گوڤارا ئەکادیمی یا زانکویا نەوروز (المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز)، پ.١٢ ژ.١، ٢٠٢٣
حقوق الطبع والنشر ©2017. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الابداعي النسبي – CC BY-NC-ND 4. 0، e-ISSN: 2520-789X
https://doi.org/10.25007/ajnu.v12n1a1436

التحكيم كآلية بديلة في حل المنازعات التجارية والاستثمارية في إقليم كوردستان العراق
(بحث مقارن)

لقمان حسن رسول، قسم القانون، كلية القانون والعلاقات الدولية، الجامعة اللبنانية الفرنسية ، كوردستان، العراق

مخلص سليم مراد، مدير عام في هيئة الاستثمار إقليم كوردستان

الملخص

تتنوع الوسائل التي يمكن أن تلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية المنازعات الناشئة عنها، إلا أن التحكيم يعد في الوقت الحاضر طريقة مقبولة لتسوية تلك المنازعات، حيث أنها وسيلة فعالة لحسم المنازعات بين المستثمرين، فالقضاء صاحب الاختصاص الأصيل في تسوية المنازعات لا يوفر في نظر المستثمرين وخصوصاً الأجانب، الضمانة الفعالة لفض المنازعات بشكل حيادي تجاه حكومة الدولة المضيفة.

وعلى الرغم من أهمية موضوع التحكيم في عقود الاستثمار وازدياد اللجوء إليه كنظام لحسم منازعات الاستثمار وبالرغم من اهتمام المشرع العراق وإقليم كوردستان، إلا أن هذا الاهتمام ليس بالقدر الكافي مقارنة بأهمية موضوع التحكيم في عقود الاستثمار، ولا توجد لحد الآن تشريعات خاصة بالتحكيم في النظام القانوني العراقي وإقليم كوردستان - العراق.

ومن خلال دراسة التشريعات العراقية، يتبين لنا بأن قانون المرافعات المدنية العراقي نظم موضوع التحكيم الوطني دون الإشارة إلى التحكيم الدولي. ولكن قانون الاستثمار العراقي يسمح لطرفي العقد اختيار التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لحسم المنازعات التي تنشأ بينهما. كما نظم قانون الاستثمار في إقليم كوردستان موضوع التحكيم الدولي بشكل آخر، وقد أجاز التحكيم المبينة أحكامه وفقاً لأحكام تسوية المنازعات الواردة في الاتفاقات الدولية أو الثنائية.

ومن خلال دراسة موقف المشرع سواءً في العراق أو في اقليم كوردستان، نجد أن المشرع قد أخرج النظام القانوني للتحكيم الاستثماري من القواعد القانونية العامة إلى القواعد القانونية الخاصة بقانون الاستثمار، وهكذا يحيل المشرع موضوع تسوية المنازعات بين المستثمرين إلى التحكيم التجاري الى جانب القضاء.

مفاتيح الكلمات: التحكيم، التحكيم التجاري. الاستثمار. المحكم، التحكيم الدولي.

1.المقدمة

1.1 موضوع البحث:

إن زيادة في المؤسسات الاقتصادية والمشاريع الاستثمارية من جهة وعدم ملائمة القوانين الوطنية لتسوية المنازعات الناشئة عنها من جهة أخرى، ناشد الفكر القانوني أن يتجه إلى البحث عن أداة فنية متخصصة تقوم بالفصل في المنازعات بعيداً عن قضاء الدولة وقوانينها. وأن المستثمر والتاجر خاصة المستثمر الأجنبي يحتاج إلى ضمانات قانونية لتسهيل عمله وحفظ حقوقه، ويسعى إلى الحصول على وسائل محايدة وفعالة غير قضائية لتسوية المنازعات، وعلى الرغم من تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في العقود التجارية والاستثمارية لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها، إلا أن التحكيم يعد طريقة مقبولة بينهم لتسوية تلك المنازعات.

وللإحاطة بموضوع التحكيم كآلية بديلة في حل المنازعات التجارية والاستثمارية في إقليم كوردستان، سوف تقتصر دراستنا على تناول موضوع التحكيم كآلية بديلة في حل

المنازعات الاستثمارية والتجارية في إقليم كوردستان، ونسلط الضوء على التحكيم في النظام القانوني العام والخاص للتحكيم في إقليم كوردستان العراق ، تاركين التفاصيل في المواضيع الأخرى للتحكيم إلى المؤلفات والبحوث التي تناولت هذا الموضوع بشكل مفصل.

2.1 أهمية البحث :

تأتي أهمية موضوع البحث في الوقت الحاضر من أهميته في تشجيع الاستثمار والمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية، حيث يعد مطلباً من متطلبات التقدم ولا تستطيع الدول أن ترفضه، وأصبحت الاتفاقيات والمعاهدات الدولية تتبنى مبدأ اللجوء إلى التحكيم، فالمستثمر والتاجر يبحثان دائماً عن ضمانات، ومن هذا المنطلق يعتبر التحكيم وإحالة النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ عقود الاستثمار بين الأطراف إلى هيئة مستقلة من اختيارهم من أهم هذه الضمانات. وبخصوص إقليم كوردستان العراق وفي ظل غياب قانون خاص بالتحكيم التجاري، تزداد أهمية دراسة موضوع التحكيم ودراسة كيفية معالجة الإشكاليات والمعوقات التي تواجه عملية التحكيم التجاري والاستثماري.

3.1 هدف البحث :

رغم الأهمية العلمية والعملية للتحكيم في المنازعات التجارية والاقتصادية في عصر إزدهار الإستثمار وإزدياد المشاريع الاستثمارية في إقليم كوردستان، إلا أنه لم نجد دراسة مستقلة ومتعمقة في النظام القانوني العام والخاص للتحكيم في إقليم كوردستان تتناسب مع أهمية دور التحكيم في المنازعات الاقتصادية في هذا العصر باستثناء بعض الدراسات والمؤلفات في التحكيم التجاري بوجه عام. لذلك يهدف هذا البحث إلى دراسة التحكيم كآلية غير قضائية لتسوية المنازعات التجارية والاستثمارية في ضوء القوانين النافذة في إقليم كوردستان.

4.1 إشكالية البحث :

على الرغم من أهمية التحكيم في حل المنازعات الاستثمارية والتجارية، إلا أنه لم يتم تشريع قانون خاص بالتحكيم في إقليم كوردستان، وكل من قانون المرافعات العراقي المرقم (83) لسنة 1969 المعدل وقانون استثمار إقليم كوردستان رقم (4) لسنة 2006 يشوبه بعض أوجه الخلل والقصور، وعاجز عن تغطية الكثير من زوايا التحكيم وقاصر عن وضع الحلول للإشكاليات التي تعترض عملية التحكيم، لذلك يمكن تحديد اشكاليات الدراسة على النحو الآتي:

1- تحليل الجانب القانوني حول التحكيم وتسوية منازعات الاستثمار في إقليم كوردستان العراق.
2- دراسة النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في إقليم كوردستان العراق.
3- دراسة إمكانية تنفيذ قرارات هيئات التحكيم التجاري الدولي في ظل القوانين النافذة في إقليم كوردستان العراق.

5.1 نطاق البحث :

يتمحور نطاق البحث على موضوع التحكيم كآلية بديلة لحل المنازعات التجارية والاستثمارية، ويقتصر نطاق البحث على دراسة موضوع التحكيم الوطني والدولي لحل المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار والمنازعات التجارية الدولية، ويكون ذلك في ضوء التشريعات العراقية والكوردستانية النافذة واقانون المقارن.

6.1 منهجية البحث :

يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي والمقارن، من خلال تحليل النصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع التحكيم في ظل قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل، وقانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل وقانون إستثمار إقليم كوردستان رقم (4) لسنة 2006، والمقارنة بين الوضع التشريعي في إقليم كوردستان ومصر، وتوضيح الواقع العملي في العراق وإقليم كوردستان وكيفية حسم المنازعات الاستثمارية في الإقليم لغرض الوصول إلى بيان جوانب الموضوع وطرح معالجة موضوعية سليمة لمشكلة البحث.

7.1 هيكلية البحث :

نقسم هذه الدراسة على مبحثين، نخصص المبحث الأول للتعريف بالتحكيم وذلك في مطلبين، يتضمن المطلبالأول ماهية التحكيم التجاري وطبيعته القانونية، في حين يتضمن المطلب الثاني أنواع التحكيم من حيث نطاقه الدولية**.** أما المبحث الثاني فسنتناول فيه دراسة آثار عملية التحكيم في المنازعات التجارية والاستثمارية، وذلك في مطلبين، يتضمن المطلب الأول مزايا التحكيم، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه دراسة التحكيم في قوانين إقليم كوردستان . ويتضمن البحث خاتمة بأهم استنتاجات البحث وتوصياته.

2. المبحث الأول: التعريف بالتحكيم

يعد التحكيم من الوسائل غير القضائية لفض المنازعات التجارية والاستثمارية التي تنشأ بين المستثمرين والدولة المضيفة للاستثمار. وهذه الوسيلة لها سماتها الخاصة بها والتي تختلف عن الوسائل الأخرى المتبعة في تسوية المنازعات. في هذا المبحث سنتطرق إلى ماهية التحكيم وطبيعته القانونية والتحكيم التجاري الداخلي والدولي في مطلبين كالآتي:

1.2 المطلب الأول: ماهية التحكيم التجاري وطبيعته القانونية

يعد التحكيم أداة من أدوات حل المشاكل وتحقيق العدالة في النظم القانونية المعاصرة، وقد اختلف فقهاء القانون حول تعريف وتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري. في هذا المطلب سنتناول التعريف وماهية التحكيم التجاري وتحديد أساسع وطبيعته القانونية من خلال الفرعين الآتيين:

1.1.2 الفرع الأول: ماهية التحكيم التجاري

عرَّف فقهاء القانون التحكيم بعدة تعاريف المختلفة، فقد عرفه البعض بأنه الطريقة التي يختارها الأطراف لحسم المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع والبت فيه أمام شخص أو أكثر (المحكم أو المحكمون) دون اللجوء أو عرض النزاع إلى المحاكم (سامي، 1992، صفحة 17). ويعرفه البعض بأنه" نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير، يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع" (اسماعيل ط.، 2019، صفحة 160). وعرفه آخرون بأنه اتفاق على إناطة حل ما ينشأ بين الأفراد على محكمين ليفصلوا فيه بعيداً عن إجراءات القضاء الاعتيادي (نداوي، 2006، صفحة 290).

وعلى صعيد القوانين، عرفه قانون التحكيم المصري بأنه "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء أكانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أم لم يكن كذلك (قانون التحكيم المصري، المادة 4).

فيما يتعلق بالعراق، لم نجد قانوناً خاصاً بالتحكيم أسوة بالوضع التشريعي في مصر، عدا الأحكام الموجودة في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وقانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 . ولم يتطرق المشرع في قانون المرافعات إلى التعريف بنظام التحكيم وإنما اكتفى بالنص على ما يفيد هذا المعنى بنص المادة (251) " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد". وهذا يعني أجاز المشرع لاطراف العقد أن يتفق على حسم جميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقودهم سواءً كان معينة أم غير معينة في العقد. فقد أجاز المشرع العراقي في قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 إمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري، حيث أشارت المادة (27/ أولاً) من القانون إلى أنه (تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري " الوطني أو الدولي" وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق).

وبخصوص إقليم كوردستان العراق، لا يوجد فرق كبير بين الوضع التشريعي مع العراق، ولم نجد قانوناً خاصاً بالتحكيم في الإقليم أيضاً، ويعتمد نظام التحكيم على الأحكام الواردة في قانون المرافعات المدنية مثل ما هو الحال في العراق. وقد أقر قانون الاستثمار اللجوء التحكيم في تسوية منازعات الاستثمارية، والتي تنص على أنه " تحل المنازعات الاستثمارية وفق العقد المبرم بين الطرفين وعند عدم وجود فقرة فيه بهذا الخصوص تحل بطريقة ودية وبتراضي الطرفين وفي حالة تعذر الحل الودي يجوز للطرفين اللجوء إلى التحكيم المبينة أحكامه في القوانين المرعية في الإقليم أو وفقاً لأحكام تسوية المنازعات الواردة في أي من الاتفاقات الدولية أو الثنائية التي يكون العراق طرفاً فيها" (قانون الاستثمار في اقليم كوردستان، المادة 17).

يتضح لنا، من خلال أحكام الواردة في قانوني الاستثمار العراقي والكوردستاني حول موضوع التحكيم، أنه على الرغم من عدم إيجاد تعريف خاص بالتحكيم داخل النص، إلا أننا نجد اهتماماً واضحاً من قبل المشرعني العراقي والكوردستاني باللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الاستثمارية، وهذا يعد مواكبة لمتطلبات الازدهار والتطور الاقتصادي والاستثماري في العراق وإقليم كوردستان. ويستحسن للمشرع ان يضع تعريفاً خاصاً بالتحكيم وإيراد بحيث يتضمن المقصود بالتحكيم الاستثماري.

ولاتفاق التحكيم صورتان، وهما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، فيقصد

بشرط التحكيم النص الوارد ضمن نصوص المتفق عليه في بنود عقد الاستثمار، بحيث يقرر الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لفصل المنازعات الاستثمارية التي تثور مستقبلاً بين الطرفين حول بنود العقد وتنفيذه (راشد، 1984، صفحة 75). أما بالنسبة لمشارطة التحكيم فهي أي أتفاق بين أطراف العلاقة الاستثمارية في عقد مستقل، بحيث يتقرر عرض المنازعات التي نشأت بالفعل بينهم على التحكيم لحسمها (المواجدة، 2010، صفحة 40).

يتبين لنا من التعاريف المتقدمة أن الفرق بينهما واضح، بحيث أن شرط التحكيم يرد لغرض حسم المنازعات المحتملة الوقوع، أما مشارطة التحكيم فإنها تمثل عقداً مستقلاً لحسم المنازعات التي نشأت بالفعل ويراد حسمها عن طريق اللجوء للتحكيم.

إن المشرع العراقي قد أقر كلا صورتين، حيث نص في المادة (251) من قانون المرافعات المدنية المعدل على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين".

ومن خلال بيان ماهية التحكيم التجاري وبيان تعريف التحكيم سواءً على صعيد فقهاء القانون أو القوانين المقارنة يتبين لنا بأن المشرع المصري اتجه اتجاهاً حديثاً ومتطوراً بخصوص نظام التحكيم التجاري مقارنة بالوضع التشريعي في العراق وإقليم كوردستان، وذلك من خلال وجود قانون خاص بالتحكيم في مصر (قانون التحكيم المصري)، وعدمه في العراق وإقليم كوردستان.

ومن الجدير بالذكر، هناك فرق مابين المنازعات الناشئة عن الاستثمار والمنازعات التجارية، حيث ان للأول خصوية، تخضع لاحكام وقواعد دولية خاصة كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار،والتي بموجبها أنشئت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (اسماعيل د.، 2017، صفحة 51)

2.1.2 الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

لقد ثار الجدل بين الفقهاء بصدد تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، حيث يرى البعض بأنه ذو طبيعة عقدية، ويرى ثانيها بأن يتمتع بطبيعة قضائية، بينما يذهب الاتجاه الثالث إلى أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، في حين يؤكد الاتجاه الأخير والرابع أن التحكيم أسلوب مستقل لتسوية المنازعات. وسنتطرق إلى هذه الاتجاهات على النحو الآتي:

1.2.1.2 أولاً: الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الطبيعة القانونية للتحكيم هي طبيعة عقدية اتفاقية مصدرها إرادة الطرفين في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع الذي ينشأ حول تنفيذ العقد الأصلي أو تفسيره، وهذا فيما يخص شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي أو بعقد مستقل أو بمشارطة التحكيم التي تم الاتفاق عليها ما بين الطرفين بعد نشوب النزاع (اللامي، 2015، صفحة 17). ويستند انصار هذه النظرية في اعتبار طبيعة التحكيم طبيعة العقدية اتفاقية إلى العديد من الحجج، ومنها رغبة اطراف العقد في التصالح وحل الخلافات الناشئة بينهم بطريقة ودية، والتحكيم هو مصدر سلطة المحكمين الذي بنى عليه المحكمون لبثرار الذي اصدروه في القضية التحكيمية، وتحرر المحكمون من الالتزام بالاجراءات والقواعد التي ينص عليها القانون الوطني عند الاتفاق اطراف النزاع على اعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون (الدليمي، 2011).

2.2.1.2 ثانياً: الطبيعة القضائية للتحكيم:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى ترجيح الطابع القضائي للتحكيم، والنظر إلى التحيكم من زاوية أنه قضاء اجباري ملزم للخصوم متى ما اتفقوا عليه. وأنه يحل محل قضاء الدولة الإجباري وان المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها مما يجعل الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم، وإن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة. وأن كلاً من المحكم والقاضي يحل النزاع بحكم يجيز حجية الأمر المقضي به، وهذه الحجية يستمدها من المشرع (ابوالوفاء، 2016، صفحة 18).

3.2.1.2 ثالثاً: الطبيعة المختلطة للتحكيم:

وفق ما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه فإن التحكيم عملية قانونية ذات طبيعة مركبة، ويرى أن التحكيم هو حقيقة ممتدة من الزمن تبدأ باتفاق التحكيم وتنتهي بشمول حكم المحكم بأمر التنفيذ. ويتعاقب على هذه النظرية طابعان، وهما الطابع التعاقدي الذي يتمثل باتفاق التحكيم والثاني الطابع القضائي والمتمثل بأن وظيفة المحكم هي حسم النزاع المعروض عليه. والتحكيم هو نظام مختلط يبدأ باتفاق التحكيم إجراء وتنتهي بشمول حكم المحكم بأمر التنفيذ (جريح، 2016، صفحة 31).

4.2.1.2 رابعاً: الطبيعة المستقلة للتحكيم:

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن للتحكيم طبيعة قانونية مستقلة كأسلوب مستقل لتسوية المنازعات. حيث رفضوا الاعتراف بطبيعته القضائية، وذلك، لأن التحكيم أسبق في وجوده من القضاء كوسيلة قائمة بذاتها للفصل في المنازعات. وقد ذهب هذا الرأي في رفضه للطبيعة العقدية للتحكيم إلى أن اتفاق التحكيم والذي على أساسه أسبغت الصفة

العقدية على التحكيم ليس هو جوهر التحكيم، حيث أن ذلك وإن كان يصدق على التحكيم الاختياري، إلا أن هناك تحكيم إجباري في بعض المنازعات لا تكون لإرادة الأفراد دور في قيامه، حيث يلزمون باللجوء إليه (خليفة، 2011، الصفحات 30-31). عندما ننظر إلى التحكيم كنظام مستقل عن كل من العقد والقضاء، وله قواعده وخصائصه المميزة، فانه يترتب على ذلك أن لا يجد التحكيم مرجعيته في القضاء الداخلي للدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، إذ أن التحكيم له خصائص وقواعد خاصة به، لذا فهو ليس قسماً ولا قسيماً لأي من العقد والقضاء (قادر، 2013، صفحة 432).

2.2 المطلب الثاني: أنواع التحكيم من حيث نطاقه الدولية

نظراً لأهمية التحكيم على الصعيدين الوطني والدولي، وتأكيداً لرغبة المستثمرين باللجوء إلى هذا النظام لتسوية المنازعات التجارية والاستثمارية، وكذلك رغبة الدول في تشجيع الاستثمار، لذلك ظهرت عدة أنواع للتحكيم، فمن ناحية قد يكون التحكيم مؤسسياً وقد يكون حراً، أو قد يكون التحكيم وطنياً وقد يكون دولياً .

التحكيم المؤسسي هو الذي يتفق عليه الاطراف على إحالة المنازعات التي ستنشأ في المستقبل أو التي نشأت بالفعل بينها إلى التحكيم أمام هيئة تحكيمية أو منظمة أو مركز من هيئات أو مراكز التحكيم الدائمة وفق قواعد وإجراءات موضوعة سابقاً لحكم عمل هذه الهيئات والمراكز وإدارة العملية التحكيمية منذ تلقي طلب التحكيم وحتى إصدار الحكم (الفقي، 2012، صفحة 56).

أما التحكيم الحر، هو الذي يتولى الخصوم اقامته بمناسبة نزاع معين، خارج إطار أي مركز أو مؤسسة خاصة بالتحكيم، والمحكمون فيه أحرار لا يتبعون هيئة تحكيمية ثابتة (قادر، 2013، صفحة 327).

ونظراً ولأهمية التحكيم الوطني والتحكيم الدولي في عقود الاستثمار نسلط الضوء على التحكيم الوطني والتحكيم الدولي في قوانين إقليم كوردستان، وذلك في الفرعين كالآتي:

1.2.2 الفرع الأول:التحكيم الوطني

التحكيم الوطني هو ذلك النوع من التحكيم الذي يجري في داخل البلد في موضوع ما يتعلق بالمنازعات المدنية والتجارية، وتطبق عليه القوانين الداخلية، أو هو ذلك التحكيم الذي تتصل فيه جميع عناصره بدولة واحدة دون غيرها موضوعاً وأطرافاً وسبباً وقانوناً (جال و عبدالعال، 1998، صفحة 56). والتحكيم الوطني هو قضاء اتفاقي، يساعد القضاء الوطني ويزيل عنه الكثير من الأعباء في قيامه بحل الكثيرمن النزاعات التي تنشأ بين أطراف النزاع (جريج، 2016، صفحة 37).

وقد نظم المشرع العراقي التحكيم الوطني في المواد (251- 276) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل، منذ الاتفاق عليه حتى صدور الحكم وتنفيذه. وقد أجاز قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل اللجوء إلى التحكيم الداخلي وفقاً للقانون العراقي، وبموجبه يجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) (قانون الاستثمار العراقي، المادة 27/ اولا).

وبخصوص إقليم كوردستان العراق، نظم المشرع التحكيم في قانون الاستثمار رقم (4) لسنة 2006، والتي أجاز فيها للأطراف المتنازعة اللجوء الى التحكيم المبينة أحكامه في القوانين المرعية في الإقليم (قانون الاستثمار لاقليم كوردستان، المادة 17). و من الجدير بالذكر أن قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ في الإقليم هو قانون الوحيد الذي جاءت فيه أحكام خاص بالتحكيم الوطني والتي ذكرناها سابقاً في هذا الفرع.

2.2.2 الفرع الثاني: التحكيم الدولي

التحكيم الدولي هو ذلك النوع من التحكيم الذي يكون موضوعه نزاعاً يتعلق بالمصالح والتجارة الدولية والذي يكون أحد أطراف اتفاق التحكيم دولياً أو يكون الأطراف متفقين على إحالة النزاع الى إحدى هيئات التحكيم الدولية أو الإجراءات التي تطبق على الواقعة محل النزاع مستمدة من نصوص اتفاقيات دولية (الحسن، 2010، صفحة 209).

وقد حدد القانون (United Nations Commission On International Trade Law - UNCITRAL) النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، أكثر من معيار واحد لدولية التحكيم كالآتي:

1- إذا كان مقر عمل أطراف النزاع اتفاق التحكيم وقت إبرام ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.

2- أو إذا كان أحد الأماكن الواردة أدناه واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الأطراف المتنازعة:

أ- مكان التحكيم إذا كان تم تحديدها في بنود اتفاق التحكيم .

ب- مكان تنفيذ الجزء الأهم من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة .

ت- أو في حالة اتفاق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة (UNCITRAL، 1985/ المادة 1/ فقرة 3).

من خلال دراسة التشريعات العراقية، يتوضح لنا بأنه لا توجد تشريعات خاصة بالتحكيم الدولي في العراق ولا في إقليم كوردستان، رغم وجود مشروع قانون التحكيم العراقي في مجلس النواب العراقي التي نظم موضوع التحكيم، الا ان لم يتم تشريعه من قبل المشرع. وقد نظم قانون المرافعات المدنية العراقية موضوع التحكيم الوطني دون الإشارة إلى التحكيم الدولي. ولكن قانون الاستثمار العراقي يسمح لطرفي العقد اختيار التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لحسم المنازعات التي تنشأ بينهما (قانون الاستثمار العراقي، المادة 27/ اولا).

ونظم قانون استثمار في إقليم كوردستان موضوع التحكيم الدولي بشكل آخر، وقد أجاز التحكيم المبينة أحكامه وفقاً لأحكام تسوية المنازعات الواردة في الاتفاقات الدولية أو الثنائية التي انضم العراق اليها أو التي يكون طرفاً فيها (قانون الاستثمار لاقليم كوردستان، المادة 17).

أما فيما يتعلق بقانون التحكيم المصري، فقد أخذ المشرع المصري بمعيار حديث ومتطور في تحديد التحكيم التجاري الدولي، حيث تنص على أنه "يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية في الأحوال الآتية...." (قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المادة 3).

1. المبحث الثاني: آثار عملية التحكيم في المنازعات التجارية والاستثمارية

نظراً لأهمية التحكيم كنظام قانوني، وتعمق موضوع دراستنا من خلال معرفة مزايا التحكيم ودراسة النظام القانوني العام والنظام القانوني الخاص للتحكيم في العراق وإقليم كوردستان، سنبين في هذا المبحث أهم مزايا التحكيم ودراسة القواعد العامة للتحكيم في التشريعات العراقية والكوردستانية، وذلك من خلال المطلبين كالآتي:

1.3 المطلب الأول: مزايا التحكيم

يتمتع التحكيم كنظام قضائي اختياري بمزايا عديدة تجعل منه عاملاً مشجعاً وجاذباً للمستثمر خصوصاً المستثمر الأجنبي من أجل الفصل في منازعات استثمارية، وسيتم تناول مزايا التحكيم في هذا المطلب وذلك من خلال أربعة فروع وكما يلي:

1.1.3 الفرع الأول: التحكيم قضاء متخصص في المنازعات التجارية والاستثمارية

يكفل التحكيم المعرفة والخبرة القانونية المختصة لتسوية منازعات الاستثمار التي تطلب معارف اقتصادية وفنية حديثة، وخبرة تتلاءم مع توسع وتطور مجالات الاستثمار، فالقائمون بالتحكيم غالباً متخصصون وخبراء مستشارون في الاقتصاد، أو في التجارة، أو في الاستثمار، أو في الصناعة، أو في البترول، أو في الإلكترونيات أو غيرها من مجالات التخصص والخبرة المختلفة، وكذلك اللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات بين الاطراف (اسماعيل ط.، 2019، صفحة 176). بذلك يكون المحكمون أكثر من غيرهم مؤهلين للفصل في النزاعات التجارية والاستثمارية المعروضة عليهم من قبل أطراف العقد، فضلاً على أن اغلب المحكمين في الوقت الحاضر ينتمون إلى مراكز تحكيم دولية وإقليمية لها أنظمتها وقواعدها التي تسير عليها.

ويختلف الأمر في القضاء العادي الوطني والذي في الغالب يلجأ إلى الخبرة الفنية في حسم النزاع، فله استعانة بتقرير الخبير والأخذ به سبباً للحكم.

2.1.3 الفرع الثاني:بساطة الإجراءات وسرعة الفصل في النزاع المعروض أمامها

تعد بساطة الاجراءات وسرعة الفصل من أهم المزايا التحكيم مقارنة بالقضاء العادي. فإجراءات التحكيم لا تنطوي على التعقيدات التي ينطوي عليها القضاء (اسماعيل ط.، 2019، صفحة 174). ونجد أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء الوطني في كل مايتعلق بإجراءات التقاضي مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها، وفي كل هذه الأمور وغيرها تبتعد ما أمكن عن الإجراءات الشكلية التي تكون في كثير من الأحيان طويلة ومملة (اسماعيل هـ.، 2014-2015، صفحة 201). وقد يرجع سبب السرعة في تسوية المنازعات إلى أن المحكمين متفرغون للفصل في النزاع الواحد، مما يمكنهم من الإسراع في حسمه في وقت مناسب وسريع، وذلك على خلاف القضاء الوطني الذي يكون ينظر عدة دعاوى، مما يحتاج إلى كثير من الوقت لحسم النزاع (محمد، 2013، صفحة 25).

فضلاً على ذلك فإن السرعة في الفصل في القضايا المحالة الى التحكيم من المبررات البارزة للجوء التحكيم، ويلجأ إليه أطراف النزاع هرباً من بطء اجراءات التقاضي وإطالة أمد النزاع في المحاكم العادية، وهو ما لا يتفق جلياً مع القضايا التجارية والاستثمارية التي لا تتحمل الانتظار بقدر ما تتطلب السرعة.

3.1.3 الفرع الثالث: السرية في حسم المنازعات

اذا كانت عملية التقاضي في المحاكم تستهدف رقابة المجتمع على إجراءات المحاكم وسلوك القضاة اثناء سير المرافعة، فإن إجراءات التحكيم على خلاف القضاء الوطني ليست مفتوحة أمام الجمهور (شنخار، 2015، صفحة 145).

تعتبر السرية من أهم مزايا التحكيم التجاري، والتي تعتبر السبب الرئيس في لجوء المتعاقدين في العقود التجارية والاستثمارية إلى التحكيم لحسم منازعاتهم. ويتمكنون بذلك من عدم كشف أسرارهم المهنية وعدم الإفصاح عن مراكزهم المالية، على عكس القضاء التي يتصف بالإجراءات العلانية وهو أمر غير مفضل من قبل أطراف النزاع.

وتكون جلسات المرافعة في التحكيم كما بينا سرية ومحصورة بين الخصوم والمحكمين دون حضور غيرهم، بالإضافة إلى كونه يساهم بالمحافظة على العلاقات بين الطرفين مما يؤدي إلى التقريب بينهما وتوصل الطرفين إلى التفاهم والحل المرضي وعدم الإضرار بمشاريعهم التجارية والاستثمارية (ابراهيم، 1991، الصفحات 73-74).

2.3 المطلب الثاني: التحكيم في قوانين إقليم كوردستان

ان اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات التجارية والاستثمارية في إقليم كوردستان كاقليم في دولة العراق الفدرالي محدودة وذلك بسبب ضعف الرغبة بالعمل به وعدم الالتجاء اليه الا في حالات خاصة كما ان فكرة التحكيم لم تكن معروفة بالشكل الذي هو عليه الان لدى المشرع، والقضاة (المختار، 1981، صفحة 425). في هذا المطلب سنبين موقف المشرع بخصوص التحكيم في كل من قانون المرافعات المدنية وقانون الاستثمار وذلك من خلال الفرعين كالآتي:

1.2.3 الفرع الأول: التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ في الإقليم

خصص قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل والنافذ في إقليم كوردستان العراق المواد (251- 276) للتحكيم، في المادة (251) منه أجاز اتفاق أطراف النزاع على التحكيم في نزاع معين، كما أجاز الاتفاق على التحكيم في كافة المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ فقرات عقد معين (قانون المرافعات المدنية العراقي، المادة 251)، وإذا اتفق أطراف العقد على التحكيم في نزاع الناشئ بينهما، فلا يجوز أن تلجأ إلى القضاء إلا بعد استنفاذ طرق التحكيم (قانون المرافعات المدنية العراقي، المادة 253). ولا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم أو اذا اقرت المحكمة اتفاق الطرفين عليه أثناء المرافعة فتقرر المحكمة اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم (قانون المرافعات المدنية العراقي، المادة 252).

بعد الانفتاح على العالم والذي شهده إقليم كوردستان في المجالات الاستثمارية والتجارية، وتفضيل أطراف النزاع خاصة الطرف الأجنبي التحكيم كبديل عن قضاء الدولة، أصبحت المواد الواردة في قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 والنافذ في إقليم كوردستان العراق عاجزة عن تغطية الكثير من زوايا التحكيم وقاصرة عن وضع الحلول للإشكاليات التي تعترض عملية التحكيم.

نلاحظ بأن المواد الواردة في القانون لم تنظم أمور التحكيم التجاري الدولي، وإنما تضمنت نصوص القانون أحكام التحكيم الذي يجري داخل العراق سواء أكان بين العراقيين أو بين العراقيين وأجانب. وهذا يدل على أن إ مكانية قيام الدولة بإبرام اتفاق تحكيم وفقاً للقواعد العامة للتحكيم الواردة في قانون المرافعات أصبحت مسألة متوترة وغير مستقرة من الناحية العملية، وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور اختلاف لدى فقهاء القانون في تفسير تلك المواد بين التأييد والرفض حول جواز التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها وفق قانون المرافعات العراقي (اسماعيل هـ.، التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبي، 2017، صفحة 122).

اختلف الفقهاء حول إمكانية الاتفاق على التحكيم في العراق وفق قانون أجنبي، بحيث يذهب بعض منهم إلى أنه لا مانع من ذلك إذا كانت أحكام قانون الأجنبي لا تخالف النظام العام والآداب في العراق، وذلك استناداً إلى المادة (32) من القانون المدني العراقي الذي ينص على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق" (المؤمن، 1997، صفحة 18).

في حين يرى البعض الآخر بأن المادة (32) لا تصلح أن تكون سنداً لجواز تطبيق القانون الأجنبي في التحكيم الذي يجري في العراق، وأن المادة (25/ 1) من القانون المدني هي أكثر صلة باتفاق الاطراف في التحكيم على تطبيق قانون معين غير القانون العراقي والتي جاء فيها "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه"، ويرى أصحاب هذا الرأي أن العبارة الأخيرة تعطي للطرفين الحق في اختيار قانون معين

كالقانون الأجنبي لتطبيقه على موضوع النزاع في التحكيم بشرط عدم مخالفته للنظام العام أو الآداب في العراق، ولكن المشرع لا يسمح باختيار قانون غير القانون العراقي إذا كان أطراف النزاع من المواطنين (جرح، 2016، الصفحات 138-139).

ومن جانب آخر أغفل قانون المرافعات المدنية العراقي تحديد المحكمة المختصة بالطعن بالأحكام التحكيمية. ولم يشر القانون للتحكيم المؤسسي والممثل بمراكز التحكيم وكيفية إنشائها وتنظيم عملها.

ومن جهة أخرى، تواجه عملية تحكيم صعوبة أخرى في تنفيذ أحكام المحكمين، حيث نجد أن القانون المدني العراقي قد أجاز تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم أجنبية بموجب قانون صادر بهذا الشأن (قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، المادة 16)، والمقصود به قانون تنفيذ الأحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم (30) لسنة 1928. ومن خلال قراءة المادة الأولى من هذا القانون يتبين لنا أن المقصود بالحكم الأجنبي يقتصر على الحكم الصادر من محكمة مؤلفة خارج العراق حصراً ، ولا يشمل أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة من هيئات التحكيم الدولية.

وإذا فرضنا بأن المواد الواردة في قانون المرافعات المدنية حول موضوع التحكيم لم تقسم الى التحكيم الوطني والأجنبي وجاءت الأحكام بشكل مطلق، يبقى حكم التنفيذ مطلقاً أيضاً ما لم يرد نص بتقييده، وبهذا الشكل يمكن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي، لكن هذا الحكم غير مجدٍ في عملية التحكيم، لأن قانون المرافعات يعطي صلاحيات كثيرة للمحاكم الوطنية، بحيث أن قرار التحكيم الصادر عن مؤسسات التحكيم يبقى مرهوناً بمصادقة المحكمة المختصة بناءً على طلب أحد الطرفين (قانون المدني العراقي، المادة 272)، والقانون يسمح للمحكمة المختصة بتدقيق وفحص قرار التحكيم وظروف وملابسات إصداره، وهذا يعني أن لها صلاحية النظر في القرار التحكيمي من الناحية الشكلية والموضوعية، وفي نهاية المطاف يؤدي إلى إجهاض عملية التحكيم.

وعلى هذا الأساس وتطبيقاً للمبدأ الوارد في المادة (272) من قانون المرافعات قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم (162/ الهيئة المدنية - تحكيم/ 2012) بعدم تنفيذ قرارات المحكمين لدى دوائر التنفيذ ما لم يصادق عليها من قبل المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب أحد الطرفين اضافة لذلك فان قواعد التحكيم الدولي غير ملزمة للمحاكم العراقية الا اذا وجدت اتفاقية بهذا الشأن .

أما بعد انظمام العراق إلى إتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها " اتفاقية نيويورك 1958" بموجب قانون رقم (14) لسنة 2021، يدخل تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق إلى مرحلة جديدة، تهدف هذه الاتفاقية إلى تسهيل وتوحيد إجراءات الاعتراف بأحكام التحكيم الاجنبية بين الدول، حيث تلتزم الدول المنضمة بالاعتراف تنفيذ أحكام الصادرة في دول اخرى إذا استوفت الشروط المحددة في الاتفاقية. إلا أن قانون انضمام العراق لأحكام ليست مطلقة، وإنما اشتمل على ثلاثة تحفظات وهي ألا تسري احكام هذه الاتفاقية على قرارات التحكيم الصادرة قبل نفاذ هذا القانون تجاه العراق، وأن لا تطبق أحكام الاتفاقية الا وفق مبدأ المعاملة بالمثل، وأن لا تطبق أحكام الاتفاقية الا على الخلافات الناشئة عن علاقات قانونية تعد تجارية الصفة وفق احكام قانون العراقي (قانون انظمام جمهورية العراق إلة اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958) رقم (14) لسنة 2021.، المادة 1).

وقد عالجت الاتفاقية المذكورة مسألة الاعتراف وتنفيذ التحكيم الاجنبية، فقررت في المادة (3) منها ان تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب اليه التنفيذ وحسب الشروط الواردة في الاتفاقية، فحكم التحكيم يكون حائزاً لقوة الأمر المقضي فيه غير أنه لا يكون مشمولاً بالنفاذ إلا بعد صدور أمر من قضاء الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها (محمود، 2022). ويتضح من خلال هذا النص ان الاتفاقية لم تضع شروطاً ايجابية معينة للاعتراف بحكم التحكيم وانما تركت ذلك لقواعد القانون الوطني للبلد المطلوب منه التنفيذ.

وعالجت اتفاقية نيويورك 1958 أيضاً مسألة ايقاف ورفض التنفيذ، وقد أوردت اتفاقية نوعين من حالات رفض التنفيذ، الاولى والتي القت عبء الاثبات فيها على عاتق الطرف المطلوب التنفيذ ضده، اما الثانية هي حالات تدخل ضمن اختصاص قاضي التنفيذ يتصدى لها أو يثيرها من تلقاء نفسه (اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها/ نيويورك 1958، المادة 5).

ويعتبر انظمام العراق إلى الاتفاقية المذكورة ضمانة من ضمانات المستثمرين الاجانب والشركات الدولية الكبرى للابرام اتفاقيات تجارية واستثمارية في العراق، كونها توفر الطمأنينة حول إمكانية حصول المستثمرين على حقوقهم.

2.2.3 الفرع الثاني: التحكيم في قانون استثمار اقليم كوردستان رقم (4) لسنة 2006

يقر أغلب قوانين الأستثمار المقارنة، حسم وتسوية منازعات الاستثمار عن طريق التحكيم، حيث تناول قانون الاستثمار العراقي بشكل صريح امكانية اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم التجاري سواءً (الوطني أم الدولي) (قانون الاستثمار العراقي، المادة 27/ اولا).

وكذلك أخذ المشرع في اقليم كوردستان بمبدأ التحكيم كطريقة غير قضائية لتسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين أطراف المتنازع، بحيث يعطي الحق إلى الأطراف اللجوء إلى التحكيم المبينة أحكامه في القوانين المرعية والنافذة في إقليم كوردستان، أو بموجب أحكام تسوية المنازعات الواردة في الاتفاقات الدولية أو الثنائية التي يكون العراق طرفاً فيها، ولكن هذا الحق مشروط بعدم ايراد النص في العقد المبرم بين الأطراف حول طريقة حل المنازعات أو تعذر الأطراف حل المنازعات بشكل ودي (قانون الاستثمار في اقليم كوردستان، 17).

إضافة إلى قانون الاستثمار، اتجه المشرع الكوردستاني في قانون النفط والغاز في إقليم كوردستان رقم (22) لسنة 2007 إلى التحكيم باتفاق الطرفين حول تسوية النزاعات بين حكومة إقليم كوردستان والطرف المستثمر فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق شروط الإجازة، إذا لم يحسم النزاع عن طريق المفاوضات، ويتم اللجوء إلى التحكيم بموجب إحدى القواعد التالية (قانون النفط والغاز لإقليم كوردستان ، المادة 50/ ثانيا/ 3):

1- اتفاقية واشنطن لسنة 1965 أو تعليمات أو قواعد المركز الدولي لحل نزاعات الاستثمار [International Center for the Settlements of Investment Disputes (ICSID)]بين الدول ومواطني الدول الاخرى.
2- القواعد الواردة بشان التسهيلات الإضافية لـ (ICSID) والتي تبنت في 1978/9/27 من قبل المجلس الاداري (ICSID)بين الدول ومواطني الدول الاخرى، عندما لا تفي الجهة الاجنبية بالمتطلبات المذكورة في المادة (25) من اتفاقية واشنطن.
3- اتباع قواعد تحكيم الامم المتحدة الخاصة بقانون التجارة العالمية(UNCITRAL) .
4- قواعد التحكيم المتبعة من قبل محاكم لندن للتحكيم الدولي.(LCIA) .
5- اتباع القواعد الاخرى والمعترف بها(حسب اتفاق الاطراف المتنازعة على اجراءاتها، من ضمنها طريقة تعيين المحكمين والفترة الزمنية التي يتوجب اتخاذ القرار من خلالها).

بعد إصدار قانون النفط والغاز، تبنت حكومة اقليم كوردستان العراق التحكيم في عقود النفط والغاز التي ابرمتها مع الشركات الأجنبية كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات التي تنشأ بين الطرفين. ففي عقد المبرم بين حكومة إقليم كوردستان العراق و شركة (PSC-Dinarta-Hess بتاريخ 2011/6/17، خصص المادة (5.42) لغرض التحكيم والتي نصت على أنه إذا لم تتم تسوية النزاع بين الطرفين فيجوز لأي طرف في النزاع أن يحيله الى التحكيم طبقاً لقواعد LCIA (قادر، 2013، صفحة 393).

من خلال دراسة موقف المشرع سواءً في العراق أو في اقليم كوردستان، نجد أن المشرع قد اخرج النظام القانوني للتحكيم الاستثماري من القواعد القانونية العامة إلى القواعد القانونية الخاصة بقانون الاستثمار وقانون النفط والغاز، حيث أجاز المشرع للأطراف المتعاقدة النص في عقود الاستثمار المبرمة بينها على التحكيم بموجب شرط التحكيم الذي يذكر في العقد، وهكذا يحيل المشرع موضوع تسوية المنازعات بين المستثمرين إلى التحكيم التجاري الى جانب القضاء (عطية، 2017، صفحة 471). ولكن لم نجد تشريعات خاصة بالتحكيم سواءً التحكيم الداخلي أو الدولي في العراق وإقليم كوردستان.

ويلاحظ على موقف قانون الاستثمار في إقليم كوردستان، أنه في حالة تعذر حل النزاع بالوسائل الودية، يجوز للأطراف اللجوء إلى التحكيم المبين أحكامه في القوانين المرعية في الإقليم، لكن القانون الوحيد التي أشار الى التحكيم هو قانون المرافعات المدنية كما أشرنا إليه سابقاً في هذه الدراسة، والتي لم تنظم أحكاماً خاصة بالتحكيم التجاري الدولي. وعلى الرغم من تنظيم موضوع التحكيم في قانون الاستثمار في إقليم كوردستان، لكن وجود النواقص والفراغات التي ذكرناها سابقاً في قانون المرافعات المدنية بخصوص التحكيم، يقلل من أهمية نص المادة (17) من قانون استثمار إقليم كوردستان، وتصطدم بعوائق كثيرة أهمها موضوع تنفيذ حكم هيئات التحكيم الأجنبي. ويجعل هذه المادة عديمة الجدوى طالما لا يوجد قانون يسمح بتنفيذ أحكام هيئات التحكيم الدولية.

واستناداً الى الفقرة الأخيرة من المادة (17) من قانون الاستثمار في إقليم كوردستان، يشترط المستثمرون الأجانب في إقليم كوردستان اللجوء إلى هيئات التحكيم الدولية ضمن نصوص وبنود عقودهم مع الحكومة والمستثمرين الوطنيين لحسم المنازعات التي تنشأ

مستقبلاً بين الطرفين بشأن العقد المبرم بينهما، خاصة (المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار في واشنطن ICSID) و (محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC) ومن أهم أسباب ذلك:

1- وقد نظمت اتفاقية ICSID الجوانب المهمة والمتعلقة باحترام الحكم التحكيمي وتنفيذه وأن تعامله معاملة الحكم القضائي الصادر من المحكمة الوطنية (اتفاقية ICC، المادة 53، 54). وقد تضمنت مواد اتفاقية ICC إلزام الأطراف بأن تلتزم بتنفيذ الأحكام التحكيمية التي تصدر الهيئات التحكيمية التابعة لها (اتفاقية ICC، المادة 16). وبهذا الشكل يبتعد المستثمر الأجنبي من مشاكل كثيرة وأهمها مشكلة تنفيذ أحكام تحكيم الهيئات الدولية.

2- عدم وجود تشريع خاص بالتحكيم ولا هيئات التحكيم المختصة في إقليم كوردستان.

في المجال التطبيقي كما نعلم أن هيئة الاستثمار في إقليم كوردستان تمنح إجازة تأسيس المشروع الاستثماري للمستثمر بدلاً من ابرام عقد الاستثمار بينهم، وذلك استناداً إلى المادة (16) من قانون الاستثمار، إلا أننا لم نجد فقرة خاصة بشرط التحكيم أو مشارطة التحكيم في إجازة الاستثمار للمشاريع الاستثمارية في حال نشوب نزاع كما جاء في المادة (17) من قانون الاستثمار في إقليم كوردستان.

وعلى الرغم من وجود نقاط إيجابية ومزايا يتسم بها التحكيم الدولي لتسوية المنازعات عن طريق هيئات التحكيم الدولي وخبرتها الكثيرة في هذا المجال، إلا أن المستثمر الوطني يخاف من اللجوء الى هيئات التحكيم الدولية، ومع إيجابيات اللجوء إلى التحكيم الدولي، لا يخلو من المخاطر والنقاط السلبية، من أهمها:

1- أن التحكيم التجاري الدولي يسلب الدولة بعض صلاحياتها، وجانب من الفقه يعارض الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة قانونية لحل المنازعات بحجة مخالفته لسيادة الدولة، كما أن قيام هيئة التحكيم الدولية بالنظر في المنازعات بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار سيستدعي بالضرورة مناقشة وتقييم أعمال هذه الدولة، وفي ذلك اعتداء على سيادتها الوطنية، إذا لا يحق لأي جهة أجنبية إصدار قرارات والتدخل في أمور تعتبر من صميم الشؤون الداخلية للدولة (رشيد و الانباري، 2015، صفحة 273).

2- اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي يحتاج الى تكاليف مادية باهظة وخبرة ومهارات فنية عالية وهذا يصعب على المستثمر الوطني في إقليم كوردستان، بالرغم من قلة قيمة النزاع مما يكبد المواطن مصاريف باهظة وقد تدفعه إلى التنازل عن حقوقه.

4. الخاتمة

بعد وصولنا إلى خاتمة دراستنا، وبعد عرض كل من الجوانب القانونية والعملية لموضوع التحكيم، يمكننا من خلال هذه الدراسة أن نصل إلى العديد من الاستنتاجات والتوصيات والتي سنبينها في الفقرتين، وكالآتي:

1.4 الاستنتاجات:

1- إن هناك نقص تشريعي في العراق وإقليم كوردستان يتمثل في عدم إقرار قانون متخصص بالتحكيم التجاري في العراق وإقليم كوردستان.

2- النصوص التشريعية المتعلقة بموضوع التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي تعتبر نصوصاً عاماً تطبق على التحكيم في جميع القضايا حتى في مجال الأحوال الشخصية.

3- وجد الباحث أن قانون المرافعات المدنية العراقي قد تناول أحكام التحكيم الداخلي الذي يجري في العراق، ولم يتناول أحكام التحكيم التجاري الدولي.

4- بعد الانفتاح على العالم والذي شهده إقليم كوردستان في المجالات الاستثمارية والتجارية، وتفضيل أطراف النزاع خاصة الطرف الأجنبي التحكيم كبديل عن قضاء الدولة، أصبحت المواد الواردة في قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 والنافذ في إقليم كوردستان العراق عاجزة عن تغطية الكثير من زوايا التحكيم وقاصرة عن وضع الحلول للإشكاليات التي تعترض عملية التحكيم.

5- من خلال دراسة موقف المشرع سواءً في العراق أو في اقليم كوردستان، نجد أن المشرع قد أخرج النظام القانوني للتحكيم التجاري من القواعد القانونية العامة إلى القواعد القانونية الخاصة بقانون الاستثمار، حيث أجاز

المشرع للأطراف المتعاقدة، النص في عقود الاستثمار المبرمة بينها على التحكيم بموجب شرط التحكيم الذي يذكر في العقد، وهكذا يحيل المشرع موضوع تسوية المنازعات بين المستثمرين إلى التحكيم التجاري إلى جانب القضاء.

6- على الرغم من تنظيم موضوع التحكيم في قانون الاستثمار في إقليم كوردستان، لكن وجود النواقص والفراغات التي ذكرناها سابقاً في قانون المرافعات المدنية بخصوص التحكيم، يقلل من أهمية النص المادة (17) من قانون الاستثمار في إقليم كوردستان ، وتصطدم بعوائق كثيرة أهمها موضوع تنفيذ حكم هيئات التحكيم الأجنبي. ويجعل هذه المادة عديمة الجدوى طالما لا يوجد قانون يسمح بتنفيذ أحكام هيئات التحكيم الدولية.

7- على الرغم من وجود النقاط الإيجابية والمزايا التي تتسم بها التحكيم الدولي لتسوية المنازعات عن طريق هيئات التحكيم الدولي وخبرتها الكثيرة في هذا المجال، إلا أن المستثمر الوطني يخاف من اللجوء الى هيئات التحكيم الدولية، لأنه على الرغم من إيجابيات اللجوء إلى التحكيم الدولي مع ذلك لا يخلو من المخاطر والنقاط السلبية.

1.4 التوصيات:

1- نظراً لأهمية التحكيم بصورة عامة والتحكيم التجاري الدولي بصورة خاصة في تشجيع الاستثمار في تحقيق التنمية الاقتصادية، وبعد انفتاح إقليم كوردستان أمام الشركات الأجنبية بمختلف أنواعها ورأس المال الأجنبي، ندعو المشرع في إقليم كوردستان العراق، بالإسراع إلى تشريع قانون خاص للتحكيم التجاري الشامل بحيث ينظم فيها كافة الجوانب التحكيم والمبادئ الواردة في قانون (UNCITRAL) النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، أسوةً بما فعل المشرع المصري والدول الأخرى.

2- ندعو المختصين في مجال التحكيم وبالتنسيق مع الجهات المختصة إلى العمل على تأسيس المراكز الدولية للتحكيم في إقليم كوردستان مستمدةً قوتها القانونية من تشريع خاص للقيام بتسوية المنازعات التي تنشأ بين حكومة إقليم كوردستان والطرف المستثمر أو بين المستثمرين سواءً المستثمر الوطني أم الأجنبي.

3- نوصي هيئة الاستثمار في إقليم كوردستان بوضع فقرة خاصة بشرط التحكيم أو مشارطة التحكيم في إجازة الاستثمار للمشاريع الاستثمارية استناداً إلى المادة (17) من قانون الاستثمار في إقليم كوردستان.

5. المصادر

1.5 الكتب:

1- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط5، 1977.

2- د. آدم وهيب النداوي - المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006.

3- القاضي جبار جمعة اللامي، التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية، بغداد، مطبعة السياء، 2015.

4- المحامي حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر، بيروت، 1977.

5- د. حميد لطيف الدليمي، دراسات في التحكيم، مؤسسة مصر مرتضى، بغداد، 2011.

6- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقالت الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

7- طه خالد إسماعيل، النظام القانوني لعقود الاستثمار وآليات فض منازعاتها- دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2019.

8- د. ظاهر مجيد قادر، الإختصاص التشريعي والقضائي في عقود النفط، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013.

9- د. عاطف محمد الفقي ، التحكيم التجاري الدولي، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

10- د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، المنشأة المعارف، ط1، الاسكندرية، 2011.

11- د. عبدالرحيم حاتم الحسن، التحكيم في الشريعة والقانون- دراسة مقارنة، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف الأشرف، 2010.

12- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع- الأردن، 1992.

13- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

14- د. مراد محمود المواجده، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

15- د. مصطفى محمد جمال ود.عكاشه محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج1، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1998.

16- محسن جميل جريج، التحكيم التجار الدولي والتحكيم الداخلي- دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2016.

17- د. هفال صديق اسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الاجنبي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط1، 2014-2015.

18- د. هفال صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2017.

2.5 الرسائل والبحوث العلمية:

1- ايناس هاشم رشيد و وعود كاتي الانباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد الأول، 2015.

2- د. حامد المختار، التحكيم في العراق مشاكله العملية وبعض الآراء والمقترحات لمعالجتها، مجلة القضاء، العدد الأول والثاني - الثالث والرابع، 1981.

3- رؤى علي عطية، النظام القانوني للتحكيم موسيلة لتسوية نزاعات الاستثمار الأجنبي في التشريع العراقي وإقليم كوردستان، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد32، العدد الثاني / 2017.

4- محمد عامر شنخار، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، رسالة مجستير مقدم الى كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2015.

5- محمد علي محمود نديم، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في العراق وفقاً لاتفاقية الاعتراف بقرار التحكيم الأجنبية وتنفيذها " اتفاقية نيويورك 1958)، البحث متاح على الموقع الالكتروني < WWW.HJC.IQ > في تاريخ 18/ 7/ 2022.

3.5 القوانين :

1- قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية في العراق رقم (30) لسنة 1928.

2- قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

3- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

4- قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل.

5- قانون الاستثمار في إقليم كوردستان رقم (4) لسنة 2006.

6- قانون النفط والغاز لإقليم كوردستان العراق رقم (22) لسنة 2007.

7- قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

4.5 القرارات القضائية:

1- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (162/ الهيئة الموسعة الدنية الاولى/ نوع الحكم - تحكيم/ لسنة 2012)"