاتفاق او بالأكثرية وعلى العضو المخالف تثبيت اسباب مخالفته على اصل القرار او في ورقة مستقلة). وقد قضت محكمته النقض المصرية في حكم لها أنه متى حاز الحكم حجية الأمر المقضي فإن منوط التمسك به في المنع من العودة إلى مناقشة المسألة التي فصل فيها بأي دعوى تالية يثار فيها ذات النزاع هو تقديم صورة رسمية من الحكم الصادر فيها والتمسك بأثره فور صدوره فاذا استطال تمسك الخصم به في دعوى مقامه بالفعل إلى امد ينبي عن تنازله عن الحق الثابت بت فانه يتعين عدم الاعتداد بأثره على المراكز القانونية التي استقرت لخصمه في تاريخ لاحق على صدور هذا الحكم الذي ساهم بفعله في تحقيقها اتساقاً مع القاعدة الاصولية التي تقضى أن (من سعى لنقض ما تم على يديه فسعيه

٩ خالد احمد حسن، بطلان حكم التحكيم، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، لسنة ٢٠٠٦، ص ٤٧.

١٠ د. فتحي والي، مصدر سابق، ص ٤٣٣.

اطراف النزاع وذلك سواء بالنسبة للإجراءات أو الموضوع وذلك طالما انه لا يخالف قواعد النظام العام أو يصطدم بقواعد النظام العام داخل الدولة، وذلك لأنه يعد سببا لبطلان الحكم إذا صدر وفقا لقواعد قانون موضوعي آخر اختارته هيئة التحكيم خلافا لقانون الإرادة.

كما قضى البند (ثالثاً) من المادة (٣٠) من مشروع قانون التحكيم العراقي بوجود ان يتضمن قرار التحكيم مكان التحكيم وتاريخ صدوره واسماء الاطراف وعناوينهم واسماء المحكمين وعناوينهم ومكان تسجيلهم ورقم التسجيل ان كانوا اشخاص معنويين ووقائع الدعوى ومؤيداتها وملخص دفع الخصوم واتعاب ونفقات التحكيم وكيفية توزيعها بين الطرفين.

كما جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية (فالحكم الصادر شفها لا يكتسب به هذه الحجية ولا يكون قابلا للتنفيذ، وصدور الحكم مكتوبا كي يتمكن من صدر الحكم لصالحه من تنفيذه في مواجهة الصادر ضده الحكم، ويجب أن يشمل الحكم على جميع بيانات الخصوم واسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم)^{١٢}.

مردود عليه) وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية في حدود المسألة التي تناولها ويمتنع على المحكمة المحال عليها عند إعادة نظر الدعوى المساس بهذه الحجية ويتعين أن يقتصر نظرها على موضوع الدعوى في نطاق المسألة التي أشار إليها الحكم الناقض، كما يمتنع على الخصوم أن يعودوا إلى المناقشة في شأنها من جديد، وأنه متى فصل الحكم المحتج به في مسألة كليه شامله امتنع النظر في مسألة فرعية متفرعة منها.

ومن ثم فإن الخصومة تنتهي بصورة طبيعية وذلك عند التوصل إلى حكم فاصل وحاسم في موضوع النزاع وذلك بالصورة المتفق عليها بين الطرفين في كل المسائل المطروحة أمام الهيئة المشكلة بمعرفة الاطراف. كما إن الحكم يعد صحيحاً إذا صدر بأغلبية الأعضاء مقابل الاقلية الراضية أو صدر بإجماع الآراء وذلك تم من خلال المداولة السرية بين أعضاء الهيئة والتي تسمح لهم بفحص أوجه النزاع ومناقشته شفها وتبادل الرأي فيما بينهم مما يعطي ذلك الحكم الصادر قوة يتعذر معه الطعن عليه^{١١}.

وحكم التحكيم ينبغي أن يصدر على نحو قاطع وفاصل وذلك في ضوء قواعد القانون الموضوعي الذي اختاره

١١ عماد محمد امين، اثر الطعن في حكم التحكيم على تنفيذه في القانون المصري والبحريني، مجلة الشريعة والقانون . جامعة الازهر، الدقهلية،

العدد الرابع، لسنة ٢٠١٦، ص ١٣٤.

١٢ الطعن نقض رقم (١٠٦٣٥) جلسة ٢٧/٧/٢٠٠٧.

ثانياً: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي

أ- تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي وفقاً لاتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨:

لقد أصبحت القواعد التي ارتسها اتفاقية نيويورك منذ أكثر من ستين عاماً تعد بمثابة قانون عالمي يسرى على أغلب الدول المنضمة إليها، وذلك نظراً لما تتمتع به تلك الاتفاقية من مزايا وقد نصت المادة الأولى من تلك الاتفاقية تطبق الاتفاقية الحالية بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين اشخاص طبيعية أو معنوية كما تطبق أيضاً على أحكام التحكيم التي لا تعد وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام^{١٣}.

إما فيما يتعلق بشروط تنفيذ حكم المحكمين فقد نصت المادة (٣) منها على انه (تعترف كل دولة من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتامر بتنفيذه طبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد التالية ولا يفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام التحكيم التي يطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعاً من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية) وتبين من هذه المادة إن الاتفاقية لم تضع شروطاً ايجابية معينة للاعتراف بحكم

التحكيم وإنما قد تركت ذلك لقواعد القانون الوطني للبلد المطلوب فيه التنفيذ.

ب- إجراءات تنفيذ حكم التحكيم وفقاً للقانون العراقي:

إن الأمر بالتنفيذ هو إجراء يتطلبه مشروع قانون التحكيم العراقي وهو يصدر من القضاء ويضمن أمر الجهات المعنية بالعمل على تنفيذ الحكم. وقد نصت المادة (٤١) من المشروع المذكور على (أولاً: يعد قرار التحكيم الصادر استناداً لإحكام هذا القانون ملزماً للأطراف بغض النظر عن الدولة التي صدر فيها.

ثانياً: يشترط لتنفيذ قرار التحكيم المصادقة عليه من المحكمة المختصة. ثالثاً: على الطرف الذي يطلب تنفيذ قرار التحكيم ان يقدم الى المحكمة المختصة ما يأتي:

أ - طلب تحريري لتنفيذ قرار التحكيم.

ب - أصل قرار التحكيم او صورة معتمدة منه.

ج - اتفاق التحكيم الاصيلي او صورة معتمدة منه.

د- نسخة مترجمة باللغة العربية لقرار التحكيم من جهة معتمدة اذا كان صادراً بلغة اجنبية.

ولهذا فان الأمر بالتنفيذ ليس مكماً للقوة التنفيذية لحكم التحكيم بل هو وسيلة لتفعيل هذه القوة، وان كان

١٣ د. وليد محمود وهبه . تنفيذ احكام التحكيم التجاري على المستوى الوطني والدولي (دراسة مقارنة في ضوء اتفاقية نيويورك (مجلة القانون والدراسات الاجتماعية، جامعة بدر، المجلد ٢، العدد ٤ لسنة ٢٠٢٣، ص ٣١٨.

في حكم التحكيم وذلك عن طريق دعوى البطلان، وهو الطريق الوحيد الذي يمكن من خلاله مهاجمة حكم التحكيم بعد صدوره أمام قضاء الدولة.

إن البطلان بوجه عام يقصد به وصف يلحق التصرف القانوني المعيب الذي انعقد مخالفا لقاعدة قانونية أو اتفاقية والتي تهدف إلى المصلحة العامة أو إلى سمة جوهرية من المصلحة الخاصة فيؤدي إلى توقيع جزاء يتمثل في شل فعالية التصرف وافتقاده الآثار القانونية. ولتحقيق الموازنة بين هذين الاعتبارين قرر مشروع قانون التحكيم العراقي عدم جواز الطعن على أحكام التحكيم بأي طريقة من طرق الطعن العادية وغير العادية، إلا أنه في الوقت نفسه قد أجاز رفع دعوى البطلان لأسباب محددة حصراً في مشروع القانون إلى المحكمة المختصة ومن صاحب الشأن. حيث نص البند (أولاً) من المادة (٣٩) من المشروع المذكور آنفاً على أنه (لا يجوز الطعن بقرار التحكيم أمام المحكمة المختصة إلا بدعوى بطلان تقدم من أحد أطراف التحكيم في...) وبهذا المعنى يكون مشروع القانون قد أوصد كل طرق الطعن التقليدية في وجه حكم التحكيم ولم يجز إلا رفع دعوى بطلان أصلية ضده إذا توافرت أسبابها الواردة في القانون على سبيل الحصر، فيما عدا ذلك فإن حكم التحكيم يكون محصناً ضد أي طعن ويقتي صحياً ومنتجاً لأثاره.

البعض يرى إن استلزام الحصول على أمر بالتنفيذ يعد قيداً على القوة التنفيذية لحكم التحكيم، أي إن الحكم لا يتمتع بهذه القوة إلا بعد صدور هذا الأمر ويميزون بذلك بين حجية الأمر المقضي التي تثبت لحكم التحكيم فور صدوره وبين قوته التنفيذية التي لا يكتسبها إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه^{١٤}.

ومن ثم فإن خروج الأمر بالتنفيذ عن جوهر القوة التنفيذية لحكم التحكيم وذلك في التنفيذ الاختياري للحكم أي أنه دون الحصول على أمر بتنفيذه وهذا ما يؤكده البند (سابعاً) من المادة (٤٠) من مشروع قانون التحكيم العراقي الذي نص على (أ-لا يترتب على تقديم دعوى الإبطال وقف تنفيذ قرار التحكيم. ب- يجوز للمحكمة المختصة أن تأمر بوقف التنفيذ لمدة لا تزيد على (٦٠) ستين يوماً إذا طلب المدعي ذلك وكان طلبه مبنياً على أسباب جديدة. ج- تبت المحكمة في طلب وقف التنفيذ خلال (١٠) عشرة أيام من تاريخ أول جلسة. د- إذا قررت المحكمة بوقف التنفيذ فلها أن تطلب تقديم كفالة كافية لضمان التنفيذ).

المطلب الثالث

دور القضاء في إبطال حكم التحكيم

إن الرقابة القضائية على صحة حكم التحكيم وذلك من حيث صحة اتفاق التحكيم والإجراءات وتطبيق القانون على النزاع تطبيقاً صحيحاً لا يأتي إلا من خلال الطعن

١٤ هبة بدر احمد الصادق، الحماية الوقتية في التحكيم - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر،

لسنة ٢٠٠٩، ص ٥٦.

ولقد وردت أسباب بطلان حكم التحكيم في المادة (٣٩) من مشروع قانون التحكيم العراقي على سبيل الحصر وهي:

أ - إذا جرى التحكيم في ظل غياب اتفاق التحكيم.

ب- إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً أو منسوخاً أو عديم الاثر وفقاً للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم أو سقط بانتهاء مدته.

ج- إذا كان أحد أطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام اتفاق التحكيم فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته أو فاقدًا للصفة التي تؤهله التعاقد.

د- إذا لم يبلغ طالب الإبطال على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو لم يمكن من تقديم دفعه امام هيئة التحكيم أو وقع خرق لمبدأ المساواة بين الخصوم.

ه- إذا تناول قرار التحكيم مسائل لم يتضمنها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق وكان بالإمكان فصل اجزاء القرار الخاضعة للتحكيم عن اجزائه غير الخاضعة له، فلا يقع الإبطال الا على الاجزاء غير الخاضعة للتحكيم.

و- إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم مخالفاً للقانون أو لاتفاق الأطراف.

ز- عدم امتلاك الشخص أهلية التصرف في الحق المتنازع في شأنه وفقاً لأحكام البند (أولاً) من المادة (٩) من هذا القانون.

وقد اجاز البند (ثانياً) من المادة المذكورة أنفاً للمحكمة ان تقضي من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم في احدى الحالتين الاتيتين:

أ - إذا كان موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً للقانون العراقي.

ب - إذا كان قرار التحكيم يتعارض مع النظام العام في جمهورية العراق

يستنتج من نص المادة (٣٩) المذكورة أنفاً أن حالات الطعن بالبطلان التي تضمنها تلك المادة يمكن ارجاعها إلى أربع حالات وهي كالآتي:

حالات البطلان التي تتعلق باتفاق التحكيم:

حيث إن حكم التحكيم هو اتفاق طرفي النزاع لأنه لكي يصدر حكم التحكيم صحيحاً يجب أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً، هذا بالإضافة إلى أن المحكم يجب أن يلتزم بحدود سلطاته التي استمدّها من هذا الاتفاق. ويعد من حالات عدم وجود اتفاق تحكيم أو في حكم عدم الوجود إذا فصل حكم التحكيم في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم. كما ان اتفاق التحكيم قد يكون موجودا إلا انه يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إن لم يكن مكتوباً وذلك كما ورد في نص المادة (٥) من قانون التحكيم

وذلك كان لا يتم إعلانه إعلاناً صحيحاً. حيث إن المشرع قد عد إذا تم بشكل غير صحيح فهو يعد قرينة عن عدم امكانية الطرف الذي وجه له تقديم دفاعه مما يعرض حكم التحكيم إلى البطلان، لأن هذا السبب يستوعب كل الصور التي تمثل أخلال بالمبادئ الأساسية الموجهة لسير الدعوى.

٤. حالات بطلان حكم التحكيم لمخالفته للنظام العام:

حيث قد اجاز مشروع قانون التحكيم العراقي في البند (ثانياً) من المادة (٣٩) بأن تقضى المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية العراق. ويستنتج من نص المادة (٣٩) المذكورة انفاً أنها تبيح لأطراف الحكم التحكيمي الطعن عليه إذا تضمن ما يخالف النظام العام في العراق، فضلاً عن الاسباب الواردة في البند (اولاً) من المادة نفسها. ويدخل ضمن هذه الطائفة حالة إذا ما كان النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها أو إن يكون الحكم قد صدر على خلاف حكم سابق حاز جيه الأمر المقضي، أو إن يحدث في اثناء سير اجراءات التحكيم مخالفة لنص إجرائي أمر من شأنه بطلان الإجراءات ومن ثم بطلان الحكم.

إلا انه يجب التفريق بين فكرة النظام العام على المستوى الداخلي وفكرة النظام العام على المستوى الدولي وذلك

العراقي، أو إن يكون احد اطراف التحكيم فاقد الاهلية وقت إبرام اتفاق التحكيم وفقاً للمادة (٣٩) من مشروع القانون المذكور آنفاً في تلك الحالة يؤدي ذلك إلى بطلان العملية التحكيمية برمتها بما فيها حكم التحكيم.

٢. حالات البطلان التي تتعلق باتفاق الأطراف في شأن تشكيل هيئة التحكيم أو فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم:

أما حالات البطلان المتعلقة باتفاق الاطراف في شأن تشكيل هيئة التحكيم أو فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، فان المقصود انه لا يجوز رفع دعوى البطلان على أساس مخالفة شروط الاتفاق المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم إذا لم يقدم الطرف ذو المصلحة اعتراضه في الموعد المحدد قانوناً أو اتفاقاً، حيث إن ذلك يعد نزولاً عن حقه في الاعتراض. ومن ثم فان هيئة التحكيم عندما تنصدي للمسائل المعروضة عليها ومسائل أخرى ترتبط بها فان البطلان يقتصر على المسائل المرتبطة ولا يمتد إلى ما تصدت له من مسائل تضمنها اتفاق التحكيم بالفعل، إلا إذا اقيم الدليل على عدم الانفصال بين الشقين^{١٥}.

٣. حالات البطلان المتعلقة بخصوصه طرفي التحكيم

أنه يمكن أن ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه لأي سبب كان

١٥ د. ماهر مصطفى محمود، الرقابة القضائية على حكم التحكيم، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، دمنهور، العدد الثاني، المجلد التاسع، لسنة ٢٠١٧، ص ٤١.

لأنه ليس كل ما يخالف النظام العام الداخلي يعد مخالفا للنظام العام على المستوى الدولي كما هو الحال في مخالفة قاعدة امرة فانه يعد مخالفا للنظام العام الداخلي ولكن لا يعد كذلك على المستوى الدولي^{١٦}.

الخاتمة

يعدّ التحكيم من الوسائل البديلة لحل النزاعات، وهي الوسيلة الأكثر شيوعاً والتي يرغب فيها المتعاملون لحسم النزاعات الناشئة عن تعاملهم، وتكمن أهمية التحكيم بأنه طريق استثنائي للتقاضي وفرض النزاعات، خروجاً عن التقاضي أمام المحاكم العادية، ويلعب التحكيم دوراً مهماً في حسم المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية والمحلية نظراً لما يتميز به من مميزات عديدة مثل سرعة الفصل في القضايا المعروضة، والسرية... الخ كما يعد أحد الوسائل التي تساعد على جذب وتشجيع اصحاب رؤوس الاموال للاستثمار داخل الدولة، وإن الثمرة الحقيقية للتحكيم تنتهي بصدور الحكم الذي يصل إليه المحكمون وهذا الحكم لا يكون له اي قيمة قانونية أو عملية إذا كان غير قابل للتنفيذ، وقد اناطت بعض الدول مهمة تمثيل مصالح الدولة الى هيئة مختصة تعرف بهيئة قضايا الدولة وهي هيئة قضائية مستقلة تمارس اختصاص النيابة القانونية عن الدولة في الدعاوى وتسويتها في أي مرحلة من مراحل التقاضي وصياغة عقود الدولة والإشراف الفني على إدارات الشؤون القانونية بالجهاز الإداري بما فيها قضايا التحكيم في العقود الإدارية ويلعب قسم المنازعات الخارجية في

هيئة قضايا الدولة دوراً مهماً بمباشرة الدعاوى القضائية المقامة من الدولة أو ضدها في الخارج وقضايا التحكيم الدولي بنوعيه التجاري والاستثماري أمام هيئات التحكيم الدولية المختلفة، ويعد دور المحاكم مهماً ومسانداً في عملية التحكيم، حيث إن هذا الدور لا يقتصر على التصديق على أحكام التحكيم بل يمتد يشمل مراحل عملية التحكيم وخاصة في الجانب الإجرائي إلا إن هذا الدور قد يختلف من دولة لأخرى وذلك بحسب السياسة التشريعية في كل بلد التي قد تضيق أو تتوسع في تدخل القضاء في مراحل التي تمر بها العملية التحكيمية. وبالتالي فإن دور القضاء يظهر بشكل جلي في تشكيل هيئة التحكيم من خلال مرحلتين وهما المرحلة التمهيدية والتي تتمثل في تشكيل الهيئة التي سوف تنظر موضوع التحكيم أما المرحلة الثانية في تلك المرحلة عندما يحدث عارض في تشكيل الهيئة ويستوجب أن يتم تعيين محكم بديل كما انه للقضاء دور مهم من خلال الرقابة القضائية على العملية التحكيمية حيث انه منها ما يكون قبل صدور الحكم ومنها ما قد يكون بعد صدور الحكم حيث إن حكم التحكيم لا يربط أثراً تلقائياً بمجرد صدوره وإنما إذا ما أريد تنفيذه خارج دولة اصداره، لا بد أن يقتزن الحكم الأجنبي بإجراء يضعه موضع التنفيذ وذلك عن طريق تدخل السلطة الوطنية في الدولة المطلوب من محاكمها التنفيذ.

١٦ د. ماهر مصطفى محمود، مصدر سابق، ص ٣٠١.

التوصيات:

أولاً: حث المشرع العراقي على الإسراع بتشريع قانون التحكيم لما له من أهمية من سد النقص التشريعي في قانون المرافعات المدنية من جهة ومواكبة التطور الحاصل في التحكيم التجاري الدولي من جهة أخرى.

ثانياً: تشكيل هيئة مستقلة ومتخصصة في العراق على غرار هيئة قضايا الدولة في مصر تتولى مباشرة الدعاوى الخارجية المقامة على العراق خاصة في مجال التحكيم وتسويتها في أي مرحلة من مراحل التقاضي وصياغة عقود الدولة وابداء المشورة القانونية في شأنها.

ثالثاً: مراجعة وتطوير القوانين الخاصة بجذب الاستثمارات بشكل يتيح تسوية ما قد ينشأ من منازعات بوسائل تسوية ودية أقل تكلفة من التحكيم الاستثماري، كالوساطة والتوفيق على سبيل المثال.

رابعاً: توحيد القواعد الإجرائية المطلوبة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بخصوص الجهات التي يناط بها إعطاء القوة التنفيذية لأحكام التحكيم الأجنبية، والإجراءات المتبعة في ذلك من إعلانات ومواعيد إجرائية ومواعيد خاصة بتقديم الحق

خامساً: اعداد ملاكات متخصصة في مجال فض المنازعات وزج العاملين على هذا الملف في دورات تدريبية وتطويرية لتطوير قدراتهم وامكانياتهم وخبراتهم.

سادساً: التعاقد مع شركات ومكاتب دولية لتقديم الدعم اللازم ووضع أسس وقواعد لبناء منظومة قانونية متكاملة في فض المنازعات وصيغة العقود النموذجية.

إقرار تضارب المصالح

يُقر المؤلف بعدم وجود أي تضارب محتمل في المصالح فيما يتعلق بالبحث أو التأليف أو نشر هذا المقال.

التحويل

لم يتلق المؤلف أي دعم مالي لإجراء هذا البحث أو تأليفه أو نشره.

البيان الأخلاقي

هذا البحث يتوافق مع المعايير الأخلاقية لإجراء الدراسات العلمية. وقد تم الحصول على موافقة خطية من جميع المشاركين الأفراد المشمولين في الدراسة.

بيان توفر البيانات

البيانات متاحة عند الطلب من المؤلف المراسل.

الشكر والتقدير

لا يوجد شكر وتقدير أفصح به الباحث

المصادر

أولاً: الرسائل والأطاريح الجامعية

الصادق، ه. ب. أ. (٢٠٠٩). الحماية الوقتية في التحكيم: دراسة مقارنة [رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر].

حسن، خ. أ. (٢٠٠٦). بطلان حكم التحكيم [رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر].

ثانياً: الكتب

الطماوي، س. م. (١٩٨٤). الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة (الطبعة الرابعة). دار الفكر العربي.

القاضي، خ. (٢٠٠٢). موسوعة التحكيم التجاري (الطبعة الأولى). دار الشروق.

مصطفى، ع. م. (٢٠٠٨). التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم: دراسة مقارنة. دار الجامعة الجديدة.

والي، ف. (٢٠٠٧). قانون التحكيم في النظرية والتطبيق. منشأة المعارف.

حلمي، ع. (١٩٩٣). معيار تمييز العقد الإداري. دار النهضة العربية.

ثالثاً: البحوث والمقالات المنشورة

أمين، ع. م. (٢٠١٦). أثر الطعن في حكم التحكيم على تنفيذه في القانون المصري والبحريني. مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، الدقهلية، (٤).

حلمي، و. م. (٢٠٢٣). تنفيذ أحكام التحكيم التجاري على المستوى الوطني والدولي: دراسة مقارنة في ضوء اتفاقية نيويورك. مجلة القانون والدراسات الاجتماعية، جامعة بدر، (٤).

محمود، م. م. (٢٠١٧). الرقابة القضائية على حكم التحكيم. مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدمهور، (٢).

فليح، ن. (٢٠٢٠، أبريل). دور القضاء المساند في تشكيل هيئة التحكيم. مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة عين شمس، ١٣ (١).

References

- Al-Sadiq, H. B. A. (2009). Al-Himaya al-Waqtiyya fi al-Tahkim: Dirasah Muqaranah [Interim Protection in Arbitration: A Comparative Study] [Doctoral dissertation in law, Faculty of Law, Ain Shams University, Egypt].
- Hassan, K. A. (2006). Butlan Hukm al-Tahkim [The Annulment of an Arbitral Award] [Doctoral dissertation in law, Faculty of Law, Cairo University, Egypt].
- Al-Tamawi, S. M. (1984). Al-Usus al-Ammah lil-Uqud al-Idariyyah: Dirasah Muqaranah [General Principles of Administrative Contracts: A Comparative Study] (4th ed.). Dar Al-Fikr Al-Arabi.
- Al-Qadi, K. (2002). Mawsu'at al-Tahkim al-Tijari [Encyclopedia of Commercial Arbitration] (1st ed.). Dar Al-Shorouk.
- Mustafa, A. M. (2008). Al-Tahkim fi Munaza'at al-Uqud al-Idariyyah al-Dawliyyah fi Daw' al-Qawanin al-Wad'iyyah wal-Mu'ahadat al-Dawliyyah wa-Ahkam Mahakim al-Tahkim: Dirasah Muqaranah [Arbitration in International Administrative Contract Disputes in Light of Positive Laws, International Treaties, and Arbitral Tribunal Decisions: A Comparative Study]. Dar Al-Jami'ah Al-Jadidah.
- Wali, F. (2007). Qanun al-Tahkim fi al-Nazariyyah wal-Tatbiq [Arbitration Law in Theory and Practice]. Munsha'at Al-Ma'arif.
- Helmi, A. (1993). Mi'yar Tamyiz al-'Aqd al-Idari [The Criteria for Distinguishing an Administrative Contract]. Dar Al-Nahda Al-Arabiyya.

- Amin, I. M. (2016). Athar al-Ta'n fi Hukm al-Tahkim 'ala Tanfidhihi fi al-Qanun al-Misri wal-Bahrayni [The Effect of Challenging an Arbitral Award on Its Enforcement under Egyptian and Bahraini Law]. Majallat al-Shari'ah wal-Qanun [Journal of Sharia and Law], Al-Azhar University, Dakahlia, (4).
- Helmi, W. M. (2023). Tanfidh Ahkam al-Tahkim al-Tijari 'ala al-Mustawa al-Watani wal-Dawli: Dirasah Muqaranah fi Daw' Ittifaqiyyat New York [Enforcement of Commercial Arbitral Awards at the National and International Levels: A Comparative Study in Light of the New York Convention]. Majallat al-Qanun wal-Dirasat al-Ijtima'iyyah [Journal of Law and Social Studies], Badr University, 2(4).
- Mahmoud, M. M. (2017). Al-Riqabah al-Qada'iyyah 'ala Hukm al-Tahkim [Judicial Oversight of Arbitral Awards]. Majallat Kulliyyat al-Dirasat al-Islamiyyah wal-Arabiyyah bi-Damanhur [Journal of the Faculty of Islamic and Arabic Studies in Damanhur], 9(2).
- Fuleih, N. (2020, April). Dawr al-Qada' al-Musand fi Tashkil Hay'at al-Tahkim [The Role of Supporting Judiciary in Constituting the Arbitral Tribunal]. Majallat al-Huquq wal-'Ulum al-Insaniyyah [Journal of Law and Human Sciences], Ain Shams University, 13(1).