

**حسم نزاعات العقود البترولية والتجارية عن طريق
التحكيم**

ثجيل منخي عويد

طالب دكتوراه في القانون الخاص
thajeelmankhi@gmail.com

الأستاذ المشرف: د. علي رضا انتظاري نجف آبادي
استاذ مساعد- قسم القانون- جامعة آزاد اسلامي- آراك - ايران
Entezari.uni@gmail.com

الاستاذ المشرف المساعد: استاذ مساعد- د. مهدي مير داداشي
mirdadashim@yahoo.com

قسم القانون الخاص - جامعة آزاد اسلامي - فرع قم- ايران

إن التخاصم أمام قضاء الدولة، لا يكون إلا بمقتضى قوانينها الإجرائية والموضوعية، بينما في التحكيم التجاري الدولي، يمكن للأطراف حق التخلي عن قانون الدولة، والاتفاق على قانون آخر أقل تعقيدا، وأكثر تلائما مع موضوع النزاع سواء من حيث الإجراءات أو من حيث الموضوع، ومن أجل الوصول إلى حل عادل للنزاع، بعض المبادئ وأهمها مبدأ المواجهة واحترام حق الدفاع للخصوم، ومبدأ المساواة بين الخصوم، مبدأ المواجهة وحق الدفاع للخصوم. وتعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق على التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي بالخصوص عقود البترول والغاز وكذلك العقود التجارية، من المسائل المهمة التي تواجه هيئة التحكيم، فهو القاعدة التي تسيّر وفقها العملية في سبيل السعي الى تسوية النزاع بالطريقة المثلى ، وقد ساهمت مراكز التحكيم و احكامها في خلق ضوابط أخرى يمكن اللجوء لها في حالة غياب إرادة اطراف النزاع ، فيما نصت بعض التنظيمات الاخرى على قواعد العدل و الانصاف لمراعاة توازن الحكم التحكيمي، ليكون التحكيم نظاما قانونيا مستقلا وفقا لقواعد قانونية محددة سواء كانت قوانين دولية او معاهدات واتفاقيات دولية او قوانين وطنية تتعلق باطراف النزاع. الكلمات المفتاحية: التحكيم ، العقود البترولية، العقود التجارية، النزاعات، المحكم

Abstract

The litigation before the State's judiciary is solely under its procedural and substantive powers. While in international commercial control, the parties have the right to renounce the State's law, The agreement on another law that is less complex and more appropriate to the subject matter of the dispute, whether in the course of the proceedings or in the subject, In order to reach a just solution to the conflict, some principles, the most important of which is the principle of confrontation, respect for the right to defend the litigants, and the principle of equality of the adversaries, are the principle of confrontation and the right to defend the adversaries. This is an issue. Keywords: arbitration, petroleum contracts, commercial contracts, disputes, arbitrator

المقدمة:

ان التحكيم طريقا استثنائيا لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، إلا انه في الأصل وليد إرادة الأطراف لأن أحكام التحكيم شأنها شأن الأحكام القضائية، من حيث أنها تحوز حجية الشيء المقضي فيه ، وتكون واجبة النفاذ و تبقى لها هذه الحجية طالما بقيت قائمة ولو كانت قابلة للطعن بدعوى بطلان حكم التحكيم، فالدولة تجيز التحكيم لتفني الأفراد عن الالتجاء إلى القضاء، مع ما يقتضيه هذا من توفير الوقت و الجهد و النفقات على الخصوم. ولهذا نجد أن المشرع يمنح الخصوم الحق في اختيار أشخاص المحكمين، أو في وضع القواعد التي يتبع على ضوءها اختيارهم، كما يخولهم الحق في اختيار الإجراءات التي يتوجب على المحكم إتباعها و القانون الذي يجب عليه تطبيقه. في مرحلة تنفي القرارات التحكيمية الناتجة عن عقود البترول فان للتحكيم في عقود البترول أهمية خاصة، وهذه الأهمية مستمدة من أهمية عقود البترول، التي ظهرت بعدة نماذج كونها ترد على إحدى أهم الموارد الطبيعية وتبرم بين طرفين ينتمي كل منهما إلى نظام قانوني خاص، كما أثار هذا التحكيم العديد من المسائل القانونية الجديدة بالبحث. ومع هذا فإن الدول تحرص في تشريعاتها على أن لا يضل عمل المحكم بمعزل عن رقابة القضاء، و تختلف صور الرقابة القضائية التي تباشرها الدولة عبر قضائها على حكم التحكيم فقد يكون الهدف من هذه الرقابة، هو التثبت من وظيفة المحكم و المهمة والمناط القيام به والأحكام التحكيمية، و مدى احترامه للقواعد القانونية، سواء المتعلقة باتفاق التحكيم ذاته أو بإجراءاته، وذلك من خلال إتاحة الفرصة للخصم المحكوم عليه، في أن يطعن في الحكم التحكيمي عن طريق دعوى البطلان، حتى يتأكد قضاء الدولة من أن ذلك الحكم لم تلحقه حالة من حالات البطلان التي يجدها القانون، أو عن طريق الطعن في الحكم التحكيمي بطرق الطعن العادية وغير العادية في الدول التي تجيز ذلك في تشريعاتها الداخلية، وقد يكون الهدف من الرقابة هوالتيقن من مراعاة حكم التحكيم للشروط التي ينصها و يتطلبها القانون، ويختلف تنفيذ الأحكام التحكيمية كل الاختلاف عن غيرها من الأحكام الأخرى، سواء كان تحكيم داخلي، وحتى أحكام قضائية عادية، من حيث الإجراءات، فهذه الأخيرة تنفذ بمجرد أن تصبح نهائية، في حين أن تنفيذ أحكام التحكيم الدولي المراد تنفيذها في إقليم دولة القاضي، تقتضي إتباع إجراءات معينة و شروط محددة يتعين توفرها في الحكم المراد تنفيذه، والمكان الذي سيجري فيه التحكيم، نظرا للطبيعة الخاصة للتحكيم. وقد تضمن البحث مطلبين اساسيين لبيان حسم نزاعات العقود البترولية والتجارية عن طريق التحكيم مع بيان موقف القانون الدولي والفقهاء والقضاء وتناولنا في المطلب الثاني استقلالية نظام التحكيم كبديل عن القضاء وتحديد القانون الواجب التطبيق ومن ثم نبين في خاتمة بحثنا هذا اهم الاستنتاجات وتوصيات تتعلق في اهمية البحث بشكل

مركز ومحدد

المطلب الاول:- حسم نزاعات العقود البترولية والتجارية عن طريق التحكيم وموقف القانون الدولي الخاص والفقهاء والقضاء

الفرع الاول :- مفهوم التحكيم والعقد البترولي وتلقد التجاري

اولا :- مفهوم التحكيم

اولا:- التحكيم لغة:- مصدر حَكَمَ يحكّم . بتشديد الكاف . أي جعله حكماً . والحُكْمُ . بضم الحاء وسكون الكاف . هو القضاء ، وجاء بمعنى

العلم والفقهاء والقضاء بالعدل ^(١)، ومنه قوله تعالى:- (وآتيناها الحكم صبياً) ^(٢)، ومنه الحكمة بمعنى وضع الشيء في محله .

١:- تعريف التحكيم شرعاً والحكم . بفتح الحاء والكاف . من أسماء الله تعالى ، قال تعالى : (أغير الله أبغي حكماً) ^(٣)، ويطلق على من يختار للفصل بين المتنازعين وبهذا ورد أيضاً في القرآن الكريم (وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها) ^(٤)، والمحكم هو الحكم، واحد المحكمة هم الخوارج الذين قالوا : لا حكم إلا لله، وقوله تعالى ((يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ)) ^(٥).

٣:- التعريفات الفقهية والتشريعية والقانونية فإن مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام ٢٠١١م لقد تم تعريف التحكيم في المادة الأولى منه، على أنه (هو الأسلوب الذي يختاره أطراف النزاع لفض من محكم أو أكثر بدلاً من اللجوء الى القضاء)، أما قانون المرافعات العراقي المرقم (٨٣) لعام ١٩٦٩م المعدل، أما في قانون التحكيم المصري المرقم (٢٧) عام ١٩٩٤م المعدل في البند الأول من المادة المرقمة (١٠٧) منه فقد تم تعريفه، على أنه (إتفاق الطرفين على الإلتجاء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهما لمتابعة علاقة عقدية أو غير عقدية) ^(٦). أما بالنسبة الى قانون الاونسترال للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م، المعدل قد عرفه: بأنه هو (إتفاق الطرفين على أن يحللاً للتحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية محدودة سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في العقد، على شكل إتفاق مستقبل) ^(٧).

ثانيا:- مفهوم العقد البترولي وتعددت التعريفات الفقهية، وأحكام التحكيم بالنسبة لعقد البترول، ونعرض للبعض من هذه التعريفات، فالبعض عرفه :- بأنه تصرف قانوني ثنائي، بموجبه تمنح الدولة المتعاقدة، ترخيصاً لشركة أجنبية متخصصة في صناعة البترول، لاستغلال الثروة البترولية على إقليمها خلال فترة زمنية محددة بالعقد ^(٨)، وعرفه البعض بأنه عقد استثماري للتنمية الاقتصادية، وتبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة (في مواجهة الطرف الأجنبي) ^(٩). من التعريفات السابقة يمكننا استنباط تعريفنا له، بأنه عقد يبرم بواسطة شخص عام تابع للدولة المنتجة، ويتعلق باستغلال ثروة قومية واقتصادية واستراتيجية، وتهدف الدولة من إبرامه تحقيق المصلحة العامة، وتنمية الاستثمارات الأجنبية على إقليمها، والعقود تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة بتكليفها الشركة البترولية الأجنبية المتخصصة بتحقيق أهدافها من العقد. ثالثاً:- تعريف العقد التجاري إن العقود التجارية لا تختلف عن العقود المدنية فقط من حيث المبدأ، فالفارق هو، من حيث الأحكام، فاختلافها بسبب تكوين العقود وطبيعتها، فتخضع العقود المدنية للقانون المدني، والذي يمثل القواعد العامة، وتخضع العقود التجارية للقانون التجاري، ويمكن اعتبار العقد تجارياً بالتبعية، إذا تم الانعقاد العقد الخاص بالتاجر، ويبرم من أجل أعمال تجارية، وقد يكون العقد تابع لأكثر من قانون، أي عملاً مختلطاً، أي تجارياً بالنسبة لطرف، ومدنياً بالنسبة للآخر، على النحو المعروف في نظرية الأعمال التجارية ^(١٠).

الفرع الثاني:- التحكيم نظاماً مستقلاً بديلاً عن القضاء العادي لكي يتسنى لنا معرفة ما مدى استقلالية أعمال المحكمين عن رقابة الدولة، لا بد لنا من التطرق إلى مسألتين هامتين هما:-

اولا: استقلالية نظام التحكيم عن قانون الدولة إن التخاصم أمام قضاء الدولة، لا يكون إلا بمقتضى قوانينها الإجرائية والموضوعية، بينما في التحكيم التجاري الدولي، يمكن للأطراف حق التخلي عن قانون الدولة، والاتفاق على قانون آخر أقل تعقيداً، وأكثر تلائماً مع موضوع النزاع سواء من حيث الإجراءات أو من حيث الموضوع.

١:- الاستقلالية عن القانون الإجرائي أكد التشريعات الحديثة في قوانين التحكيم، وتتجلى هذه الاستقلالية على مستوى التحكيم التجاري في تمتع المتنازعين، وبدرجة اقل المحكمون، على عكس القضاء الرسمي، بحرية تعيين المحكمين، وتحديد شروط عزلهم أو استبدالهم وكذلك حرية الأطراف، في تحديد مكان التحكيم ولغته، وهو ما نصت عليه المواد ٢٠ و ٢٢ على التوالي من قانون اليونيسترال للتحكيم التجاري، و يعد التحرر من التقييد بالقانون الإجرائي للدولة، خاصية هامة أدت إلى الإقبال المتزايد على التحكيم، إلا أن هذه الاستقلالية لا يجب القول بإطلاقها، وإنما يجب مراعاة قواعد الإجراءات الأساسية ^(١١).

أ:- حدود الاستقلالية عن قانون الإجراءات:

لا يوجد مجال للشك في استقلالية نظام التحكيم عن قانون إجراءات الدولة، إلا أن هناك بعض المبادئ يتعين على هيئة التحكيم، احترامها وعدم تجاوزها، وعلى هيئة التحكيم أن تراعى أثناء سير الخصومة، ومن أجل الوصول إلى حل عادل للنزاع، بعض المبادئ وأهمها مبدأ المواجهة واحترام حق الدفاع للخصوم، ومبدأ المساواة بين الخصوم، مبدأ المواجهة وحق الدفاع للخصوم، بالرغم من الإطار التعاقدى الذي يعمل في ضله المحكم،^(١٢).

ب:- مبدأ المساواة بين الخصوم: يتكرس مبدأ المساواة بحرص المحكم على أن يضع الأطراف على نفس الدرجة من المعاملة، وان يكون في موقع غير منحاز لطرف ضد آخر، فيحرمه من تقديم دفاعه أو مناقشة ادعاءات خصمه، ويعتبر من قبيل الإخلال بحق المساواة، السماح لأحد الطرفين بتوكيل محام وحرمان الطرف الآخر من هذا الحق^(١٣)، ومناقشة أحد الطرفين وسماع دفاعه في غيبة الطرف الآخر، ويرى الكثير من الفقهاء أنه لا يمكن الفصل بين مبدأ المساواة ومبدأ المواجهة وحق الدفاع فكلها مجتمعة تؤدي إلى محاكمة عادلة ونزيهة^(١٤).

٢:- الاستقلالية عن القانون الموضوعي من أهم مظاهر استقلالية نظام التحكيم التجاري هو حق الأطراف وبدرجة اقل، هيئة التحكيم في تحديد القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع مقارنة بما هو متاح للأطراف والقاضي في القضاء العادي، الذين يتقيدون بقانون الدولة لا غير، وهو ما يطلق عليه بالثبات التشريعي، والأمر الآخر أن القانون المختار لا يطبق على نزاع يتعلق بعقار لأنه يستوجب إعمال قاعدة تطبيق قانون العقار، ومع هذا يبقى الأصل العام هو حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يروونه أمثل^(١٥).

٣:- استقلالية نظام التحكيم عن قضاء الدولة وتتلخص في:-

أ:- استقلالية التحكيم عن القضاء قبل صدور الحكم

عملت غالبية القوانين الحديثة للتحكيم على التوفيق بين المطالب السابقة حيث مد القضاء يد المساعدة لهيأة التحكيم في مرحلة ما قبل صدور الحكم كالمساعدة في تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم.

ب:- المساعدة في تشكيل المحكمين وعزلهم من أوائل الأمور هو تعيين المحكمين والفصل في طلبات ردهم، وتدخل القاضي هنا يكون للمساعدة في تذليل عقبات تشكيل هيئة التحكيم^(١٦).

ج:- المساعدة في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية

يساعد قضاء الدولة، هيئة التحكيم والأطراف في اتخاذ، كل إجراء وقتي أو تحفظي بناء على تقديم طلب، والبدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها^(١٧).

د:- المساعدة في تمديد أجل التحكيم يتفق الأطراف على مدة محددة يمنحونها للمحكمين لإنهاء مهمتهم، وهذا ما يحفظ للتحكيم أهم مقوماته، ويكون حكمهم صحيحا إذا صدر خلال هذا الأجل، أما إذا صدر بعد فواته، اعتبر باطلا وبانقضاء هذا الأجل تنقضي خصومة التحكيم^(١٨).

ثانيا:- استقلالية التحكيم عن القضاء بعد صدور الحكم إلى جانب تقديم يد المساعدة في مرحلة ما قبل إصدار الحكم فرض القضاء نوعا من الرقابة على أحكام التحكيم بعد صدورهما تتمثل في المراقبة عند التنفيذ للحكم، وإمكانية الطعن بالبطلان للأحكام الدولية الصادرة داخل البلد^(١٩)، وهذا ما اقره القانون النموذجي في مادته ٣٤، التي تنص على أن "السبيل الوحيد للطعن في الحكم هو طلب الإلغاء"، وقد أقصى المشرع باقي الطرق الأخرى^(٢٠).

الفرع الثاني:- تحديد القانون الواجب التطبيق في نزاعات العقود البترولية والتجارية وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص

أولاً:- تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة يعتبر من المواضيع القانونية المهمة والمعقدة، لأنه لا يعتمد على تفضيل نظام قانوني على آخر، بقدر ما يتعلق على النتائج المترتبة على تطبيق نظام قانوني دون آخر، وذلك بسبب اختلاف مصالح أطراف هذه العقود؛ حيث تحاول الدول المتعاقدة إخضاع هذه العقود لقوانينها الوطنية، في حين تحاول الأطراف الأجنبية (الشخص الأجنبي أو الشركة)، إخراجها من سيطرة هذه القوانين من خلال تدويلها، أي إخضاعها للقانون الدولي العام، أو على الأقل إخضاعها لأي نظام قانوني آخر، غير القانون الوطني للدولة المتعاقدة، لما يربته القانون المطبق على عقود الدولة من نتائج خطيرة بمعنى آخر: هل من الممكن إخضاع مثل هذه العقود لقانون الإرادة؟^(٢١) وتعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق على التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي من المسائل المهمة التي تواجه هيئة التحكيم، فهو القاعدة التي تسير وفقها العملية في سبيل السعي الى تسوية النزاع بالطريقة

المثلى ، وقد ساهمت مراكز التحكيم و احكامها في خلق ضوابط أخرى يمكن اللجوء لها في حالة غياب اطراف النزاع، ف تطبيق قواعد القانون الاكثر صلة بموضوع النزاع هو الانسب^(٢٢). أن العقود التي تثير تنازعا بين القوانين الوطنية والاجنبية، او بين القوانين الاجنبية فيما بينها، وهي العقود التي تتضمن في تكوينها او آثارها عنصرا اجنبيا، والتي اساسا تدخل في دلالة المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي فقط، والتي بينت القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فيما يخص تنازع القوانين من حيث المكان، وهذا يعني ان العنصر الاجنبي قد يكون مستمدا من شخص المتعاقدين، او من مكان ابرام العقد او تنفيذه او موضوعه، او تميزا لهذه العقود عن العقود الوطنية، التي تقوم بين المواطنين وتخضع للقانون الوطني^(٢٣). أما فيما يتعلق بموقف القضاء العراقي، فكانت الندرة والغموض هو ما يسود معرفة موقف القضاء من مسألة إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، مع أن القانون العراقي وتحديدا في المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي النافذ، كانت واضحة وصريحة في اعتماد مبدأ سلطان الإرادة عند تحديد القانون الواجب التطبيق^(٢٤). وقد أقر القضاء في العديد من الدول، إعمال قواعد القانون الدولي الخاص لتحديد القانون واجب التطبيق على عقود الدولة، بما فيها عقود النفط التي أحد طرفيها شخص أجنبي، فقد أخذت بذلك المحكمة الاتحادية العليا في سويسرا في العديد من أحكامها، حيث قضت بأن (هنالك مصلحة مشروعة تبرر تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف على عقود الدولة)^(٢٥)، ثم تواترت أحكامها، وأحكام قضاء المقاطعات السويسرية على هذا المعنى، كما أصبح هذا الاتجاه مستقرا منذ مدة طويلة لدى القضاء الفرنسي، منذ وقت مبكر على تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الدولية. والقانون واجب التطبيق على عقود الأفراد^(٢٦). وان الموقف الراض لتحويل العقود الدولية، هو ما جعل الدول الغربية المالكة لأغلب الشركات الكبرى العاملة في الشرق الأوسط، عن إثارة مسألة تحويل عقود الدولة بعد ذلك أمام القضاء الدولي بسبب بعض النزاعات زمنها قضية تأميم النفط في ايران عند حكم مصدق^(٢٧).

ثانيا: - موقف المعاهدات الدولية في تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص

من المعلوم أن هنالك اتفاقيات دولية عديدة، تناولت مسألة إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، منها اتفاقية لاهاي ١٩٥٥م، واتفاقية فيينا ١٩٨٠م، وواشنطن لسنة ١٩٦٥م، واتفاقية روما لسنة ١٩٨٠م، التي دخلت حيز التنفيذ سنة ١٩٩١م، ولكون الاتفاقيتين الأخيرتين هما الأكثر تنظيما والأكثر عددا من حيث الدول المنظمة لهما ونكتفي بعرضهما في التقسيمات التالية :

١- **اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م** لم يتوقف الغرب عن العمل لإجبار بعض إن لم يكن أغلب الدول المنتجة للنفط، لهذه الاتفاقية التي هي ليست ببعيدة عن اتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨م الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها^(٢٨). بالنظر لاتفاقية واشنطن، نجد أن ظاهرها يوحي إلى الاعتراف بأولوية قانون الدولة المتعاقدة في التطبيق، مع أن التعمق بشكل دقيق في هذه الاتفاقية يجد المهتم أن هنالك تدويلاً واضحاً للعقود الدولية^(٢٩)، ومما جائت به الاتفاقية في مادتها ٤٢، (١- تفصل المحكمة (هيئة التحكيم) في النزاع المعروض عليها وفقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف تطبق الهيئة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما يتضمنه في هذا المجال، ٢- لا يجوز للمحكمة أن ترفض الفصل في النزاع المعروض عليها بحجة سكوت الأطراف أو غموض القانون، ٣- نصوص الفقرتين السابقتين لا تُخل بسلطة المحكمة بالفصل في النزاع، وفقا لمبادئ العدالة إذا اتفق الأطراف على ذلك)^(٣٠). وهذا ما أوضحه جانب من الفقه المصري، بقولهم إن هذا النص، «كان كارثة على كل دولة لم تختار القانون الذي يحكم العقد بنص صريح، ونظر نزاعها أمام المركز، فقد استعمل هذا النص ليس لتكملة ما يعترى قانون الدولة المتعاقدة من نقص فقط، أو من أجل تفسيره، وإنما من أجل استبعاده أيضا حتى ولو كان هنالك اختيار صريح، بحجة تعارضه مع مبادئ القانون الدولي أو النظام العام الدولي الذي تجب حمايته»^(٣١).

٢- **اتفاقية روما ١٩٨٠م** بعد تشكيل نواة الاتحاد الأوروبي، عملت الدول الأوروبية على توحيد قواعد تنازع القوانين، وبذلك عقدت اتفاقية بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في مدينة روما في ١٩/٦/١٩٨١م، وهذه الاتفاقية متعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إذ نصت المادة الأولى منها على نطاق تطبيق الاتفاقية، كما يأتي: القواعد في الاتفاقية يجب أن تطبق على الالتزامات التعاقدية في أية حالة تفضي أو تثير تنازعا بين قوانين الدول المختلفة^(٣٢)، ومن هذا النص نجد أن الاتفاقية لم تُستخدم لتحديد نطاق تطبيقها مصطلح العقد الدولي، وإنما استخدمت عبارة (في أية حالة تثير تنازعا دوليا)^(٣٣).

وهذا يفسر بأن القانون كي يكون كذلك لا بد أن يتصل بأكثر من قانون، فيتصل بقانون ما بصلة عادية (الجنسية مثلاً)، ويتصل بصلة أخرى أكثر وثيقة (محل الإبرام) في حين يتصل بقانون ثالث بأوثق الصلات مثل (محل التنفيذ)^(٣٤).

وكل ما نتمناه هنا أن تحذو الدول العربية حذو الدول الأوروبية في هذا المجال، وأن يكون لها اتفاقيات ومعاهدات من شأنها أن تكون تابعة وليس متبوعة، خصوصا وأنها هي من يمتلك معظم الثروة النفطية في العالم وأكثرها إنتاجا واحتياطيا منه^(٣٥).

المطلب الثاني: استقرالية نظام التحكيم كبديل عن القضاء وتحديد القانون الواجب التطبيق وموقف الفقه والقضاء والقانون العراقي من احكام التحكيم في العقود البترولية والتجارية واسباب المنازعات ودوافع التحكيم في الاتفاقيات الدولية

الفرع الاول: تحديد القانون الواجب التطبيق وموقف الفقه المقارن من العقود البترولية والتجارية

هنالك عدة اتجاهات لتحديد معايير العقود البترولية والتجارية باعتبارها عقود دولية ومن هذه الاتجاهات ما هو اتجاه قانوني، والآخر اقتصادي، وثالث مزدوج، فلا بد من تناول هذه المسائل الثلاث في النقاط التالية:

أولاً: المعيار القانوني لدولية للعقود البترولية والتجارية وفقا لهذا المعيار يعد العقد دوليا إذا ارتبط عن طريق أحد عناصره الرئيسية بروابط مع أكثر من نظام قانوني^(٣٦)، أو هو دوليا إذا كانت إجراءات إبرامه أو إعماله أو تنفيذه، أو مركز أطرافه بالنسبة لجنسيتهم أو موطنهم، أو بسبب مكان وجود موضوعه له صلة بأكثر من نظام قانوني واحد، بمعنى أن له صلة بقوانين دول مختلفة^(٣٧). فالعقد المبرم بين عراقي مقيم في العراق، ومصري مقيم في مصر، لتوريد بضاعة موجودة في دمشق، مطلوب تسليمها في بغداد، ودفع الثمن في القاهرة، فهذا العقد يكون دوليا لاتصاله بثلاثة نظم قانونية (العراق - مصر - سوريا)، وبالتالي لو أقيمت دعوى أمام القضاء العراقي بصدد تنفيذ موضوع العقد فلا بد من أن يقرر القاضي العراقي دولية هذا العقد^(٣٨). ظهر رأي ذهب إلى تبني اتجاه التسوية بين العناصر وهذا الرأي قال: إن كل عنصر أجنبي في العلاقة العقدية، يكفي لإضفاء الصفة الدولية بغض النظر عن قوته أو عدم قوته، إذ لا يعترف هذا الرأي بأن هنالك عنصرا أجنبيا مؤثرا وآخر غير مؤثرا^(٣٩). ويذهب رأي آخر إلى (وجوب توطين العلاقة القانونية محل البحث لمعرفة ما إذا كانت تتعدى النظام الداخلي بطريقة الالتجاء إلى قواعد ذات صفة دولية، فإذا اتضح من الظروف أن العلاقة تتعدى حدود النظام القانوني بحيث ترتبط بأنظمة قانونية أخرى ستكون بصدد عقد دولي)^(٤٠). والقاضي هو الذي يكون قناعته وتحليله لكل عقد على حدة، وأن سلطته في تحديد الصفة الدولية للعقد بالاعتماد على العنصر الفعال في تلك العلاقة خاضع لرقابة محكمة التمييز^(٤١). فهذا العقد احتوى على عنصر أجنبي وكان ذلك اختلاف الجنسية، لكنه لم يكن مؤثرا وبالتالي لم يعول عليه، ولم يؤثر في إضفاء الصفة الدولية على العقد^(٤٢)، ومن ثم يوصف بأنه عقد دولي على الرغم من أن طبيعته ليست دولية^(٤٣). ((اما رأينا فيتلخص في معيار إضفاء الصفة الدولية على العقود الدولية يكون هذا المعيار هو الراي الارجح من الآراء السابقة، لكونه يتضمن وجهات نظر عملية ملموسة على أرض التعامل الواقعي في كثير من الأنظمة القانونية)).

ثانيا: المعيار الاقتصادي لدولية العقود البترولية والتجارية

قبل الخوض في هذا المعيار ينبغي أن نبين أن هذا المعيار ظهر في النصف الأول من القرن العشرين كتطبيق خاص بالنظام القضائي الفرنسي، وذلك بغية التحرر من التطبيق الواسع للمعيار القانوني من ناحية، وإقرار بعض الشروط الواردة في عقد دولي من ناحية أخرى، على الرغم من بطلانها عندما يتضمنها عقد وطني^(٤٤)، وقد مر المعيار الاقتصادي بثلاث مراحل هي:

أ- المرحلة الأولى: فقد كان تعريف (العقد الدولي) محل لبس وغموض خاصة في القانون الفرنسي، ولم تحل هذه المشكلة إلا بظهور المعيار الاقتصادي عام ١٩٢٧م في مجال النقد والمدفوعات الدولية^(٤٥)، وخاصة في مرافعات السيد Matter أمام محكمة النقض الفرنسية بمناسبة حكمها الصادر في ٢٧ مايو ١٩٢٧م، والخاص بمدى صحة شروط ثبات القيمة كشرط الذهب وغيره، والمتعلق بوسائل الوفاء النقدي في العقود الدولية، فلقد كان هذا الشرط باطلاً في فرنسا في العقود الداخلية، منذ صدور قانون ٥ أغسطس ١٩١٤م، فهل سيسري هذا البطلان على العقود الدولية إذا ما تضمنت شروط ثبات القيمة المتعلقة بوسائل الوفاء؟ هذا السؤال الذي طرح في هذه القضية، وانتهت المحكمة إلى عدم بطلان ذلك الشرط في العقود الدولية^(٤٦). وقد أثير تساؤل آخر، متى نكون بصدد عقد دولي؟ أن القاضي اهتم بعملية انتقال الأموال والخدمات والسلع عبر الحدود، دون اعتبار للعنصر الخارجي للعقد مثل مكان الإبرام أو موطن الأطراف، أو غير ذلك من العناصر، وطبقا لهذا الحكم يعد العقد دوليا إذا ما أبرم بين شركة عراقية وأخرى مصرية لاستيراد بضائع وإدخالها من سوريا إلى العراق، والسبب في ذلك أن هناك ذهابا وإيابا للأموال والسلع والخدمات، ذهاب وعودة بضائع، أو تصدير نفط وإعادة بدلا منه أموالاً أو سلعا أو خدمات^(٤٧).

ب- **المرحلة الثانية:** في هذه المرحلة، عرفت محكمة النقض الفرنسية العقد الدولي بأنه (العقد الذي يتصل بوثوق بمصالح التجارة الدولية) وكان ذلك بمناسبة صحة شرط التحكيم في العقود الدولية، فكل عقد يمس حاجات التجارة الدولية ومصالحها يمكنه إخضاع ما ينشأ عنه من منازعات لقضاء التحكيم والإفلات من القضاء الوطني، وهذا العقد يكون صحيحا دون الحاجة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد^(٤٨). (ووفقا لهذه الفكرة، يكون العقد دوليا عندما تكون مصلحة التجارة الدولية محل اعتبار في العملية، مما يؤدي إلى تحقيق المرونة في المعيار الاقتصادي لدولية العقد^(٤٩)).)) وان هذا الرأي بالغ الأهمية ونميل الى الاخذ به، لأنه يأخذ في الحسبان مقتضيات التجارة الدولية، طالما أن العقد يتجاوز الاقتصاد الوطني لدولة واحدة.

ج. **المرحلة الثالثة:** رغبة في التوسع في المعيار الاقتصادي، اكتفت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٤ فبراير ١٩٣٤م بأن يتعدى العقد حدود الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، كي يمكن اعتباره عقدا دوليا ، يمكن ملاحظة أن هذا العقد اهتم فقط بالطبيعة المادية للعقد، بمعنى محل العقد، دون اعتبار لأي عنصر قانوني آخر مثل الجنسية أو مكان الإبرام أو الموطن أو محل الإقامة، ونتيجة ذلك هو أنه يعد العقد دوليا لو تجاوز الاقتصاد الوطني لدولة واحدة، يكون داخليا ولو وجد فيه عنصر أجنبي طالما أنه يبقى محصورا في الإطار الاقتصادي لدولة واحدة^(٥٠). (ونتيجة للمثالب التي وجهت للمعيار الاقتصادي، فإننا نتفق مع من يدمج المعيار القانوني على المعيار الاقتصادي، إذ إن المعيار هو القادر على توحيد الحلول في نطاق تتازع القوانين وبما يمتاز به من مرونة ووضوح، وهذا العنصر قد يكون فعالاً في علاقة عقدية ما بحيث ينقلها من الصفة الوطنية إلى الصفة الدولية)) وقد لا يكون العنصر نفسه فعالاً في علاقة أخرى، وتبقى تلك العلاقة محتفظة بصفتها الوطنية^(٥١).

ثالثاً: المعيار المزدوج لدولية العقود البترولية والتجارية: في اتجاه جديد للفقهاء القانونيين حرص البعض على ضرورة الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي في إضفاء الصفة الدولية للعقود^(٥٢)، كما نصت الاتفاقية الدولية المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع مثل اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠م، ولاهاي لعام ١٩٨٦م على إمكان الجمع بين المعيارين^(٥٣)، كما وجد هذا المعيار واضحا في الحكم الصادر في قضية شركة نفط كاليفورنيا الآسيوية، وشركة نفط تكساس عبر الحدود ضد الحكومة الليبية، عندما قال المحكم (من غير المشكوك فيه أن عقود الامتياز محل النزاع عقود دولية، سواء من الناحية الاقتصادية أو من الناحية القانونية، لأنها تتضمن عناصر ارتباط بدول مختلفة)^(٥٤). وبما ان هذا الرأي الفقهي الذي يعتمد على المعيار القانوني لإضفاء الصفة الدولية في العقد، على الأقل تماشيا مع ما جاءت به المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي فاننا نميل الى هذا المعيار متفقا معه حيث ان هذا المعيار يجب أن يكون مؤثرا ذاتيا طابع إيجابي وليس سلبيا ، ويترك تقرير ذلك إلى القضاء، فهو الذي يحدد فيما إذا كان العقد دوليا من عدمه.

الفرع الثاني: موقف القضاء العراقي من القانون الواجب التطبيق في من حيث الموضوع والشكل والالتزامات في الاتفاقيات الدولية
اولاً: موقف القضاء العراقي من القانون الواجب التطبيق في من حيث الموضوع

إن المشرع العراقي عالج العقود التي لها ارتباطات دولية وعلاقة مع أكثر من نظام قانوني واحد بسبب وجود الصفة الأجنبية في أحد عناصرها، وذلك في المادة ٢٥ من القانون المدني والتي نصت على أنه :

١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطننا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها هذا العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه .

٢- قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه، نجد أن نص هذه المادة ترك الحرية ابتداء للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، غير أنه أجاز تطبيق قوانين أخرى عند سكوت الإرادة عن الاختيار، من ذلك يتضح لنا أن المشرع العراقي ومن خلال قراءة متأنية للمادة ٢٥ مدني اعتمد ضابطا أساسيا للإسناد وهو: إرادة المتعاقدين، وضوابط تكميلية احتياطية هي: الموطن المشترك للمتعاقدين، ومكان إبرام العقد، بحيث يخضع العقد لقانون الدولة الذي يختاره المتعاقدان أي لقانون الإرادة (القانون المختار). بهذا بدا واضحا أن اختيار القانون الوطني العراقي هي مسألة جوازية اختيارية متروكة لحرية الأطراف المتعاقدة، فالقاعدة التي اختارها المشرع العراقي هي إخضاع العقد للقانون الذي عينه المتعاقدان^(٥٥). ولا بد من البحث عن الإرادة الصريحة للطرفين، وفي الحقيقة لا يوجد مشكلة عندما تكون إرادة الطرفين صريحة في الدلالة على القانون الواجب التطبيق، فإذا اتفقتنا مثلاً على تطبيق القانون العراقي، فنقول حينها إن القاضي سيلجأ مباشرة إلى تطبيق هذا القانون على العقد النفطي، الذي أحد أطرافه شخص أجنبي، ولكن المشكلة تثار أنه لم نجد إرادة صريحة للطرفين، إذ تظهر مشكلة ثانية وهي وجوب البحث عن الإرادة الضمنية للطرفين، والتعرف بعد ذلك على

القانون الذي قصده أطراف العلاقة، ليكون هو القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي قد ينشأ بينهما في تطبيق العقد، والإرادة الضمنية يمكن التوصل إليها من خلال القرائن^(٥٦)، أو اعتماد الطرفين على جعل النزاع المتعلق بالعقد خاضعا لمحاكم دولة معينة، أو اعتماد الطرفين على الاصطلاحات المقررة في قانون معين، أو الإشارة إلى نصوص قانون معين في العقد، كل هذه الأمور وغيرها قد تسمح بالكشف عن إرادة المتعاقدين الضمنية^(٥٧). ولكن إن لم يتوصل إلى الإرادة الضمنية هل يمكن البحث عن الإرادة المفترضة، ومن ثم تطبيق ذلك القانون على العقد، وذلك في الفرض الذي يقيم فيه البعض التمييز بين الإرادة الضمنية والإرادة المفترضة، يمكن القول إنه مع صراحة المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي لا يمكن الأخذ بالإرادة المفترضة، ولم يعط المشرع العراقي مثل هذا الحق للقضاء العراقي، إذ أشار صراحة أنه في حالة تخلف الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، يجب تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، وفي حالة اختلاف الموطن يطبق قانون الدولة التي تم فيها العقد^(٥٨). أما فيما يتعلق بنص المادة من القانون المدني العراقي، فإننا نعتقد بأن النص جاء مطلقا ولم يقيد الرخصة المخولة للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم، وهذا ما يستفاد من عبارة (ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه) وفي الحقيقة أن القانون المختار لا بد أن يكون هو القانون الواجب التطبيق، لاتصاله بالعقد بشكل مباشر، فإذا جارينا إطلاق النص، فإننا نكون قد مكنا أطراف العلاقة العقدية من اصطناع العنصر الأجنبي في العقد، بقصد التهرب من الأحكام الأمرة في قوانين أخرى على صلة بالعقد، وتطبيق القانون الذي كان يتعين تطبيقه دون اعتداد بالعنصر الأجنبي الذي اصطنعه المتعاقدان في عقدهما^(٥٩). وعلى الأساس المذكور، فإن المتعاقدين لقانون العقد وفقا للقانون العراقي يجب أن يكون ذا صلة جدية بين القانون المختار والرابطة العقدية، وهذه الصلة قد تكون مستمدة من العناصر الشخصية أو الموضوعية التي تكشف عن ارتباط العقد بنظام قانوني معين.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم من حيث الشكلية

ويثور السؤال عن كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات؟. فقد انقسم الفقه بصدد الإجابة عن هذا السؤال إلى رأيين:

- ١- يذهب أولهما إلى إن قانون مقر التحكيم هو الذي يطبق على إجراءات التحكيم .
 - ٢- إما الرأي الثاني فيذهب إلى إن القانون الذي يسري على إجراءات التحكيم يرتبط بإرادة الطرفين، لكن دور هذه الإرادة يختلف في التحكيم الحر (الخاص) عنه في التحكيم المؤسسي (المنظم)، ففي حالة التحكيم الحر (الخاص)، فإن إرادة الطرفين يمكنها ان تختار قانونا بعينه ليسري على إجراءات التحكيم، او تختار قواعد متفرقة مأخوذة من القواعد الدولية المعروفة في مجال التحكيم التجاري الدولي، أو تتفق الأطراف على تفويض المحكم الثالث أو هيئة التحكيم اختيار القواعد القانونية التي تخضع لها إجراءات التحكيم^(٦٠)، أما في حالة التحكيم المؤسسي (المنظم) فإن الطرفين يتفقان غالبا على النزاع بالتحكيم وفقا لقواعد التحكيم لأحد مؤسسات أو مراكز التحكيم لكن إذا سكت الأطراف بالنسبة لهذه المسألة، فإن القواعد التي تسري على إجراءات التحكيم تكون طبقا لقواعد التحكيم المعتمدة لتلك المؤسسة^(٦١).
- ثالثا: موقف القانون العراقي من نظام التحكيم التجاري والاتفاقيات الدولية في العهد العثماني:- صدرت مجلة الاحكام العدلية خلال الفترة (١٨٦٩. ١٨٧٦) الخاصة بالمعاملات بين الناس وقد استقت احكامها من الفقه الحنفي وقد جاءت بأحكام وقواعد لتسوية الخلافات وقد ورد في الباب الرابع من الكتاب السادس من مجلة الاحكام العدلية والذي اعتبر نافذاً من وقت نفاذ هذا القانون ليعمل بالنصوص التي تشمل عليها مجلة الاحكام العدلية فيما عدا الكتاب الرابع عشر في الدعوى والكتاب السادس عشر في القضاء الا اذا تعارض نص من النصوص التي تشمل عليها هذا الكتابان صراحة او دلالة^(٦٢).

١- التحكيم في القانون العراقي

- أ- ان قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية الملغى، تناول موضوع التحكيم وافرد لها فصلاً بذلك الفصل الرابع، وحدد الاسس والشروط الواجب توافرها والاسلوب الذي يجب ان يتبع .. ومع ذلك فان هذه النصوص لم تكن ملبية لتسوية النزاعات والخلافات.
- ب- بصدور قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ تضمن احكام التحكيم في المادة ٢٥٥ وما بعدها، وقد فصلت المواد شروط التحكيم واسلوب فض النزاعات كما اورد شروطاً خاصة بالنسبة للمحكمن وان يكون عددهم وترا الا في حالة التحكيم بين الزوجين كما تضمنت النصوص بعدم جواز ان يكون المحكم من رجال القضاء الا بإذن من مجلس العدل وضرورة توافر الشروط العامة للجوء الى التحكيم ومنها:

(١)- ان تكون هناك علاقة تعاقدية بين اطراف النزاع .

(٢)- أن يكون اتفاق تحريري بين اطراف النزاع وان يتم الاتفاق عليه بعد اقامة الدعوى في المحكمة المختصة وعندئذ يدون هذا الاتفاق في محضر الدعوى ليقوم مقام الاتفاق التحريري^(٦٣).

(٣)- ان القواعد القانونية التي جاء بها قانون المرافعات هو ان اشترط الكتابة منعا للنزاع لذلك لايجوز اثبات عقد التحكيم بالتحكيم بالاقرار او النكول عن اليمين بل الكتابة اعتبرت شرطاً أساسياً.

(٤)- أن تكون الخصومة في دعوى المال حيث لايجوز التحكيم في المسائل الشخصية كمسائل البنوة او الزوجية او الولاية او الوصاية.

(٥)- ضرورة اتباع الاجراءات المقررة في قانون المرافعات اي ان يسلك المحكمين سلوك القضاء فيما يتعلق بالخصومة وقواعد التقاضي ووفقاً لاجراءات التي جاء بها قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(٦)- كما ان قانون المرافعات اجازت الاتفاق على التحكيم في نزاع معين او في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين، وتقع على القضاء مهمة استخلاص قصد الخصومة في العقد^(٦٤).

(٧)- لايصح التحكيم الا في المسائل التي يجوز الصلح فيها^(٦٥)، ولايجوز التحكيم بين الزوجين^(٦٦)، كما ان القانون المدني اشترط ان يكون المصالح عنه مما يجوز اخذ البديل في مقابلة، وتحضر الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام والاداب لان الصلح في المصالح المالية جائز^(٦٧)، وايضاً فان التحكيم غير جائز في العقود بلا مقابل كعقد الهيئة المنصوص عليه في القانون المدني م ٦٠١ والاعارة ولكن يجوز في العقود الاخرى كالبيع والشراء مالم تكن مخالفة للنظام العام والاداب.

رابعا: نظام التحكيم في الاتفاقيات الدولية وموقف القانون العراقي

١- ان التحكيم التجاري الدولي يتضمن عنصراً أجنبياً حيث يتم خارج حدود البلد وقد يعهد الى محكمين أجنبياً يطبقون قانوناً أجنبياً سواء كان من الناحية الموضوعية او الاجرائية وعليه فأن تنفيذ الاحكام الخاصة بقضايا التحكيم داخل العراق يلاقي عقبات قانونية وسيادية وهنا لابد من توضيح موقف العراق من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم:

أ- العراق انضم الى بروتوكول جنيف بشأن التحكيم لعام ١٩٢٣ ، وصدر القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٢٨ وهو قانون انضمام العراق الى البروتوكول المذكور ،

ب - أشارت البروتوكول الى أصول التحكيم بما فيها تأليف محكمة التحكيم نابعة لأرادة الطرفين ولقانون البلد الذي يجري فيه التحكيم.

ج - كما تضمن البروتوكول تعهد الدولة المتعاقدة بأن تكفل بواسطة موظفيها احكام قوانينها الوطنية بتنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في أراضيها وفقاً للفقرتين ١ و٢ من البروتوكول المذكور.

٢- اما على نطاق اتفاقية لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بالاحكام الاجنبية، وبصددها فان العراق لم ينظم الى الاتفاقية، اذا كان الجنوح الى النص على شرط التحكيم في حالات معينة مرده الى ارادة المتعاقدين الرامية الى توفير سرعة حل المنازعات والخيرة المتوفرة في المحكمين، والثقة والخبرة والحيادية في المؤسسات الدولية المتخصصة بالتحكيم والاطمئنان الى مايطبق من قواعد قانونية معروفة دولياً فان هذه الامور قد تؤدي الى عرقلة امور التنمية والتعاون التجاري والصناعي الدولي^(٦٨).

الخاتمة:

اولا: الاستنتاجات

١- ان التحكيم أصبح في الوقت الحاضر أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية للجوء اليها لحسم النزاعات الناتجة عن تعاملهم فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية بمختلف انواعها سواء كانت العقود الاستثمارية او العقود البترولية من شرط يصار بموجبه الى اتباع التحكيم عند حدوث نزاع او خلاف يتعلق بتفسير او تنفيذ بنود هذه العقود.

٢- أن التحكيم قضاء اتفاقي يتقيد بنصوص اتفاق التحكيم وبالنصوص القانونية التي يفترض على المحكم الالتزام بها، لذلك يجب أن الابتعاد عن القوالب التقليدية لتحديد طبيعة التحكيم، فهو ظاهرة وإن سبقت القضاء في الوجود إلا أنه ليس أحد السلطات العامة في الدولة مثل القضاء.

٣- إن من مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية توفر تلك المزايا التي يتمتع بها التحكيم، في حسم منازعات عقود الدولة والتي تتناسب مع طبيعة منازعاتها الناجمة أساسا عن الطبيعة الخاصة لأطراف هذه العقود، الدولة من ناحية و الطرف الأجنبي من ناحية أخرى.

ثانيا:- التوصيات

- ١- نقترح وبإلحاح شديد على الجهات التشريعية ضرورة تشريع قانون التحكيم العراقي الذي لا بد ان يستند على الواقع التجاري الدولي ومتطلباته مع الاخذ بنظر الاعتبار المعاهدات والاتفاقيات الدولية والاستناد على القانون النموذجي الاونسترال والتفاعل مع كافة المصادر التشريعية الحديثة والقديمة التي تنظم اجراءات التحكيم الموضوعية والشكلية
- ٢- إضافة شروط في قانون الخاص بتأسيس الشركات التي تكون تعاملاتها مع الأطراف الأجنبية تتمثل في التعيد بالتقيد والإطلاع على النصوص القانونية بخصوص التحكيم قبل الإتفاق على التحكيم مع الطرف الأجنبي.
- ٣- إنشاء مركز تحكيم مؤسسي دولي خاص في العراق له نظامه وقواعده الخاصة ، يستوحي كافة التجارب الدولية والاقليمية بالتعاون مع المراكز التحكيمية الرئيسية لكي تتمتع بالرصانة القانونية العالمية.

المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

اولاً:- المعاجم اللغوية-

- ١- الفيروز ابادي (مجد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، اعداد وتقديم محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط ٢، ٢٠٠٣.
- ٢- المحلى لابن حزم ج ٩، وتحفة المحتاج ج ١٠، ط ٥، ١٩٩٩ .

ثانياً:- الكتب القانونية

- ١- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٢- احمد سعيد المومني، التحكيم في التشريع الاردني والمقارن، الجزء الاول، سنة ١٩٨٣.
- ٣- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع (أصولاً ومنهجاً)، مكتبة الجلاء الطبعة الأولى، ١٩٩١م.
- ٤- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
- ٥- سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ٦- طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٧م.
- ٧- عبد الحميد الأحذب، التحكيم، وثائق تحكيمية، الجزء الرابع، دار نوفل للطباعة، مصر، بدون سنة نشر.
- ٨- عكاشة محمد عبد العال، و بديع منصور، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥م.
- ٩- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، والقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار مكتبة الجامعة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٢م.
- ١٠- منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ١٩٩٢م.
- ١١- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ١٩٩٥م.

ثالثاً:- الأطاريح والرسائل:

- ١- باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق ١٩٩٨م.
- ٢- بدران شكيب عبد الرحمن، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٥م.
- ٣- سلامة فارس عارب، وسائل معالجة اختلاف توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ١٩٩١م.
- ٤- عماد خلف دهام، النظام القانوني لعقود النفط الدولية في التشريع العراقي والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه. ٢٠١٥.
- ٥ - محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، ١٩٩٠م.

رابعاً:- الدراسات والبحوث والمجلات :

- ١- أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في تطبيق القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الحادي عشر، ١٩٦٥م.

- ٢- جميل الشراوي، محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
 - ٣- عبيدات رضوان، تشكيل هيئة التحكيم التجاري وفق أحكام قانون التحكيم الأردني والمقارن، مجلة ٢٨ الشريعة والقانون، العدد ١.
 - ٤- عصام الدين القسبي، النفاذ المعجل لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م.
 - ٥- فوزي محمد ساسي، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوقي، الإعداد من ١-٤، السنة ١٩٨٨.
- قحطان الدوري، عقد التحكيم والفقہ الإسلامي والقانون الوصفي، ط، الخلود، بغداد ١٤٠٥هـ.

خامسا :- القوانين العراقية والعربية

١- القانون المدني العراقي

٢- قانون المرافعات العراقي

٣- قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ

٤- قانون التحكيم المصري

٥- قانون الاونسيترال

سادسا :-المصادر الأجنبية

(Faucherd, quand un arbitrage est-il international, R.A, 1970, P.74 - ١

Article 1: Scope of conversion the ruels of this conversion shal apply to conaractual obligation in any situation in

هوامش البحث

- ١- الفيروز ابادي (مجد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، اعداد وتقديم محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط ٢، ٢٠٠٣، ص ١٠١١.
- ٢- المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٣٥، وتحفة المحتاج ١٠ ص ١١٨.
- ٣- قحطان الدوري، عقد التحكيم والفقہ الإسلامي والقانون الوصفي، ط، الخلود، بغداد ١٤٠٥هـ، ص ٢٢.
- ٤- سورة النساء الآية ٣٥.
- ٥- سورة ص الآية ٢٦.
- ٦- انظر نص المادة (٧) من قانون الاستثمار المصري التي نصت على (... وفقا لإحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية).
- ٧- أنظر في ذلك القانون منشور على الموقع الالكتروني: <http://www.Uncitval.Org>.
- ٨- محمد طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقيات البترول، بحث مقدم منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ١٩٦٠، السنة ١٠، ص ٥١، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الإسكندرية، دارالمطبوعات، ١٩٨٩، ص ٩٢.
- ٩- عبد الكريم سلامة، سلامة العقود الدولية للاستثمار والتنمية الاقتصادية، ص ١٣.
- ١٠- علي جمال الدين على، الاوراق التجارية، جامعة القاهرة، ١٩٩٥ <https://e3arabi.com/?p=505867>
- ١١- أنظر المادتين ٢٠ و ٢٢ من قواعد اليونيسترال لسنة ١٩٨٥ المعدلة في سنة ٢٠١٠.
- ١٢- نير عبد المجيد، المرجع السابق، ص ١٧٠- ١٧١.
- ١٣- لما احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين، بيروت، ٢٠٠٨، ص ١٧١.
- ١٤- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ١٧٣.
- ١٥- منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص ٢٠٠.
- ١٦- publications universitaires, ohamed Mentalecheta, l'arbitrage commercial en droit Algérien, office des

1983, P32

- ١٧- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، د. م. ج، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ٥٠.
- ١٨- عبيدات رضوان، تشكيل هيئة التحكيم التجاري وفق أحكام قانون التحكيم الأردني والمقارن، مجلة ٢٨ الشريعة والقانون، العدد ١، ص ٤.
- ١٩- أمال يدر، المرجع السابق، ص ١١١.
- ٢٠- المادة ٣٤ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ مع تعديلات، ٢٠١٠.
- ٢١- عماد خلف دهام، النظام القانوني لعقود النفط الدولية في التشريع العراقي والقانون المقارن، مرجع سابق، ص ٢٢.
- ٢٢- عماد خلف دهام، النظام القانوني لعقود النفط الدولية في التشريع العراقي والقانون المقارن، مرجع سابق، ص ٥٤.
- ٢٣- عماد خلف دهام، النظام القانوني لعقود النفط الدولية في التشريع العراقي، أطروحة دكتوراه، مقدمة لجامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٥، ص ٨٥.
- ٢٤- عماد خلف دهام، نفس المصدر، ص ٦٥.
- ٢٥- عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص ٢٠.
- ٢٦- المصدر نفسه ص ٢١٧.
- ٢٧- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ١٩٩٥م، ص ٢٥٣-٢٥٥.
- ٢٨- عصام الدين القسبي، النفاذ المعجل لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص ١٢٨، ونشير في هذا الصدد أن العراق انضم لهذه الاتفاقية سنة ١٩٦٢م، ومصر انضمت سنة ١٩٥٩م.
- ٢٩- محمد الروبي، عقود التشييد...، مرجع سابق، ص ٢٠٢.
- ٣٠- عبد الحميد الأحمد، التحكيم، وثائق تحكيمية، الجزء الرابع، دار نوفل للطباعة، مصر، بدون سنة نشر، ص ٥٢٩.
- ٣١- محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، ١٩٩٠م، ص ٥٣٦.
- ٣٢- Article 1: Scope of conversion the ruels of this conversion shal apply to conaractual obligation in any situation in ولمزيد من التفاصيل، راجع . د: باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، ص ٣٣.
- ٣٣- طرح البحور علي حسين فرج، تدويل العقد...، مرجع سابق، ص ١٥٥.
- ٣٤- محمد الروبي، عقود التشييد...، مرجع سابق، ص ٢٠٨.
- ٣٥- عبد الحميد الأحمد، التحكيم...، مرجع سابق، ص ٥٣٩.
- ٣٦- جميل الشرقاوي، محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ١٨.
- ٣٧- عكاشة محمد عبد العال، و بديع منصور، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥م، ص ٣٩٤.
- ٣٨- عبد المنعم زمزم، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص ٩٨.
- ٣٩- بدران شكيب عبد الرحمن، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٥م، ص ٨.
- ٤٠- باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، ص ٢٠.
- ٤١- أن قانون المرافعات العراقي قد وسع من صلاحيات محكمة التمييز للتدخل في قرار قاضي الموضوع، ومن ثم نقضه إذا خالف القانون، بل حتى إذا خالف الواقع وفق المادة (٥/٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية، على خلاف القوانين الأخرى مثل القانون المصري والذي لا يعطي الصلاحية لمحكمة النقض للتدخل في قرار قاضي الموضوع سوى في مسائل القانون، أما مسائل الواقع فلا يحق لها ذلك.
- ٤٢- سلامة فارس عارب، وسائل معالجة اختلاف توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ١٩٩١م، ص ٤٣.
- ٤٣- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية...، مرجع سابق، ص ٩١.

- ٤٤- منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ١٩٩٢م، ص ٢٤ .
- ٤٥- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، ص ٨٣.
- ٤٦- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع (أصولاً ومنهجاً)، مكتبة الجلاء الطبعة الأولى، ١٩٩١م، ص ١٠٨٩.
- ٤٧- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع...، مرجع سابق، ص ١٠٩١.
- ٤٨- بدران شكيب عبد الرحمن، عقود المستهلك..، مرجع سابق، ص ١٢.
- ٤٩- بدران شكيب عبد الرحمن، عقود المستهلك...، مرجع سابق، ص ١٣.
- ٥٠- (Faucherd, quand un arbitrage est-il international, R.A, 1970, P.74)
- ٥١- رشاد علي الدين احمد، مرجع سابق، ص ٤٤٤.
- ٥٢- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، والقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار مكتبة الجامعة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٢م، ص ١٩٣ .
- ٥٣- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت، ١٩٩٤م، ص ٥٣٩.
- ٥٤- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ١٩٥ . وسامي بديع منصور، نفس المرجع السابق، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ص ٥٤٥.
- ٥٥- هشام علي صادق، تنازع القوانين القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية ، منشأة المعارف، الاسكندرية مصر، ١٩٩٥، سابق، ص ٦٤٧ .
- ٥٦- باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، اطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق في جامعة الموصل ، جمهورية العراق، ١٩٩٨م، ص ١٩١.
- ٥٧- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص ٦٢.
- ٥٨- طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٧م، ص ٥٠.
- ٥٩- جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ص ٢٣٧، لمزيد من التفاصيل ينظر عماد خلف دهام، النظام القانوني لعقود النفط الدولية في التشريع العراقي، ص ٦٢.
- ٦٠- نص عند الخدمة الفنية مع شركة (أيراب) لسنة ١٩٦٨ في العراق على (.. ويجري التحكيم طبقاً لقواعد الإجراءات التي يضعها الرئيس).
- ٦١- عصام الدين مصطفى بسيمة النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذ بالنسر، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٢، ص ١٩٨، فوزي محمد ساسي، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوقي، الإعداد من ١-٤، السنة ١٩، ١٩٨٨، ص ١٧.
- ٦٢- مجلة الاحكام العدلية، المادة ٣٨ من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٦٣- المادة ٢/٢٧٣، القانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
- ٦٤- المادة ٢٥١ قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
- ٦٥- المادة ٢٥٤ قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
- ٦٦- المادة ٤١ قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
- ٦٧- المادة ٦٠١،٧٠٤ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٦٨- احمد سعيد المومني، التحكيم في التشريع الاردني والمقارن، الجزء الاول، سنة ١٩٨٣، ص ١٥٣.