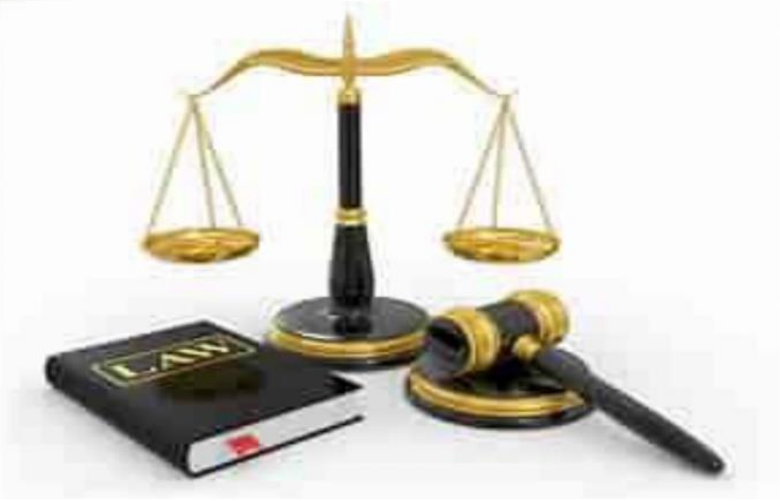
الرقم الدولي : ISSN2075 -7220
الرقم الدولي العالمي : ISSN2313 - 0377

مجلة الحقوق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل



السنة السادسة عشر 2024 العدد الاول

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

ISSN : 075-7220

ISSN` ONLINE : 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal
For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued
By College of Law in Babylon University

First issue 2024 Sixteenth year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الاول

السنة السادسة عشر

2024

البريد الالكتروني

https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكرى محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	ــــــــــ
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	ــــــــــ
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	ــــــــــ
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	ــــــــــ
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	ــــــــــ

الفهرس

العدد الاول السنة السادسة عشر 2024

ت	اسم الباحث	عنوان البحث	عدد الصفحات
1	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان م.م.هيثم علي كزار	انقضاء خطاب الضمان في مناقصات العقود الادارية والاثار المترتبة عليه	22-1
2	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان فراس اموري جبر	هيئات الضبط الاداري واساسها القانوني في مجال الامن المجتمعي	55-23
3	أ.م.د.أنغام محمود شاكر أ.م.د.ايناس مكي عبد	التعاقب بوصفه الاثر الناقل للعقد الوارد على المنقول المادي (دراسة مقارنة)	82-56
4	أ.م.د.عامر علي صاحب نورا علي عبيس	دور الاتفاقيات الدولية في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الصناعية (دراسة مقارنة)	109-83
5	أ.م.د.نسرين محسن نعمة	المسؤولية الجزائية عن تضليل المستهلك بمنتجات منتهية الصلاحية (دراسة مقارنة)	140-110
6	أ.م.د.رعد هاشم امين	تضارب المصالح في عقد وكالة التأمين (دراسة مقارنة)	173-141
7	أ.م.د.ميثم منفي كاظم	القواعد الدستورية للتسامح الفكري	204-174
8	أ.م.د.عمار رجب معيشر	تسبيب القرارات الاعدادية غير الفاصلة بموضوع الدعوة الجزائية	128-205
9	م.د. مشتاق طالب ناصر	الدور الاستشاري لمجلس الدولة العراقي في تعزيز التنمية المستدامة	149-129
10	م. وسن حميد رشيد	الاختصاصات التشريعية لرئيس الدولة ومسؤوليته في النظام البرلماني	168-150
11	احمد عبد الجليل عداي أ.م.د. ميثم منفي كاظم	التحكيم وحدود القاضي به بتسوية منازعات العقود الادارية (دراسة مقارنة)	305-169

التحكيم وحدود القاضي به بتسوية منازعات العقود الادارية (دراسة مقارنة)

احمد عبد الجليل عداي المساري(1)
موظف قانوني في وزارة الداخلية

أ.م.د. ميثم منفي كاظم(2)
كلية الامام الكاظم (ع) للعلوم الاسلامية الجامعة

تاريخ استلام البحث:2024/1/21 تاريخ قبول النشر:2024/2/4 تاريخ النشر:2024/3/3

المستخلص

مع تطور مفهوم الدولة الحديثة وتحول مهامها من دوله حارسه إلى دوله ذات مهام متنوعه أبرزها تقديم الخدمات للجمهور وإشباع الحاجات العامة. تلك التطورات لم تكن وليده لحظه معينه وإنما اقترن ظهورها بتطور مفاهيم القانون الإداري إذ نتج عن هذا التطور تعدد الأساليب التي تلجأ إليها الإدارة لتقديم الخدمات للمجتمع.

إذ أن العقد الاداري هو من الوسائل التي تمكن الإدارة من خلالها توفير الخدمات للجمهور لكن نظرية العقد أصبح واسعا ونتج عنه ظهور منازعات متعددة نتيجة النطاق الذي تسري عليه الأصول العامة للتعاقد يضاف إليها الشروط الغير مألوفة التي يتضمنها العقد، لكن تلك الشروط لا يستند العقد الاداري من دائرة الخضوع لرقابة القضاء إذ يختص القاضي الإداري بنحو واسع في معظم الدول باختصاص واسع في مجال الفصل في المنازعات الخاصة بالعقود، وخالف هذا الأمر المشرع العراقي عندما منح هذا الاختصاص إلى القاضي المدني في سابقة تخالف المبدأ العام لثنائية القضاء إلى تبناها المشرع، ويأتي موضوع منح القاضي اختصاص تسويه منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم في تجسيدا لمبدأ المشروعية للقاضي بخضوع الجميع لأحكام القانون و من هذا المنطلق فان للقاضي وسائل تمكنه من تطبيق هذا المبدأ وماله اختصاص واسع في الفصل المنازعات الناشئة عن طريق التحكيم.

الكلمات المفتاحية: التحكيم, القاضي, عقد اداري, قانون عام, المنازعات

Arbitration and the limits of its adjudication in the settlement of administrative contract disputes (A comparative study)

Ahmed Abdel Jalil Adai Al Masari
Legal Officer at the Ministry of Interior

Asst.Prof. Maytham Manfi Kazem
Imam Al-Kadhim University College of Islamic Sciences

Abstract

With the development of the concept of the modern state and the transformation of its functions from a guardian state to a state with a variety of tasks, most notably providing services to the public and satisfying public needs. These developments were not the result of a specific moment but were accompanied by the evolution of the concepts of administrative law. This development resulted in multiple methods used by the administration to provide services to .community the administrative contract is one of the means by which the administration can provide services to the public, but the theory of contract has become widespread and has resulted in the emergence of multiple disputes due to the scope to which the general rules of contract apply, in addition to the non-familiar conditions contained in the contract. However, these conditions are not based on the administrative contract by the Department of Judicial Control. The administrative judge has broad jurisdiction in most countries in the field of adjudication of contract disputes. This order was violated by the Iraqi legislature when granting this jurisdiction to the civil judge in a precedent that violates the general principle of judicial independence adopted by the legislator. The jurisdiction to settle administrative contract disputes through arbitration reflects the principle of legality for the judge to subject all to the provisions of the law.

From this point of view, the judge has the means to apply this principle and has broad jurisdiction to adjudicate disputes arising through arbitration.

Keywords: arbitration, judge, administrative contract, public law, disputes

المقدمة

اولا: موضوع البحث

يعد موضوع التحكيم وحدود اختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات العقود الإدارية من المواضيع المهمة في ميدان القضاء الإداري, كونه يتعلق بأهم وسيلة تلجأ إليها الإدارة لتحقيق الصالح العام وبالنظر لما يشتمل عليه العقد الاداري من شروط غير مألوفة عن العقد المدني إذ يحتوي على شروط استثنائية تمكن الادارة من تحقيق الهدف من إبرامه مستعينة بوسائل القانون العام مستهدفة المصلحة العامة.

وبالنظر للصلاحيات التي تمتلكها الادارة في ميدان العقود الادارية الا أنها تبقى في إطار المشروعية القانونية, اي الخضوع لرقابة القضاء الإداري بصفه عامة والعادي بدرجة أقل.

كما إن التوسع في ميدان تسوية منازعات العقود الإدارية نتج عنه ازدياد الدعاوى الادارية. مما منح القاضي سواء في مجال القضاء الإداري أو المدني اختصاصات واسعة في ضمان حقوق طرفي التعاقد، من جانب آخر منح الادارة سلطات واسعة في العقد الاداري. لا يعفيها من الخضوع لدائرة القضاء في حالة الإخلال بقواعد العقد الاداري. لأن القانون في الدول محور المقارنة وهن فرنسا ومصر والجزائر قد منح القاضي سلطة فحص العقد الاداري, وتحديد الجهة صاحبة المسؤولية عن انتهاك قواعد وأسس التعاقد على اختلاق القضاء العراقي.

زيادة على ما تقدم فإنه هنالك تباين في سلطة القاضي في ميدان لتسوية منازعات العقود الإدارية, وحسب نوع الوسيلة المتبعة في التسوية, فنجد أن اختصاصاته تتسع تارة في مجال التحكيم والقضاء الكامل وتقل بدرجة معينة في الوسائل الأخرى وحسب درجة التنظيم القانوني لكلٍ منها.

ثانيا: اهمية البحث

تظهر ضرورة هذا البحث بأهميته الكبيرة في ميدان القانون الإداري والمدني, لكونها تثير الكثير من الجدل في الدراسات القانونية, ولعل أبرزها تحديد الجهة المختصة في تسوية تلك المنازعات, إذ ينفرد المشرَع العراقي بمنح هذا الاختصاص إلى القضاء المدني في سابقة خطيرة خالف فيها القواعد الاساسية المنظمة لمبدأ القضاء المزدوج وإرساء قواعد الفصل بينهما, بخلاف الانظمة القانونية في فرنسا, والتي تعد مهد القانون الإداري وكذلك القانون المصري والجزائري.

وان من الاسباب الرئيسية في اختيارنا موضوع البحث هو منح جهة القضاء العادي في العراق صلاحية النظر في المنازعات التي تنشأ عن العقد الاداري دون غيره أي القضاء الاداري مما يثير لدينا اهتمامات عدة للنظر فيها واولها ان العقود الادارية فيها جنبين هو جانب اداري وجانب الحقوق مما يؤدي للنظر بها من قبل القضاء العادي في بجانب الحقوق وترك جانب الاجراءات الادارية الذي هو غير مختص بالنظر فيه.

وان فائدة اختيار البحث للوقوف على دور التحكيم و حدود اختصاص القاضي في تسوية منازعات العقود الادارية من خلال المقارنة بين القوانين الاخرى والذي حددناها وهي القوانين العراقية والفرنسية و المصرية والجزائرية وذلك بقصد التعمق والإلمام بكل الجوانب للمنازعات

للنظر بها من خلال التحكيم والذي اعطى المشرع العراقي النظر بها الى القضاء العادي دون القضاء الاداري أي على خلاف الدول محور المقارنة.

ثالثا: أهداف البحث

يمكن لنا تحديد أهداف البحث من خلال :

1- الاحاطة بالمفهوم و الطبيعة القانونية للتحكيم كوسيلة قانونية في تحقيق الصالح العام.
2- اسس التقاضي واثر دعوى التحكيم واختصاص القاضي فيها .

رابعا: فرضيات البحث

أ) الفرضية الرئيسية

1- تضمنت القوانين المقارنة العديد من النصوص التي تمنح القاضي اختصاص واسع في مجال تسوية منازعات العقود الادارية عن طريق التحكيم كما ايد القضاء تلك التوجيهات من خلال الاحكام القضائية التي أصدرتها المحاكم في هذا المجال.

ب) الفرضيات الفرعية

1- هنالك العديد من اسس التقاضي عن طريق اللجوء الى التحكيم لتسوية منازعات العقود الادارية .

2- تباين القانون الفرنسي و المصري والجزائري عن القانون العراقي في تحديد القاضي المختص في تسوية منازعات العقود الادارية بالنظر بالتحكيم .

خامسا: مشكلة البحث

يأتي هذا البحث للإجابة على الاسئلة الأتية:-

أ) السؤال الرئيسي

1- ماهو التحكيم و حدود اختصاص القاضي به بتسوية منازعات العقود الادارية ؟

ب) الاسئلة الفرعية

1- ما المقصود بالتحكيم و الطبيعة القانونية له ؟
2- ما هو اثر التحكيم وصلاحية القاضي فيه في اشتراطه ومشارطه ؟

سادسا: منهجية البحث

نعتمد في بحثنا الموسوم التحكيم و حدود اختصاصِ القاضي به بتسوية منازعات العقود الإدارية المنهج التحليلي المقارن, إذ تكون محور مقارنة بالنظام القانوني الفرنسي والجزائري والمصري والعراقي, إذ نستعرض موقف التشريعات, سواء في مجال القانون الإداري أو قانون الإجراءات

والقانون المدني وقانون المرافعات العراقي كما نعزز البحث بقرارات قضائية سواء من القضاء الإداري أو العادي في تلك الدول.

سابعا: تقسيم البحث

تم تقسيم هذه الدراسة وفق خطة بحثية مكونة من مبحثين أولهما يتعلق بمفهوم التحكيم والطبيعة القانونية له , وثانيهما يتعلق باثر التحكيم ومدى اختصاص القاضي في اشتراط ومشارطة التحكيم, وكل من هذه المباحث ينقسم الى مطلبين لكل مبحث .

المبحث الاول: ماهية التحكيم في مجال تسوية منازعات العقود الادارية

"ان للتحكيم دوراً مهماً وبارزاً في انهاء منازعات العقود الادارية لماله من قوة قانونية الذي يجعله بين حدين تارة يكون من الوسائل القوة والملزمة لإنهاء النزاع القائم وتاره يكون من الوسائل البسيطة والسريعة لحل تلك المنازعات الناشئة فيكون قوة او قرار قضائي في اصداره ويكون ملزم للطرفين في تنفيذ احكام المحكم من خلال قوته القانونية في ارغام الاشخاص المتعاقدة على تنفيذ احكامه وان للقاضي دور فيه في عدم امكانية مخالفة احكام التحكيم حسب القوة القانونية الذي منحته هذه الصفة

المطلب الاول: مفهوم التحكيم كوسيلة لتسويه منازعات العقود الادارية

ان التحكيم هو نظام خاص للتقاضي, يسمح بمقتضاه للخصوم في المنازعات الادارية بأن يتفقوا على اخراج منازعة قائمة, او مستقبلية من ولاية القضاء العام في الدولة, و تحل هذه المنازعة بواسطة شخص او اشخاص عاديين, يختارهم الخصوم و يسندون اليه مهمة الفصل في هذا النزاع بحكم ملزم, ومن خلال ذلك يجب ان نميز بين شرط التحكيم او مشارطة التحكيم. فقد يرد اتفاق التحكيم ضمن نصوص العقد الاصلي, او يتفق عليه في ملحق العقد الاصلي لمواجهة ما قد يحدث من نزاع في تفسير العقد و تنفيذه و يسمى الاتفاق في هذه الحالة شرط التحكيم وبذلك يكون شرط التحكيم الاداري في كل الاحوال سابق على قيام النزاع.

اما الاتفاق بعد نشوء نزاع معين بقصد ايجاد حل له فيسمى في هذه الحالة مشارطة التحكيم او وثيقة التحكيم. و بالنظر الى ان مشارطة التحكيم عادة ما تبرم بعد قيام المنازعة فان الاتفاق في هذه الحالة يكون اكثر تفصيلا ووضوحا للعملية التحكيمية خاصة فيما يتعلق بموضوع النزاع و تسمية المحكمين, و الاصل ان مشارطة التحكيم ينبغي ان تتضمن نفس العناصر و الشروط الجوهرية التي ترد في شرط التحكيم[1] وسنقسم هذا المطلب الى فرعين سنبحث في الفرع الاول مفهوم التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الادارية و سنبحث في الفرع الآخر الطبيعة القانونية للتحكيم.

التحكيم لغة: من مصدر الفعل حكم بتشديد الكاف من الفتح, يقال حكم الأمر للغير فيقال حكم الخصمان فلانا فجعلاه حكما, اذ جعلا له النظر في منازعاتهما, وكما يعني ذلك طلب الحكم ممن

يطلب الاحتكام اليه(2). وكما ذكر اعلاه ان التحكيم هي من مصدر الفعل حكم, إذ انها مأخوذة من الحكمة, و الحكمة عبارة عن معرفة افضل الاشياء بأفضل العلوم)

وقيل في وصف القران الكريم و هو الذكر الحكيم اي الحاكم لكم وعليكم, او هو المحكم الذي لا اختلاف فيه ولا اضطراب او المحاكمة هي المخاصمة الى الحاكم و حكموا بينهم اي امروه ان يحكم, وقيل ايضا "((هو جعل الحكم فيما لك لغيرك, يقال حكمته في مالي, اذا جعلت اليه الحكم فيه, و حكمت الرجل, اي قوضت الحكم اليه))"(3).

حيث يقال حكم له, وحكم عليه, وحكم بينهم, حكمة: يقال: حكم فلانا عما يريد و حكم فلانا في الامر و الشيء: و جعله حكما, و في القرأن الكريم: بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم)(4).

الحكم: من أسماء الله تعالى جاء في القرآن الكريم: (أفغير الله ابتغى حكما). والحكم: هو من يختار للفصل بين المتنازعين . وقال تعالى بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ (و ان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها)(5).

التحكيم اصطلاحا: لم تعرف اغلبية القوانين التحكيم اذا لابد منه من الرجوع الى فقه القانون الوضعي للتعرف على معناه:

فبعضهم عرفه بأنه: (هو اسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها, ويبني على اختيار الخصوم بأراداتهم افرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم من نزاع وهو بذلك يكون بديلا لنظام التقاضي امام المحاكم التي تنظمها الدولة)(6).

وورد تعريفه ايضا بانه: (هو الذي يتعلق بالفصل في منازعات ادارية, اي ان احد اطرافها على الاقل جهة ادارية تتصرف بوصفها سلطة عامة و اغلب هذه المنازعات تتصل بالعقود الادارية)(7).

وكما عرفه اخرون بانه: (الوسيلة القانونية التي تلجأ اليها الدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة الاخرى لتسوية كل او بعض المنازعات الحالية او المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع اداري عقدية او غير عقدية فيما بينهما او بين احداها واحد اشخاص القانون الخاص الوطنية او الاجنبية سواء كان اللجوء الى التحكيم اختياريا او اجباريا وفقا لقواعد القانون الآمرة)(8) و كما عرف ايضا بانه: (عبارة عن طريقة خاصة و اسلوب خاص لتسوية النزاعات الادارية دون الحاجة الى اللجوء الى السلطة الرسمية المختصة اصلا لتسوية و فض المنازعات و هي السلطة القضائية على اختلاف جهاتها وتتنوع محاكمها و تعدد درجاتها و تباين اختصاصاتها)(9).

اما في مجال الفقه الفرنسي فقد عرف ادوارد لافرييز التحكيم الاداري بانه: نظام استثنائي للتقاضي بموجبه يجوز للدولة و سائر اشخاص القانون العام الاخرى اخراج بعض المنازعات الادارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدية او غير عقدية, وطنية او اجنبية من ولاية قضاء مجلس الدولة لكي تحل بطريقة التحكيم بناء على نص قانوني يجيز ذلك, وخروجا على مبدأ الحظر العام الوارد على اهلية الدولة و سائر اشخاص القانون العام الاخرى في اللجوء الى التحكيم(10).

وعرفه اخر: بانه نظام يتمتع الافراد في ظله بحرية تعيين محكمين يعهد اليهم بمهمة حسم نزاعاتهم, فهو لا يعدو كونه وسيلة ودية لتسوية الخلافات بواسطة شخص أو عدة أشخاص يسمون محكمين بدلا من المحكمة المختصة(11).

كما عرف الفقه المصري التحكيم عدة تعريفات تدور في مجملها حول كونه وسيلة يجوز للأطراف بمقتضاها الاتفاق على طرح نزاعاتهم على محكم أو أكثر للفصل فيها بعيدا عن قضاء الدولة وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى تعريف التحكيم بأنه (طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات, و من ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف ارادة المحتكمين الى عرضه على هيئة التحكيم)(12). كما عرفته المحكمة الادارية العليا المصرية بأنه (اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة)(13).

واما في العراق فقد نصت المادة (1790) من مجلة الاحكام العدلية العراقية التحكيم بأنه (عبارة عن اتخاذ الخصمين أخر حاكما برضاهما, لفصل خصوماتهما, ودعواهما, ويقال لذلك حكم بفتحتين و محكم بضم الميم و فتح الحاء و تشديد الكاف المفتوحة)(14).

والتحكيم اتفاق على اناطة حل ما ينشأ بين الافراد على محكمين ليفصلوا فيه بعيدا عن اجراءات القضاء الاعتيادي, إذ نلاحظ بانه لم يأتي في قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل بتعريف خاص بالتحكيم الا اننا نرى المادة (251) من القانون اعلاه نصت على (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين, كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين(15). وكذلك لم يشر قانون الاستثمار رقم (23) لسنة 2006 لتعريف التحكيم الا انه نص في المادة (27) فقره (4) منه على انه (يجوز لأطراف النزاع الالتجاء الى التحكيم وفقا للقانون العراقي)(16).

اما مشروع قانون التحكيم التجاري فقد عرف التحكيم بانه (نظام قانوني يتفق بموجبه اطراف النزاع في علاقة قانونية ذات طابع تجاري على احالة النزاع الى هيئة التحكيم بدلا من اللجوء الى القضاء)(17). وكما انه توجد في العراق لجنة خاصة في غرفة تجارة بغداد تسمى بلجنة التحكيم والعرف, و هي لجنة دائمة لا يقل عدد اعضائها من ثلاثين عضواً من ذوي الخبرة و قراراتها لا تعد قطعية مالم تقترن بمصادقة مجلس ادارة الغرفة, اما عن تنفيذ قراراتها فتعتبر الغرفة ان الموافقة على التحكيم تعد موافقة على تنفيذ قرارات لجنة التحكيم و هذا بالطبع يتعلق بالتنفيذ الودي للقرارات اما التنفيذ الجبري فيستدعي تصديق المحكمة المختصة على القرار واصدار امر بتنفيذه وفقا لما جاء بقانون المرافعات المدنية و للغرفة قواعد تحكيم و ضعتها منذ عام 1978 ولازال العمل جاري بموجبها(18).

أما التشريع الجزائري. فلم يتطرق الى تعريف اتفاقية التحكيم, و اكتفى بالنص على شروطها الشكلية والموضوعية.

فنظم مختلف احكام التحكيم ضمن الباب الثاني من الفصل الاول من قانون الاجراءات المدنية والادارية بمقتضى المواد من (1006 الى 1065) وحسب نص المادة (1007) أن شرط التحكيم هو: الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الاطراف في العقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة (1006) اعلاه, لعرض النزاعات التي قد تثار بشان هذا العقد على التحكيم واتفاقية التحكيم, قد تكون عبارة عن شرط في العقد الاساسي يذكر في صلبه, وهو ما يعرف (بالشرط التحكيمي) وقد تكون بمناسبة نزاع قائم بالفعل, فيتفق على اللجوء الى التحكيم في عقد مستقل عن العقد الاصلي, وهو ما يعرف (بمشارطة التحكيم أو عقد التحكيم) وتجدر الاشارة الى ان شرط التحكيم مستقل عن كل قانون يؤدي الى بطلانه, و يمكن أن نجد أساسه في القواعد العامة في القانون المدني في نص المادة

(104) و التي جاء فيها: (اذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال, فهذا الشق وحده هو الذي يبطل, الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للابطال, فيبطل العقد كله)(19). والتحكيم تلك الكلمة الذي قد يظن كثيرا من العامة والخاصة انها مصطلح جديد لنظام جديد لهذا العصر الحديث, انما هي كلمة و مصطلح و نظام قد عرفه الاسلام قبل 1400 سنة. فقد ذكره القران الكريم, و عرفه العرب قبل الاسلام, كما مارس المسلمون الأولون التحكيم على نطاق واسع باعتباره وسيلة ناجحة لحل المنازعات في جميع الامور.

اولا: تأصيل التحكيم من كتاب الله عز وجل

ومن الادلة على جواز التحكيم ايضا قوله تعالى: بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم, ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت, و يسلموا تسليما)[20].

ومن الادلة القرآنية الاخرى قوله تعالى: بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ (يا أيها الذين امنوا أوفوا بالعقود)(21) وان الاستدلال هنا هو ان الله سبحانه تعالى أمر المؤمنين بالوفاء بالعقود فعند اتفاق طرفين على التحكيم سواء كان الأطراف أشخاص طبيعيين أو عاميين, و سواء كانت المتعاقدة جهة ادارة أو غيرها يعد داخلا في هذه الآية فاتفاق جهة الادارة مع المتعاقد معها على التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن العقد يدخل في عموم الآية الكريمة(22).

ثانيا: تأصيل التحكيم من السنة النبوية

ورد في السنة النبوية عدة وقائع يمكن الاستدلال بها على جواز و مشروعية التحكيم في العقود الادارية كثيرة وسنذكر منها شيء مختصر من ذلك :-

احتكام الدولة الإسلامية في عهد نبينا محمد (ﷺ) كطرف و بني قريظة كطرف اخر, و كان المحكم سعد بن معاذ, سيد الاوس, ثبت في روايات عدة أنه بعد معركة الخندق, وبعد ظهور خيانة ونكث يهود بني قريظة لوعودهم مع رسول الله, واتفاقهم سرا مع قريش على حرب المسلمين, توجه رسول الله (ﷺ) الى بني قريظة فحاصرهم خمسا و عشرين ليلة, وقذف اللع عز وجل في قلوبهم الرعب, فطلبت اليهود من رسول الله (ﷺ) انهاء النزاع, و اقترحت أن يكون سعد بن معاذ, حكما بينهما وبين رسول اللخ (ﷺ) فاستوثق معاذ من رضاء الطرفين بحكمه و من قبولهم تنفيذه, فقد توجه معاذ الى بني قريظة قائلا: عليكم عهد الله وميثاقه ان الحكم فيكم ما حكمت؟ فقالوا: نعم, ثم قصد الناحية التي بها رسول الله (ﷺ) وهو معرض بوجهه اجلالا لرسول الله (ﷺ) و قال: وعلى من هاهنا؟ فقال رسول الله (ﷺ) الاستدلال هنا: ان الدولة الإسلامية بوصفها طرفا في النزاع- بغض النظر عن هذا النزاع هل هو اداري او غيره- قبلت بالتحكيم, ولو كان التحكيم في الدعاوي التي تكون الدولة طرفا فيها غير مشروع لما ارتضاه الرسول (ﷺ) : قال النووي ان هذه الحادثة فيها دليل على جواز التحكيم في امور المسلمين و في مهامهم العظام, و قد اجمع المسلمين عليه, و لم يخالف فيه الا الخوارج, فانهم أنكروا على الامام عليه (عليه السلام), التحكيم, و أقام الحجة عليهم وفيه جواز مصالحة أهل قرية أو حصن, على حكم حاكم مسلم, عدل, صالح للحكم, أمين على هذا الامر, و عليه الحكم بما فيه مصلحة للمسلمين, و اذل حكم بشيء لزم حكمه, ولا يجوز للإمام و لا لهم الرجوع عنه(23).

وقد عرف التحكيم الاداري في مصر منذ فترة ليست بقضية و نقطة البداية بهذا الصدد ترجع الى عام 1912م عندما تدخل المشرع بإصدار القانون رقم (25) لسنة 1912 و الذي اجاز للحكومة و مصالحها المختلفة أن تلجأ للتحكيم لفض المنازعات التي تثار بشأن عقود الاشغال العامة لأعمال الحفر والتطهير و عقود التوريد, وفضلا عن ذلك فقد نظم المشرع التحكيم في بعض المنازعات الادارية الاخرى بقوانين خاصة, كما هو الشأن بالنسبة لمنازعات الرسوم الجمركية بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 14 فبراير سنة 1930م وبعد اندلاع ثورة 23 يوليو 1952م صدر القانون رقم (398) لسنة 1953م بشأن النزاعات بين الدولة والغير و الذي نص على انه مع عدم الاخلال بحكم المادة (819) من قانون المرافعات رقم (77) لسنة 1949م يجوز فض المنازعات القائمة بين الدولة و الغير عن طريق التحكيم, ويكون الاتفاق على التحكيم بمشارطة خاصة, و لا تصبح المشارطة ملزمة الا بعد التصديق عليها من مجلس الوزراء(24).

و على اثر اعتناق النظام المصري للفكر الاشتراكي منذ مطلع الستينات من القرن الماضي, وما تلاه من تأميمات واسعة افضت الى ظهور القطاع العام, إذ خرج المشرع المصري على القواعد العامة للتحكيم الواردة في قانون المرافعات الى نوع من التحكيم الاجباري لحسم المنازعات التي تثار فيما بين الهيئات العامة و المؤسسات العامة و شركات القطاع الخاص, وبذلك فأن قرار مجلس الوزراء في 10 يناير 1966م, وما تلاه من قوانين متعاقبة بدءا بالقانون رقم (32) لسنة 1966م و حتى القانون رقم (97) لسنة 1983م ومع اعتراض النظام المصري عل سياسة الاقتصاد الموجه و التحول نحو اقتصاديات السوق, اصدر المشرع المصري القانون رقم (203) لسنة 1991م بشأن شركات قطاع الاعمال العام و الذي خول للشركات الخاضعة له الى اللجوء الى التحكيم العادي الذي ينظمه قانون المرافعات المدنية والتجارية أي التحكيم الاختياري بدلا من التحكيم الاجباري كوسيلة لحسم المنازعات التي تثار فيما بينها, أو فيما بينها وبين أحد الاشخاص الاعتبارية العامة او الخاصة وبصدور قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994م احتدم الجدل الفقهي حول مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الادارية بين مؤيد و معارض الى ان تدخل المشرع المصري بنص حاسم بالقانون رقم (9) لسنة 1997م بإضافة فقرة ثانية الى المادة الاولى من القانون رقم (27) لسنة 1994م ونصها كما يلي (و بالنسبة الى منازعات العقود الادارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة, و لا يجوز التفويض في ذلك)(25).

قد ينص في العقد فقرة بلزم الالتجاء الى التحكيم وكذلك قد ينص قانون على لزوم الالتجاء الى التحكيم و هذا ما يسمى التحكيم الالزامي او الاجباري فالتحكيم اسلوب لحل النزاع بعيدا عن قضاء الدولة(26).

اما في فرنسا فان التحكيم قد ساده لمدة طويلةٍ عدم جواز التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة او احد اشخاص القانون العام طرفا فيها, من مبدأ أن ضرورات الواقع العملي و الرغبة في ايجاد حل سريع للمنازعات الادارية لا سيما منازعات العقود الادارية مما دفع المشرع الفرنسي نحو تقرير جملة استثناءات على هذا المبدأ , فصدرت عدة تشريعات متلاحقة أباحت للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم بصدد منازعات بعض انواع العقود الادارية و يأتي في مقدمتها الاستثناء المتعلق بتصفية نفقات عقود الاشغال العامة و التوريدات, فالاستثناء المتعلق بالمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري, و اخيرا الاستثناء الخاص بعقد الشراكة فبالنسبة للاستثناء

المتعلق بتصفية نفقات عقود الاشغال العامة و التوريدات فقد اقره المشرع الفرنسي بموجب المادة (69) من القانون الصادر بتاريخ 17 ابريل سنة 1906م و التي اجازت التحكيم لتصفية النفقات العامة الناشئة عن عقود الاشغال العامة و التوريدات التي تبرمها الدولة أو وحدات الادارة المحلية شريطة ان يتم الاتفاق على التحكيم بموجب مشارطة التحكيم ويتعلق بمنازعة قائمة, وليس بمقتضى شرط التحكيم يتم تضمينه العقد الاداري طبقا لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد, فضلا عن ضرورة موافقة مجلس الوزراء على اللجوء للتحكيم بمقتضى مرسوم مصدق عليه من الوزير المختص التي تتبعه الجهة الادارية أو من وزير المالية و ذلك بالنسبة للعقود الخاصة بالدولة, بينما يَجب مشاورة المجلس العام و موافقة وزير الداخلية بالنسبة للعقود التي تبرمها المقاطعات, في حين يتعين مشاورة المجلس البلدي و تصديق مدير البلدية على القرار الاخير فيما يتعلق بعقود الأشغال و التوريدات التي تبرمها البلديات(27).

وقد وسع المشرع الفرنسي من نطاق تطبيق هذا الاستثناء بمقتضى التعديل الذي ادخله بموجب المرسوم رقم (60-724) في 25 يوليو 1960 إذ اجاز لبعض الاشخاص المعنوية الاخرى اللجوء للتحكيم لتصفية النفقات العامة المتعلقة بعقود الاشغال العامة و التوريدات وهو ما ردده المشرع الفرنسي في المادة (132) من قانون الاشغال العامة الصادرة بمقتضى مرسوم (7) مارس سنة 2001م و التي حلت محلها المادة (128) من قانون الاشغال العامة الحالي الصادر بالمرسوم رقم (975) في أول اغسطس لعام 2006م و التي نصت على امكانية لجوء الدولة و الجماعات الاقليمية و المؤسسات العامة والمحلية الى التحكيم طبقا لاحكام الكتاب الرابع من قانون الاجراءات المدنية الحالي لتسوية النفقات المتعلقة بعقود الاشغال العامة و التوريدات, على ان يصدر بذلك مرسوم بناء على تقرير من الوزير المختص و الوزير المكلف بالاقتصاد بالنسية للعقود التي تبرمها الدولة وبالنسبة للاستثناء المتعلق بالمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري فقد تدخل المشرع الفرنسي بنص صريح بمقتضى القانون رقم (75-596) بتاريخ 9 يوليو 1975 بإضافة فقرة ثانية للمادة (2060) من القانون المدني تجيز للمؤسسات العامة الصناعية و التجارية اللجوء الى التحكيم لحسم المنازعات وان القانون اعلاه ينطبق على المؤسسات الصناعية و التجارية(28).

وكما جاء في العام 2002م المرسوم رقم (2002-56) في 8 يناير 2002م و الذي سمح بمقتضاها لبعض انواع المؤسسات العامة الصناعية والتجارية باللجوء الى التحكيم لفض المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها و التي حدتها المادة الاولى من المرسوم اعلاه بان المؤسسات المذكورة في المادة (146) من القانون الخاص بالمناجم, وتلك الواردة بالفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون (8) ابريل لعام 1946م بشأن تأميم مرفقي الغاز و الكهرباء وكما اتى القانون رقم(59 8-90) لسنة 1990 والخاص بمؤسسة البريد والاتصالات والذي اجاز في المادة (28) منه لمرفق البريد والاتصالات اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقود التي تكون طرفا فيها(29).

وكما ورد في عقد الشراكة كأحد عقود الادارة المستحدثة للنظام الفرنسي و الذي نظمه المشرع الفرنسي بمقتضى المرسوم رقم (559-2004) في 17 يونيو2004م و المادة (78) من القانون رقم (1343-2004) بتاريخ 9 ديسمبر من نفس العام بشأن المصادقة على ذلك المرسوم و قد تضمنت المادة 1/11 من المرسوم سالف الذكر النص على "((ضرورة أن يتضمن عقد الشراكة شروطا

تتعلق بطرق تفادي وحل النزاعات الناشئة عنه, و الشروط التي يمكن اللجوء الى التحكيم متى اقتضت الضرورة بذلك))"(30)

من خلال اطلاعنا على التعاريف والنصوص القانونية اعلاه نلاحظ تارة يورد التحكيم في نصوص العقد ويدعى شرطة التحكيم, ويكون دائما سابقا لنشوء النزاع وتاره يورد التحكيم بعد نشوء الخلاف سواء كان في تفسير العقد او عدم تنفيذه وباتفاق المتنازعين ويدعى مشارطة التحكيم وسنوضح الحالتين بشيء مختصر قد ينص في العقد فقرة بلزم الالتجاء الى التحكيم وكذلك قد ينص قانون على لزوم الالتجاء الى التحكيم و هذا ما يسمى التحكيم الالزامي او الاجباري فالتحكيم اسلوب لحل النزاع بعيدا عن قضاء الدولة(31).

بالنظر الى ان مشارطة التحكيم الاداري عادة ما تبرم بعد قيام المنازعة الادارية فان الاتفاق على التحكيم في هذه الحالة يكون اكثر تفصيلا ووضوحا للعملية التحكيمية خاصة فيما يتعلق بتحديد موضوع النزاع و تسمية المحكمين, والاصل مشارطة التحكيم ينبغي ان تتضمن نفس العناصر و الشروط الجوهرية التي ترد في شرط التحكيم و عليه فلا يوجد اختلاف بين عقد التحكيم و شرطه من حيث الانعقاد و الشروط الشكلية الموضوعية الواجب توافرها. الا ان الاختلاف يكمن في بعض المسائل التفصيلية التي تتعلق بطبيعة شرط التحكيم ومن هذه المسائل ان شرط التحكيم هو امر احتمالي و بذلك قد يتحمل عدم حدوث نزاع بين اطراف العقد عند تنفيذه او تفسيره و على الرغم من تبعية هذا الشرط للعقد الاصلي. الا ان هذا لا يمنع من استقلال شرط التحكيم, الذي يترتب عليه جواز التحكيم بصحة شرط التحكيم علي الرغم من بطلان العقد الاصلي الا اذا كان سبب البطلان يشمل شرط التحكيم. و من الجدير بالذكر ان هذه التفرقة لم نجد لها اثر في التشريعات العربية المقارنة, ففي التشريع المصري نجد ان المشرع قد جاء بنص عام, لم يفرق فيه بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم بحيث جميعها بمصطلح واحد اسماه اتفاق التحكيم, وكذلك الحال في التشريع العراقي فقد اتجه اتجاه المصري فأجاز الاتفاق على التحكيم ولم يفرق بين شرط ومشارطة التحكيم وهذا واضح من نصوص قوانين المرافعات المدني العراقي وعليه يتضح بأن تطبيق شرط التحكيم في عقود القانون العام قليل مقارنة بتطبيقه في عقود القانون الخاص, فيتحدد في العراق نطاق تطبيقه في ثلاثة عقود ادارية الا وهي (عقود الامتياز النفطي التي كانت تمنحها الحكومة العراقية الى شركاة النفط, و عقود الاشغال العامة, وعقود التوريد)(32).

و ان مشارطة التحكيم هو الاتفاق على التحكيم بعد قيام حالة النزاع, وهذا ما نصت عليه المادة (251) من قانون المرافعات المدنية العراقي يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ العقد وان التحكيم تصرف ارادي جوازي (33).

هنا يمكن القول الى طرق الى الاذهان عن مدى امكانية الادارة او اي شخص من اشخاص القانون العام الاتفاق على شرط التحكيم او اللجوء الى مشارطة التحكيم؟ وهذا سوف نوضحه في الفرع اللاحق عن الطبيعة القانونية للتحكيم 0

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

احتدم الجدل الفقهي بشأن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم, إذ ولى فريق فقهي وجه شطر القول بالطبيعة الاتفاق للتحكيم, نظرا لكون اساس التحكيم يكمن في ارادة الاطراف في الالتجاء اليه

كوسيلة لحسم منازعاتهم, بينما نحا فريق فقهي ثان صوب القول بالطبيعة القضائية للتحكيم استنادا الى ممارسة المحاكم لوظيفة قضائية كتلك التي يمارسها القاضي, وخالفهم فريق ثالث اتجه نحو القول بالطبيعة المستقلة للتحكيم بحسبانة وسيلة بديلة لحسم المنازعات بعيدا عن القضاء, و رأى فريق رابع أن التحكيم ذو طبيعة مختلفة تجمع بين الطبيعتين العقدية و القضائية باعتبار كلا الصفقتين صنوان لا يفترقان عبر مراحل التحكيم المختلفة وهو ما نعرض له بشأن من الايجاز(34).

الاتجاه الاول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يرى انصار هذه النظرية ان اتفاق الاطراف حول الحكيم, هو قوام التحكيم واساس تواجده, سواء أكان هذا الاتفاق بند من بنود العقد, او كان في اتفاق لاحق (مشارطة التحكيم), وان مقومات التحكيم من حيث القانون المطبق, والاجراءات المتعبة و الحكم الملزم الذي يصدره المحكم في نهاية النزاع, يستمد قوته القانونية و الالزامية من هذا الاتفاق, وبهذا يعد اتفاق التحكيم والحكم الذي يصدره فيه وما بينهما من خصومة تحكيمية جزء لا يتجزأ من الاتفاق الموقع بين الاطراف حول التحكيم وقد انتهج القضاء المصري في بعض احكامه الحديثة هذا النهج, مؤيدا الطبيعة الاتفاقية لأحكام التحكيم, اذ قررت محكمة النقض المصرية في بعض احكامها "((ان التحكيم و هو طريق استثنائي سنة المشرع لفض الخصومات, قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية, و ما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف اليه ارادة المحتكمين على عرضه على هيأة التحكيم))"[35].

وقد ايد جانب من الفقه الفرنسي الطبيعة العقدية للتحكيم بمقولة انه اذا كان الاتفاق هو اساس التحكيم فان جميع مراحله سوف تصطبغ بالصبغة التعاقدية, بل ان التحكيم لا يتصور وجوده بدون جوهر تعاقدي, وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم لها بتاريخ 27 يوليو 1937م معتبرة أن لحكم التحكيم صفة اتفاقية بحسبانه يجد سنده و أساسه في مشارطة التحكيم بحيث يشكا معها كلا لا يتجزأ و يشاركها في طبيعتها الاتفاقية(36).

وقد استند هذا الرأي الى الحجج والاسانيد الآتية :

1- ان الاساس في تحديد هذه الطبيعة هو رغبة الطرفين في وجود محكم يفصل في النزاع القائم بينهما و رغبتهما في الامتثال لقراره فأراده الطرفين و اتفاقهما على اختيار المحكم و امتثالهما لقراره هو العنصر الهام في تحديد طبيعة التحكيم.

2- التحكيم لأنه ذو طبيعة اتفاقية تعاقدية فانه يهدف الى تحقيق مصالح خاصة لأطراف الاتفاق او العقد, اما القضاء فيهدف الى تحقيق مصلحة عامة هي اقامة العدل(37).

3- ان التحكيم يقوم على اتفاق ضمني على تنازل اطرافه عن الدعوى القضائية, كما ان المحكم يستمد سلطاته من ارادة الاطراف و اتفاقهم, و بالتالي فللحكم سلطة خاصة بالنزاع المحال اليه من الاطراف و تقتصر عليه و تنحصر فيه, و هو بذلك لا يعد قضاء, لان القضاء له سلطة عامة.

4- يمكن ان يكون المحكم وطنيا او اجنبيا طالما اتفق عليه الاطراف, في حين انه من المعروف ان القضاء الرسمي للدولة لا يمارسه الا قضاة وطنيون.

5- لا يعد انكارا للعدالة, امتناع المحكم عن الفصل في النزاع المعروض عليه, و لا يطبق عليه قواعد انكار العدالة.

6- لأن التحكيم ليس قضاء فانه يمكن رفع دعوى بطلان اصلية ضد الحكم الصادر فيه على خلاف حكم القضاء(38).

الاتجاه الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم:

يرى الاتجاه الغالب من الفقه الى اسباغ الطابع القضائي على التحكيم و عدَه نوعا من القضاء بحيث لا يعدو كونه شكلا خاصا لممارسة العدالة و ذلك ان اطراف النزاع عندما يتفقون على اللجوء الى التحكيم لا يتنازلون عن حق التقاضي, و لا يستهدفون عدم الخضوع لقواعد القانون أو عدم تطبيقها على نزاعاتهم, و انما يعدلون عن اللجوء الى القضاء الرسمي للدولة لصالح نوع أخر من القضاء هو التحكيم الذي يعد بمثابة نوع من القضاء الخاص ويدعم انصار هذا الاتجاه وجهة نظرهم بجملة حجج مفادها وحدة الوظيفة أو الغاية بين عمل المحكم و عمل القاضي و المتمثلة في الفصل في النزاعات طبقا للقوانين النافذة, فالمحكم يمارس وظيفة قضائية كتلك التي يباشرها القاضي بحيث تتمثل مهمته في تطبيق القانون, و الفصل في المنازعات المثارة بين الافراد, كما ان اساس سلطة المحكم لا تتمثل فقط في اتفاق الخصوم, و انما في القانون الذي يسلم بالتحكيم و يجعل حكم التحكيم ملزما و يزوده بالقوة التنفيذية, فعمل المحكم طبقا لهذا النظر عمل قضائي ليس فقط نزولا على ارادة المشرع الذي يصف عمل المحكم بانه حكم و انما لا تساقه مع المعايير الموضوعية المحددة لطبيعة العمل القضائي, و ذلك ان حكم التحكيم تتوافر له جميع خصائص العمل القضائي فيما عدا خاصية واحدة و هي صدوره من هيئة خاصة, و ليس من هيئة عامة, كما انه يحوز حجية الأمر المقضي شأنه شأن الحكم القضائي, و ان كان لا ينفذ الا بعد صدور أمر بذلك من القاضي المختص, وهو ما لا يقدح في طبيعة التحكيم القضائية وأن الأمر لا يعدو كونه مظهرا من مظاهر التعاون بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم(39).

أذ ان الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم, وان حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائيه في الدولة, و منهم من اسبغ عليه تلك الطبيعة القضائية من الناحية العملية وخاصة في التجارة الدولية, فصور التحكيم بأنه الشكل الامثل لجهة القضاء في التجارة الدولية وانه من خلال رصد عمليه التجارة الدولية من حين لاخر نجد ان اذعان الاطراف للتحكيم, و استقلال هذا النظام عن العقود التجاريه الدوليه التي تثار بمناسبتها المنازعات التي تطرح على التحكيم, و تمتعه بقانون مستقل بالإجراءات, فقد صارت قراراته مصدرا (لقضاء) المحكمين, فضلا عن حجيتها فيما تقضي به وهذا الاتجاه هو ما ذهب اليه القضاء الفرنسي في بعض احكامه, إذ عدً التحكيم و ما يصدر عنه ذات طبيعة قضائية, و فيما يخص التشريع القضائي فأنه يمكن القول بأنه عدً قرار المحكم بمرتبة الاحكام الصادرة من جهة قضائية في الدولة, وذلك لأن قانون المرافعات العراقي قد منحه هذا الوصف في باب التحكيم و خاصة الاجراءات المتعلقة بتنفيذ قرارات المحكمين فضلا عن طبيعة المهمة التي يقوم بها المحكم و هي فحص ادعاءات الخصوم و تقديرها بعد اتخاذ ما يأمر به من اجراءات الاثبات(40).

وقد استند هذا الرأي الى الحجج والاسانيد الاتية :

1- ان جوهر القضاء هو الفصل في نزاع معروض و تطبيق حكم القانون عليه, و هذا ما يفعله التحك(41).

2- ان الدولة تعترف بالتحكيم كنوع من انواع القضاء و الفصل في بعض المنازعات, كما يعترف القضاء الداخلي في حالات معينة و بشروط معينة بالأحكام الصادرة من القضاء الاجنبي, او من بعض السلطات الدينية غير سلطه الدولة.

3- وجود بعض الفروق بين القضاء والتحكيم لا يحول من دون الاعتراف بالصفة القضائية للتحكيم, فكون المحكم لا يستطيع استدعاء شاهد و الزامه بالحضور والمثول امامه, و لا يستطيع الزام خصم بتقديم ما يحوزه من مستندات, فهذا لا يعد دليل او حجية او استند لإنكار الصفة القضائية للتحكيم, لأن ذلك لو صح يعني ان الحكم الاجنبي ايضا لا يعد قضاء, لأنه ينطبق عليه ذات الشيء, و هو مالم يقل به احد.

4- ان القرار الصادر في التحكيم و الفاصل في النزاع, يحوز حجية الشيء المقضي به و من المعروف ان هذه الحجية لا تتمتع بها الاحكام القضائية(42).

الاتجاه الثالث: الطبيعة المختلطة او المزدوجة للتحكيم :-

يذهب جمهور من رجال الفقه في مصر و فرنسا الى القول بالطبيعة المختلطة او المركبة للتحكيم و التي تجمع بين الصفتين العقدية و القضائية, فالتحكيم يبدأ باتفاق و يمر بإجراء و ينتهي بحكم, لأنه في أساسه و جوهره تصرف ارادي ذو طابع عقدي, بيد أنه في انطلاقه نحو تحقيق هدفه يدخل في اعداد العمل القضائي بحيث يعتبر الحكم الصادر من المحكمين ذو طابع قضائي, فالصفتان العقدية و القضائية صنوان لا يفترقان عبر مراحل عملية التحكيم(43).

فالتحكيم طبقا لأنصاره هذا النظر نظام تتعاقب عليه صفتان أولهما تعاقدية و تبدو جلية في حرية الأطراف في اختيار التحكيم طريقا لحل نزاعهم بعيدا عن القضاء, فضلا عن اختيارهم لمكان اجرائه و القانون الواجب التطبيق على النزاع, بيد ان هذا الطابع العقدي يتوارى في مرحلة تالية ليتسربل هذا النظام برداء القضاء, و تكتمل له هذه الصفة عبر تدخل قضاء الدولة بمنح حكم التحكيم الأمر بالتنفيذ(44). وان اصحاب هذه الطبيعة ارادوا الموازنة بين فكرتين جوهريتين داخل نظام التحكيم وهما فكرة العقد و فكرة القضاء, و حيث ان لهاتين الفكرتين دورا بارزا في تحديد الطبيعة الخاصة و المستقلة للتحكيم و بما انه وجد هناك شيء من التداخل او التعاقب بين هاتين الفكرتين داخل هذا النظام الامر الذي ادى الى ان يرجح الفقه احداهما على الاخر من اجل تحديد طبيعة هذا النظام, و عليه فأنه يمكن وصف انصار هذه النظرية هم اقرب الى الصواب, لأنهم لم يتجاهلوا أيا من الطبيعتين لا القضاء و لا التعاقد, بل انهم ينظرون الى التحكيم بعدَه نظاما ذا طبيعة مركبة, ووفق هذه النظرية فأن التأثيرات المختلفة لفكرتي العقد والقضاء هي التي تتعاقب على طبيعة هذا النظام مما يجعلها مزدوجة فتارة تطغي التأثيرات العملية لفكرة العقد و تبدو الصفة التعاقدية واضحة و ذلك من خلال الاتفاق على التحكيم و اختيار المحكمين من قبل الخصوم ثم بعد هذا تضمحل هذه الصفة لتظهر الصفة القضائية و ذلك بعد القيام بالإجراءات و صدور القرار التحكيمي و الذي يعقبه قرار قضائي لتنفيذه ليصبح بعد ذلك حكما قضائيا(45).

وقد تبنت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا النظر في حكم لها جاء فيه "((أن التحكيم وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها, و ركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون فيه سلطاته 0000 وينتهي بقرار يصدر عن هيئة المحكمين يكون حكما فاصلا في الخصومة بتمامها))".

وكما ايدت محكمة النقض الفرنسية النظر القائل بالطبيعة المختلطة للتحكيم في حكم حديث نسبيا بتاريخ 2002/3/19 بقولها "((ان الارادة المشتركة للأطراف المتعاقدة هي وحدها التي تملك منح المحكم سلطته القضائية))"(46).

وقد استند هذا الرأي الى الحجج والاسانيد الاتيه :

1- أن كل من النظريتين العقدية والقضائية أصابت جزءا من الحقيقية, لكن الأخذ بإحداهما دون الأخرى يؤدي الى صعوبات كثيرة, لذا يتطلب عد نظام التحكيم ذا طبيعة مختلطة تجمع بين النظريتين.

2- الأخذ بالنظريتين معا هو أمر مرغوب فيه لتشجيع اللجوء الى التحكيم, لأن اعطاء نظام التحكيم الطبيعة العقدية يمنح الأفراد حرية اختيار المحكم الذي يتولى مهمة الفصل في النزاع و اختيار الاجراءات الواجب اتباعها, و هذا يشعرهم بتميز نظام التحكيم عن باقي أساليب فض النزاع, و بإعطائه الطبيعة القضائية يتمكن قضاء الدولة من فرض الرقابة على التحكيم(47).

3- احترام المحكم لحقوق الدفاع ولمبدأ المواجهة و التزامه بتسبيب الحكم و سلطته في ادارة جلسات التحكيم وتفسيره الطبيعة القضائية, أما الطعن في حكم التحكيم بدعوى بطلان الالغاء و امكانية اختيار المحكم و تحديد اجراءات التحكيم من قبل أطراف النزاع تفسرها الطبيعة العقدية0

4- بعد اتفاق الأطراف على حل النزاع بواسطة التحكيم يبدأ المحكم مهمته في حسم النزاع وفقا لمتطلبات الوظيفة القضائية, و يكون ملزما بتطبيق شروط اتفاق التحكيم", شأنه شأن القاضي الذي يستند عن الفصل في النزاع المعروض عليه الى شروط العقد المتعلقة بهذا النزاع, وهنا تظهر الوظيفة التبعية لاتفاق التحكيم.

5- حكم التحكيم يعد حكما قضائيا بعد صدور أمر بتنفيذه الى العلاقة بين حجية حكم التحكيم و قوته التنفيذية, لأن هذه القوة لا يتمتع بها حكم التحكيم الا بعد صدور أمر بذلك من الجهة القضائية المختصة, التي تمنح الحكم حجية الأمر المقضي به(48).

الاتجاه الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم

تنبع الطبيعة المستقلة للتحكيم لدى انصار هذا الاتجاه من كونه يعد وسيلة متميزة و قائمة بذاتها لحسم المنازعات تختلف عن وسائل فض المنازعات الاخرى, كما أن تحديد طبيعته يتعين ألّا تقف عن حد المفاهيم القانونية التقليدية كفكرتي العقد والقضاء, فتحديد طبيعة التحكيم لا يمكن الوقوف عليها ما لم يؤخذ في الحسبان هدف التحكيم و منفعته الواقعية التي تدفع الأفراد نحو تجنب اللجوء للقضاء ... ذلك ان التحكيم له وظيفة اجتماعية و اقتصادية تتمثل في التعايش السلمي بين اطراف النزاع في المستقبل, و من ثم عدم الزج بهذا النظام ضمن الافكار التقليدية كالعقد والقضاء ونظرا لما يتمتع به من سمات خاصة و متميزة تجعل له الغلبة على ما عداه من وسائل فض المنازعات الاخرى و يدعم انصار هذا النظر موقفهم بالقول بأن الطبيعة المستقلة للتحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات بعيدا عن قضاء الدولة بإجراءاته و تعقيداته هي الأكثر اتساقا مع متطلبات التجارة

الدولية, و الأكثر ملائمة لتطور قواعده واحكامه وينتقد أنصار هذا الاتجاه كلا النظريتين العقدية و القضائية للتحكيم حيث يرون أن اتفاق الأطراف لا يمثل جوهر عملية التحكيم, و اية ذلك أن القانون يلزم الأطراف باللجوء الى نوع من التحكيم الاجباري, فضلا عن أن تعيين المحكم قد يتم عن طريق المحكمة المختصة أو مراكز التحكيم الدائمة... هذا من ناحية, ومن ناحية أخرى, فأن التحكيم يختلف من حيث طبيعته عن القضاء, فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة تهدف الى انزال حكم القانون بشكل مجرد على المنازعات المطروحة عليه, بينما يهدف التحكيم الى تحقيق عدالة اكثر مرونة وأكثر تفهما لخصوصيات النزاع و مقتضيات المالح المتنازعة مع مراعاته لضمانات التقاضي الاساسية ... و ينتهي اصحاب هذا النظر الى القول بأن التحكيم يعد نظاما قائما بذاته يسعى نحو تقديم عدالة خاصة موازية للعدالة التي يقدمها قضاء الدولة(49).

و في النهاية الطبيعية القانونية للتحكيم نجد ان طبيعة اتفاق التحكيم بأنه يمكن القول هو نظام خليط من عناصر ذات طابع تعاقدي و عناصر ذات طابع قضائي مما يضفي على التحكيم مرة الصفة التعاقدية و مرة الصفة القضائية, ولكي نستطيع تحديد هذه الطبيعة بالضبط يجب ان نحدد مدى تداخل فيما بينهما داخل هذا النظام, حتى تتمكن بعد ذلك من تحديد معالمها الخارجية, و من ثم معرفة لمن تكون الغلبة في ابراز طبيعة التحكيم و اذا حللنا هذا النظام الى عناصره الاساسية نلاحظ بوضوح ان دور الارادة فيه ضئيل و مقتصر فقط على رسم نقطة البداية, ثم ينتهي بعد ذلك هذا الدور ليترك هذا النظام في قواعد قانونية محددة, ولا يكون دور الارادة فيما بعد الا تطبيقا حرفيا لهذه النصوص, ومن ثم تتضح الطبيعة القضائية الى حد النهاية بصدور القرار التحكيمي, غير ان هذه الطبيعة تكون طبيعة قضائية و لكن من نوع خاص, و انه يجب النظر الى هذه الطبيعة نظرة فاحصة و يكون هذا من خلال الهدف الذي يرمي اليه الخصوم و هو السعي لتحقيق العدالة على اسس تختلف عن الاسس التقليدية لتحقيق العدالة امام القضاء العادي, و بهذا تبدو بوضوح الطبيعة القضائية الخاصة بالتحكيم(50).

المبحث الثاني: اثر التحكيم و مدى اختصاص القاضي في اشتراط ومشارطة التحكيم

سبق وان تناولنا التحكيم و ما هو اساسه القانوني فقد نلاحظ ان التحكيم له اثر قوي في حول وجودة و اصدار القرار التحكيمي, إذ يكون ملزماً وله قوة في القانون كذلك ما للقاضي بالدور في اشتراط التحكيم بعد ان يتضمن من ضمن نصوص العقد بين المتعاقدين وكذلك دورة البارز في مشارطة التحكيم, بسبب عدم وجود نص في بنود العقد يشير الى التوجه الى التحكيم لحل تلك المنازعات وان للتحكيم اثار قانونية ملزمة سنبحثها في هذا المطلب حيث سنقسم المطلب الى فرعين سنبحث في الفرع الاول اثر التحكيم على اختصاص القاضي في تسوية منازعات العقود الادارية وسنبحث في الفرع الثاني دور القاضي في اشتراط ومشارطة التحكيم(51).

المطلب الاول: اثر التحكيم على اختصاص القاضي في تسوية منازعات العقود الإدارية

تتجه سائر التشريعات في اعمال قواعد متشابهة في صدد احكام المحكمين, فقرارات التحكيم بعد ايداعها لدى المحكمة و القاضي المختص لا تكون واجبة التنفيذ الا بأمر يصدره القاضي المختص اصلا بنظر النزاع, وان قاضي التنفيذ هو القاضي المختص بصدد هذه المسألة وهذا هو اتجاه القانون الفرنسي والمصري(52). وكما ان هنالك اتجاه فرنسي اخر ضيق لنطاق رقابة القاضي على تسوية المنازعات الأمرة بالتنفيذ, إذ يقول الفقه الفرنسي صوب القول بانحصار مهمة القاضي الامر بالتنفيذ في مراجعة حكم التحكيم من النواحي الشكلية دون الموضوعية بحيث يقتصر دوره على مجرد التحقق من توافر الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم, نظرا لكونه لا يعد جهة استئنافية لهيئة التحكيم, كما لا يعد جهة مختصة بنظر بطلان حكم المحكم, ومن ثم لا يجوز له بحث موضوع الحكم ومدى مطابقته للقانون(53).

كما انه يوجد رأي فقهي أخر وهو الاتجاه الموسع لنطاق رقابة القاضي الامر بالتنفيذ وهو خلافا للنظر الفقهي اعلاه, إذ انه وجه شطر القول بضرورة منح القاضي دورا اكبر وهو بصدد النظر في طلب الحصول على أمر التنفيذ بحيث يمكنه مراجعة صحة حكم المحكم ومدى قانونيته قبل اعطاء الأمر بتنفيذه ومن ثم, يتعين على القاضي التأكد من وجود الحكم, و من صحة اتفاق التحكيم, و أن هيئة التحكيم التزمت بحدود المهمة التي اتفق عليها الخصوم, و أنها راعت المبادئ الأساسية للتقاضي, و على الجملة منح القاضي الحق في الامتناع عن اصدار أمر التنفيذ متى تأكد من توافر احدى حالات الطعن ببطلان حكم التحكيم(54).

واما بالنسبة للمشرع العراقي فنجد انه ايضا نص على وجوب تصديق القاضي المختص على قرارات التحكيم و دفع الرسوم المقررة لذلك حتى يتمكن الخصوم من تنفيذ قرارات هيئة التحكيم, و غاية المشرع من هذا الاجراء هو منح الرقابة القضائية للمحكمة والقاضي المختص وذلك من خلال حكم التصديق او الابطال الذي يصدره القاضي المختص علما ان هذه الرقابة تمثل رقابة محكمة التمييز على الاحكام القضائية ويكون الغرض منها هو التحقيق من خلو القرارات التحكيمية من العيوب الجوهرية التي قد تشوبها و التي تؤدي بدورها الى بطلان هذه القرارات فنجد ان المشرع يقصد بهذه الرقابة رقابة مدى قانونية قرارات التحكيم اي بمعنى قرارات التحكيم هل تكون مطابقة من حيث الشكل والموضوع للقانون, وان القاضي المختص عندما يعرض عليه قرار المحكمين فيلاحظ ابتداءا مدى صحة و مطابقة الاجراءات التي اتبعها المحكمين لقواعد القانون لفض النزاع بين الخصوم, اما من ناحية مدى تعلق الامر بموضوع القرار التحكيمي و مدى مطابقته للقانون فنجد ان القاضي المختص يتحقق من النتائج التي توصل اليها المحكمين في قرارهم النهائي الحاسم للمنازعة و تتحقق ايضا من مدى مطابقة هذه النتائج مع قواعد القانون الاساسية القواعد الامرة التي لا يجوز مخالفتها باتفاق الطرفين وان وجود هذه الرقابة هي لتفادي فيما اذا كان القرار التحكيمي مخالفا لنص من النصوص القانونية, فالمحكم ليس كالقاضي لديه الدراية و العلم الكافي بجميع النصوص القانونية غير ان هذا الامر لا يستلزم من المحكمين الاشارة الى النصوص القانونية التي يعتمدونها في قراراتهم, بل يكتفي النتائج الصحيحة من الناحية القانونية التي يتوصلون اليها حتى و ان كانت تختلف عما ينظر اليه القاضي كونه الانسب في التطبيق(55).

وكما ان الفقه المصري ورد باتجاهين ايضا: فالاتجاه الاول هو الاتجاه الضيق لرقابة القاضي الامر للتنفيذ وهو ان جوهرة مهمة القاضي تتمثل في منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم عبر اصداره الامر بتنفيذه, وهو بهذه المثابة يمارس عملا ولائيا, وليس عملا قضائيا, و القاضي في ممارسته لهذا العمل لا يملك سوى الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أو رفض اصداره الأمر بتنفيذه دون ان يتعرض لمضمونه بحيث تقتصر سلطته على التأكد من توافر الشروط التي تطلبها القانون لتنفيذ حكم التحكيم, وذلك ان القاضي المختص بإصدار أمر التنفيذ لا يعد هيئة استئنافية بالنسبة للمحكم, ومن ثم فلا يدخل في ولايته التعرض لأساس النزاع أو التصدي لموضوع حكم التحكيم الذي فصل فيه المحكمون لا من حيث الواقع و لا من حيث القانون, أو التحقق من عدالته أو مطابقته للقانون, لأن القاضي لا يمارس أية رقابة موضوعية على حكم التحكيم, لأن مثل تلك الرقابة تتعارض مع ارادة الأطراف في فض نزاعاتهم عبر الية التحكيم حيث تقتصر تلك الرقابة على مجرد التحقق من سلامة الحكم من الناحية الشكلية عبر التثبت من انتفاء موانع تنفيذ حكم التحكيم وطبقا لهذا النظر فليس للقاضي أن يرفض اصدار أمر التنفيذ تأسيسا على خطأ المحكمين في تكييف الواقع أو خطئهم في تطبيق القانون عليها, كما لا يدخل في سلطته تعديل حكم التحكيم أو تكملته, وهو ما اعتنقته محكمة النقض المصرية في عديد من احكامها بقولها أن القاضي المختص بإصدار الأمر بتنفيذه حكم التحكيم لا يملك عند الأمر بالتنفيذ التحقق من عدالته أو صحة قضائية في الموضوع, لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد وينتهي انصار هذا الرأي الى القول بان رقابة القاضي الأمر بالتنفيذ ليست رقابة موضوعية, ذلك أن القاضي لا يبحث واقعات النزاع أو سلامة تطبيق القانون عليها, فهو لا يتعرض بصحة الحكم أو بطلانه أو ملائمته ما انتهى اليه, أو سلامة أو صحة تفسير المحكم للقانون أو لواقعات النزاع, لأن التوسع في تلك الرقابة من شأنه أن يفضي للخلط بين اجراءات التنفيذ و اجراءات الطعن بالبطلان, فضلا عن منافسة للأسس التي يرتكز عليها التحكيم و الاتجاه الثاني يتجه نحو القول صوب منح القاضي دورا اكبر بهذا الصدد بحيث تمتد سلطة القاضي الأمر بالتنفيذ لمراقبة كافة أسباب البطلان, بحيث يمتنع عن اصدار أمر التنفيذ متى توافرت احدى الحالات التي تتيح رفع دعوى البطلان, فليس من حسن القضاء أن يأمر القاضي بتنفيذ حكم مألة الحتمي القضاء ببطلانه, و ذلك لأن مراعاة حق الخصم الغائب تتطلب التحقق من توافر كافة الشروط الشكلية و الموضوعية اللازمة لإصدار الأمر بالتنفيذ سواء تعلقت بالنظام العام أم لم تتعلق به خاصة و أن منح القاضي الأمر بالتنفيذ سلطة التحقيق من عدم توافر حالة من حالات البطلان يجد تبريره فيما تقوم عليه فلسفة التحكيم من توفير لوقت الخصوم, و تخفيف لتكدس القضايا امام المحاكم, و تحقيق لفاعلية التحكيم عبر اعمال مبدأ الاقتصاد في الاجراءات حيث يبدو منطقيا عدم اصدار أمر تنفيذ حكم تحكيم الباطل(56).الا ان على الرغم من ان المشرع المصري قد منح حق ممارسة الرقابة للقاضي المختص اصلا بنظر النزاع (اي مراقبة صحة القرار ومدى مطابقته للقانون شكلا و موضوعا) الا انه قيدها ذلك و لم يجيز لها التطرق في البحث والتدقيق الى مناقشة المسائل الموضوعية في الدعوى التحكيمية(57).

وان سلطة قاضي التنفيذ في تصديق القرار التحكيمي للتثبيت من خلوه من العيوب الجوهرية تعد بمثابة رقابة خارجية على (القرار) وهذا ما ذهب اليه الفقه الفرنسي, اذ يرون ان قاضي التنفيذ الذي يقع في اختصاصه امر تنفيذ (القرار) فهو يبحث مثلا في مدى قابلية خضوع المنازعات لاتفاق التحكيم او في مدى التزام المحكم بحدود مشارطة التحكيم و عدم احتواء قراره على ما يخالف

النظام العام او يبحث في كون القرار التحكيمي قد صدر من كل المحكمين المعنيين في وثيقة التحكيم ام لا, او انه سيبحث في الاجراءات المتبعة من قبل هيأة التحكيم اهي كما نص عليه القانون او اتفاق الطرفين ام لا هذا بقدر تعلق الامر في التشريع الفرنسي و المصري(58).

اما فيما يتعلق بالتشريع العراقي فنلاحظ ان موضوع الرقابة تختلف في بعض الجوانب عما هو عليه الحال في التشريع الفرنسي و المصري اذ نجد ان المشرع العراقي لا يعرف ما يسمى بقاضي التنفيذ لا يوجد ما يسمى بمنفذ العدل الذي يعمل بمديرية التنفيذ ويكون عمله تنفيذ الاحكام القضائية الباتة, علما ان قانون التنفيذ قد اجاز ان يكون قاضي البداءة الاول هو المنفذ العدل لمديرية التنفيذ ان لم يكن لها منفذ عدلي خاص به(59). الا انه تجدر الاشارة الى ان قرار التحكيم ينفذ طوعا و باختيار الخصوم الا انه اذا رفض المحكوم عليه التنفيذ طوعا فيحق للمحكوم له اللجوء الى المحكمة و القاضي المختص لغرض تصديق القرار و تنفيذه, و على المحكمة المختصة ان تدعوا الخصمين في جلسة علنية لينظر في طلب التصديق او البطلان وبعدها تصدر قرارها اما بالتصديق او الابطال بحسب قناعتها في الحجج و الاسباب التي يوردها الخصم(60). اما بعد ايضاح طبيعة و ابعاد هذه الرقابة فلا بد من البحث في طريقة اصدار امر تنفيذ قرار التحكيم, ففي الجانب الفرنسي كان الامر سابقا يحتاج الى حضور الخصوم امام القضاء لكي يصدر امر التنفيذ الا انه بعد قانون 1970/7/5 اصبح امر التنفيذ من اختصاص قاضي التنفيذ فاذا اراد الخصم ان ينفذ قرار التحكيم وجب عليه ان يحصل على امر التنفيذ من قبل قاضي التنفيذ في المحكمة المختصة, و لهذا الاخير الحق في انه يصدر هذا الامر و ان يرفضه بشرط ان يسبب ذلك فان صدر امر التنفيذ فيجب ان يتم وضعه على النسخة الأصلية لقرار هيأة التحكيم لكي يكون ذلك القرار واجب النفاذ تجاخ الخصمين.

اما في التشريع المصري فلا بد من تقديم طلب الى القاضي المختص حتى يتم تنفيذ القرار التحكيمي ويجب ان يرفق مع طلب التنفيذ المستندات التالية (اصل الحكم او صورة موقعه منه اذا كان باللغة الوطنية, واما اذا كان الحكم اجنبيا فيجب ترجمته الى اللغة العربية, بالإضافة الى صورة من اتفاق التحكيم مع صورة من المحضر الدال على ايداع القرار التحكيمي)(61).

وان المشرع في قانون التحكيم قد منع التظلم من الامر بالتنفيذ و اجاز فقط التظلم من امر رفض التنفيذ وذلك خلال فترة ثلاثون يوما من تاريخ اصدار الامر و هذا المسلك يحمل عليه المشرع المصري, ذلك لأن الغرض من اللجوء الى اتفاق التحكيم هو اختصار الوقت فلا داعي اذا الى التظلم من امر التنفيذ(62). اما التشريع العراقي فقد جاء فيه ينفذ القرار بعد ان يقدم الخصوم طلب الذي صدر ذلك قدر صدر لصالحه الى المحكمة ويتم النظر فيه من قبل القاضي المختص بعد ان يقوم بدفع الرسم القانوني له, ويكون قاضي محكمة البداءة هو صاحب الاختصاص في النظر في مثل هذه الطلبات وعندما ينظر قاضي محكمة البداءة بطلب التصديق فانه يفحص ذلك القرار من حيث صحته في اختيار المحكمين و الاجراءات المتبعة من قبلهم وهل تم حسم النزاع في المدة المحددة له ام لا و غيرها من الاجراءات الشكلية(63).

فمن حيث الجانب الموضوعي للحكم فينظر القاضي صحة النتائج التي توصلت اليها هيئة التحكيم فأن تأكدت من صحة هذه المسائل الجوهرية تدعو الخصمين, لتتلو عليهم القرار التحكيمي و تستمع لأقوالهم ان كانت لديهم اقوال بهذأ الشأن ثم تصدر قرارها بالتصديق علنا(64). اما من جانب اخر اذا اكتشف القاضي المختص الذي نظر بالموضوع و هو قاضي محكمة البداءة وجود نقص في المسائل الجوهرية للاجراءات التحكيمية فأنها تصدر قرارها بأبطال هذا القرار التحكيمي

كلا أو جزءا, وان مثل هذه الحالات يكون القاضي مخير في ان يرجع الدعوى الى هيئة التحكيم لغرض اصلاح كل الاخطاء او سد كل النواقص التي تخللت قرارها التحكيمي او للقاضي ان يبطل القرار التحكيمي و يفصل هو بذاته في النزاع محل اتفاق المحكمين, وفي كلا الحالتين فأن حكمه يكون قابلا للطعن به بكافة طرق الطعن المقررة قانونا(65).

إذ ان تحديد الجهة القضائية والقاضي المختص الذي ينظر في مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي جبرا يختلف بحسب ما اذا كان الحكم التحكيمي قد صدر في الجزائر أم في خارج الجزائر وقد تعرضت المادة (1051/ 2) من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري لمسألة تحديد القاضي المختص بذلك بقولها: و تعد قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط بأمر صادر من رئيس المحكمة المختصة التي أصدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصه او من محكمه محل التنفيذ اذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الاقليم الوطني اذا كان مقر التحكيم الاداري في الجزائر فان طلب التنفيذ يوجه من طرف المعني بتعجيل التنفيذ الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي وللقاضي المختص النظر في حكم تنفيذ القرار التحكيمي حيث يعتبر الحكم التحكيمي" الصادر في الجزائر أو خارجها قابلا للتنفيذ في الجزائر و أخضعه المشرع الجزائري لنفس الشروط مع اختلاف الجهة القضائية المختصة بحسب الحالة و عليه نصت المادة (1051) من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري على أنه: يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر اذ أثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي(66).

إذ جاء في المادة (1052) من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري (يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنها تستوفي شروط صحتها) واذا لم يستطيع الطرف المعني الحصول على الوثائق الاصلية فيمكنه تقديم النسخة المصادق عليها أو النسخ التي تمت ترجمتها الى لغة التنفيذ شرط أن تصدر من مترجم رسمي وهذا ما أكدته اتفاقية نيويورك عام 1958. رغم ان المشرع الجزائري لن يتطرق الى مسألة اللغة العربية التي هي اللغة الرسمية المعمول بها في الجهاز القضائي الفرنسي لذلك يرجح نص اتفاقية نيويورك وفق" المادة(2/4) لكون هذا النص يعلو على النصوص الداخلية الخاصة بالتحكيم التجاري وقد وضعت كذلك المادة (1051) من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري شرطا قانونيا يتمثل في عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي و في هذا الشأن لم يحدد المشرع الجزائري ماهية هذا النظام و المعايير المطلوبة للحفاظ عليه, لأنه لا يمكن قياس ماهية هذا النظام على المفهوم الداخلي للنظام العام الداخلي نظرا لاختلاف قواعد كل منهما, غير أنه يمكن الكشف عنه من خلال الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف و اللوائح و التوصيات التي تصدرها المنظمات الدولية و التي صادقت عليها الجزائر, إذ تجدر الاشارة الى أنه يمكن للطرف المتضرر طبقا للقانون الجزائري استئناف الحكم لدى القاضي المختص وقد حددت المادة (1056) من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري ستة حالات للاستئناف على خلاف المادة (458 مكرر 23) التي كانت تنص على ثماني حالات للاستئناف وهي كما يلي:-

1- اذا تمسكت محكمة التحكيم خطأ باختصاصها أو بعدم اختصاصها (وهي التي لم تذكر في المادة 1056 من قانون الاجراء المدنية والادارية الجزائري).

2- اذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها.

3- اذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانون(67).
4- اذا فصلت محكمة التحكيم دون الامتثال للمهمة المسندة اليها.
5- اذا فصلت محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب أو لم تفصل في وجه من وجوه الطلب (وهي الحالة التي لم تتناولها المادة 1056 من القانون اعلاه).
6- اذا لم يراع مبدأ حضور الأطراف.
7- اذا لم تسبب محكمة التحكيم قرارها أو لم تسببه بما فيه الكفاية أو اذا وجد تضارب في الأسباب.
8- اذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالف للنظام العام الدولي.

فاذا ما توفرت هذه الحالات يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي الذي تقع في دائرة اختصاصه المحكمة الفاصلة في النزاع و ذلك خلال شهر من تاريخ تبليغ قرار القاضي(68).

المطلب الثاني: دور القاضي في اشتراط و مشارطه التحكيم

لقد نظم المشرع العراقي التحكيم في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل, وذلك من المادة (251 الى 276) منه, إذ اجازت المادة (251) الاتفاق باللجوء الى التحكيم فر نزاع معين, كما اجازت الاتفاق على التحكيم في جمع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين, وقد اجاز المشرع العراقي في قوانين اخرى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي تكون احد اطرافها الجهة الادارية في مرحلة تنفيذ العقد, مثل قانون التعاون رقم (202) لسنة 1970 وذلك في المادة (2/47منه)(69).ولقد قضت المادة (69) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقي لسنة 1988 بصدد تشكيل هيئة التحكيم الى ان كل من صاحب العمل و المقاول يعين محكما مستقلا عن الهيئة و على المحكمين المعينين بهذه الصورة ان يتفقا على محكم ثالث ليتولى رئاسة الهيئة التحكيمية, و في حال عدم التوصل الى اتفاق خلال اربعة عشر يوما من تاريخ تعينهما فعندئذ يكون لصاحب العمل او المقاول الحق في مراجعة المحكمة المختصة لتعين المحكم الثالث وفق اجراءات يتطلبها قانون خاص بأمور التحكيم(70) واصدرت وزارة التخطيط عام 1972 منشورا عاما لتنظيم الاجراءات المقتضيه لممارسة صلاحية الموافقة على اللجوء الى التحكيم لحسن المنازعات التي تنشأ بين المقاولين و بين الجهات المنفذة عند تنفيذ خطة التنمية القومية, كما نصت المادة (35) من القانون رقم (5) لسنة 1968 على التحكيم في عقد المقاولة الخاص بالتنقيب عن النفط و انتاجه و تسويقه بين شركة النفط الوطنية العراقية و مؤسسة الاستكشافات و النشاطات البترولية- ايراب. وبالرجوع الى (الفقرة 2-ح من القسم 12 في قانون العقود العامة لسنة 2004) التي اجازت التسوية البديلة للنزاع لتسوية جميع النزاعات, سواء في مرحلة ابرام العقد او تنفيذ العقد الاداري, التي تبقى بمثابة المرجع القانوني الاساس في العراق لاتباع اية وسيلة بديلة للنزاع في مجال العقود الادارية, شرط اتفاق الاطراف عليها(71).

اما مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي فقد نص في البند (أولا) من المادة (11) على "((تشكيل هيئة التحكيم باتفاق اطراف النزاع فان لم يتفقوا على عدد المحكمين فيكون العدد ثلاثة))"(72).

فعلى صعيد الوضع في فرنسا أفرد المشرع الفرنسي نص المادة (1444) من قانون الاجراءات المدنية لمعالجة تعيين المحكم من قبل القضاء بالنسبة للتحكيم الداخلي بنصه على انه اذا حصل بعد نشوب النزاع صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم .... يعين رئيس المحكمة الكلية المحكم أو المحكمين, غير انه يمكن لرئيس المحكمة التجارية القيام بهذا التعيين اذا نص الاتفاق على ذلك صراحة ... بينما عالج المشرع الفرنسي تلك المسألة بصدد التحكيم الدولي في المادة (2/1493) من نفس القانون اعلاه, والتي نصت على أنه (اذا حدث في تحكيم يجري في فرنسا أو في تحكيم اختار فيه الاطراف تطبيق قانون الاجراءات الفرنسي صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم, جاز للطرف الاكثر عجلة- ما لم يتفق على غير ذلك- ان يطلب مساعدة رئيس المحكمة الكلية بباريس وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 1457)(73) و يستخلص من نص المادتين (1444 و 2/1493) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي أن المشرع أناط برئيس المحكمة الكلية, أو رئيس المحكمة التجارية – حال اتفاق الاطراف على ذلك صراحة- تعيين المحكم اذا تعلق الامر بتحكيم داخلي, بينما ينعقد الاختصاص بتعيين المحكم لرئيس المحكمة الكلية بباريس اذا كان التحكيم يجري في (فرنسا, أو اتفق الأطراف على تطبيق القانون الفرنسي وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر بتاريخ 20 فبراير من عام 2007م)(74) بيد أن قيام القضاء بدور المساعد في تعيين المحكم يتم بطلب من احد طرفي خصومة التحكيم وليس من تلقاء نفسه, و سواء بذلك بسبب عدم اتفاق طرفي التحكيم على اختيار المحكمين, أو على كيفية ووقت اختيارهم, أو بسبب مخالفة اجراءات اختيار المحكمين(75).

كما ان هناك قوانين اخرى قد اجازت التحكيم في المنازعات الادارية في فرنسا, مثل القانون الصادر في 30 ديسمبر 1982 الخاص بالشركة الوطنية للسكك الحديدية ("SNCF) وذلك في المادة (25) منه, القانون الصادر في 19 اب 1986 و في المادة (9) منه اجاز للدولة و الجماعات الاقليمية و المؤسسات العامة, في العقود التي تبرم مع شركات اجنبية لتحقيق عمليات للمصلحة الوطنية, ادخال بنود التحكيم, عند الاقتضاء, من اجل تسوية نزاعات بتطبيق هذه العقود وتفسيرها, و القانون الصادر في 2 يوليو 1990 الخاص بهيئة البريد والاتصالات الفرنسية و في المادة (28) منه اجاز التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تكون الهيئة طرفا فيها(76).

اما في مصر حيث افرد المشرع المصري نص المادة (17) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 لبيان الدور المساعد للقضاء و القاضي بشأن تعيين المحكم و اختياره, إذ اوضحت تلك المادة في فقرتيها الاولى والثانية حالات تدخل القضاء بسبب عدم اتفاق طرفي التحكيم على اختيار المحكمين, أو على كيفية ووقت اختيارهم, وكذلك مخالفة اجراءات اختيار المحكمين وطبقا لنص المادة (17) سالفة الذكر تتولى المحكمة المشار اليها في المادة التاسعة من قانون التحكيم عملية اختيار المحكم او المحكمين بيد قيام المحكمة بتعيين المحكم و اذا كان واحدا او المحكمين حال تعددهم يتم بطلب من احد اطراف اتفاق التحكيم, وليس من تلقاء نفس المحكمة, على ان يقدم هذا الطلب بنفس اجراءات رفع الدعوى في صورة دعوى وليس بصورة عريضة باعتبار الاختصاص في ذلك منوط للمحكمة بكامل هيئتها القضائية وليس لرئيسها منفردا خلافا للقانون في فرنسا, و المحكمة المشار اليها "في المادة (9) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 هي المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع بالنسبة للتحكيم الداخلي, و محكمة استئناف القاهرة بالنسبة للتحكيم الدولي ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف وحدة(77).

وقد فرقت المادة (17) من قانون التحكيم المصري بين حالتين بشأن تدخل القضاء لتعيين هيئة التحكيم لشرط او مشارطة التحكيم, الحالة الاولى عندما تكون هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد, وثانيهما عندما تكون مشكلة من ثلاثة محكمين أو أكثر ففي الحالة الاولى المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد فيتعين تدخل المحكمة لتعيين ذلك المحكم في اطار جملة ضوابط تتمثل في اتفاق طرفا التحكيم على هيئة التحكيم من محكم واحد, و الا يتفقا على تسمية هذا المحكم أو طريقة معينة و محددة لتعيينه, فضلا عن تقدم أحد طرفي خصومة التحكيم الى المحكمة بطلب لتعيين المحكم الفرد وفي الحالة الأخرى الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين أو أكثر, فأن الفقرة الاولى من المادة (17) من قانون التحكيم فرقت بين فرضين(78).

الفرض الاول: يتمثل في عدم قيام أحد الطرفين بتعين محكمه, وهنا تتولى المحكمة تعين هذا المحكم شريطة أن يقوم الطرف الاخر بتعيين محكمة مع تقدمه بطلب الى المحكمة لتعيين المحكم الاخر.

والفرض الأخر: عندما يقوم الطرفان بتعين محكميهما, من دون ان يتفق هذان المحكمان على اختيار المحكم الثالث إذ تتولى المحكمة تعيين هذا المحكم وهذا المحكم الثالث هو الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم, سواء تم تعيينه من قبل المحكمين او بواسطة القاضي المختص والمحكمة المختصة بتعيين المحكم الواحد حال تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد, أو تعيين المحكم الذي ينكل احد الطرفين عن تعيينه و كذلك المحكم المرجح حال تعيين هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين أو أكثر هي المحكمة المشار اليها في المادة (9) من قانون التحكيم وهي المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع بالنسبة للتحكيم الداخلي, وبتطبيق تلك القواعد على التحكيم في منازعات العقود الادارية, فان الاختصاص بتعيين المحكم الفرد, او احد المحكمين او المحكم المرجح ينعقد للمحكمة الادارية أو محكمة القضاء الاداري المختصة اصلا بنظر النزاع, ونظرا لأن قيمة العقود الادارية تتجاوز الان الملايين من الجنيهات فان الاختصاص بتعيين المحكم ينعقد لمحكمة القضاء الاداري, و لا يقتصر تدخل القضاء المساعدة, طبقا لصريح نص الفقرة الثانية من المادة (17) من قانون التحكيم حال مخالفة الطرف الاخر اجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها, و حال وعدم اتفاق المحكمين المعينين على امر مما يلزم اتفاقهما عليه, و حالة ما اذا تخلف الغير عن اداء ما عهد اليه به في هذا الصدد(79).

وان الحكم الصادر من المحكمة المختصة بتعين المحكمين يعد حكما نهائيا لا يقبل الطعن فيه باي طريقة من طرق الطعن العادية و غير العادية بغية وضع حد للخلاف خول استكمال تشكيل هيئة التحكيم ودعما لها في سرعة تفرغها لنظر الدعوى التحكيمية و الفصل فيها(80).

واما في الجزائر حيث ان للقاضي دوراً في شرط ومشارطة التحكيم كونها من المسائل التي برز فيها دور القاضي في التحكيم, ودوره المعاون في هذا الخصوص, هو تعيين الهيئة التحكيمية, فأذا كان الأصل أن يقوم الأطراف باختيار المحكمين أو الطريقة التي يتم اختيارهم بها, الا أن ذلك لا يعني أن هذا هو الطريق الوحيد باختيارهم, فقد تحدث المماطلة من أحد الطرفين بأختياره للمحكم, أو لا يعين المحكم أصلا, وهنا يظهر بوضوح دور القضاء في تقديم يد العون الى التحكيم بنوعيه سواء كان وطنيا محضا أو تحكيما تجاريا دوليا, ويظهر هذا في نص المادة (1041) من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري بوجود طرق يتم بموجبها تعيين المحكمين, فقد يكون ذلك عن طريق التعيين المباشر أو الاتفاقي لأطراف الخصومة التحكيمية, أو يتم تعيين المحكم من قبل

القاضي الوطني ويتم التعيين الاتفاقي لهيئة التحكيم من خلال اتفاق الاطراف على تعيين المحكم مباشرة أو عن طريق اللجوء الى نظام التحكيم تعيين المحكم المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم ويدرج هذا التعيين اما في شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم اي مشارطة التحكيم وهذا المبدأ قضت به المادة (1041) من القانون اعلاه ويستفاد من ذلك أن الأطراف لم الحرية المطلقة في تعيين المحكمين و تشكيل المحكمة التحكيمية(81).

كما ان للقاضي الوطني تعيين المحكم او المحكمين اذا كان الاصل ان لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين, وعلى كيفية ووقت اختيارهم غير أنه اذا لم تنص الاتفاقية على تعيينهم, أو شابها بعض العيوب, أو امتنع أحد الأطراف على المشاركة في تعيين المحكم أو تعذر عليه تشكيل هيئة التحكيم, بسبب عراقيل تضعها المحاكم أو القوانين في دولة مقر التحكيم المختارة, فأذا لم يتفق طرفا التحكيم على اختيار المحكمين أو على الطريقة التي يتم بها الاختيار, يحق للقاضي في هذه الحالة الاختيار بناء على طلب أحد الطرفين بتوفير شرطين :الشرط الأول أن يكون هنالك اتفاق بين أطراف الخصومة التحكيمية يحدد فيه كيفية تشكيل المحكمة, لأن هذا يستقيم مع فكرة الطابع الرضائي المستمد من ارادة أطرافه في تشكيل محكمة التحكيم فقد يتفق طرفا الخصومة على تعيين المحكمين في اتفاقية التحكيم أو يكتفيان بتحديد طريقة اختيار المحكمين0 أما الشرط الأخر فيتمثل تقديم أحد طرفي الخصومة التحكيمية طلبا الى رئيس المحكمة لتعين المحكم, فعندما يطلب أحد الطرفين تعيين محكم نظرا لعدم قيام الطرف الاخر بالتعيين و منحه فرصة تعين المحكم تكريسا لمبدأ سلطان الادارة التحكيمية فبتوفير هذين الشرطين يحق للجهة القضائية المختصة المساعدة في تشكيل المحكمة التحكيمية(82).

وكما خول المشرع الجزائري للقضاء اختصاصات تستهدف اقرار التكامل بين عمل القاضي والمحكم, بحيث يكون الدور المتمم للقاضي في عملية التحكيم سواء في تشكيل محكمة التحكيم أو تذليل مختلف الصعوبات التي قد تطرأ اثناء نظر النزاع, وقد أوكل هذه المهمة الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم, غير انه فرق بين ما اذا كان التحكيم يجري في الجزائر او خارجه, وفق لما اقره المشرع في نص المادة (02-1041) التي تقضي بأنه (في غياب التعيين و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم, يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي: رفع الأمر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم اذا كان التحكيم يقع في الجزائر او رفع الامر الى رئيس محكمة الجزائر, اذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الاطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر)(83).

وما يلاحظ على قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد لم يحدد صراحة الاجراءات الخاصة بتعين المحكمين, في حسن ان المرسوم التشريعي (09/93) حدد هذه الاجراءات في نص المادة (458) مكرر (04) في فقرتها الأولى التي قضت بما يلي (اذا دعى القاضي الى تعيين محكم حسب الشروط المذكرة في المواد السابقة, فانه يستجيب لطلب التعيين بموجب أمر يصدر بناء على مجرد عريضة, الا اذا بينت دراسة موجزة عدم وجود أية اتفاقية تحكم الطرفين)(84).

رغم ان المشرع الغى هذه المادة الا أن تدخل القاضي الوطني لا يتم الا بموجب أمر بناء على مجرد عريضة و السبب في ذلك يعود الى الليبرالية التي يتميز بها القانون الجزائري في مجال التحكيم, فيقوم القاضي بإجراء مراقبة سطحية على اتفاقية التحكيم قبل تعيين المحكم على غرار ما كان معمول به في ظل المرسوم التشريعي (09/93) (85).

إذ سوف يتم ذكر عدد من الامور التي تؤدي الى اشتراط ومشارطة التحكيم عن طريق تشكيل هيئة التحكيم ودور القاضي فيها وهي :-

اولا:- طريقة تعيين المحكمين : حيث ان هنالك طريقتين لتعيين المحكمين :

أ) ان يتم تعيين المحكم برضا واتفاق الخصوم: و يستوي ان يتم الاتفاق على شخص المحكم في صلب عقد التحكيم (شرطا كان او مشارطة)(86) أو يتم في اتفاق مستقل, كما يستوي أن يكون هذا الاتفاق المستقل سابقا لعقد التحكيم أو تاليا له, و اذا كان الاتفاق على أشخاص المحكمين يتم اساسا بتحديد الاطراف المحتكمين لأسماء المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم, أي يتم تعيينهم بذواتهم, فانه لايكون هنالك مانعا من تعينهم بصفاتهم, بشرط ان تكون هذه الصفة قاطعة الدلالة على شخص معيين دون غيره, أما ان كانت هذه الصفة تتوافر بتحديد لأكثر من شخص لا يجوز ذلك التحديد بالصفة(87).

ب) الطريقة القضائية لتعيين المحكم: حيث ان المشرع العراقي لم يلزم أطراف النزاع بتعيين المحكمين في شرط أو مشارطة التحكيم و بالتالي لم يرتب اي جزاء على عدم القيام بذلك و انما اناط هذه المهمة بالمحكمة المختصة بنظر النزاع و بناء على طلب احد الاطراف و ذلك في الحالات الاتية:-

1- اذا اتفق الخصوم على التحكيم ولم يتفقوا على تعيين المحكمين في شرط او مشارطة التحكيم ووقع النزاع بينهم و لم يتفقوا على تعيينهم بعد ذلك(88).

2- اذا اتفق الخصوم على المحكم ولكن عند وقوع النزاع امتنع المحكم عن العمل او اعتزاله او عزل عنه او توفي او تعذر عليه القيام بالتحكيم لوجود مانع من مباشرته (كالمرض او السفر الخ ...) ولم يكن هنالك اتفاق بين المتخاصمين على تعيين محكم بديل, فانه يجوز لأي طرف من الأطراف المتخاصمة ان يقدم طلب الى المحكمة المختصة بنظر النزاع ويتم النظر فيه من قبل القاضي المختص ويتم تعيين المحكم بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع اقوالهم(89).

3- اذا لم يقم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المحددة في عقد التحكيم أو المقررة قانونا ولم تمدد من قبل الخصوم أو المحكمة المختصة(90).

وكما حددت المادة (12) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي الاجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم او المحكمين, إذ نص البند (أولا) منها على (لأطراف النزاع الاتفاق على تحديد الاجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم او المحكمين وفي حالة عدم الاتفاق يتبع بانه في حالة اذا كان عدد المحكمين ثلاثة, يعيين كل طرف محكما عنه ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال مدة ثلاثين يوما من تعيين اخرهما, وفي حالة عدم التعيين يتولى القاضي المختص تعيينه وبطلب من احد الاطراف, وكما اذ لم يعين احد الطرفين محكمه خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسلمه طلبا بذلك من الطرف الاخر يتولى القاضي المختص تعين المحكم بناءا على طلب الطرف الاخر, وكذلك اذا كان المحكم فردا ولم يتفق الطرفان على تعيينه يتولى القاضي المختص تعيينه بناءا على الطرف الاخر, إذ لم يقم المحكم الثالث بإداء المهمة الموكلة اليه أو لم يتمكن من ادائها لأي سبب يتولى القاضي المختص تعيين محكم أخر بدلا عنه) وكما تضمن المادة (17) من قانون التحكيم المصري حالات تدخل القاضي المختص في تشكيل هيئة التحكيم وهي حالات نص عليها في سبيل المثال و ليس الحصر, و هذه الحالات تتمثل في عدم اتفاق الأطراف المحتكمون على تعيين المحكم

الوحيد أو امتناع احد الأطراف عن تعيين محكمه في خلال ثلاثين يوما لتاريخ تسلمه طلبا بذلك من الطرف الأخر في اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة وعدم اتفاق المحكمين المعينين على اختيار المحكم الثالث الذي سيرأس هيئة التحكيم خلال الثلاثون يوما التالية لتاريخ تعيين أخرهما و مخالفة احد الطرفين اجراءات اختيار المحكمين المتفق عليها(91).

ثانيا: من يكون محكما:

لم يجز قانون المرافعات المدنية العراقي أن يكون المحكم من رجال القضاء الا بأذن من مجلس القضاء(92) ولا يكون قاصرا أو محجورا أو محروما من حقوقه المدنية أو مفلسا لم يرد اليه اعتباره, كما ان المادة (69) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لم تتطرق لذلك, ونرى من الضروري وضع ضوابط معينة لعمل المحكم, سيما وان المقاولات قد تضخمت و تعقدت وتنوعت و بالتالي يستلزم الامر توافر خبرات علمية و فنية و علمية فيهم. وكما ان المشرع المصري لم يجيز تحكيم القضاة كقاعدة عامة و لو كان بغير اجر, ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء, ألا انه قد اورد استثناءين على هذا المبدأ و ذلك في المادة (2/63) من قانون السلطة القضائية في مصر رقم (26) لسنة 1972(93).

ثالثا: العدد الوتري للمحكمين :

من المستقر عليه في الفقه و القانون ان عدد المحكمين يجب أن يكون وترا, أي عددا فرديا, و الحكم من ذلك هي تفادي الانقسام في الاراء و الوصول الى حل لموضوع النزاع و هذا ما اكدته المادة (257) من قانون المرافعات المدني العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل , والمادة (11/ ثانيا) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي(94) والمادة (2/15) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994(95). وقد عالج المشرع الفرنسي ذلك في المادة (1454) من قانون المرافعات و التي قضت بأنه في حالة تحديد عدد زوجي فلمحكمة التحكيم أن تختار محكما سواء أتفق الأطراف على ذلك أو يتولى الأمر المحكمون الذين تم اختيارهم و اذا اختلفوا فيتولى رئيس المحكمة الابتدائية ذلك(96). وكما ورد التحكيم في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم (2) لسنة 2014 و الضوابط الملحقة به إذ جاء الفصل السابع منه خاص بتسوية المنازعات الناشئة من العقود الادارية والية تسوية تلك المنازعات عن طريق التحكيم وجاء في المادة (8/ ثانيا) والمتضمنة (عند عدم التوصل الى اتفاق ودي يتم اللجوء الى احد الاساليب التي يجب ان ينص عليها العقد وهي (التحكيم) ويكون التحكيم الوطني وفقا للإجراءات المحددة في شروط المناقصة) او اللجوء الى قانون المرافعات المدني العراقي رقم (83) لسنة 1969 والذي حددت التحكيم من ضمن اجراءات تسوية منازعات العقود الادارية واللجوء الى القضاء لتصديق ابطال قرار التحكيم(97).

الخاتمة

تبين لنا من خلال دراستنا لموضوع التحكيم وحدود القاضي به بتسوية منازعات العقود الادارية انه موضوع على درجة كبيرة من الاهمية ويمثل مكانة خاصة كونه يمس بمبدأ احقاق الحق و الى تقديم افضل الخدمة وان المنازعات الطويلة تؤدي الى هدر بالمال العام وقد استعنت في هذه الدراسة بالجانب التطبيقي و العملي و المتمثل في الاحكام القضائية الصادرة من القضاء الاداري والقضاء العادي و راعيت الحفاظ على العبارات القانونية التي وردت في الاحكام القضائية وقد واكبت ايضا في محيط الدراسة القوانين الحديثة التي تتعلق بالموضوع وتصلنا الى النتائج الاتية:-

اولا: الاستنتاجات

1- وضحنا مفهوم وتعريف دقيق جدا للتحكيم في مجال منازعات العقود الادارية.
2- بينا ايضا الطبيعة القانونية للتحكيم واثره على حدود القاضي في النظر بالتسوية .
3- واشرنا ايضا الى دور القاضي في التحكيم بحالة كان مذكور نصه في العقد واوضحا دور القاضي في عرض او مشارطة التحكيم فيما اذا لم يكن مذكور بنص العقد 0

ثانيا: التوصيات

1- ندعو المشرع العراقي الى توسيع اختصاص محكمة القضاء الاداري لتشمل العقود الادارية ومنازعاتها و تعيين قضاة مختصين وليس مستشارين للنظر في قضايا العقود الادارية حتى يصبح القضاء الاداري في العراق اكثر فعالية وشمولية وان يمارس اختصاصه الدقيق في مجال العقود الادارية ومنازعاتها .
2- ندعو المشرع العراقي الى وضع او انشاء نظام قانوني خاص بالعقود الادارية و اجراءاتها بعيدا عن القانون المدني وقانون المرافعات العراقي النافذ لكي يواكب التطور الحاصل في ادارة المرافق العامة و منح الصفة القانونية لأشخاص القانون الخاص المتمثل بالشركات المحلية والدولية العملاقة في ادارة المرفق العام 0
3- نوصي بان يكون النظام القانوني للعقود الادارية عند انشائه ان يكون نظاما قانونيا مرنا لكي يسهل التعامل معه من قبل الاشخاص المتعاقدة مع الادارة لكي يكون حافزا لهم لغرض تطوير السلع والخدمات و ادارة المرافق العامة التي تقدم لخدمة المواطن.
4- ندعو المشرع العراقي الى الاهتمام بالوسائل البديلة وهي التحكيم وغيرها في حل منازعات العقود الادارية ومنح القائمين عليها صلاحية اوسع للنظر بها كون هذه الوسائل سريعة في حل المنازعات مقارنتا بالتوجه الى القضاء ولاسيما ان العقود الادارية تهدف الى تقديم خدمة عامة وهذه الوسائل تخفف من هدر المال العام 0

الهوامش

(1) رنا محمد راضي، التحكيم في العقود الادارية، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الاولى، القاهرة, ص34 وما بعدها.
(2) شعبان احمد رمضان, نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الادارية, الطبعة الثانية, دار النهضة العربية, القاهرة, 2016, ص11.
(3) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص 32.
(4) شعبان احمد رمضان, نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الادارية, الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016 ، ص٣٣.
(5) ادم وهيب النداوي, المرافعات المدنية, مكتبة السنهوري, بغداد, 2013,ص289.
(6) شعبان احمد رمضان, نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الادارية, مصدر سابق ، ص٣٥.
(7) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص٥٨ .
(8) ادم وهيب النداوي, المرافعات المدنية, المصدر سابق ، ص٥٦.
(9) شعبان احمد رمضان, نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الادارية, مصدر سابق ، ص٢٣
(10) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص32 وما بعدها.
(11) ادم وهيب النداوي, المرافعات المدنية, مصدر سابق ، ص٥٩
(12) ادم وهيب النداوي, المرافعات المدنية, مصدر سابق ، ص٨٧
(13) شعبان احمد رمضان، مصدر سابق, ص11 وما بعدها
(14) ادم وهيب النداوي, المرافعات المدنية, مصدر سابق ، ص٧٩
(15) ادم وهيب النداوي ، مصدر نفسه, ص289 وما بعدها.
(16) شعبان احمد رمضان، مصدر سابق, ص٧٩
(17) شعبان احمد رمضان، مصدر سابق, ص١٢٣
(18) فوزي محمد سامي, التحكيم التجاري الدولي, الطبعة الخامسة, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, 2010, ص446.
(19) شعبان احمد رمضان، مصدر سابق, ص80.
(20) سمية صخري, التحكيم في منازعات العقود الاداري (رسالة ماجستير: جامعة قاصدي مرباح بورقلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية, 2013) ص: 8 وما بعدها .
(21) سورة المائدة ، الآية ٢.
(22) شعبان احمد رمضان، مصدر سابق, ص82.
(23) صفاء فتوح جمعه، المبادئ العامة في العقود الادارية التقليدية والمتطورة واشكاليات تسوية منازعاتها ،الطبعة الاولى ،مكتبة الوفاء القانونية،الاسكندرية،2017, ص729 وما بعدها.
(24) شعبان احمد رمضان، مصدر سابق, ص83.
(25) صفاء فتوح جمعه، المبادئ العامة في العقود الادارية التقليدية والمتطورة واشكاليات تسوية منازعاتها ، مصدر سابق ، ص١٢٣
(26) ادم وهيب النداوي, مصدر سابق, ص290.
(27) صفاء فتوح جمعه، المبادئ العامة في العقود الادارية التقليدية والمتطورة واشكاليات تسوية منازعاتها ، مصدر سابق ، ص٣٦
(28) ادم وهيب النداوي, مصدر سابق, ص291.

(29) صفاء فتوح جمعه، المبادئ العامة في العقود الادارية التقليدية والمتطورة واشكاليات تسوية منازعاتها ، مصدر سابق ، ص٣٤
(30) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص14 ومابعدها.
(31) ادم وهيب النداوي, مصدر سابق, ص290.
(32) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص 35 وما بعدها.
(33) ادم وهيب النداوي, مصدر سابق, ص290.
(34) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص14 و ما بعدها.
(35) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص 37.
(36) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص24 و ما بعدها.
(37) صفاء فتوح جمعه، المبادئ العامة في العقود الادارية التقليدية والمتطورة واشكاليات تسوية منازعاتها ، مصدر سابق ، ص٢٥
(38) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص 38 وما بعدها.
(39) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص25 و ما بعدها.
(40) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص ٤٠
(41) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص٧٩
(42) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص 39 وما بعدها.
(43) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص٧٦
(44) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص 28 و ما بعدها.
(45) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص 41 وما بعدها.
(46) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص 29.
(47) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص٧٨
(48) بو لقواس سنار, الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية ذات الطابع الدولي التحكيم نموذجا (رسالة ماجستير: جامعة الحاج لخضر باته في الجزائر - كلية الحقوق والعلوم السياسية- كلية القانون, , 2011) ص:21.
(49) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص 26 و ما بعدها.
(50) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص 42 وما بعدها.
(51) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص٦٧
(52) رنا محمد راضي, مصدر نفسه, ص91.
(53) رنا محمد راضي, مصدر نفسه, ص٧٩
(54) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق,ص229 وما بعدها.
(55) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص92.
(56) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص229 و ما بعدها.
(57) عزمي عبد الفتاح, قانون التحكيم الكويتي, الطبعة الاولى, مطبوعات جامعة الكويت, الكويت, 1990, ص248.
(58) احمد ابو الوفا, اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية, ط9, منشأت المعارف بالاسكندرية, 1986, ص164.
(59) قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980, المادة السادسة, الفقرة الرابعة والخامسة.
(60) فتحي والي, التنفيذ الجبري, دار النهضة العربية, القاهرة, 1981, ص97.
(61) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص 95.
(62) أمينة النمر, احكام التنفيذ الجبري و طرقه, الطبعة الثانية, منشأة المعارف, الاسكندرية, 1971, ص80.رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص 95.

(63) حميد يونس, شرط التحكيم و مدى رقابة المحكمة على حكم المحكمين في التشريع العراقي, دراسة مقارنة, مجلة القضاء, العدد الثاني, 1968, ص14.
(64) عبد الرحمن العلام, شرح قانون المرافعات المدنية, الجزء الرابع, مطبعة الزهراء, بغداد, 1990, ص 481.
(65) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص 96.
(66) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص٣٤
(67) رنا محمد راضي, مصدر نفسه, ص٣٦
(68) منى بوختالة, التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار(رسالة ماجستير: جامعة قسنطينة في الجزائر - كلية الحقوق, 2014) ص:132 وما بعدها.
(69) عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة ابرام العقود الادارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، 2015, ص 34-35.

(70) نصت المادة (256) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 على (1- اذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين او امتنع احد او اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل او اعتزله او عزل عنه او قام مانع من مباشرته ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعين المحكم او المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع اقوالهم0 2- يكون قرار المحكمة بتعين المحكم او المحكمين قطعيا و غير قابل لأي طعن. أما قرارها برفض تعيين المحكمين فيكون قابلا للتمييز طبقا للاجراءات المبينة في المادة 216 من هذا القانون).

(71) عثمان ياسين علي, مصدر سابق, ص35-36.

(72) عبد المنعم عبد الحميد ابراهيم, العقود الادارية, الطبعة الاولى, بلا دار نشر, 2001-2002, ص340.

(73) رنا محمد راضي, مصدر سابق, ص٣٩
(74) عثمان ياسين علي, مصدر سابق, ص٤٧
(75) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص111.
(76) عثمان ياسين علي, مصدر نفسه, ص37.
(77) عثمان ياسين علي, مصدر سابق, ص٤
(78) عثمان ياسين علي, مصدر نفسه, ص٧٦
(79) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص110-111.
(80) شعبان احمد رمضان, مصدر نفسه, 111وما بعدها.
(81) عثمان ياسين علي, مصدر سابق, ص٧٧
(82) عثمان ياسين علي, مصدر سابق, ص٥٦
(83) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص٧٩
(84) شعبان احمد رمضان, مصدر سابق, ص٤٥
(85) رضا هميسي, دور القاضي الوطني في مجال الخصومة التحكيمية, بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية, بالعدد 17, جانفي 2018, ص251 و ما بعدها.
(86) عبد المنعم عبد الحميد ابراهيم, مصدر سابق, ص340.
(87) محمود السيد عمر التحيوي, التحكيم في المواد المدنية و التجارية وجوازه في منازعات العقود الادارية, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, ص162 ومابعدها.

(88) المادة (1/256) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.
(89) المادة (263) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.
(90) عبد الرحمن العلام, شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969, الجزء الأول, بغداد, 1970, ص439.
(91) حسن محمد هند, التحكيم في المنازعات الادارية, دراسة مقارنة, دار الكتب القانونية, مصر, 2008, ص126.
(92) المادة (255) من قانون المرافعات المدني العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
(93) محمود السيد عمر التحيوي, مصدر سابق, ص 158-159.
(94) نص البند ثانيا من المادة (11) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي على (اذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وترا و الا كان قرار التحكيم باطلا).
(95) عصمت عبد الله الشيخ, التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي, دار النهضة العربية, القاهرة, 2003, ص 50.
(96) حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الادارية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008, ص 125-126.
(97) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم (2) لسنة 2014 و الضوابط الملحقة به, الفصل السابع المادة 8/ثانيا/أ, ص11.

المصادر

القرانين الكريم :

1- سورة النساء، الاية 114 .

اولا: الكتب

1- احمد ابو الوفا، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط9، منشأت المعارف بالاسكندرية، 1986 .

2- ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013 .

3- أمينة النمر، احكام التنفيذ الجبري و طرقه، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1971 .

4- رنا محمد راضي، التحكيم في العقود الادارية، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الاولى، القاهرة .

5- حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الادارية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008 .

6- حميد يونس، شرط التحكيم و مدى رقابة المحكمة على حكم المحكمين في التشريع العراقي، دراسة مقارنة، مجلة القضاء، العدد الثاني، 1968 .

7- شعبان احمد رمضان، نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الادارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016 .

8- صفاء فتوح جمعه، المبادئ العامة في العقود الادارية التقليدية والمتطورة واشكاليات تسوية منازعاتها،الطبعة الاولى،مكتبة الوفاء القانونية،الاسكندرية،2017

9- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، الجزء الأول، بغداد، 1970 .

10- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الرابع، مطبعة الزهراء، بغداد، 1990 .

11- عبد المنعم عبد الحميد ابراهيم، العقود الادارية، الطبعة الاولى، بلا دار نشر، 2001-2002 .

12- عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الاولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990 .

13- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 .

14- فتحي والي، التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981 .

15- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010 .

16- عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة ابرام العقود الادارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، 2015

17- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية وجوازه في منازعات العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، بدون سنة طبع .

ثانيا: الرسائل و الاطاريح الجامعية

1- بو لقواس سنار، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية ذات الطابع الدولي التحكيم نموذجا، بحث مقدم الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة الحاج لخضر باته لنيل شهادة الماجستير، الجزائر، 2011 .

2- رضا هميسي، دور القاضي الوطني في مجال الخصومة التحكيمية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية، بالعدد 17، جانفي 2018 .

3- سمية صخري، التحكيم في منازعات العقود الاداري، مذكرة مقدمة الى جامعة قاصدي مرباح بورقلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، 2013 .

4- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، بحث مقدم الى كلية الحقوق جامعة قسنطينة في جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، 2014 .

ثالثا: القوانين

1- قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المادة (29) .

2- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 والضوابط الملحقة، الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية /دائرة العقود الحكومية العامة.

3- قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980 المعدل .
4- نص البند ثانيا من المادة (11) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي على (اذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وترا و الا كان قرار التحكيم باطلا) .