198

مدى جواز لجوء الدولة إلى التحكيم في منازعات الإستثار الأجنبي دراسة تحليلية مقارنة

د.هفال صديق اسهاعيل مدرس

كلية القانون والساسة، جامعة نوروز اقليم كردستان العراق

المستخلص

يعد التحكيم التجاري وسيلة هامة في تسوية منازعات التجارية الدولية وخصوصاً منازعات الإستثمار (أي تلك المنازعات التي تتم بين الدول المضيفة للإستثمار وأشخاص ينتمون الى دول أخرى وهم المستثمرون الأجانب). ويتكون هذا البحث من مقدمة وأربع مطالب وخاتمة. وتطرقنا فيها إلى مدى جواز لجوء الدولة الى التحكيم في منازعات الاستثمار نظراً لكونها صاحبة السيادة والسلطة، وعرضنا في ذلك آراء فقهاء القانون و موقف أحكام التحكيم وأحكام المحاكم الوطنية، ومن خلاله تبين لنا، بأنه لا بد من وجود قاعدة قانونية صريحة في قانون التحكيم للدولة المضيفة تسمح بموجبه للدولة أن تكون طرفاً في خصومة التحكيم وأن تقف جنباً الى جنب المستثمر الأجنبي وأمام هيئة تحكيم دولية.

وفي ختام البحث عرضنا جملة من النتائج التي توصلنا إليها وقدمنا مجموعة من التوصيات ومن ضمنها بعض إقتراحات لتعديل بعض القوانين الوطنية المتعلقة بالاستثمار الأجنبي والتحكيم التجارى في العراق. *التحكيم، الاستثهر، منازعات*

الكلمات الدالة: الجواز، لجوء الدولة، الاستثار الأجنبي.

1. المقدمة

ثمة جدل فقهي وتشريعي وقضائي سواء على المستوى الدولي أم الحلي لايزال مستمراً حول تبني التحكيم في تسوية منازعات الإستثارات الأجنبية، التي تكون الدولة طرفاً فيها، وبما أن مثل هذه المنازعات ناشئة عن خلافات مع المستثمر الأجنبي في شأن تنفيذ مشروع إستثاري، ويعتبر الدولة أحد اطرافها، حيث أن مجرد قبول الدولة بإرادة صريحة وواضحة باللجوء إلى التحكيم، لا يسمح لها بعد ذلك أن تفلت من التحكيم بحجة تمتعها بالسيادة والحصانة.

أولاً: أهمية البحث: أصبح الإستثار الأجنبي من أهم الظواهر السائدة في عالمنا الحالي، وأصبح محل إهتام من قبل الدول النامية والمتقدمة، بحيث من خلاله تتدفق

رؤوس الأموال والتكنولوجيا إلى الدول النامية، وأن هذه العملية لا بد أن تكون مرهونة بنظام قانوني متكامل يضمن حاية حقوق المستثمر الأجنبي. ومن ذلك ينبغي ايجاد جمات قانونية محايدة وفعالة يمكن للمستثمر الأجنبي باللجوء إليها لتسوية ما قد يثور بينه وبين الدولة المضيفة من النزاع بشأن مسألة تتعلق بتطبيق بنود القواعد القانونية للإستثمار، أو بشأن مسألة تتعلق بتنفيذ عقد الإستثمار، بحيث تتميز هذه المنازعات بطابعها الخاص الناجم من اختلاف المركز القانوني لطرفي النزاع، فالدولة كطرف في النزاع تتمتع بالسيادة والطرف الثاني المستثمر الأجنبي- سواء كان شخص طبيعي أو معنوي- من أشخاص قانون الخاص، ويعد التحكيم الوسيلة الأكثر فعالة في تسوية منازعات الإستثمار وتحافظ حقوق المستثمر الأجنبي.

ثانياً: إشكالية البحث: تقضي القوانين المتعلقة بالإستثار في العراق والقوانين الأخرى ذات الصلة بامكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التجارية الناشئة بين المستثمر الأجنبي وأية جمة حكومية دون أن تحدد نوع التحكيم فيما إذا كان وطنياً بموجب القانون العراقي أم دولياً وفق قواعد التحكيم التجاري الدولي، وبناءً على ذلك يمكن

المجلة الاكاديمية لجامعة نوروز

المجلد 6، العدد 4 (2017)

استلم البحث في 2017/9/1، قبل في 2017/12/1

ورقة بحث منتظمة نشرت في 2017/12/20

البريد الالكتروني للباحث: heval.s@nawroz.edu.krd

حقوق الطبع والنشر © 2017 أسهاء المؤلفين. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة

المشاع الايداعي النسبي - CC BY-NC-ND 4.0

القول بأن هذا البحث يدور حول معالجة اشكالية وجود فراغ تشريعي في نظام التحكيم العراقي، وعليه تكمن تحديد اشكالية هذا البحث من خلال طرح الأسئلة التالية:

ما مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي التي تكون العراق أو إقليم كوردستان طرفاً فيها؟ وما هو الأساس القانوني للجوء المستثمر الأجنبي إلى التحكيم التجاري؟

هل يستطيع المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم الدولي رغم إفتقار عقد الإستثار إلى شرط التحكيم؟ وهل لإتفاق التحكيم خصوصية معينة في منازعات الإستثار؟

ثالثاً: منهجية البحث: بغية تحقيق الهدف المنشود من هذا البحث سنتبع في موضوع التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الإستثارات الأجنبية منهج تحليلي مقارن، من خلال تحليل نصوص القوانين والآراء الفقهية، إذ سنركز على أحكام التحكيم في القانون العراقي ومن ثم مقارنتها بمجموعة من التشريعات، ومنها بشكل أساسي التشريع المصري والفرنسي، مع بيان نقاط القوة والضعف في كل منها، والاستئناس ببعض من التشريعات العربية والغربية الأخرى عندما يكون هنالك ضرورة لذلك، بقدر تعلق الأمر بموضوع البحث. مع الإشارة إلى موقف القضاء العراقي والمصري والمقارن والقرارات التحكيمية الصادرة من مراكز التحكيم الدولية، وبالأخص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثار في واشنطن، وذلك توخياً لدراسة تحليلية بعيدة عن النظريات الجامدة، ويكون ذلك من خلال المنهج التطبيقي.

رابعاً: هيكلية البحث: بناء على ما تقدم ارتأينا أنه من الضروري التطرق إلى موضوع مدى قدرة الدولة بالدخول في علاقة تحكيمية في منازعات الإستثارات الأجنبية، وذلك من خلال بيان موقف الفقه القانوني إضافة إلى بيان موقف التشريعات الوطنية للدول والإتفاقيات الدولية، وذلك من خلال أربع مطالب:المطلب الأول موقف الفقه من جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثار الأجنبي، المطلب الثاني: موقف التشريعات العراقية من جواز التحكيم في منازعات الإستثار الأجنبي، المطلب الثالث:موقف التشريعات الفرنسية من جواز التحكيم في منازعات الإستثار الأجنبي، المطلب الرابع: موقف التشريعات في مصر من جواز التحكيم في منازعات الإستثار الأجنبي، المطلب الرابع: موقف التشريعات في مصر من جواز التحكيم في منازعات الإستثار الأجنبي، المطلب الرابع:

1. موقف الفقه من جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثار الاجنبي ثمة خلاف فقهي أثير حول مشروعية أو جواز التحكيم التجاري الدولي في منازعات التي تكون الدولة طرفا فيها من عدمه، وينسب البعض هذا الحلاف في الأصل إلى الاختلاف في تكييف منازعات الإستثارات الأجنبية وتصنيفها ضمن منازعات القانون العام أو الحاص، وبالتالي ظهرت هذه الحلافات، فقد ذهبت إتجاه فقهي إلى جواز التحكيم في عقود الإستثارات الأجنبية رغم كون الدولة طرفاً فيها، بينا ذهب آخرون إلى عدم قبول ذلك، في حين ظهر إتجاه آخر يجيز التحكيم في عقود الإستثارات الأجنبية، ولكن بقيود تحقق مصالح الدول المضيفة للإستثار، ولكل موقف من هذه المواقف حججه وبراهينه الذين يستندون إليهم في رأيهم.

1. 1 جواز التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي

يذهب هذا الاتجاه (1) إلى جواز التحكيم التجاري الدولي، بصورة مطلقة، في منازعات الإستثمارات الأجنبية، التي تكون الدولة طرفا فيها، مستندين في رأيهم، على الحجج، والمبررات التالية:

أولاً:جواز التحكيم في مثل هذه المنازعات، تقتضيه سياسة تشجيع الإستثارات الأجنبية وضرورات التنمية الإقتصادية، بحيث أن كافة الدول وبالأخص الدول النامية تتسابق فيا بينها على استقطاب أكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال الأجنبية، وأن هذا الأمر يتطلب منها أن تسمح بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثارات الأجنبية عن طريق التحكيم؛ وذلك لأن المستثمرين الأجانب دامًا لا يرغبون بعرض ما ينشأ من نزاعاتهم مع الدولة المضيفة على القضاء الوطني لتلك الدولة خشية من تحيز القضاء الوطني لدولته متاثراً من ضغوطات السلطة التنفيذية عليها خصوصاً في الدول التي تشك فيها عدم استقلال القضاء، فضلاً عن أن مجرد اعتبار التحكيم التجاري الدولي وسيلة لتسوية منازعات الإستثارات الأجنبية ستبث في نفوس المستثمرين الثقة والاطمئنان وتشجيعهم على إبرام العقود الإستثارية؛ لأنها تتمتع بضانات هامة.

ثانياً: التحكيم التجاري الدولي أصبح واقعاً يفرض نفسه كشرط حتمي لبقاء الدولة في المنظومة الإقتصادية الدولية، وإذا استبعدت الدولة قبول هذا الشرط فأنه يؤدي إلى استبعادها من المنظومة الإقتصادية الدولية⁽²⁾.

ثالثاً: عدم امتلاك جميع الدول قضاء إداري متخصص في مجال منازعات الإستثمارات التي تكون الدولة طرفا فيها، أو قد تكون لديها قضاء اداري إلا أن القضاء العادي هو المختص بنظر هذه المنازعات كما هو الحال في العراق.

رابعاً: إن التحكيم لا يؤدي مطلقاً إلى سلب اختصاص المحاكم الإدارية؛ لأن القوانين التي تحدد اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها تخلو من أي نص يحظر اللجوء إلى التحكيم في تلك المنازعات، وأن الاقرار باللجوء إلى التحكيم، ولو كان اختيارياً، لا يجوز إلا بمقتضى قانون يسمح به، إضافة إلى ذلك وعلى حسب قول البعض⁽³⁾ "ان الهدف الحقيقي غير المعلن لنظام التحكيم هو استبعاد قانون الدولة، أما استبعاد قضاء الدولة فليس هدفاً في ذاته، وإنما هو ضرورة يقتضيها الوصول إلى الهدف الحقيقي".

200

خامساً:القول بأن اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثمارات الأجنبية يمس سيادة الدولة أمر في غير محله (4)، ويستند هذا القول على ما يلى:

أ- أن الدولة هي التي تجيز اللجوء إلى التحكيم فليس فيه أي مساس لسيادتها، ولا يمكن للمحكم الخروج عن النظام العام سواء كان التحكيم داخلياً أم خارجياً.

ب- كما أن الدولة عندما تبرم عقد الإستثار مع المستثمر الأجنبي، فان هذا العقد ينظم ممارسة المستثمر الأجنبي هذا الحق فأنه يقبله بالقيود المقررة في حدوده، وتتسم شرط التحكيم بالطبيعة التعاقدية، ويعتبر ضهاناً للمستثمر الأجنبي في الحصول على مقابل للأموال المستثمرة من قبله.

ج- أن التحكيم لا يهدد سيادة قانون معين بالذات، وإنما هو آداة لتسوية النزاع بين عدة قوانين وطنية بأقصائها جميعاً واختيار قواعد أخرى أكثر ملاءمة للخصوم، أو منح الحكم سلطة الفصل في النزاع القائم بينهم بمنطق العدالة، وهذا ما يؤدي إلى القول بأنه ليس هناك سيادة مطلقة لقانون دولة معينة في مجال الإستثمارات الأجنبية، وإنما تتصارع القوانين حتى تفصل قواعد القانون الدولي الخاص وتقضي بالقانون واجب التطبيق، وعندئذ يكون هذا القانون أجنبياً بالنظر إليها معاً.

د- لا يمكن اللجوء إلى التحكيم إلا بمقتضى قانون يسمح به، والتحكيم ولو كان اختيارياً فأنه يستلزم أيضاً تدخل المشرع لإقرار اللجوء إليه.

سادساً: ما دام أن للدولة الحق في تقديم الدفوع للدفاع عن حقوقها وعرض ما لديها من الحجج، فليس هناك ما يمنعها هي أو أحد أشخاصها العاميين أن تكون طرفاً في التحكيم، وقد تكسب الدولة الدعوى، ولكن مردود الكسب يجعلها هي الخاسرة لفقدان مصداقيتها وما يتبع ذلك من أثر في ميدان الإستثار تجاه المستثمرين في المستقبل، كما أن المشرع الوطني يحرص على اعطاء القضاء الوطني سلطة المساعدة والمؤازرة والرقابة والإشراف على إتفاق التحكيم (5).

ويبدو للبعض ان الحجج الواردة أعلاه غير دقيقة، وفي نظرهم أن المنفعة من الإستثار هي منفعة متبادلة بين الدولة والمستثمرين الأجانب، دون أن تصب في صالح أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر، فمن جمة تستفيد الدول المضيفة من الإستثارات الأجنبية في تحقيق تنميتها الإقتصادية والاجتماعية، وفي مقابل ذلك يحتاج المستثمر الأجنبي إلى العمل في تلك الدول لإستثار رؤوس أمواله.

1.2 عدم جواز التحكيم في منازعات الاستثار الاجنبي

رغم وجود من يؤيد جواز التحكيم في منازعات الإستثارات الأجنبية، إلا أن هناك إتجاه آخر يعارض ذلك، وفي نظرهم أن من مصالح الدول النامية، وواقع العلاقات الإقتصادية الدولية، والسوابق التحكيمية في مجال الإستثارات الأجنبية، يمنع الدول المضيفة بأن تكون أطرافاً في إتفاقيات التحكيم لتسوية منازعات الإستثارات الأجنبية، مستندين في رأيهم على الحجج الآتية:

أولاً: ان اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثارات الأجنبية يسلب اختصاص القضاء الإداري بالنظر في تلك المنازعات، مما يؤدي إلى الإنتقاص من سيادة الدولة بشكل مباشر أو غير مباشر؛ وذلك لأن القضاء الإداري، مرتبط بسيادة الدولة؛ وأن اللجوء إلى التحكيم الدولي قد يكون المحكم أجنبياً؛ بالإضافة إلى أنه من الممكن لهيئة التحكيم أن تطبق مبادئ وقواعد قانونية أخرى على النزاع المعروض ولا تطبق القانون الوطني للدولة المضيفة (6).

ثانياً: يعتبر التحكيم آلية من أليات النظام الرأسالي العالمي، بحيث يبدو أن كثير من الأحكام الصادرة في منازعات التجارة الدولية ينحاز إلى الشركات الإستثارية المهيمنة على حساب الدول المضيفة للإستثار، مما يؤدي إلى فرض إرادة تلك الشركات على الدول النامية من خلال الإفلات من المقاضاة أمام قضائها الوطني،

والافلات من الخضوع لسلطان القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثار (7).

ثالثان اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثمارات الأجنبية التي تكون الدولة طرفا فيها يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام في الدولة؛ لأنه تغلب المصالح الخاصة للمستثمرين، وأن الأصل في تلك العقود تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للشركات الإستثارية وخصوصاً الأجنبية (8).

رابعاً:التحكيم يتنافى مع طبيعة منازعات عقود الدولة، حيث أن هذه العقود تحكمها قواعد خاصة تتلاءم مع طبيعتها، وهي قواعد القانون الإداري، ومعظم هذه القواعد من خلق القضاء الإداري؛ ولذلك يمكن الأخذ بالتحكيم فقط في حالة المنازعات الناشئة

عن علاقات القانون الخاص دون المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها⁽⁹⁾.

1.3 جواز التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي بقيود تحقق مصالح الدول المضيفة للاستثار

هذا الاتجاه يوفق بين الإتجاهين السابقين، بحيث يسمح للدولة أن تكون طرفاً في التحكيم، ولكن بشروط وقيود، من شأنها التوفيق بين المخاوف من التحكيم وما يكتنفه من عيوب، وضرورات التنمية الإقتصادية في الدول النامية الراغبة في استقطاب الإستثارات الأجنبية وما تستتبعه من المرونة وبث الطمأنينة في نفوس المستثمرين، وذلك من خلال مراعاة الدقة والحرص الشديدين عند كتابة عقود الإستثار التي تتضمن إتفاق التحكيم مع مراعاة جميع أساليب حاية الدولة وثرواتها القومية ومقدراتها الوطنية، كأن يكون قانونها الوطني هو الواجب التطبيق على النزاع، وأن يتم التحكيم من قبل أحد مراكز التحكيم المشهورة بالحيدة والنزاهة والموضوعية؛ حينئذ إذا من قبل أحد مراكز التحكيم المشهورة بالحيدة والنزاهة والموضوعية؛ حينئذ إذا مكانتها.

إضافة إلى ذلك أن ينص قانون الدولة على استثناء بعض أنواع النزاعات باللجوء إلى التحكيم (10)، أو أن يقيد جواز التحكيم باستيفاء شروط خاصة كحصول على موافقات جمات معينة. وهذا الرأي نهجه القانون المصري في قانون التحكيم النافذ.

ويبدو لنا أن هذا الإتجاه الأخير لا يخدم عملية جذب الإستثارات الأجنبية، وأن من يقول بأن لجوء الدولة إلى التحكيم التجاري الدولي تنتهك سيادة الدولة عبارة غير دقيقة ما دام أن القضاء الوطني لتلك الدولة يملك دور الرقابة عليها، وهذا ما يمنح للقضاء ضان سير العملية التحكيمية، وطالما أنه يسعى لتوفير الضانات الكافية لسلامة القرار التحكيمي لضان التوفيق بين المصالح والحقوق للاطراف.

ولا يمكن إنكار مدى حاجة الدول النامية إلى جذب الإستثارات الأجنبية لمساندة عملية التنمية الإقتصادية فيها، وفي ذات الوقت من الخطأ إنكار مدى حاجة شركات الإستثارات الأجنبية إلى أسواق الدول النامية، وبالتالي يتطلب أمراً ضروريا ألا وهو تحقيق نوع من التوازن بين كلا المصلحتين مصلحة الدول النامية من جمة ومصلحة المستثمرين الأجانب من جمة أخرى، فالدولة المضيفة للإستثارات الأجنبية بإمكأنها حاية مصالحها الوطنية من خلال الدقة في صياعة عقود الإستثارات مع المستثمر الأجنبي، ويتحقق ذلك من خلال النص في عقود الإستثار على الضانات التي تحقق ذلك، ومن أهم تلك الضانات الإنفاق على التحكيم واختيار المحكمين بالإضافة إلى

تحديد مراكز التحكيم مع تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق، فضلاً عن مراعاة جميع المسائل عند إبرام الإتفاقيات الدولية للإستثار مع الدول الأخرى وصياغتها بشكل دقيق دون التقييد بالصياغات العامة التي تشير إلى المبادئ العامة للقانون.

موقف التشريعات العراقية من جواز التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي تلعب التشريعات الوطنية دوراً هاماً في تحديد مدى قدرة الدولة أو أحد أشخاص القانون العام في الدخول بإتفاق تحكيم في منازعات الإستثمارات الأجنبية، وبالأحرى إن تحديد مدى شرعية دخول الدولة أو أحد أشخاصها العام في إتفاق التحكيم في منازعات الإستثمارات الأجنبية يعتمد بدرجة أساسية على القانون الوطني الذي أنشأها، حيث يستبعد التحكيم في هذه الوضعية اختصاص القضاء الوطني بالمنازعات ذات الصلة بالقانون العام، في حين يختلف الوضع تماما عن التحكيم في عقود التجارة الدولية، حيث في هذه الحالة الأخيرة يتم استبعاد اختصاص القضاء الوطني بمنازعات تدخل في الختصاص القانون الحاص.

ودولة العراق حرصت على جذب الإستثارات الأجنبية (12)، وذلك من خلال منح حوافز وضانات للمستثمر الأجنبي، ومن أهم الضانات التي يصر المستثمر الأجنبي على تحقيقها، كلما تعاقد مع الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة، إمكانية مخاصمة الدولة والتمثيل ضدها، بعيداً عن القضاء والتحكيم الوطني.

لذا السؤال هنا يثور، هل يجوز للدولة الإتفاق على التحكيم التجاري الدولي مع المستثمر الأجنبي؟ وللإجابة على ذلك سنبحث في التشريعات العراقية ذات الصلة بموضوع البحث لبيان موقف القانون العراقي بهذا الشأن.

2. 1 قواعد التحكيم في قانون المرافعات المدنية

لم يعالج المشرع العراقي موضوع التحكيم بقانون مستقل، غير أن هذا الموضوع قد نظم بشكل شامل ضمن الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية المعدل رقم (83) لسنة 1969، وذلك في المواد ((276-251))(13)، ومن خلال التأمل في تلك المواد، تبين لنا أنها تخلوا من أي نص يشير إلى إجازة الدولة أو الأشخاص المعنوية التابعة لها بإبرام إتفاق تحكيم مع أي شخص أخر –أجنبي أم وطني، محلي أم دولي- أو تمنعه من ذلك، وأن هذا الموقف السكوتي لا يمكن تفسيره بجواز إتفاق التحكيم من قبل الدولة أو أشخاص القانون العام لتسوية منازعات الإستثمارات الأجنبية التي قد تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي؛ لأن ذلك يتطلب وجود نص صريح.

فضلاً عن أن جميع تلك المواد (المشار إليها) المخصصة لتنظيم التحكيم منذ الإتفاق عليه

لحين صدور الحكم وتنفيذه تعالج التحكيم الداخلي الخاص فقط دون التطرق إلى التحكيم الدولي (14)، والمؤسسي، وهذا ما يدفعنا للقول بأن إمكانية قيام الدولة بإبرام إتفاق تحكيم وفقاً القواعد 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 العراق.

فقد ذهب البعض على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في تلك المنازعات مستندين في رأيهم إلى نص المادة (251) من قانون المرافعات المدنية، والتي تنص على أنه:" يجوز الإنفاق على التحكيم في جميع المنازعات الإنفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"، على أساس أن المشرع العراقي وفق هذا النص أجاز التحكيم لحسم المنازعات العقدية بصفة عامة (15)، ومطلقة من أي قيد، والمطلق يجري على إطلاقه، وبناء على ذلك فأن إمكانية الدولة في اللجوء إلى التحكيم – الدولي أم الداخلي- في عقود الإستثارات الأجنبية التي تكون الدولة طرفاً فيها أمر جائز.

ويضاف على ذلك أن ما جاء في المادة (295) من القانون التجارة العراقي (16)، والتي تقضي بأن لكلا طرفي العقد الدولي أن يتفقا على أحكامه بحسب ما تقتضيه ظروفها الحاصة أو متطلبات التجارة الدولية سواء ما تعلق منها بالمحكمة المختصة بالنظر النزاع أو بالقانون الواجب التطبيق، ناهيك عن أن المادة (297) من القانون ذاته أجازت للمتعاقدين أن يحيلا إلى أحد عقود البيع النموذجية فيما يتعلق بالشروط التفصيلية للبيع، وكما هو معلوم بأن أغلب العقود النموذجية للبيع تتضمن شرط التحكيم.

هذا من جانب، ومن جانب آخر أنه بالإمكان النص في عقود الإستثار المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي على اللجوء إلى التحكيم النجاري الدولي في أي نزاع تجاري؛ وذلك بالاستناد على مبدأ سلطان الإرادة من غير تعليق ذلك على أي نص خاص بإستثناء مثل هذه النزاعات من اختصاص المحاكم الوطنية (17).

بينها يفسر البعض الآخر (18) المادة (251) من قانون المرافعات المدنية المذكورة أعلاه بأنها لا يمكن أن تكون أساساً لإجازة التحكيم في منازعات الإستثارات الأجنبية، ويستندون في رأيهم على أن المشرع العراقي اعتبر أن الأصل اختصاص القضاء في نظر المنازعات، وأن أي أمر بخلاف ذلك يتطلب وجود نص قانوني، بمعنى أن التحكيم في عقود الإستثارات الأجنبية لا يتقرر إلا بإرادة صريحة من المشرع، بدلالة المادة (29) من قانون المرافعات المدنية حيث قضت بأنه: "تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع

الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة، وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص".

كما يضاف على ذلك أن نص المادة (251) السالفة ذكرها تتسم بالعمومية دون تحديد بشكل واضح للعقود التي يمكن جواز التحكيم فيها، حيث أنها نصت على تحديد سريان القانون، وعليه لا يمكن أن نستند إليها لتطبيقها في مجال عقود الإستثارات الأجنبية أو أي عقد تكون الدولة طرفاً فيها.

هذا وإن هناك إتجاه آخر (19)، يقوم على اساس التمييز بين التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري لتسوية منازعات الإستثارات الأجنبية، وفي رأيهم عدم جواز اللجوء إلى التحكيم الاختياري في منازعات الإستثارات الأجنبية بحجة أنه لا يوفر الجهود والمصروفات، ولا يحقق أي جدوى من ناحية تقليص مدة النزاع، إضافة إلى أن هذا النوع من التحكيم غير ملزم بمراعاة برامج وأهداف خطة التنمية القومية.

ونحن نرى أنه ليس هناك أي توجه – صريح أو ضمني - لدى المشرع العراقي وفق قانون المرافعات المدنية من خلاله يُسمح للدولة بالإنفاق على التحكيم التجاري الدولي، وخصوصاً في مرحلة إتفاق الدولة أو إحدى أجمزتها مع المستثمر الأجنبي، وأن سياسة المشرع يرفض ذلك تماماً؛ والسبب يعود في ذلك إلى أسباب تتعلق بالسيادة، ويبرهن على قولنا هذا ما أشار له قرار لجنة المتابعة لشؤون النفط وتنفيذ الإتفاقيات في كتابها رقم (930) في 12/9 الذي جاء فيه: " إن شرط التحكيم الدولي إنما يعني التجاوز على مبدأ السيادة للقطر العراقي، وبالتالي الإنتقاص من قيمة الحاكم والقوانين العراقية".

وكذلك جاء في تعميم لإحدى الوزارات مستنداً إلى ما جاء بكتاب لمجلس الوزراء / لجنة العلاقات الإقتصادية الخارجية رقم (1045) في 10/21 "اعتبر اللجوء إلى التحكيم حالة إستثنائية لا يصار لها إلا عند الضرورة وبعرض الموضوع على الوزارة للبت في الأمر بعد أن تقف على المبررات"، وأيضا يصب بهذا الاتجاه قرار ديوان التدوين القانوني (مجلس شورى الدولة حالياً) رقم (122/ 1978) في التدوين القانوني (مجلس شورى الدولة حالياً) رقم (122/ 1978) في

وبخصوص موقف القضاء العراقي ففي البداية كانت تتوجه لعدم قبول اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها؛ والسبب في ذلك أنها كانت تنظر إلى التحكيم باعتبار شأنه كشأن القضاء الأجنبي يمس سيادة الدولة(21)، وأن هذا الموقف استمر إلى أن قامت محكمة التميز ومحاكم الإستئناف بالنظر في العديد من

الدعاوي (22)، المتعلقة بصحة التحكيم من عدمه لفض المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، والطرف الثاني شخص من أشخاص القانون الخاص، ولم تقض في أي حكم بإبطال التحكيم بحجة عدم جواز لجوء الدولة إلى التحكيم.

غير أن أغلبية هذه الدعاوي كانت تتعلق بالتحكيم الداخلي بين الدولة والشخص الحاص الوطني، ومنها ما قضت فيه محكمة الرصافة الإبتدائية المتخصصة بالدعاوى التجارية (23)، بقرارها الصادر بتاريخ 2012/11/11 بأنه: " ... ولكون العقد تضمن في الفقرة (الثالثة عشر) شرط التحكيم لحل النزاع بين الطرفين، إذا حدث خلاف يتعلق بتفسير أو تطبيق أحكام العقد موضوع الدعوى على أن يتولى كل طرف تسمية محكم ويتولى المحكمان اختيار المحكم الثالث المستقل..."، "... ولم تجد المحكمة ما يستوجب إبطال القرار وفق المادة المشار إليها، وحيث أن الطرفين إتفقا بموجب شرط التحكيم الوارد في العقد موضوع الدعوى على أن القرارات التي تتخذها هيئة التحكيم ملزمة المطرفين، عليه ولكل ما تقدم قررت المحكمة الحكم بتصديق قرار المحكمين المؤرخ 2012/9/30."

أما فيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، نجد بعض من الأحكام، ومنها ما أصدرته الهيئة التمييزية في محكمة استئناف الرصافة الاتحادية(24) قرارها الذي تضمن تأييد اللجوء إلى التحكيم الدولي تنفيذاً لشرط التحكيم الوارد في العقد بين الدولة والمستثمر الأجنبي حيث جاءت في قرارها:" ... إن محكمة البداءة المميز قرارها لم تلاحظ بأن العقد المبرم بين الطرفين قد نصت الفقرة (20) منه، والتي تحمل عنوان (حل النزاعات والقانون النافذ) على أن هذا العقد، يخضع إلى قوانين غرفة التجارة الدولية في لندن، وأن أي نزاع ينشأ عن هذا العقد يجب أن يتم تقديمه إلى محكمة التحكيم الدولية في غرفة التجارة الدولية، ويجب أن يتم حله بموجب قواعد التحكيم في محكمة التحكيم الدولية من قبل ثلاث محكمين يتم تعيينهم وفقاً للقوانين المذكورة على أن يكون مكان التحكيم في لندن، واللغة الانجليزية هي المعتمدة، لذلك فإن هذه الدعاوى يفترض إقامتها بموجب العقد المذكور أمام لجنة التحكيم الدولية في غرفة التجارة الدولية في لندن، وأن هذا الإتفاق بين أطرافه حول آلية تسوية منازعات الناشئة عن العقد والقانون الواجب التطبيق عليه هي إتفاقات جائزة قانوناً وفقاً لأحكام الفقرة (1) من المادة (25) من القانون المدني العراقي، لذلك فإن إقامة هذه الدعوى أمام المحكم العراقية وبالوصف أعلاه يكون لا سند له الأمر الذي يجعل من اختصاص هذه المحكمة في نظر هذه القضية غير منعقد لنظر موضوعها، وبالتالي فلا صلاحية لها في السير بنظرها

والحوض في موضوعها والإنتهاء بإجراءاتها إلى استئخارها لحين الفصل إلى نتيجة التحكيم المذكور، وحيث أن أحكام قانون المرافعات المدنية النافذ قد حصرت الاختصاص في الإحالة للدعاوى والقضايا المختلفة من محكمة إلى محكمة أخرى وحسب الاختصاص المكاني والنوعي والقيمي والوظيفي على المحكم العراقية أي على القضاء الوطني المحلي، وليس فيه نصا يجيز الإحالة من محكمة عراقية وطنية لحكمة أجنبية من دولة أخرى؛ لذا فإن محكمة البداءة المحتصة بالدعاوى التجارية غير مختصة في نظر هذه الدعوى، وليس من صلاحيتها، وكان المقتضى بها والحالة هذه أن تقضي برد دعوى المدعي/ المميز عليه، وذلك لعدم اختصاصها الوظيفي وصلاحيتها في نظرها؛ لتعلق ذلك بالاختصاص القضائي الدولي الحاص، وكذلك بالقانون الدولي الحاص للأسباب أعلاه، وحيث أن محكمة الموضوع المميز قرارها قد سارت بإجراءاتها في الدعوى وافهام على المراجعة التحكيم الدولي قد أعفلت من أن أصل النزاع والاختصام بشأنه يجب أن تقام الدعوى به ابتداء أمام محكمة التحكيم الدولية في لندن، لذا قررت نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما تقدم وإصدار قرار بردها للأسباب أعلاه على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة".

وقضت محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوي التجارية، بغداد، باستئخار الدعوى على نتيجة صدور قرار نهائي بالتحكيم التجاري بين الدولة الطرف في النزاع وشركة أجنبية من قبل هيئة التحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس، واكتساب القرار الدرجة القطعية (25).

كما قضت رئاسة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية (26) "... وقد تبين للمحكمة من خلال التحقيقات أن الطرفين كانا قد إتفاقا على اللجوء إلى التحكيم لدى مركز دبي لحل النزاع. وبذلك فقد أصدرت هيئة التحكيم قرارها والمصدق من قبل محكمة دبي الإبتدائية بالعدد أعلاه، وعليه تكون دعوى المستأنف لا سند لها من القانون ولا يمكن إقامتها مجدداً لسبق الفصل فيها من قبل المحكمة..."، وتجدر الإشارة إلى أن أحد أطراف هذه القضية كانت الدولة والطرف الثاني شركة أجنبية، وتم تصديق هذا الحكم لدى محكمة التميز الاتحادية (27).

وفي قرار آخر لذات المحكمة حمل الرقم (490/م/2012)صادر بتأريخ 2012/4/18 أشارت فيه إلى أنه:" إذا كان العقد المبرم بين طرفيه يخضع آلية حل النزاع بينها إلى محكمة التحكيم الدولية، فإن هذا الإتفاق من الإتفاقات الجائزة قانوناً استناداً لأحكام

المجلة الأكاديمية لحجامعة نوروز

القانون المدني العراقي فإقامة الدعوى أمام المحكمة العراقية لا سند له ولا صلاحية لها في السير فيها والخوض بموضوعها، وبالتالي فليس لها استئخارها لحين الفصل في التحكيم المتفق عليه بين طرفي العقد؛ لأنها ليست مختصة بالنظر فيها أصلاً وكان عليها رد الدعوى لعدم اختصاصها الوظيفي في نظرها".

يتبين مما سبق أن موقف القضاء العراقي كان في بدايتها ترفض اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، بيد أنه في الأونة الأخيرة تراجعت عن موقفها وأصبحت تجيز ذلك.

2. 2 قانون الإستثار العراقي

نصت الفقرة (5) من المادة (27) من قانون الإستثمار النافذ على أن: "المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أي جمة حكومية، وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة أحكام هذا القانون، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على أن ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الأطراف" ونستنتج من ذلك أن قانون الإستثمار ميز في هذا الشأن بين صنفين من المنازعات، وهما:

أولاً: المنازعات الناشئة في المسائل المدنية، وقد أناط القانون مسألة الفصل فيها حصرياً إلى القضاء العراقي، والقانون العراقي هو واجب التطبيق عليها، وبغض النظر عن إتفاق أطراف النزاع وقواعد الاسناد المقررة في هذا الشأن.

والمفهوم المخالف للنص أن اللجوء إلى التحكيم في تلك المنازعات أمر غير جائز، ورغم خلو قانون الإستثار بالتحديد المقصود بالمسائل المدنية، فذهب البعض⁽⁸²⁾إلى أنه يدخل ضمن مفهوم المسائل المدنية مسائل عديدة، ومنها العمل الضار وقضايا التعويض عن الإخلال في تنفيذ العقود المدنية. بينها نحن نرى أنه لتحديد المسائل المدنية لابد من الرجوع إلى قانون التجارة العراقي النافذ ووفق الموادة (5،6) الأعمال التجارية واردة على سبيل الحصر، وما عدا ذلك تعتبر عملاً مدنياً.

ثانياً: المنازعات الناشئة في المسائل التجارية، أجاز القانون بصراحة اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثمار ذات الطابع التجاري، فوفقاً لذلك إن الدولة متمثلة بالهيئات أو الجهات الحكومية الأخرى إمكانية إبرام إتفاق التحكيم مع المستثمر – بغض النظر عن صفته الأجنبي أم الوطني- ومن غير أن يبين الإلتجاء يكون للتحكيم الدولي أم الوطني.

ويبدو لنا أن مسألة التمييز بين المسائل المدنية والتجارية في قانون الإستثمار وإجازة

اللجوء إلى التحكيم في أحدها دون الآخر أمر غير محمود إلى حد ما، فكان من الأحرى الساح باللجوء إلى التحكيم بغض النظر عن صفة العمل الناشئ عنه النزاع، تفادياً للإجتهاد الفقهي في التمييز بين الأعمال المدنية والتجارية هذا من جحة، ومن جحة أخرى في الواقع العملي كثير من الإستثمارات الأجنبية الشائعة في العراق تعد أعمالاً مدنية وليس تجارية وفقاً لقانون التجارة العراقي، كالإستثمار في إنشاء المستشفيات الخاصة أو الإستثمار في مجال تأسيس الجامعات الخاصة ... إلخ، وأن هذه الأعمال يمكن اعتبارها مشاريع إستثمارية وفق قانون الإستثمار العراقي.

إضافة إلى ذلك نصت الفقرة (4) من المادة (27) بأنه: "يجوز لأطراف النزاع الخاضعين لأحكام قانون الإستثمار بالإتفاق وقت التعاقد على التحكيم وفق القانون العراقي أو أية جمة أخرى معترف بها دوليا".

ويفسر هذا النص عند بعض الباحثين (30) بأن المشرع العراقي يجيز للإدارة بالإتفاق على التحكيم التجاري الدولي لتسوية ما ينشئ بينها وبين المستثمر الأجنبي من منازعات، وذلك من خلال مبدأ سلطان الإرادة في إتفاق التحكيم التجاري الدولي، وتنظيمه جنباً إلى جنب مع القضاء الوطني.

بينا يلاحظ على ذلك أنه اقتصر الإنفاق على التحكيم بشرط التحكيم دون المشارطة، حيث أن عبارة (وقت التعاقد) يقصد به حال إبرام العقد بين المستثمر الأجنبي وهيئة الإستثمار، وهذا يشير إلى استبعاد المشارطة على التحكيم؛ وذلك لأن الإتفاق عليها يكون لاحقاً على إبرام عقد الإستثمار المتضمن لشرط التحكيم، ويرد في عقد مستقل عن عقد الإستثمار، وعليه نهيب بالمشرع العراقي، تعديل المادة المذكورة أعلاه بشكل يتضمن جواز الإتفاق على التحكيم بصورة مطلقة دون التقييد بوقت إبرام عقد الإستثمار لكي يشمل كلا الصورتين من صور إتفاق التحكيم، الشرط والمشارطة.

ومن مجمل النصين المادة (27) الفقرة (4)، والفقرة (5) يتضح أنه لكى يمكن اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثارات الأجنبية لا بد من توفر الشروط التالية (31):

أ- أن لا يتعلق النزاع بمسألة متعلقة بأحكام قانون الإستثمار.

ب- يجب أن يتعلق النزاع بمسائل تجارية حصراً.

ج- يجب أن يكون التحكيم وسيلة بديلة للقضاء الوطني.

د- أن يكون إتفاق التحكيم على شكل شرط التحكيم منصوص عليه في عقد الإستثمار. ويبدو لنا أن هذه الشروط تعرقل - إلى حد ما – عملية التحكيم في منازعات الإستثمار وفق قانون الإستثمار العراقي.

2. 3 موقف التشريعات العراقية الأخرى

من القوانين العراقية ذات الصلة بالموضوع كالشروط العامة للمقاولات لأعال الهندسة المدنية لعام 2005 نصت في المادة (96) على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع بين صاحب العمل والمقاول⁽³²⁾، حتى عند عدم الإتفاق بين الاطراف على التحكيم، بمعنى يكون التحكيم في هذه الحالة إلزامياً، بحيث أوجب إحالة النزاع إلى المهندس، والذي يتخذ قراراً لحل النزاع وفي حالة لم يقتنع أحد الأطراف بقرار المهندس أو كلاها، فعندها يمكن اللجوء إلى التحكيم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إصدار قرار المهندس، ويطبق في هذا الشأن قواعد التحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية العراقي.

ووفقاً لقانون العقود العامة رقم 87 لسنة 2004 المعدل بقانون رقم 18 لسنة 2013 قضت الفقرة (2/ج) من المادة 12 منه باستعال مبادئ التسوية البديلة للنزاع إلى أقصى حد ممكن، بشرط أن يتفق الطرفان على ذلك، ويستنتج من ذلك أنه بالامكان اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما ينشأ من نزاع بين الدولة الطرف في العقد والطرف الآخر؛ وذلك لأن التحكيم يعتبر وسيلة من ضمن الوسائل البديلة.

وفي السياق ذاته، ومن خلال استقرائنا لتعليات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم(2) لسنة 2014⁽³³⁾، تبين لنا بجلاء أنه سمح صراحة للمستثمر الأجنبي باللجوء إلى التحكيم عند عدم التوصل إلى إتفاق ودي لتسوية ما ينشئ من نزاع بينه وبين الدولة في حالات الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى أو المهمة، ولكن بشرط مراعاة ما يلى:-

أن يتم اختيار إحدى هيئات التحكيمية الدولية المعتمدة.

تحديد مكان ولغة التحكيم.

ج- اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق.

د- ان تتوفر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب.

يتضح مما سبق أن شرط إعتاد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق في التحكيم لتسوية منازعات الإستثار وفق تعليات تنفيذ العقود الحكومية لا يخدم المستثمر الأجنبي ولا يشجعه في إبرام عقود الإستثار مع الحكومة العراقية وذلك لأن التحكيم في هذه الحالة ليس في صالحه لعدم ميله في تطبيق القانون العراقي.

وفيا يتعلق بقانون الإستثار الخاص في تصفية النفط الخام رقم (64) لسنة 2007 والمعدل بالقانون رقم (10) لسنة 2011 (34) فأنه يخلو من أي نص من شأنه تنظم عملية تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف المعنية التي يسري عليها هذا القانون، وبضمنها آلية التحكيم، بيد أن المادة (18) منه نصت على أنه: " يتمتع المشروع المشيد وفق أحكام هذا القانون بجميع الإمتيازات التي نص عليها قانون الإستثار العام ذي العدد (13) لسنة 2006 عدا ما ورد في المادة (20) منه ".

2. 4 موقف القوانين في إقليم كوردستان:

وبقدر تعلق الأمر بالتشريعات الخاصة بإقليم كوردستان العراق، فالقانون الإستثار الكوردستاني رقم (4) لسنة 2006⁽³⁵⁾ لم يمنع بدوره اللجوء إلى التحكيم أو أن تتفق الدولة الطرف في عقد الإستثار على شرط التحكيم مع المستثمر الأجنبي طالما أنه يجوز ذلك وفقاً للقواعد العامة أم وفقاً للإتفاقيات الدولية التي يكون العراق طرفاً فيها.

إذ نص على أنه: " تحل منازعات الإستثمار وفق العقد المبرم بين الطرفين، وعند عدم وجود فقرة 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 الإتفاقيات الدولية، أو الثنائية التي يكون العراق طرفاً فيها".

ويستبين جلياً مما سبق أن موقف القانون الكردستاني أكثر وضوحاً مقارنة بقانون الإستثار العراقي الاتحادي، في شأن اللجوء إلى التحكيم الدولي، لأنه ربط الأمر بالإتفاقيات الدولية، وكما هو معلوم بان أغلب الإتفاقيات الدولية تؤكد على اعتبار التحكيم الدولي كوسيلة رئيسية لتسوية منازعات الإستثار الأجنبي.

ورغم ذلك نرى أن هذا النص جعلت التحكيم كوسيلة تلجأ إليها بعد فشل الحل الودي بينها، فكان من الأجدر أن يخير المستثمر بين التحكيم والوسائل الودية أو إعتبار التحكيم من ضمن الوسائل الودية.

وفي شأن تعليات تنفيذ العقود الحكومية في إقليم كوردستان العراق رقم (1) لسنة 2011 (36) أجازت اللجوء إلى التحكيم حيث نصت المادة (11) منها على أنه:" تفض المنازعات بعد توقيع العقود بمختلف أنواعها باستخدام أحد الأساليب الأتية:

الفقرة ب/ التحكيم: ويكون باختيار كل طرف متنازع محكماً يمثله من ذوي الخبرة والاختصاص النزاع، ويختار المحكمان محكماً ثالث لرئاسة لجنة التحكيم، وفي حالة تعذر ذلك تتولى محكمة الموضوع اختيار المحكم الثالث، وعند ذلك تقوم لجنة التحكيم بدراسة

إنشائه"(38).

وعليه لما تقدم يرى المجلس أنه:

1- يمكن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، عبر أية هيئة تحكيمية دولية معتمدة، لفض المنازعات الناشئة عن العقود الحكومية مع الأطراف الأجنبية شريطة أن يتضمن العقد بين بنوده بنداً يتعلق بـ(شرط التحكيم).

2- يجوز أن تتضمن العقود الحكومية مع الأطراف الأجنبية بنداً يتعلق بشرط التحكيم، ويكون هذا الشرط صحيحاً وجزءاً لا يتجزء عن العقد وملزماً لاطرافه في حدود الشروط والضوابط الواردة في التشريعات النافذة في الإقليم، وصدر هذا الرأي بالإتفاق في 2014/4/28".

والقانون الآخر المنظم لجانب من الإستثمار في قطاع معين هو قانون النفط والغاز الإقليم كوردستان العراق رقم (22) لسنة 2007 نصت المادة (50) الفقرة الثانية منه على أنه (39):-

1- إذا حصل نزاع فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق شروط الإجازة أوكليهما بين الشخص المخول والوزير، تحاول الاطراف حل ذلك النزاع عن طريق المفاوضات.

2- إذا لم يحسم النزاع عن طريق المفاوضات، يجوز لكلا الطرفين أن يعرض النزاع على التحكيم.

3- أي تحكيم بين الوزير والشخص المخول يجري بإتفاق الطرفين، وبموجب إحدى القواعد التالية:-

أ- إتفاقية واشنطن لسنة 1965 أو تعليمات أو قواعد المركز الدولي لحل نزاعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى.

ب- القواعد الواردة بشأن التسهيلات الإضافية لـ (ICSID) والتي تبنت في الدول 1978/9/27 من قبل المجلس الإداري في (ICSID)بين الدول ومواطني الدول الأخرى، عندما لا تفي الجهة الأجنبية بالمتطلبات المذكورة في المادة (25) من إتفاقية واشنطن.

ج- إتباع قواعد الامم المتحدة الخاصة بقانون التجارة العالمية (UNCITRAL)

د- قواعد التحكيم المتبعة من قبل محاكم لندن للتحكيم الدولي (LCIA)

ه- اتباع القواعد الأخرى والمعترف بها (حسب إتفاق الأطراف المتنازعة على إجراءاتها، من ضمنها طريقة تعيين المحكمين والفترة الزمنية التي يتوجب إتخاذ القرار من خلالها).

4. تستمر التزامات الوزير والشخص المحول حسب الإجازة لحين حل أية مسالة معلقة

الموضوع المتنازع عليه بكل حيثياته، وتصدر اللجنة قرارها النهائي لحسم النزاع، ويتحمل الطرف الخاسر نفقات التحكيم، ويكون ملزماً بقرار اللجنة بعد تصديقه من محكمة الموضوع وفقاً للقانون".

وفضلاً عن ذلك فإن فقرة (د) منها أكدت على التحكيم الدولي في حالة كون الطرف المتعاقد مع الدولة أجنبياً حيث نصت على أنه: " لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على أن ينص ذلك في العقد وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً مع الأخذ بنظر الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة، وأن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة لحسم النزاع".

وفي هذا الشأن أفتت مجلس شورى الإقليم برأي خاص بالتحكيم التجاري الدولي، ووفقا لقراره المرقم 2014/12 بتأريخ 2014/4/28 حيث جاء فيه أنه: "لا يوجد مانع قانوني من إحالة المنازعات الناشئة عن العقود الحكومية إلى التحكيم الدولي، (والذي يقصد به التحكيم التجاري الدولي) متى ما كان الطرف المتعاقد مع الحكومة أجنبياً سواء كان شخصاً طبيعياً ام معنوياً، وذلك وفق الشروط والضوابط الواردة في هذه التعليات أو في أية تشريعات أخرى نافذة في الإقليم، وهذا الحكم تدل عليه الدلالة الصريحة لهذا النص، كما أنه يشير ضمناً-في الوقت ذاته- إلى إمكانية وضع شرط في العقود الحكومية مع الأطراف الأجنبية يتيح لطرفي العقد اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي ستنشأ عنه، وهو مايسمي بـ(شرط التحكيم)(37).

وفي رأي آخر قال بأنه:" وحيث أن للتحكيم في الوقت الحاضر أهمية في التعامل التجاري الداخلي والدولي، وأصبح الطريقة الشائعة لفض المنازعات، خاصة في مجال الإستثار والتجارة الدولية، ونتيجة ذلك تقوم الدول والحكومات بإصدار التشريعات الخاصة بالتحكيم وتؤسس مراكز عديدة للتحكيم على الصعيدين الوطني والدولي، ولمواكبة هذا التطور فإن إنشاء مركز متخصص للتحكيم في إقليم كوردستان يعد خطوة إيجابية، وحيث إطلع المجلس على النظام الداخلي للمركز المراد تأسيسه، عليه ولما تقدم يي المجلس:-

أبأنه ليس هناك مانع قانوني يحول دون تأسيس مركز متخصص للتحكيم التجاري والعقود الهندسية، شريطة استحصال الموافقات الرسمية اللازمة لإنشائه وللحصول على الشخصية المعنوية وفق القوانين والتعليات النافذة.

ب-وحيث أن المركز يختص بالتحكيم التجاري الدولي إضافة إلى محامه الأخرى، والمشار إليها في نظامه الداخلي مما يقتضي استحصال موافقة مجلس وزراء الإقليم على

ومحالة للتحكيم.

والنص واضح في جواز اللجوء إلى التحكيم الدولي، ويتم ذلك بعد عدم نجاح وسيلة المفاوضات للوصول إلى حل بين طرفي النزاع، دون أن يحدد مدة معينة لنفاذ عملية المفاوضات، حيث من المسلم تحديد المدة إذا لم يوصل خلال تلك المدة إلى حل مرضي فحينئذ يتم الإنتقال إلى وسيلة أخرى، والقول بعكس ذلك يؤدى إلى التأخر في تسوية النزاع، وخصوصاً إذا كان من مصلحة أحد الطرفين عدم التوصل إلى النتيجة فيتمسك متعمداً بالمفاوضات من أجل تباطئ عملية التسوية.

ويستوجب التحكيم الذي نص عليه القانون أن يتم وفق قواعد معينة، ومنها يجب أن يكون الإتفاق عليه بين الوزير (40)، والطرف الثاني المتعاقد معه، كما أشار النص أيضاً إلى بعض مراكز التحكيم الدولية، ليتسنى للأطراف اللجوء إليها عند نشوء النزاع، ومنها المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثار ومركز لندن للتحكيم، وأن هذه المراكز واردة على سبيل المثال وليس الحصر، ويبرهن قولنا هذا، الفقرة الأخيرة منها، حيث أعطت صلاحية لأطراف النزاع بالإتفاق على أي هيئة تحكيمية أخرى، والإتفاق على القواعد الأخرى المتبعة دولياً.

وحسناً فعل المشرع الكوردستاني في هذا القانون بإتباع قواعد التحكيم الواردة ضمن قواعد الأم المتحدة الخاصة بقانون التجارة العالمي (UNCITRAL)، ورغم أن العراق لم تكن منضاً إلى إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثار في تاريخ تشريع هذا القانون- فإن هذه المادة أجازت للمستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثار وفق قواعد التسهيلات الإضافية (41).

وهذا يدل على أن المشرع الكوردستاني يؤكد على التحكيم، وخصوصاً أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثار، ويهدف من وراء ذلك تشجيع الإستثارات النفطية الأجنبية في إقليم كردستان، ومن الناحية الواقعية وفي السنوات الماضية – خصوصاً بعد تشريع هذا القانون - نجح الإقليم باستقدام كثير من شركات النفط العالمية الكبرى الأجنبية (42) إلى إقليم كوردستان بغرض الإستثار في مجال النفط والغاز، نظراً لاحتياطاته غير المستغلة من النفط والغاز.

بالإضافة إلى ما تقدم، ورغم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثارات الأجنبية وفقاً لقوانين الإستثار النافذ في العراق وإقليم كوردستان ووفق القوانين الأخرى ذات الصلة بالموضوع، فإن ذلك لا يكفي لحماية مصالح المستثمر الأجنبية ولا يشكل ضاناً تحفزه لإستثار أمواله في العراق بصورة عامة واقليم كوردستان بصورة

خاصة، وذلك لعدم وجود أي نص يشير بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق، وأن قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم (30) لسنة 1928 تخلو من أي مادة تشير إلى تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي في العراق، وأن المادة الأولى منه يشترط في تنفيذ الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في العراق بأن يكون الحكم صادراً من محكمة أجنبية مختصة مؤلفة خارج العراق بالإضافة إلى الشروط الأخرى أشار إليها القانون. كما نجد أن مسألة التحكيم في منازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها مبعثرة في قوانين عدة، مما يترتب عليه ندرة لجوء الإدارة إلى التحكيم التجاري الدولي، فلذلك نرى ضرورة ملحة إلى قانون موحد يبين فيه بوضوح جواز التحكيم التجاري الأجنبي في منازعات الإستثارات الأجنبية وأي عقود أخرى تكون الدولة طرفاً فيها، مع بيان قدرة تنفيذ الحكم التحكيم التجاري الدولي.

وعليه إتجهت الجهود بخطى حثيثة لإعداد مشروع لقانون التحكيم التجاري الدولي وتواكب بحيث تكمن في طياته قواعد تتلاءم مع قواعد التحكيم التجاري الدولي، وخصوصاً قواعد التطورات القانونية في مجال التحكيم التجاري على المستوى الدولي، وخصوصاً قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي).

ورغم ذلك، ومن خلال استقرائنا لمسودة مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي، تبين لنا أنها تخلو من أية إشارة تسمح للدولة أو أحد هيئاتها العامة باللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها بصورة عامة، ومنازعات الإستثار الأجنبي بصورة خاصة.

فالمادة (2) من المشروع حددت أهداف القانون وسريانه، وحيث أن الفقرة الثانية منها تتضمن "تشجيع الإستثارات الوطنية والأجنبية في جمهورية العراق وحمايتها تلبية لمقتضيات التنمية الإقتصادية". والفقرة ثالثاً منها قضت " بايجاد قواعد تحكيم منسجمة مع قواعد التحكيم التجارية الدولية، وبما يواكب حركة التطور القانوني في مجال التحكيم التجاري الدولي".

وأن المادة (3) اقتصرت علي سريان القانون على التحكيم التجاري الدولي، وفي رأينا أن هذا لا يكفي لكي يكون سنداً لجواز التحكيم في منازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، وبالأحرى منازعات الإستثارات الأجنبية، فلا ضير في بيان أهداف القانون دون وجود سند قانوني تتبح للدولة بإتفاق التحكيم في منازعات الإستثارات الأجنبية، حيث أن ذلك لا يتحقق الهدف المرجو منه، فمجرد سرد أهداف ضمن القانون لا

يمكن أن نفسرها بأنها تكون سنداً قانونياً تتيح للدولة أن تكون طرفاً في إتفاق التحكيم.

ويبرر البعض⁽⁴³⁾ عدم تبني مشروع قانون التحكيم العراقي لموضوع جواز التحكيم في عقود التي تكون الدولة طرفاً فيها للأسباب التالية:

إن القضاء العادي في العراق لم يميز عند نظر دعاوي العقود الإدارية من العقود المدنية والنتائج المترتبة عليها.

2- عدم خضوع هذا النوع من العقود لاختصاص القضاء الإداري، حيث أن العراق من البلدان التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج بوجود قضاء إداري مستقل يتخصص بالمنازعات الإدارية إلى جانب القضاء العادي المتخصص بالنظر في المنازعات المدنية والتجارية، إلا أن المشرع حدد اختصاص محكمة القضاء الإداري في العراق بالنظر إلى صحة الأوامر والقرارات الإدارية الصادرة من الموظفين والهيئات الإدارية في دوائر الدولة والقطاع العام؛ مستبعداً في ذلك منازعات العقود الإدارية من تخصصها. وبما ان هذا المشروع في طور التشريع فعليه نهيب بالمشرع العراقي تبني المادة التالية ضمن قانون التحكيم "تسري أحكام هذا القانون على جميع أنواع االتحكيم سواء كان أطرافها من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أجنبياً أم وطنياً وبغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع وفيا إذا كان هذا التحكيم يجري في العراق أو خارجها".

وعلى المستوى الدولي لموقف العراق من اللجوء إلى التحكيم في مجالات الإستثار فقد صدق العراق على اتفاقية حوافز الإستثار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة الولايات المتحدة بموجب القانون رقم (110) لسنة 2012، وهي إتفاقية تضمنت تنظياً على قدر من التفصيل أشار إلى أساليب تسوية المنازعات التي يجري إعمالها بصدد تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية أو حول إدعاء ما بوقوع خرق للقانون الدولي يرتبط بأي مشروع أو فساد تلقى دعاً للإستثار أو في حالة نشوء أي خلاف بشأن تعرض الهيئة للخسارة نتيجة أي تجاوز أو اساءة تنسب إلى جمهورية العراق.

ومن هذه الأساليب التفاوض أولاً، وعند تعذر تسوية الخلاف بهذا الأسلوب فيجري إحالة النزاع إلى التحكيم بعد مرور تسعين يوماً من تقديم إخطار بذلك للطرف الآخر، ودون التقيد بأي شرط آخر يقتضي منه أن يستنفد جميع سبل تسوية الخلاف الأخرى قبل اللجوء إلى التحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة (4/أ) من الإتفاقية المذكورة، وهي:

أ- ينبغي على الطرفين أن يتفاوضا فيما بينهما على قدر الإمكان في حالة نشوء أي خلاف بينهما حول تفسير أو تطبيق هذا الإتفاق، أو حول إدعاء ما بوقوع خرق للقانون الدولي يرتبط بأي مشروع أو نشاط تلقى دعاً للإستثار، أو في حالة نشوء أي خلاف بشأن تعرض الهيئة للخسارة نتيجة أي تجاوز أو اساءة تنسب إلى جمهورية العراق.

وإذا رأى أي من الطرفين في أي وقت تعذر تسوية الخلاف عن طريق التفاوض، يجوز لذلك الطرف إحالة الخلاف إلى التحكيم بعد مرور (90) يوماً من تقديم إخطار بذلك للطرف الآخر، ودون التقيد بأي شرط آخر يقتضي منه أن يستنفد جميع سبل تسوية الخلاف الأخرى قبل اللجوء إلى التحكيم، ويصدر قرار هيئة التحكيم وفقاً لما تنص عليه الفقرة (ب) من هذه المادة، ويكون قرارها الصادر ضد أي من الطرفين أو في صالحه قراراً ملزماً للطرفين.

موقف التشريعات الفرنسية من جواز التحكيم في منازعات الإستثار الأجنبي

المبدأ العام في فرنسا هو حظر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها إلا إذا وجد نص قانوني أو إتفاق دولي يجيز ذلك، وعلى حد قول مجلس الدولة الفرنسي يعتبر ذلك من المبادئ العامة، ومن الواجب احترامها وعدم الخروج على مقتضياتها إلا بنص تشريعي (44).

ناهيك عن خلو القوانين الفرنسية بأي نص يشير إلى أهلية الدولة والأشخاص العامة في الإتفاق على التحكيم، كما أن المادة (83) والمادة (1004) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي القديم واللتان عدلا فيما بعد بالمادة (2060) من التقنين المدني الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم (27-626) لسنة 1972، كانت تقضي صراحة على حظر التحكيم في العلاقات التي تكون أحد أطرافها الدولة، أو البلديات، أو المؤسسات العامة، ومن ثم فأن الدولة أو الإشخاص المعنوية العامة يحظر عليها إبرام إتفاقات التحكيم بنوعيها سواء أكانت شرط أم مشارطة (46).

وفي عام 1975، أضافت حكم جديد إلى المادة (2060) من القانون المدني، وبموجبه "يمكن أن يؤذن لفئات معينة من الأشخاص العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري للتحكيم بموجب مرسوم، بموافقة مجلس الدولة، ويجب أن يكون إتفاق التحكيم بصورة المشارطة أي بعد نشوء النزاع (47).

واستناداً على ما سبق وبما أن القانون المدني يعتبر مصدراً لجميع القوانين، فإن لم يوجد

نص في قانون خاص يعالج المسألة، فبالأحرى أن الحظر باللجوء إلى التحكيم يكون ملزماً في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، ومنها منازعات الإستثمارات الأجنبية. وعليه قضى مجلس الدولة الفرنسي في كثير من أحكامه على حظر الإتفاق على التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها سواء على المستوى الدولي أم الوطني، بإعتبار أن عرض النزاع على التحكيم سوف يحرم الدولة وفروعها من الحماية التي قررها لها المشرع والمتمثل في تواجد النيابة العامة في الدعوى (48).

ومن أحكام قضاء مجلس الدولة نذكر منها على سبيل المثال: " إن إدراج شرط التحكيم بالعقود الإدارية يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويعد هذا البطلان من النظام العام فيجوز لأي من أطراف الدعوى التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى، كما أن للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه "(49).

وقرر أيضا أن: " أساس حظر التحكيم الوارد لا يكمن في النصوص التشريعية، بل يكمن في المبدأ العام للقانون الفرنسي وهو مبدأ قانوني وقضائي مستقر على رفض التحكيم للإدارة العامة، وأن البطلان المطلق المقرر عن إدراج شرط التحكيم بالعقود الإدارية لا يقف عند حد بطلان الشرط فحسب، وإنما ينصرف كذلك إلى مشارطة التحكيم ذاتها (50).

كما أن أحكام القضاء العادي تتفق مع مجلس الدولة في حظر التحكيم من غير وجود نص صريح يسمح بذلك أو بناء على إتفاقية دولية معمول بها في فرنسا، بيد أنه يختلف مع مجلس الدولة بخصوص التحكيم في عقود الدولية التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام والطرف الثاني من اشخاص القانون الحاص.

وهذا ما يشير إلى إن القضاء العادي في فرنسا أكثر تسامحاً من مجلس الدولة؛ لأنه أجاز اللجوء إلى التحكيم الدولي فيما يتعلق بالعقود الدولية، رغم غياب إتفاق دولي أو قانون يمنح الصلاحية أو يسمح بذلك.

ويبرهن على قولنا هذا العديد من الأحكام القضائية سواء الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف أم من محكمة النقض الفرنسية، ومنها القرار الصادر من "محكمة النقض، الغرفة المدنية (Galakis ،1966 عايو 651) (Galakis ،1966) حيث قررت المحكمة بأن "الدولة غير محروم من إبرام إتفاق التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة"، ناهيك عن الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس، حيث أكدت على إمكانية لجوء الدولة والمؤسسات العامة للتحكيم، وذلك في النزاعات الخاصة بعقود علاقات التجارة الدولية.

عن المادتين (83،1004) من قانون المرافعات المدنية يتعلق فقط بالنظام العام الداخلي، ولا يتعلق بالنظام العام الدولي...، وبالتالي فإن المؤسسات العامة تستطيع كأي متعاقد خاص أن يبرم إتفاق تحكيم وعندها يأخذ العقد طابع العقد الدولي...".

وفي حكم "Myrtoon Steamshif 13" يونيو 1996 قضى "بأن حظر التحكيم يقتصر على عقود القانون الداخلي دون أن يمتد إلى عقود ذات الطابع الدولي، وأن المحادة (1004) من القانون الإجراءات المدنية تفيد بأن الحظر التحكيم بالنسبة للهيئات العامة يستند فقط على الحصانة الخاصة التي يستفيد لدى القضاء الفرنسي، وأن الدولة بإمكأنها أن تتنازل مقدماً عن هذه الحصانة، وذلك بقبول اختصاص القضاء الأجنبي، وعليه فإن حظر التحكيم وفق المادة (1004) لا يندرج ضمن النظام العام الدولي (52). كما أن محكمة استئناف باريس أكدت هذا الإتجاه في كثير من أحكامها، ومنها الحكم الصادر في 17 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة الإيرانية، التي الوطنية الإيرانية للبترول ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإيرانية، التي تتلخص وقائعها في أن الشركة المذكورة قد دفعت بعدم اختصاص هيئة التحكيم استناداً إلى بطلان شرط التحكيم بسبب عدم أهلية الشركة الوطنية الإيرانية للبترول لقبول شرط التحكيم من دون الترخيص المسبق من البرلمان الإيراني، وذلك وفقاً لملادة (139) من دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية، إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع وأصدرت حكماً جزئياً بنظر النزاع ثم أصدرت بعد ذلك حكماً نهائياً بالزام الشركة برد المبالغ التي احتجزتها إلى الشركة الإيرانية (53).

وكذلك قضت نفس المحكمة في 24 /11/ 1994 بأنه: "... يقتصر تحريم لجوء الدولة إلى إتفاق التحكيم على العقود ذات النظام الداخلي، وبالتالي فلا يتعلق بالعقود ذات الطابع الدولي، وأنه لصحة مشارطة التحكيم التي يتضمنها عقد فأنه يكفي التدليل على وجود عقد دولي يفي باحتياجات التجارة الدولية وفقاً للشروط المتفقة مع أعراف التجارة الدولية".

وكذلك القرار الصادر من محكمة الاستئناف في باريس بتأريخ 2008/11/12 قضية (INSERM) اعتبر أن منع الدولة من اللجوء إلى التحكيم يقتصر على العقود الداخلية، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وتابعت محكمة الاستئناف قولها بأنه استناداً إلى مبدأ صحة الشرط التحكيمي الدولي فإن هذا المنع ليس مرتبطأ بالنظام العام الدولي في .

وبناء على ذلك لا يمتد أثر هذا المنع إلى عقود الإستثمار الأجنبي على اعتبار أن العقود

المذكورة من العقود الدولية، وهذا ما هو معمول به في الوقت الحاضر.

وقد أيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الإتجاه القضائي حيث أجاز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في المنازعات ذات الطابع الدولي كالمنازعات الناشئة عن الإستثارات الأجنبية (55).

وظلت حالة الحظر باللجوء إلى التحكيم في فرنسا لحين تدخل المشرع الفرنسي بإصدار قانون رقم (972-88) بتأريخ 19 أغسطس لسنة 1986⁽⁶⁶⁾، حيث تتضمن هذا القانون الأخير أحكاماً مختلفة تتعلق بالسلطات المحلية" ووفق المادة 9 منه أجاز للدولة وللمقاطعات وللمؤسسات العامة قبول شرط التحكيم في كافة عقود الدولة المبرمة مع شركات أجنبية، وذلك استثناءاً من أحكام المادة (2060) من القانون المدني (57)، ولكن ذلك يتطلب تحقق الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية، وأن يكون دوليا، فلا ينطبق هذا الاستثناء على العقود التي تبرم مع الشركات الفرنسية، وهذا يدل على أن الحظر ما زال قائماً في عقود الإستثارات الوطنية.

الشرط الثاني: يجب أن تكون التحكيم متعلقاً بنزاع ناشئ عن العلاقة بمشروع ذي نفع عام.

الشرط الثالث: يجب أن يتضمن العقد شرط التحكيم، عند إبرامه، معززاً بموافقة مجلس الوزراء بمرسوم خاص يبين فيه موافقتها على تضمين العقد شرط التحكيم، وذلك في كل حالة على حدة وللمجلس وهو بصدد موافقة على إدراج شرط التحكيم أن يتأكد من توافر الشروط التي حددها القانون.

وتجدر الإشارة إلى أن مناسبة صدور هذا القانون ترجع إلى أن فرنسا أرادت أن تتعاقد مع شركة أمريكية " Walt Disney Company" وذلك لاقامة مشروع ترفيهي على نسق ملاهي "والت ديزني" الموجودة في الولايات المتحدة الإمركية فكان من ضمن شروط الشركة الأمريكية تضمين العقد شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد، فعرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي، والذي بدوره رفض إقرار شرط التحكيم في العقد (58)، وذلك للأسباب الآتية:

أ- أن التحكيم في علاقات القانون العام يعتبر باطلاً باعتباره مخالفاً للنظام العام، ما لم تكن ثمة نصوص تشريعية صريحة تجيز ذلك⁽⁶⁹⁾.

ب- أن إنضام دولة فرنسا إلى إتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، لا تفسر بأنها تمنح أشخاص

القانون العام في فرنسا حق اللجوء إلى التحكيم؛ وذلك لأن هذه الإتفاقية معنية ببيان وسائل تسوية منازعات الإستثمار بين أطراف النزاع، عندما يقرر أحد الأطراف اللجوء إنيها(60).

ج- لا يمكن اللجوء إلى التحكيم استناداً إلى المادة (2061) من القانون المدني الحديث؛ وذلك لأن تطبيق هذه المادة يقتصر فقط على تصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد بشرط وجود عقد مشارطة التحكيم بعد نشوء التزاع⁽⁶¹⁾.

بيد أن هذا الموقف منتقد من قبل الفقه (62) على حد القول بأن الدولة الفرنسية كان ينبغي عليها أن تقبل بإدراج شرط التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها استناداً في ذلك على أن القانون الفرنسي يعطي للإتفاقيات الدولية قوة أعلى من القوانين الداخلية، وأن إتفاقية واشنطن لعام 1965 كانت تلتزم الدول المنضمة بإدراج شرط التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها –لا سيما عقود الإستثمارات الأجنبية- وأن فرنسا حينذك كانت من الدول المنضمة لإتفاقية واشنطن لعام 1965، إضافة إلى أن المادة (631) من القانون التجاري تجيز التحكيم لكل الأشخاص سواء العامة أم الخاصة شريطة أن تكون ذات طبيعة تجارية(63).

وطبقاً لنص المادة الأولى من القانون التجاري الفرنسي فإن التاجر هو الذي يمارس العمل التجاري على وجه الإحتراف، كما أن مجلس الدولة الفرنسي كان ينبغي عليه أن تستثني التحكيم الدولي وأشخاص القانون العام ذات الطابع الصناعي أو التجاري من مبدأ الحظر، وذلك على نحو ما توجه إليه القضاء الخاص (64).

ورغم موقف مجلس الدولة الفرنسي من جمة على عدم جواز إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة، وإصرار شركة ديزني على إدراج شرط التحكيم بإعتباره استراتيجية حكيمة للحد من المخاطر في التعامل مع الحكومة الفرنسية (65)، وصدر قانون 19 /8/ 1986 والذي أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية (66)، وذلك استثناء من أحكام المادة (2060) من القانون المدني (67).

ومن جمة أخرى صدر في فرنسا قانون، تم تنظيمه وفق المرسوم رقم (559 -2004) الصادر في 71/6/ 2004 والذي تم المصادفة عليه بمقتضى المادة (78) من القانون رقم (78) الصادر بتأريخ (2004/9/9، ومن خلاله قررت السياح باللجوء إلى التحكيم في منازعات عقد الشراكة وذلك استثناء من مبدأ عدم مشروعية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم وأن هذا العقد تقوم على فكرة أساسية مقتضاها

أن يعهد أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص خلال مدة محددة بالقيام بمهمة إجمالية تتصل بتمويل الإستثار الخاص بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها، وإذا اقتضى الأمر تأدية الحدمات للمرفق والمساهمة في أداء وظيفته المكلف بها في الأصل الشخص العام، وذلك لقاء مقابل تلتزم الإدارة بسداده للمتعاقد طول الفترة التعاقد عليها(69).

ونظراً لكون هذا النوع من العقود يتصف بأنه عقود إجهالية أو مركبة تكمن في طياته العديد من الجوانب الفنية والقانونية والمالية بما قد يستلزم الأمر إلى الاسراع في تسوية المنازعات والخصومات الناشئة عن تنفيذ العقد (⁷⁰)؛ ولأجل ذلك نصت المادة (11) من المرسوم سالف الذكر على أنه يجوز للدولة كطرف في العقد اللجوء إلى التحكيم، ولكن بشروط أولها أن ينص على ذلك صراحة في العقد، وثانيها ضرورة تطبيق أحكام القانون الفرنسي (⁷¹).

ومن جانب آخر وفي سياق قانون الطاقة لسنة 2011 أجاز اللجوء إلى التحكيم في الدعاوي التي تكون الدولة طرفاً فيها، استثناءاً من المادة (2060) من القانون المدني، ولكن بشرط استحصال الأذن بقرار من مجلس الدولة، وبموافقة مجلس الوزراء (72).

كما أن قانون الملكية الفكرية⁽⁷³⁾ رقم (615-17) والمعدل بقانون رقم (315) سنة 2014 نصت على السياح باللجوء إلى التحكيم في منازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، وذلك استثناءً من المادتين (2059) و (2060) من القانون المدني.

ويتضح لنا من خلال نصوص المواد القانونية المذكورة أن هناك تطوراً تشريعياً في فرنسا بشأن التحكيم في منازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها طرفاً فيها، وبالأحرى في منازعات ذات الصلة بالإستثارات الأجنبية؛ حيث أن الدولة لم تستطع أن تقاوم حجم المعاملات الدولية التي تقوم بها أشخاص القانون العام، والتي تأخذ عادة شكل العقود النموذجية الدولية التي يكون التحكيم فيها شرطاً أساسياً، وهاماً وبغيره لن يتم الإتفاق على العقد.

كما يبدو أيضاً أن المشرع الفرنسي قد تأثر بعوامل التنمية الإقتصادية في الدولة، وأن التغيرات والتطورات الإقتصادية والاجتماعية التي طرأت فيها، مما جعلتها تعدل تشريعاته الداخلية بما ينسجم مع التطورات الدولية الخاصة بالتجارة والإستثمار الأجنبي؛ سعياً لتحقيق نفع قومي وجذب أكبر قدر ممكن من الإستثمارات الأجنبية.

ولكن رغم ذلك إن حظر دخول الدولة كطرف في التحكيم ما زال مستمراً بخصوص عقود الإستثارات الوطنية، وأن الموقف التشريعي الفرنسي- خصوصاً قانون سنة

1986- لا يمثل مرحلة متطورة ونهائية، ولا يزال يحتاج إلى تدعيم أفضل وأقوى، وبخصوص قانون التحكيم الجديد فلن نجد فيه أية إشارة إلى مسألة جواز التحكيم في العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها.

موقف التشريعات في مصر من جواز التحكيم في منازعات الإستثار الأجنبي:

حسب التعديل الأخير لقانون الإستثار المصري (74) بقانون رقم (17) لسنة 2015 نصت المادة (7) منه على أنه: " يجوز تسوية منازعات الاستثار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو وفقاً لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المشار إليه".

وباستقراء هذا النص يبدو جلياً أن قانون الإستثار المصري قد أناط الموضوع بقانون التحكيم رقم 77 لسنة 1994 المعدل بقانون رقم (9) لسنة 1997 الذي أضاف فقرة جديدة إلى المادة (1) من القانون بالنص على أنه: " مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج وإتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون، وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك".

والواضح من هذا النص أن المشرع المصري أجاز للأشخاص الإعتبارية العامة بصلاحية إبرام إتفاق التحكيم في جميع المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، ومن بينها منازعات الإستثارات الأجنبية، غير أن هذه الصلاحية ليست مطلقة وإنما مقيدة بشرطين: الأول: أن يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة صريحة من الوزير وبشكل تحريري؛ وقد أورد تقرير لجنة المشئون الدستورية والتشريعية أن تلك الموافقة (وجوبية)، وأنها لا تكون إلا من (الوزير المختص) أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة، وحدد التقرير الأشخاص الإعتبارية العامة التي يجوز لرؤسائها الموافقة على شرط التحكيم فهي الهيئات العامة التي لا تتبع وزيراً كالجهاز المركزي للمحاسبات (75). ويبدو من ذلك أن رئيس الهيئات العامة غير التابعة للوزير صلاحية الوزير بخصوص التوقيع على إتفاق التحكيم، وأن الجهاز المركزي للمحاسبات ذكر في النص على سبيل

المثال وليس الحصر، وبناء على ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بإعتبار محافظ القاهرة وزير مختص بالنسبة للهيئات التابعة له، حيث قضت بأن: " النعي على الحكم بالبطلان لعدم موافقة الوزير على مشارطة التحكيم فأنه نعي غير سديد ويخالف الثابت من الأوراق حيث أن محافظ القاهرة بالنسبة للهيئة العامة للنظافة وتجميل القاهرة قد وافق بتاريخ 2000/6/24 على اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع بين الهيئة بشأن العقد المشار إليه، وهذه الموافقة تتفق مع حكم المادة الأولى من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 المعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1997، والتي تنص على أنه بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة "76).

وفي سياق ذاته فأنه "بمجرد إقرار الجهة الإدارية بالحصول على موافقة الوزير المختص وحضور ممثلها جلسات التحكيم بتوكيل خاص بالتحكيم فضلاً عن استعانتها بالوزير لازالة التعدي الواقع على الأرض محل التعاقد تعد قرائن على علم الوزير المختص بالتعاقد ومن ثم بشروطه التي منها شرط التحكيم"(77).

والشرط الثاني: حظر التفويض في هذا الاختصاص لشخص آخر، فلا يباشره إلا من أوكل له القانون هذه المهمة، وذلك إعلاءً لشأنها وتقديراً لخطورتها، ولإعتبارات الصالح العام، وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة في وزارته (78)، ويترتب على التفويض بطلان شرط التحكيم (79).

ويتطلب تحقق هذه الشروط بالنسبة لكلا نوعي التحكيم الداخلي والدولي على حد سواء؛ وذلك لان قانون التحكيم الذي نحن بصدده تتضمن في طياته تنظياً موحداً للتحكيم الدولي والداخلي، ولعل حرص المشرع على عدم اساءة استخدام التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها هو الذي دفعه إلى ضرورة تقيد اللجوء إلى التحكيم بتلك الشروط، وخصوصاً في مجال عقود الإستثارات الأجنبية المبرمة مع المستثمرين الأجانب، والتي تتعلق غالباً باستغلال موارد الثروة الطبيعية كالبترول أو استيراد التكنولوجيا كإقامة المصانع الحديثة، وكما هو واضح إن لهذه العقود أهمية بالغة بالنسبة للدولة المضيفة للإستثار الأجنبي، وأن الخطاب التشريعي بمضمون القاعدة القانونية موجه لطرفي العقد ممن رغبوا في إدراج شرط التحكيم في منازعات الإستثارات الأجنبية التي تكون الدولة طرفاً فيها، فليس للطرف أن يلقي بعبء التأكد من تحقق الموافقة على الطرف الأخر (80).

ويترتب على مخالفة المبدأ المنصوص عليه في القانون التحكيم المصري الوارد أعلاه

بطلان شرط التحكيم، دون أن يمتد إلى بطلان العقد أو فسخه أو أنهائه (81)، طالما كانت العقد سليم من الناحية القانونية، والعكس صحيح فإذا كان العقد باطلاً وشرط التحكيم صحيحاً فإن هذا لا يؤثر على سلامة شرط التحكيم.

بيد أن قانون التحكيم لم يستلزم أن تكون موافقة الوزير سابقة على التعاقد، فالإجازة اللاحقة تقوم مقام الموافقة طالما أن القانون لم يحدد شكلاً معيناً للموافقة (82)، وبالأحرى إن الموافقة اللاحقة من الوزير المختص تصحح بطلان شرط التحكيم (83). وقد استقر القضاء الإداري- إلى حد ما- على اعتبار تلك الموافقة شرطاً جوهرياً

لصحة إتفاق التحكيم في منازعات الإستثارات الأجنبية، ويترتب عليه بطلان الإتفاق إضافة إلى تعديل قواعد الاختصاص القضائي المقررة دستوراً وقانوناً، مع استبدال أحكام قانونية تحكم العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها بأحكام مقررة أساساً لتحقيق التوازن بين الصالح العام والمصالح الخاصة للمتعاقدين، مما يلزم معه التحقق من تمام صحة هذه الموافقة (84).

وبناء على ذلك قضت محكمة القضاء الإداري في جمهورية مصر العربية في الحكم الصادر في الدعوى رقم (18628) لسنة 59 ق بجلسة 2006/2/19 المؤيد بحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 17254 لسنة 52 ق بجلسة 2007/3/19 ببطلان شرط التحكيم لعدم توقيع الوزير، وعدم موافقته على شرط التحكيم، وأكدت على أن الإتفاق يغدو باطلاً لا أثر له لأن تخلف شكل أو جبه القانوني أو إنعدام أحد أركأنه الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب. كما في حكم الصادر من القضاء الاداري، دائرة المنازعات الإقتصادية (2011) التي قضت ببطلان العقد وإنعدام إجراءات بيع شركة مصر شبين الكوم للغزل والنسيج حيث كان قد تضمن في المادة الواحدة والعشرين منه شرطاً للتحكيم بين الطرفين في أي نزاع ينشأ عن العقد أو يتعلق به، وكان هذا الشرط لم ينل موافقة الوزير المختص وهو وزير الإستثار، بغير خلاف في ذلك بين جميع أطراف العقد وأطراف الدعوى الماثلة، وإنما وقع العقد متضمناً الشرط رئيس مجيع أطراف العقد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا أثر له ويكون هو والعدم سواء وما لتحكيم المشار إليه قد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا أثر له ويكون هو والعدم سواء وما يترتب على ذلك من آثار "(85).

وفي النزاع القائم بين الهيئة المصرية العامة للبترول وبين شركة ناشيونال جاس عن العقد المبرم بينها بتأريخ 6 /1/ 1999المتضمن شرط التحكيم، حيث أن هيئة "البترول" لجأت لإقامة دعوى قضائية أمام محكمة القضاء الإداري، بإعتبار أن الاتفاقية

هي في حقيقتها عقد إداري خاص بالمرافق العامة، يخضع لرقابة المحكمة، وطالبت ببطلان شرط التحكيم الوارد بالاتفاقية، وأصدرت محكمة القضاء الإداري حكماً قضائياً في 2009/10/31، ببطلان شرط التحكيم الوارد في الإتفاقية، لعدم موافقة الوزير عليه، وبالتالي فلا يحق لـ"جاس" مطالبتها بأي تعويضات مادية من خلال التحكيم، وقضت المحكمة في حيثياتها "إن وزير البترول وحده دون غيره هو المسؤول عن الموافقة على شرط التحكيم، بالنسبة لوزارته والهيئات العامة والوحدات الإدارية التابعة له، سواء تمتعت تلك الهيئات العامة بالشخصيات الإعتبارية أو لم تتمتع بها".

وفي قضية تحكيم مطار رأس سدر بين جمهورية مصر العربية وشركة ماليكورب ليمتد الإنجليزية، حيث رفع الطرف الحكومي (هيئة الطيران المدني) دعوى ببطلان إتفاق التحكيم أمام إحدى دوائر محكمة القضاء الإداري بالقاهرة استناداً إلى عدم وجود موافقة الوزير المختص عليه، وقضت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ببطلان شرط التحكيم الوارد بعقد المبرم مع الشركة المدعى عليها بتأريخ 2000/11/4 -موضوع النزاع - لعدم موافقة الوزير المختص - وهو وزير النقل آنذاك - على شرط التحكيم مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها وقف إجراءات التحكيم في القضية رقم (382) لسنة 2004 المقامة من الشركة أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث آثر أحد أعضاء هيئة التحكيم الدولية وهو المحكم المعين عن جمهورية مصر العربية وقف اشتراكه في إجراءات التحكيم وعدم حضور المداولة امتثالاً وتنفيذاً لحكم العربية وقف اشتراكه في إجراءات التحكيم وعدم حضور المداولة امتثالاً وتنفيذاً لحكمة القضاء الإداري سالف الذكر (88).

وسلك هذا النهج هيئات التحكيم التجاري الدولي فنجد أنها في كثير من قراراتها تؤيد بطلان شرط التحكيم المخالف للشروط المنصوص عليها في القانون، ففي الحكم الصادر بتأريخ 25/2/ 2003 أقرت هيئة تحكيم النابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، أن عدم موافقة الوزير المحتص على إتفاق التحكيم أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة يرتب بطلان إتفاق التحكيم، ومن ثم تنحصر ولاية هيئة التحكيم عن نظر هذا النزاع، ولا تكون مختصة بالفصل فيه.

وبذات النهج قرر ذات المركز في حكمه الصادر بتأريخ 2005/3/12 أن مؤدي نص الفقرة (2) من المادة (1) من قانون التحكيم المصري تستلزم موافقة الوزير المختص على التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وتلك الموافقة تعد شرطاً لوجود هذا الإتفاق وصحته، ومن ثم يغدو هذا الإتفاق باطلاً، ولا يجوز الإرتكان عليه لطرح منازعات العقد الذي يتضمنه على التحكيم.

بيد أن هناك مذهب في الفقه وكثير من أحكام القضائية وهيئات التحكيم يرفض بطلان شرط التحكيم الموقع من الجهة الإدارية دون موافقة الوزير، ويستندون في ذلك على قاعدة (لا بطلان إلا بنص) باعتبار أن المادة (1) من قانون التحكيم لم ترتب جزاء البطلان على عدم الحصول على موافقة الوزير، وعلى ذلك فلا وجه للحكم ببطلان شرط التحكيم (87).

يضاف إلى ذلك، أن خطاب المشرع بإتخاذ التصرفات والإجراءات ومنها إبرام إتفاق التحكيم موجهة إلى الجهات الإدارية وليس للطرف الآخر وليس من العدل أن يضار هذا الطرف الأخير من عدم استيفاء هذه الموافقة، ولا شك أن عدم التزامحا بذلك وإن رتب مسؤوليتها الإدارية أو السياسية فأنه ليس بحال سبباً لبطلان شرط التحكيم أو ما يترتب عليه من إلتزامات (88)، فإذا أقدمت الجهة المعنوية العامة على إبرام إتفاق التحكيم دون الحصول على استئذان الوزير المختص فأنه بمثل إما خطأً مرفقياً من جانبه، وتقصير منها في آداء واجبها، ويترتب عليه مسؤوليتها نحو المستثمر الأجنبي، ويستوجب تعويضه أو حرمأنه من التمسك بالبطلان، خاصة إذا كان المستثمر الأجنبي حسن النية (89)، أو قد يكون تدليساً على المتعاقد معها في الحصول عليه (90).

والبعض الآخر ينطلق من فكرة الحاجات الدولية، لينتهي إلى أن مثل هذه القيود التي يفرضها قانون الدولة تتعلق بالنظام العام الداخلي وحده، ولا أثر لها في مجال الإستثارات الأجنبية؛ لأن هذا الأخير تقع ضمن العلاقات الدولية الحاصة (91).

ويؤيد هذا الاتجاه ما قضت به محكمة استئناف باريس حيث قضت في إحدى قراراتها بأنه: " بالنسبة للعقود الدولية المبرمة لحاجة المعاملات الدولية وطبقاً لشروطها ومقتضياتها يعد الإتفاق على التحكيم متمشياً مع النظام العام الدولي الذي يحظر على المشروع العام أن يتمسك بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من أجل التنصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقاً بين الأطراف، كذلك فإن الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام لا يمكنه أن يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام إلى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع"(92).

كما أن كثير من القرارات التحكيمية الصادرة من هيئات التحكيم الدولية سلك نفس الإتجاه، فمركز القاهرة الإقليمي سلك هذا الإتجاه في بعض القرارات الصادرة عنها، حيث اعتبر أن: " المشرع لم ينص على البطلان كجزاء على عدم الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة على شرط التحكيم، ذلك أن الأصل في البطلان أنه لا يكون إلا بنص، كما أن من شأن

ترتيب البطلان تمكين الطرف المخطئ من الإستفادة من خطئه على حساب الطرف الأخر، وهذا ما يتعارض مع أبسط مبادئ العدالة، وأن كل ما يترتب على عدم الحصول على موافقة السلطة المختصة هي إعمال قواعد المسؤولية الإدارية (التأديبية) في شأن من يثبت مسؤوليته عن عدم استيفاء ذلك الإجراء من العاملين بالجهة الإدارية، وذلك قياساً على ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا بالنسبة للمخالفات التي تشوب إجراءات التعاقد التي تقوم عليها الجهة الإدارية أو عدم تدبير الاعتهادات المالية اللازمة لتنفيذ العقود الإدارية باعتبار أن هذه الإجراءات شأن داخلي بالجهة الإدارية، ولا شأن للتعاقد معها"(93).

كما أقرت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بأنه:" وإن كان من المسلم به أن المشروع التابع للدولة والطرف في العقد لا تستطيع الموافقة على التحكيم دون موافقة السلطات المختصة في الدولة إلا أنه إذا كان الطرف الآخر في العقد لم يحط علماً بعدم الحصول على هذه الموافقة عند التعاقد، فإن النظام العام الدولي يتعارض مع تمكين المشروع التابع للدولة من التمسك بهذا العيب اللاحق بالعقد"(94).

ومن ذلك يتضح أن موقف هيئات التحكيم غير مستقر على نهج واحد بشأن ما يترتب على مخالفة الشروط الوارد في المادة (1) من قانون التحكيم المصري، ففي بادىء الأمر كانت هيئات التحكيم تقرر بطلان إتفاق التحكيم عند عدم توافر الشروط المنصوص عليها في القانون، ثم عدلت بعد ذلك عن موقفها فأصبحت تنظر إلى تلك الموافقة بأنها ليست إلا إجراءً شكلياً، ولا يترتب على عدم استيفائه بطلان الإتفاق إقراراً لمقتضيات مبدأ حسن النية والثقة الواجب توافرها في المتعاقدين (65)، ويبدو أن هيئات التحكيم لا تؤيد القوانين التي تقيد اللجوء إلى التحكيم بقيود.

وفي السياق ذاته يرى البعض (96) أن هذا الشرط يتعلق بالنظام العام، ويترتب على هذا القول بعض النتائج، ومن أهمها أنه إذا طرح النزاع على هيئة التحكيم، وكان شرط التحكيم باطلاً لعدم موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه عليها، فلا يجوز الإتفاق على مخالفتها دون أن يسقط الحق في إبداء الدفع المبني عليها بعدم أختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع بالسكوت عنه أو بالتكلم في الموضوع (97).

ويجب على القضاء العام في الدولة الإمتناع عن إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر عندئذ في خصومة التحكيم، فضلاً عن أن عدم التمسك ببطلان شرط التحكيم لعدم موافقة الوزير لا يسقط الحق في إبدائه بالتقادم- بمرور ثلاث سنوات وفق ما نصت عليه المادة (140) من القانون المدني، حيث أن أحكام تلك المادة

تتصل بحالات نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه أما في غيرها فان مدة تقادم الحق في إبطال العقد لا تتم إلا بمضى خمس عشر سنة من تأريخ إبرام العقد⁽⁹⁸⁾.

بيد أن ذلك ينحصر بالنظام العام الداخلي-كما بينا سابقاً- دون أن يمتد إلى النظام العام الدولي الذي يخضع له التحكيم في العلاقات الدولية الحاصة، حتى لو كانت الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها؛ لأن القيود المفروضة على قدرة الدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة في الإتفاق على التحكيم تخص التحكيم في العلاقات الداخلية وحدها، ولا تمتد إلى التحكيم في العلاقات الدولية، وبالأحرى الإستثمارات الأجنبية(99).

كما أن التحكيم يقترن بالتجارة الدولية، وهو يؤدي إلى التوسع في إقرار صحة إتفاقات التحكيم المتعلقة بالعلاقات الإقتصادية ذات الطابع الدولي؛ لكي لا تقع في نطاق القيود التي يفرضها القانون الوطني، والرغبة في تقليص الرقابة من القضاء الوطني عند الاعتراف بأحكام التحكيم أو عند الأمر بتنفيذها (100).

ويعنى هذا أنه لا يجوز للدولة الاحتجاج بقانونها الداخلي للتنصل من التزامتها الدولية (101)؛ وقد أكدت ذلك محكمة استئناف القاهرة صراحة حيث قضت بأن: " الدفع ببطلان شرط التحكيم بعد الإتفاق عليه في أحد العقود التي تكون الدولة طرفأ فيها فضلاً عن إنعدام سنده القانوني يتنافى مع مبدأ وجوب تنفيذ الإلتزامات بحسن نية الذي لا يميز بين عقود مدنية وإدارية، كها أنه يخالف المستقر عليه في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز تحلل الدولة أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استناداً إلى أي قيود تشريعية حتى وإن كانت حقيقية"(102).

وهذا يشير إلى أن عرض النزاع أمام القاضي الوطني أو هيئة التحكيم الوطنية فأنه يكون ملزماً بتطبيق ما ورد في المادة الأولى – بشان شروط صحة إتفاق التحكيم سواء في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ولعل الأمر قد يكون أصعب في حالة عرض النزاع على هيئة تحكيم دولية أو أمام قاضي أجنبي ينعقد له الاختصاص بنظر الدعوى، ففي هذه الحالة قد تقضي هيئة التحكيم الدولي أو يقضي قاضي الأجنبي باستبعاد تلك الشروط عن مجال العلاقات الدولية استجابة لطبيعة المعاملات الدولية التي تقضي بتحرير العقد التجارة الدولية من القيود التي يضعها المشرع الوطني على صحة إتفاق التحكيم (103).

ويرى البعض(104) أن السبب الرئيسي وراء ذلك مرده إلى اختلاف دور القاضي

ودور المحكم، حيث أن المحكم يحرص دائماً على الإلتزام بالنظام العام المرتبط بنظامه القانوني الداخلي لدولته وتطبيقه، واستبعاد أية قواعد آمرة أخرى مأخوذة من قانون أجنبي، ويوصف القاضي الوطني بأنه الحارس للنظام القضائي المحلي، بينما أن دور المحكم في التحكيم التجاري الدولي يختلف تماماً عن ذلك، فهو غير ملزم بحاية المصالح الوطنية لدولة معينة، ولا يعد حارساً لنظام قانوني محدد وليس له ولاء لنظام قانوني خاص بدولة معينة؛ وذلك لأنه يستمد سلطته مباشرة من إتفاق الأطراف على التحكيم.

وبناء على ذلك فإن هيئات التحكيم الأجنبية أو القضاء الأجنبي لايقضي ببطلان إتفاق التحكيم عندما يشوبه عيب الخطأ إلا إذا كان مخالفاً للنظام العام بمفهومه الدولي، أو يكون مخالفاً على الأقل لقاعدة مادية للتحكيم الدولي، وقد قضت عديد من هيئات التحكيم في وجود وصحة إتفاق التحكيم بالاستناد إلى مبادئ القانون وعادات التجارة الدولية دون الاستناد إلى قانون الوطني، ومنها الحكم الصادر في قضية تحكيم مطار رأس سدر المشار إليه سالفاً - حيث قضت محكمة القضاء الإداري بالقاهرة ببطلان شرط التحكيم ووقف إجراءات التحكيم استناداً إلى عدم وجود موافقة الوزير المختص على إتفاق التحكيم وهو يعتبر ركناً فيه يترتب على تخلفه بطلانه، وبالرغم من صدور حكم ببطلان إتفاق التحكيم إلا أن هيئة التحكيم وجدت نفسها غير مقيدة بهذا الحكم وأصدرت حكم التحكيم ضد الطرف الحكومي.

وقرار التحكيم الصادر من إحدى هيئات التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية قضت بأن: " العلاقة الوثيقة بين المحاكم وقانون الدولة التي تنتمي إليها يلزمما بتطبيق قانونها الداخلي لحل المسائل المرتبطة بتنازع القوانين المطروحة عليها، تلك العلاقة غير متوفرة في التحكيم التجاري الدولي التي تستند إلى إرادة الأطراف" (105).

كما تبنت محكمة استئناف باريس هذا المبدأ وقضت: "بتحرير التحكيم في العلاقات الدولية من قيود النظام العام التي يفرضها القانون الداخلي، ملتزماً بهذا النظام العام الدولي وحده بشأنها، وأن مبدأ استقلال شرط التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة يجعل عقد التحكيم في هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي وحده، وأن النظام العام الدولي يمنع المشروع العام من التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من إتفاق التحكيم الذي أبرمه"(106).

وبصورة عامة يعترض البعض (107)على الشروط الواردة في قانون التحكيم المصري بشأن إتفاق الدولة في التحكيم ويصفونه بأنه: "جائر وإلى حد ما يفقد الإباحة التشريعية من مضمونها بجواز التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، ويبررون رأيهم على

أنه من تداعيات العولمة وتشجيع الإستثارات الأجنبية المباشرة في الدول النامية يستوجب كفالة وسائل فعالة وسريعة ومتخصصة ومحايدة لتسوية المنازعات، بحيث تقضي إلى حكم ملزم واجب النفاذ. بالاضافة الى أن قدوم المستثمر الأجنبي إلى الدولة المضيفة لتفيذ مشروعات البنية التحتية يلزمما وجود مناخ أمن وسليم لتسوية المنازعات، وهذا الأمر ضروري حيث تعتمد عليها المؤسسات الدولية كالبنك الدولي عند تصنيفه للدول الجاذبة للإستثار من حيث تشريعاتها ومدى إمكان لجوء المستثمر الأجنبي للتحكيم من عدمه أم أن هناك عراقيل تشريعية تعوق ذلك.

وفي شأن القوانين الأخرى المقارنة لبعض من الدول العربية، ومنها نص المشرع الإماراتي في قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم رقم (11) لسنة 1992 والمعدل بالقانون رقم (30) لسنة 2005 في المادة (203) بأنه:" يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو بإتفاق لاحق عرض ما ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة".

ويتبين من ذلك أنه يجوز اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات في كافة العقود دون أن يكون مقيدة ببعض القيود، ودون أن يحدد صفة أطراف العقد سواء أكان من أشخاص العام أم أشخاص القانون الخاص، وبغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية الناشئة عن النزاع، وعليه يمكن القول بجواز التحكيم في منازعات الإستثار وفقاً للقانون الإماراتي.

وذات النهج أخذ به القانون الأردني فوفقاً لقانون التحكيم رقم (31) لسنة وذات النهج أخذ به القانون الأردني فوفقاً لقانون التحكيم أن يكونوا أطرافاً في إتفاق التحكيم حيث قضت المادة الثالثة منه بأن:" أحكام قانون التحكيم تسري على كل تحكيم إتفاقي، حتى وإن كان النزاع بين الدولة ممثلة بهيئاتها الرسمية والإدارية وأحد أشخاص القانون الخاص".

ويبدو من ذلك رغم أن المشرع الأردني لم ينص بشكل صريح على مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، إلا أنه قرر ضمناً ذلك (109)، كما أن محكمة التمييز الأردنية أكدت جواز التحكيم في النزاعات التي تكون أحد أطرافها من أشخاص القانون الحاص، حيث قررت في أشخاص القانون الحام والطرف الثاني من أشخاص القانون الخاص، حيث قررت في إحدى قراراتها الصادرة في تأريخ 2013/9/3 بأن" الإتفاق على إحالة النزاع على التحكيم هو إتفاق صحيح ملزم لطرفيه ما لم تتوفر فيه حالات بطلان حكم التحكيم

المنصوص عليها في المادة 49/أ من قانون التحكيم لسنة 2001"(110).

ونفس النهج سلكته محكمة الاستئناف الأردنية، واعتدت بمشروعية لجوء الدولة متمثلة بالإدارة العامة إلى التحكيم(111)، وكذلك الحال بالنسبة للمحكمة الدستورية(112).

بيد أنه في سنة 2010 صدر قانون رقم (14) بعنوان قانون إدارة قضايا الدولة (11)، وأوجبت المادة (11) الفقرة (ب) منه شروطاً وأحكاماً خاصة لاحالة أي خلاف إلى التحكيم من بينها ضرورة موافقة الوزير المختص على إحالة الخلاف أو الدعوى إلى التحكيم، بالإضافة إلى ضرورة موافقة لجنة قضايا الدولة آنذاك على إحالة الخلاف إلى التحكيم مع ضرورة بيان الأسباب المبررة لذلك، واعتبرت الفقرة (ج) من المادة ذاتها (11) من القانون ذاته بأن كل إحالة إلى التحكيم تتم خلافاً لأحكام هذا القانون بإطلة (11)، وفضلاً عا ورد أعلاه نصت المادة (43) من قانون الإستثار الأردني رقم (30) لسنة (2014) على تسوية منازعات الاستثار بين الجهات الحكومية والمستثمر بطرق الودية ومن ضمنها التحكيم.

وفيا يتعلق بموقف المشرع الكويتي فقد أجاز عرض منازعات الإستثار المتعلقة بالإستثار المباشر بشقيه المحلي والأجنبي على هيئات التحكيم القضائي وفقاً للفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم (11 لسنة 1995) التي تنص على:" إختصاص هيئة التحكيم القضائي بالفصل في المنازعات التي يتفق ذو الشأن على عرضها عليها، كما تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون، وتتضمن حل هذة المنازعات بطريق التحكيم ما لم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك".

وكذلك الفقرة الثانية والثالثة أضافت اختصاص هيئة التحكيم القضائي بالفصل دون غيرها في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الإعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل، أو فيما بين هذه الشركات، والفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الإعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الإعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم، وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء".

ويبدو أن المشرع الكويتي وفق القانون أعلاه يقصد التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي؛ لعدم وجود إشارة واضحة وصريحة للتحكيم الدولي.

غير أن القانون رقم (116 لسنة2013) بشأن تشجيع الإستثمار المباشر في الكويت،

قررت المادة (26) منه إخضاع المنازعات لاختصاصات القضاء الكويتي مع الساح بالإنفاق على التحكيم، كما نصت المادة (15) من القانون رقم (7 لسنة 2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل B.O.T والأنظمة المشابهة على أنه:" تخضع المشروعات وعقودها لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ولأحكام القوانين السارية في دولة الكويت فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون، وينظم العقد طريقة تسوية ما قد ينشأ من منازعات بشأن تفسيره أو تطبيقه، ويجوز الإتفاق بين الجهة العامة المتعاقدة والمستثمر على تسوية المنازعات بينها عن طريق التحكيم".

ونظراً إلى أن التحكيم الذي جاء به نص المادة (26) من قانون إستثمار رأس المال المباشر جاء عام بحيث يشمل جميع أنواع التحكيم سواء محلية أو دولية، ولعل هذا الموقف الذي نهجه المشرع الكويتي في تشريعاته يهدف لتشجيع الإستثمار والمساهمة في تحسين البيئة الإستثمارية في دولة الكويت من خلال إخضاع المنازعات لإختصاصات القضاء الكويتي مع السماح بالإتفاق على التحكيم (115).

ونستنتج مما تقدم أن فكرة لجوء الدولة أو أحد أشخاصها العامة إلى التحكيم الدولي تعرضت إلى اعتراضات، بيد أن التطورات الإقتصادية ومتطلبات الإستثارات الأجنبية جعل جواز اللجوء إلى التحكيم أمر حتمي في منازعات التي تكون الدولة طرفأ فيها، وخصوصاً منازعات الناشئة عن الإستثارات الأجنبية؛ لأن من شأن ذلك أن يؤثر بشكل إيجابي على تحفيز وتشجيع الإستثارات الأجنبية، من خلال تهيئة المناخ الملائم الذي تتحقق فيه ضانات قانونية ضد مخاطر غير تجارية من خلاله تطمئن المستثمر الأجنبي بشأن إستثار أمواله في البلد المضيف، وأن احتواء القانون الوطني على إجازة إتفاق التحكيم الدولي في عقود أو منازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، ومنها منازعات الإستثارات الأجنبية، يعتبر ذلك ضانة تشريعية محمة بالنسبة للمستثمرين الأجانب الذين يرغبون في التعاقد مع الدولة الجاذبة للإستثار أو الأشخاص المعنوية التابعة لها.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى عدم إمكانية الرجوع عن قبول التحكيم من جانب واحد أو الدفع بالمركز السيادي للدولة، حيث لا يجوز للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة التي تتبعها أن تتحلل من اللجوء إلى التحكيم عن طريق الدفع بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم، فهو مبدأ مستقر في مجال التحكيم الدولي كرسته بعض التشريعات الوطنية، كالقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 إذ نصت المادة (177) منه على أنه:" إذا كانت الدولة أو أحد المشروعات الخاضعة لرقابتها طرفاً في إتفاق التحكيم، فإنها لا

تستطيع أن تستند إلى قانونها الوطني لتثبت أن النزاع غير قابل للتحكيم أو عدم أهليتها كطرف في التحكيم".

من جانب آخر لا يجوز للدولة أن تدفع بفكرة تمتعها بالحصانة القضائية للتهرب من التحكيم استناداً لسيادتها طالما أن هذا الدفع يتعارض مع مضمون إتفاق التحكيم الذي قبلته، فهذا القبول ينفي المساس بسيادة الدولة، والفكرة المتقدمة تم تبنيها في المادة (1/25) من اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بقبول اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثار (116). ويبرهن على هذا القول الحكم التحكيمي الصادر من غرفة التجارة الدولية لتسوية إحدى المنازعات بين إحدى الدول الأفريقية وشركة فرنسية متعاقدة معها، حيث تمسكت الدولة بأنها تتمتع بحصانة وسيادة فلا يمكن لها أن تخضع لقضاء أجنبي، لذلك لا تختص غرفة التجارة الدولية بالنزاع؛ لان هذا يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة إلا أن المحكم رفض هذا الدفع مستنداً على أن حكومة الدولة قد وقعت بشكل واضح إتفاق التحكيم بإرادتها الصريحة، وهذا لا يتعارض مع سيادتها ولا مع الحصانة المقررة لها فالدولة تمتلك من البداية أن تمتنع عن ولوج طريق التحكيم، وتمسك بسيادتها وبحصانتها، فلا يمكن في مثل هذه الحالة إكراهها على المثول أمام هيئة التحكيم التحكيم المثول أمام

الخاتة:

بعد الإنتهاء من كتابة هذا البحث توصلنا إلى مجموعة من الإستنتاجات والتوصيات التي يمكن أن تساهم بشكل أو بآخر في إعادة صياغة التشريعات المتعلقة بالتحكيم في العراق، وخصوصاً فيما يتعلق بموضوع البحث، ويمكننا أن نجمل أهم تلك الاستنتاجات والتوصيات فيما يلى:

أولاً: النتائج:

1. لا يزال النظام القانوني للتحكيم التجاري في العراق يعاني من فراغ كبير وبحاجة إلى سن تشريع ينظم أحكامه وإجراءات تنفيذه، بشكل يتلاءم مع أحكام التحكيم الدولية، وخصوصاً قواعد التحكيم النموذجي" اليونسيترال"؛ حيث أن الأحكام الواردة في قانون المرافعات تعجز في معالجة أحكام التحكيم الدولي، بحيث تخلو تماماً من أي نص تجيز أو تمنع لجوء الدولة إلى التحكيم في منازعات الإستثمار، وعليه فالأمر يحتاج إلى نص صريح تجيز للدولة أن تكون طرفاً أمام المستثمر الأجنبي في التحكيم الدولي.

2. إن اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثمار يكون تلبية لرغبة المستثمرين

الأجانب الذين دامًا يخشون من عدم حيدة القضاء الوطني للدولة المضيفة؛ ولكون التحكيم يمثل عامل أمان واستقرار للمستثمرين الأجانب، إضافة إلى كونه الوسيلة الفعالة لضان تسوية منازعات الإستثمار بحيدة تامة وتجرد، كما يتم حسم النزاع خلال فترة زمنية محددة بعيداً عن الإجراءات المعقدة التي تسيطر على القضاء الوطنى؛ ولذلك أصبح التحكيم والإستثمار شيئان متلاصقان لا يمكن الفصل بينها، وأصبح يلعب دوراً ممماً في جذب الإستثمارات الأجنبية.

3. ثمة خلاف فقهي وتشريعي وقضائي حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثارات الأجنبية، ويرجع السبب في هذا الخلاف إلى كون وجود الدولة طرفاً في المنازعة، ونحن نرجح الرأي الذي يسمح التحكيم في منازعات الإستثار، وسندنا في ذلك أن التحكيم أصبح يفرض نفسه كشرط ضمني لبقاء الدولة في المنظومة الإقتصادية الدولية، فالحفاظ على هذه المنظومة لابد من قبول التحكيم؛ فضلاً عن أن الدولة – كالعراق- تفتقر إلى قضاء متخصص في مجال التجارة بصورة عامة وفي مجال الإستثارات الأجنبية بصورة خاصة، على غرار المحاكم الإقتصادية المتخصصة في مصر، وأن القضاء العادي ليس على دراية كافية بالمسائل التجارية.

4. وفقاً للمفهوم الجديد لسيادة الدولة فأنه تنتفي العلاقة ما بين سيادة الدولة واللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثار، حيث أن هذه العلاقة إن كانت موجودة فأنها تنتفي بمجرد قبول لجوء الدولة إلى التحكيم، بمعنى أن الدولة تتنازل ضمنياً عن سيادتها عندما تقبل بعرض نزاعها على التحكيم الدولي، وبعد ذلك لا يمكن الدفع بعدم أهليتها في التحكيم.

ثانياً: التوصيات

1- ضرورة الإسراع في سن تشريع خاص ومستقل بالتحكيم التجاري في العراق بحيث يلائم البيئة التجارية في العراق، وأن يثق به المستثمرون الأجانب، ويجب أن يكون على غرار ما فعلته التشريعات الحديثة في هذا المجال، مع الاستفادة من التجارب الدولية في مجال التحكيم لا سيما قانون اليونسيترال للتحكيم التجاري، وأن يكون منسجاً مع قواعد إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار تجنباً لمشكلة التنازع في إنضام العراق إلى الإتفاقية لما في ذلك من أثر بناء في جذب الإستثمارات الأجنبية للعراق.

2- رفعاً للالتباس والغموض نرى ضرورة تعديل المادة 251 من قانون المرافعات المدنية بشكل يتضمن النص صراحة على جواز اللجوء إلى التحكيم الدولي

في شتى المنازعات التجارية، ومن ضمنها المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها.

3- نناشد المشرع العراقي بتعديل الفقرة 5 من المادة 27 من قانون الإستثار بغية رفع التناقض بين قانون الإستثار وقانون التجارة العراقي، ونقترح أن تكون اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثار بشكل مطلق دون التمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية. كما نهيب المشرع العراقي بتعديل الفقرة 4 من المادة ذاتها بشكل يتضمن جواز اللجوء إلى التحكيم أو الإتفاق على التحكيم عن طريق مشارطة التحكيم، حيث أن الفقرة المذكورة تقتصر على شرط التحكيم وحده.

4- نناشد الحكومة العراقية العمل على إنضام العراق لإتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاص بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والإتفاقيات ذات الصلة بالموضوع من أجل تفعيل التحكيم في البيئة الإستثارية.

قائمة المصادر

المصادر العربية أولاً: الكتب:

- أحمد أبو الوفا، (1988)، التحكيم الإختياري والإجباري، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- بشار محمد الأسعد، (2007)، عقود الإستثار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- جابر جاد نصار، (1997), التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،
 القاهرة.
- حسام محمد عيسى، (1988)، التحكيم التجاري الدولي نظرة نقدية، دار النهضة العربية،
 القاهرة.
- 5- رجب محمود طاجن، (2007)، عقود الشراكة PPP في القانون الفرنسي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 6- سامية راشد، (19984)، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ج1، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 7- شعيب أحمد سليان، (1981)، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الإقتصادية العامة، دار الرشيد للنشر، بغداد.
- 8- صالح شوقي عبد العال حافظ، (2011)، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي وسلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادة منفردة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- و- صباح نجاح محدي، (2011)، قراءة قانونية لمعوقات الاستثار في العراق وطرق معالجتها،
 بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد1، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق.
- 10- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، (2006)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف.
- 11- عبد اللطيف نايف العاني، (2012)، مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس عشر.
- 12- عبد الله سعيد عبد الله البرواري، (2014)، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، تطبيقات من خلال المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثار، دار الفكر الجامعي، الاسكند, بة.
- 13 عصام الدين القصبي، (1997)، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ص18.
- 14- مصطفى محمد الجمال، (1998)، وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية

- والداخلية، ج1، ط1، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية.
- 15- د.نجلاء حسن سيد أحمد خليل، (2004)، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط2.
- -16 هشام خالد، (2007)، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف،
 الإسكندرية.
- 17- وائل عز الدين يوسف، (2010)، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة
 بين مصر وفرنسا والدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 18- وليد محمد عباس, (2010)، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة
 الجديدة، الإسكندرية.

ثانياً: الدوريات:

- 1- شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية، 2008.
- خالد محمد عبد الله الدخيل، ورقة عمل بعنوان جاهزية نظام التحكيم القضائي للفصل في منازعات الاستثمار والتجارة الإلكترونية مقدمه إلى " ندوة حول مستقبل التحكيم في دولة الكويت بعد عضويتها الكاملة في لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي «الأونسيترال»،الكويت، 2014 يناير 2014.
- حيدر طالب محمد علي، الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد، بحث منشور في مجلة
 كلية الحقوق جامعة النهرين، العدد20 الاصدار 10، العراق، 2008.
- حسام التلهوني، مدى إلتزام المحكم بمراعاة النظام العام في منازعات التجارة الدولية، بحث
 منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث، تموز (يوليو)، بيروت، 2009.
- ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم والتنمية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية،الصادرة من كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة 48، يوليو 2006.
- 6- عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة الأنبار، العدد الأول، 2010.
- علي أحمد حسن اللهيبي، التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية،
 كلية الحقوق، جامعة بغداد، العدد 22 الاصدار 1 السنة 2007.
- 8- العراقي رقم (13ظ) لسنة 2006، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون جامعة بغداد، العدد7، الإصدار الثاني.
- و- لطيف جبر كوماني، الحالات التي لا تنفذ فيها قرارات التحكيم الأجنبية طبقا لإتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 1985، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء وهي مجلة فصلية صادرة عن مجلس الاعلى للقضاء في العراق، السنة الثانية العدد الثاني صدر لـ (نيسان، ايار، حزيران) لسنة 2010.
- 10- ماجد ممدوح شبيطة، أحكام القضاء الإداري المتعلقة ببطلان بيع شركات قطاع الأعال العام وكيفية معالجة آثاره، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد 23- ديسمبر، 2014.
- 11- محمد أمين المهدي، والقاضي محمود فوزي عبد الباري، الدعوى ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية (عرض وتحليل أحدث أحكام القضاء الإداري)، مقال منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، بيروت، 2012.
- محمد سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية،
 القاهرة، 2007،
- 13 عمد المجيد إساعيل، القانون العام الإقتصادي والمتغيرات التشريعية الجديدة المتعلقة بالتحكيم وسعر العقد الإداري، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة العدد الاول، السنة الخامسة والخمسون، يناير- مارس، 2011
- 14- محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة دراسات، كلية علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 34، العدد 2، سنة 2007.
- 15- ميلاد سيدهم، جواز الإتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية والمحتص به بعد العمل

- . 2006 /2/29
- 13- حكم محكمة القضاء الإداري، حكمها الصادر بجلسة 31 أكتوبر سنة 2009.
- رأى مجلس شورى إقليم كوردستان العراق رقم 2014/12 الصادر بتأريخ 2014/4/28.
- 2011/6/27 أي مجلس شورى إقليم كوردستان العراق، العدد 2011/21 الصادر بتأريخ 2011/6/27 غير منشور.
- رئاسة استئناف بغداد، الرصافة الاتحادية، الهيئة الاستئنافية الثانية،العدد/910/ س/ 2013/2.
- قرار الهيئة التمييزية في رئاسة استئناف بغداد/الرصافة الإتحادية في قرارها رقم 489/م/2013
 بتأريخ 2012/4/18.
- 18- قرار الهيئة التمييزية في محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية قرارها بالعدد 490/م/4012 بتأريخ 2012/4/18.
 - -19 قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقي رقم (103) في 2007/9/26
 - 20- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقي رقم 201 في تأريخ 1981/11/28
 - 21- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقي رقم 813 بتأريخ 10/16/ 2008.

المصادر الاجنبية:

- Alexis Mourre, Castaldi Mourre & Partners, The INSERM decision of the Tribunal des Conflits:astorm in a teacup.
- Charles Debbasch, Jean-Claude Ricc,i Contentieux administrative, Dalloz, paris, 7 edition.
- De boisseson mathieu "Le Droit Francais De Lavbitroge Interne Et International; 1989.
- Dominique hascher Presiding Judge, Court of Appeal of Reims, Champagne, Jurisprudence française French Rapportannuel, Franch Case Law Annual Report The Paris Journal of International Arbitration 2010-4.
- 5. France Code civil art. 2060 (V).
- France Code de la propriété intellectuelle art. L615-17 (V) Modifié par LOI n°2014-315 du 11 mars 2014 - art. 1
- Horacio Grigera Naón, Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, 289 Collected Courses, Hague Academy of Intl. L. 9 (2001).
- 8. ICC award Case No. 2178. 1973.
- Inserm v.Association Fondation Letten F. Saugstad, Paris Court of Appeal, 13 November 2008, Rev. arb., 2009, Vol. 2, p. 389. By: Alexis Mourre, Castaldi Mourre & Partners, The INSERM decision of the Tribunal des Conflits: a storm in a teacup?, 07JUN2010, Http://Kluwerarbitrationblog.Com/Blog/2010/06/07/The-Inserm-Decision-Of-The-Tribunal-Des-Conflits-A-Storm-In-A-Teacup/
- 10. Jones Day, The contract De Partenariat; A new form of French public private partnership allowing the use of arbitration to adjudicate disputes, The International Construction Law Review, Volume 23, Part 1.
- 11. Lauren A. NewellMickey Goes to France: A Case Study of the Euro Disneyland
- 12. Les dispositions de l'article 34 ne font pas obstacle au" recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du code civil."
- Loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales Version consolidée au 22 août 1986

- بالقانون رقم 9 لسنة 1997، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد 4 السنة السابعة والأربعون أكتوبر- ديسمبر 2003.
- 16- هزاع علي هزاع سالم، التحكيم في العقود الإدارية في دولة قطر، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011.
- 17- حسن بغدادي، رأي القانون الواجب تطبيقه في شأن صحة شرط التحكيم وقرارات هيئات التحكيم وتنفيذها، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة ثلاثون، العدد الثاني، أبريل، يونيو، 1984.

ثالثاً: القوانين والتعليمات:

- الصفحة 6023 الصفحة 6023 الجريدة الرسمية العدد 5208 الصفحة 6023 بتاريخ 2014/10/16.
- وانون الاستثار الحاص في تصفية النفط الحام رقم 64 لسنة 2007 في صحيفة الوقائع العراقية بالعدد 4062 الصادرة بتأريخ 2008/2/18.
- 3- قانون الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997 منشور في الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر بتأريخ 197/5/11. والمعدل بقانون رقم (13) لسنة 2004 منشور في الجريدة الرسمية العدد (17) تابع (د) بتأريخ 22/ أبريل 2004. والمعدل أيضاً بقانون رقم 17 لسنة 2015 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 11 (تابع) في 12 مارس سنة 2015.
- 4- قانون الاستثار لإقليم كوردستان العراق رقم (4) لسنة 2006 منشور في الوقائع الكوردستانية عدد (62)، بتأريخ 2006/8/27.
 - قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.
- وانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4496 بتأريخ
 2001/7/16
 - -7 قانون التحكيم المصري، لسنة 1994.
- 8- قانون رقم (91-7) الفرنسي الصادر في 4 يناير 1991 الخاص بالعلامات التجارية وعلامات الحدمة.
- و- تعليات تنفيذ العقود الحكومية الصادرة من وزارة التخطيط كوردستان العراق رقم (1) لسنة
 2011 بتأريخ 2011/4/14، منشور في الوقائع الكوردستانية، عدد (124)، بتأريخ
 2011/4/14

رابعاً: أحكام المحاكم والهيئات التحكيمية والفتاوي:

- الحكم التحكيمي الصادر من الهيئة المشكلة في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ضمن الدعوى التحكيمية رقم 464 لسنة 2006.
 - 2- الحكم الصادر مجلس الدولة الفرنسي في قضية Sueur بتأريخ 29 أكتوبر 2004.
- 3- الحكم الصادر من محكمة استئناف القاهرة رقم 111 لسنة 126ق الدائرة 50 تجاري- في 30 مارس 2010.
- الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس في 17 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة Catoil ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول.
- حكم القضاء الإداري في مصر ،دائرة المنازعات الإقتصادية،الطعن رقم 34517، لسنة 65
 قضائية، تاريخ الجلسة 2-101
- حكم القضية التحكيمية رقم (793) لسنة AdHoc)2012 الحكم الصادر بتأريخ
 2012/7/18 من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي. منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد 19-ديسمبر 2012.
 - الحكم رقم (2) لسنة 2013 الصادر من المحمكة الدستورية في الاردن بتأريخ 2013/4/3.
- }- الحكم رقم 109 الصادر من رئاسة محكمة استئناف بغداد-الرصافة الاتحادية- بتأريخ 2010/2/10
- و- حكم محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوي التجارية، بغداد، العدد 288/ب/2011، تأريخ 2011/9/30.
 - -10 حكم محكمة التمييز الاتحادية، العدد/2438/ بتأريخ 11/4/2013.
- 11- حكم محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، رقم القضية 1503/ 2013، تأريخ اصدارها 2013/9/3.
- 12- حكم محكمة القضاء الإداري بالقاهرة، الدائرة السادسة، الدعوى رقم 18628 لسنة 59 ق -

14. Negotiations, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 15, 2013.

الهوامش

- د إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم والتنمية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية،الصادرة من كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة 48، يوليو 2006، ص10.
- 2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف، 2006، ص24.
- 3) د. حسام محمد عيسى، التحكيم التجاري الدولي نظرة نقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص25.
- 4) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص92.
- 5) د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،1997، ص60.
- 6) د. ماجد ممدوح شبيطة، أحكام القضاء الإداري المتعلقة ببطلان بيع شركات قطاع الأعمال العام وكيفية معالجة آثاره، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد 23- ديسمبر،2014، ص56.
- أشار إلى ذلك أ.د.عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثار،دار الهضة العربية،القاهرة، 1997، ص18.
 - 8) مصدر نفسه، ص13. وكذلك ينظر د. ماجد ممدوح شبيطة، مصدر سابق، ص57.
- 9) أ. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف، 2006، ص24.
 - 10)كما هو الحال في القانون الفرنسي. وكذلك الحال قانون الاستثمار العراقي المادة (27).
- 11) د.نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط2، 2004، ص199.
- (12) "شهد العراق تدفقات الاستغار الأجنبي المباشر انتعاشا خلال السنوات الأخيرة الماضية، حيث سجلت مستويات قياسية في عامي 2012 و 2013 تواليا. حيث زادت هذه التدفقات إلى مستويات جديدة وتقدر زيادتها بـ 20% حيث بلغت 2.9 ملياري دولار في 2013، رغم تفاقم عدم الاستقرار الذي يؤثر خصوصا في المناطق الوسطى من البلد الواقعة حول مغداد."
 - تقرير الاستثمار العالمي لسنة 2014 الصادر عن الاونكتاد. متاح على الموقع الإلكتروني:
- $\label{lem:http://unctad.org/en/PressReleaseLibrary/PR13020_ar_WIR1_Glo$ bal.pdf$
 - 13) تجدر الإشارة إلى أن هناك مشروع قانون للتحكيم التجاري في العراق على طور التشريع.
- 14) إن تاكيد المضمون المتقدم كرسته الهيئة التمييزية في رئاسة استئناف بغداد/الرصافة الإتحادية في قرارها رقم 489/م/2013 بتأريخ 2012/4/18.
- 15) د. حيدر طالب محمد علي، الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، العدد20 الاصدار 10، العراق، 2008، ص112.
 - 16) قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.
- 17) أ.صباح نجاح محدي، قراءة قانونية لمعوقات الاستثمار في العراق وطرق معالجتها، بحث منشور في مجلة القانون، جامعة القادسية، العدد1، كلية القانون، جامعة القادسية، العرد1، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق،2011، ص352.
- 18) د. علي أحمد حسن اللهيبي، التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية،كلية الحقوق، جامعة بغداد، العدد 22 الاصدار 1 السنة 2007، ص 291.
- (19) شعيب أحمد سليمان، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الإقتصادية العامة، دار الرشيد للنشر، بغداد، 1981، ص ص 193-144، أشار إليه د. علي أحمد حسن اللهيبي، مصدر سابق، ص 291.
- 20) أشار إلى ذلك: د. لطيف جبر كوماني، الحالات التي لا تنفذ فيها قرارات التحكيم الأجنبية

طبقا لإتفاقية نيويورك الحاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 1985، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء وهي مجلة فصلية صادرة عن مجلس الاعلى للقضاء في العراق، السنة الثانية العدد الثاني صدر لـ (نيسان، ايار، حزيران) لسنة 2010.

- 21) أشار إلى هذا الموقف: د.عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة الأنبار، العدد الأول، 2010، ص201.
- 22) قرار محكمة التمييز العراقي رقم (103) في 2007/9/26، وكانت أحد أطرافها جمة حكومية والطرف الثاني شركة خاصة للمقاولات، وكذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية الموسعة-رقم 201 في تأريخ 2018/111/18 بشأن التحكيم بين وزير الدفاع إضافة إلى وظيفته وشخص من أشخاص قانون الحاص، وكذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1724 في تأريخ 2011/1/16 من أحد أطراف التحكيم الهيئة العامة للطرق والجسور والطرف الثاني شخص خاص، وكذلك الحكم رقم 100 الصادر من رئاسة محكمة استئناف بعداد-الرصافة الاتحادية- بتأريخ 2010/2/10 حيث كانت تتعلق بالتحكيم وكان أحد أطرافها جمة حكومية وزارة الإعار والهيئة العامة للطرق والجسور والطرف الثاني مستثمر أجنبي، وكذلك القرار 185 الصادر من المحكمة التمييز الاتحادية رقم 813 بتأريخ 10/16/ 2008، وكذلك القرار بيأريخ 18/5/2008حيث كانت أحد أطراف التحكيم وزارة الري والطرف الثاني شركة بتأريخ 2008/5/21 أول.
 - 23) هذا الحكم منشور في مجلة التحكيم العالمية العدد 18، لسنة 2013.
- 24) الهيئة التمييزية في محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية قرارها بالعدد 490/م/2012 بتأريخ 2012/4/18 المميز: (م.هـ) المدير المفوض لشركة (س) اللبنانية / إضافة لوظيفته، المميز عليه: وزير الكهرباء / إضافة لوظيفته.
- 25) محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوي التجارية، بغداد، العدد 288/ب/2011، تأريخ 2011/9/30
- 26) رئاسة استئناف بغداد، الرصافة الاتحادية، الهيئة الاستئنافية الثانية، العدد/910/ س/ 2013/2، تاريخ 9/2013.
 - 27) محكمة التمييز الاتحادية، العدد/2438/ بتأريخ 2013/11/4.
- 28) د.قيصر يحيى جعفر، الاختصاص في حسم منازعات الاستثمار وفقاً لأحكام قانون الاستثمار العراقي رقم (13ظ) لسنة 2006، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون جامعة بغداد، العدد7، الإصدار الثاني، ص261.
- 29) تطبيقاً لذلك نصت الفقرة عاشراً من العقد المبرم بين الحكومة العراقية المتمثلة بمحافظ النجف والمستثمر الأجنبي شركة العقيق أفيبشن هولدنج، حيث نصت على أنه: " في حال وجود أي خلاف ما بين الطرفين، يعتمد مركز دبي للتحكيم الدولي للتحكيم ما بين الطرفين"، أبرم هذا العقد في دولة الكويت، بتأريخ 7 يونيو 2008.
 - 30) أ. صباح نجاح محدي، مصدر سابق، ص354.
- 31) د. عبد الله سعيد عبد الله البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، تطبيقات من خلال المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص314.
- 32) ومن العقود التي أبرمما الحكومة العراقية مع شركة للمقاولات، وتضمنت شرط التحكيم، العقد المبرم بين الطرف الأول:
- رئاسة جامعة بغداد/ يمثلها السيد رئيس جامعة بغداد/ إضافة لوظيقته. والطرف الثاني:- شركة سخاء العراق للمقاولات العامة المحدودة/ يمثلها مديرها المفوض السيد(عامر حسين حمود)، والمسجله لدى دائرة تسجيل الشركات بموجب شهادة التأسيس المرقم(مص -38010) في (1/ 11/ 2009). أستناداً إلى كتاب أحالة العمل المرقم (38010) والحال بعهدة شركة سخاء العراق للمقاولات العامة المحدودة، تم الإتفاق بين الطرفين على ما يلى:-
- الفقرة عاشراً: أحكام عامة :- ...7- في حالة وقوع نزاع أو خلاف حول شروط العقد تحال القضية إلى التحكيم، ويسمى كل طرف ممثل عنه، ويرشح الممثلين محكم ثالث، وفي حالة عدم الإتفاق عليه يتم الترشيح من قبل مجلس نقابة المهندسين، ويكون قرار التحكيم ملزماً لكلا الطرفين، وفي حالة عدم حل النزاع يتم اللجوء إلى المحكمة الإدارية المشكلة في وزارة التخطيط والمحاكم

- العراقية. نص العقد نتاح على الموقع الإلكتروني: http://gct.uobaghdad.edu.iq/contracting.html
 - 33) هذه التعليمات منشورة في جريدة الوقائع العراقية، العدد 4325 في تاريخ 6/16/ 2014.
- 34) نشر قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام رقم 64 لسنة 2007 في صحيفة الوقائع العراقية بالعدد 4062 الصادرة بتأريخ 2008/2/18.
- 35) قانون الاستثمار لإقليم كوردستان العراق رقم (4) لسنة 2006 منشور في الوقائع الكوردستانية عدد (62)، بتأريخ 2006/8/27، ص22.
- 36) تعليات تنفيذ العقود الحكومية الصادرة من وزارة التخطيط كوردستان العراق رقم (1) لسنة 2011 بتأريخ 2011/4/14، منشور في الوقائع الكوردستانية، عدد (124)، بتأريخ 2011/4/14
 - 37) رأي مجلس شورى إقليم كوردستان العراق رقم 2014/12 الصادر بتأريخ 2014/4/28.
- 38) رأي مجلس شورى إقليم كوردستان العراق، العدد 2011/21 الصادر بتأريخ 2011/6/27 غير منشهر.
 - 39) هذا القانون منشور في وقائع كردستانية العدد 75، بتأريخ 2007/11/15، ص23.
- 40) يقصد بالوزير وفق هذا القانون: وزير الثروات الطبيعية للإقليم.(الفقرة عاشراً، المادة الأولى).
- 41) وضع المجلس الإداري للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثار قواعد التسهيلات الإضافية بتاريخ 1978/9/27 وتتضمن هذه القواعد بمنح الصلاحية لسكرتارية المركز يتولى إتخاذ الإجراءات المعنية بشأن تسوية نزاع الذي يقع خارج نطاق إختصاص المركز لعدم توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 25 من الإتفاقية .
- 42) ومنها شركة ايكسون موبيل الامريكية وشركة دانا الاماراتية و كذلك شركة أفرين لإنتاج النفط وشركة أوريكس بتروليوم و شركة توتال الفرنسية و شركة "O.M.F." الخمساوية للطاقة و شركة جينل انرجى لإنتاج النفط و شركة تاليسيان إنرجي.
- 43) القاضي الدكتور عبد اللطيف نايف العاني، مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس عشر، 2012، ص91.
- 44) الحكم الصادر في قضية Sueur بتأريخ 29 أكتوبر 2004 منشور في مجلة التحكيم العربي، عام 2005.
 - Code civil art. 2060 (V) .(45
- نص المادة باللغة الفرنسية متاح على الموقع الرسمي للتشريعات الفرنسية: http://www.legifrance.gouv.fr".
- 46) د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 1997، ص41. وكذلك: راجع
- Charles Debbasch, Jean-Claude Ricc,i Contentieux administrative, Dalloz, paris, 7 edition, p 258.
- Alexis Mourre, Castaldi Mourre & Partners, The INSERM decision of (47 the Tribunal des Conflits:astorm in a teacup?,

 07JUN2010,http://kluwerarbitrationblog.com/
 - 48) د. مصطفى محمد الجمال، وعكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص139.
 - Conseil D'Etat 8/7/ 1959 Rec. P 438.(49
 - مشار اليها لدى: د.نجلاء حسين أحمد خليل، مصدر سابق، ص183.
 - Conseil D'Etat -31/12/1957- Rec. P 678.(50
 - مشار اليها لدى: د. نجلاء حسين أحمد خليل، مصدر سابق، ص183.
- Dominique hascher Presiding Judge, Court of Appeal of Reims, (51 Champagne, Jurisprudence française French Rapportannuel, Franch Case Law Annual Report The Paris Journal of International Arbitration 2010-4, p1028. http://www.cabinet-castellane-avocats.fr/pdf/2010-04-01-french-case-law-annual-report.pdf
- 52) د.صالح شوقي عبدالعال، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي وسلطة الادارة في انهاء العقد بارادة منفردة، كلية الحقوق، القاهرة، 2011، ص 200.

- 53) أشار إلى ذلك د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلمي الحقوقية، ببروت، 2007، ص376.
- Inserm v.Association Fondation Letten F. Saugstad, Paris Court of (54 Appeal, 13 November 2008, Rev. arb., 2009, Vol. 2, p. 389. By: Alexis Mourre, Castaldi Mourre & Partners, The INSERM decision of the Tribunal des Conflits: a storm in a teacup?, 07JUN2010, Http://Kluwerarbitrationblog.Com/Blog/2010/06/07/The-Inserm-Decision-Of-The-Tribunal-Des-Conflits-A-Storm-In-A-Teacup/
- أشار إلى هذا الرأي: د.شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم
- بين مسلوبين عربسي ومسلوبي. على مسلم الإمارات العربية، 2008، ص306.
- Loi nº 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives (56 aux collectivités locales Version consolidée au 22 août 1986 =Article
- نص المادة باللغة الفرنسية متاح على الموقع الرسمي للتشريعات الفرنسية: http://www.legifrance.gouv.fr/
- DE BOISSESON Mathieu "Le Droit Français De Lavbitroge Interne (57 Et International ; 1989, p489-499 .
 - 58) د. محمد سعيد حسين أمين، مصدر سابق، ص44.
- 59) د. صالح شوقي عبد العال حافظ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي وسلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادة منفردة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 2011، ص 199- ص200.
 - 60) المصدر نفسه.
- 61) د.هزاع على هزاع سالم، التحكيم في العقود الإدارية في دولة قطر، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011، ص44؛ د. حسن بغدادي، رأي القانون الواجب تطبيقه في شأن صحة شرط التحكيم وقرارات هيئات التحكيم وتنفيذها، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة ثلاثون، العدد الثاني، أبريل، يونيو، 1984، ص3.
- 62) المستشار وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص90؛ د. أحمد صالح على مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000، ص353.
 - 63) د. مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص43.
 - 64) المصدر نفسه.
- Lauren A. NewellMickey Goes to France: A Case Study of the Euro Disneyland Negotiations, Cardozo (65

 Journal of Conflict Resolution, Vol. 15, 2013, p202.
- 66) نصت المادة (19) لعام 1986م على أنه:" يجوز للدولة والوحدات المحلية والمؤسسات العامة في العقود التي تبرمحا مع شركات أجنبية لإنجاز عمليات تتصل بالمصلحة العامة ان تُضمن عقودها شروط تحكيم لتسوية المنازعات المتصلة بتطبيق وتفسير هذه العقود".
- (67) إضافة إلى هذا الاستثناء فهناك استثناءات أخرى في قوانين الفرنسية على مبدأ عدم جواز التحكيم في منازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، ومنها وكذلك العقود المتعلقة بالنقل الداخلي من قبل الشركة الوطنية لسكك الحديد، والذي ينص في مادته الخامسة والعشرين على أن المؤسسة العامة:" تملك أهلية المصالحة وإبرام إتفاقيات تحكيم..." وكذلك قانون 1990م الخاص بتنظيم مصلحة البريد، إضافة إلى عقود بعض المؤسسات الصناعية والتجارية كما في قانون رقم (9) لعام 1975م حيث وفق المرسوم الصادر في 8 يناير عام 2002 حدد المؤسسات العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم ومن بينها شركة غاز فرنسا وشركة كهرباء فرنسا، إضافة إلى القانون الصادر بتأريخ 12 يوليو 1999 الذي أجاز للمؤسسات العلمية والثقافية التي تشور والثقافية التي تساهم في مرفق التعليم العالي اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تشور بمناسبة تنفيذ العقود التي تبرما هذه المؤسسات مع المؤسسات العلمية والثقافية الأجنبية، د. محمد سعيد حسين أمين، مصدر سابق، ص44 ص45، د. شريف يوسف خاطر، مصدر

- 84) القاضي محمد أمين المهدي، والقاضي محمود فوزي عبد الباري، الدعوى ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية (عرض وتحليل أحدث أحكام القضاء الإداري) ، مقال منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، بيروت، 2012، ص27.
- 85) القضاء الإداري، دائرة المنازعات الإقتصادية، الطعن رقم 34517، لسنة 65 قضائية، تاريخ الجلسة 21-9-2011
- 86) مجلس الدولة ، محكمة القضاء الإداري بالقاهرة، الدائرة السادسة، الدعوى رقم 18628 لسنة last visited : 59 ق –2/2/2006 الحكم متاح على موقع دار العدالة والقانون العربية : 12/5/2014 http://www.justice-lawhome.com
- 87) الحكم التحكيمي الصادر من الهيئة المشكلة في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ضمن الدعوى التحكيمية رقم 464 لسنة 2006.
- (88) الطعن رقم 3603 لسنة 48 تأريخ الجلسة 2005/5/10 منشور في موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، ص1359.
 - 89) د. مصطفی محمد الجمال، د. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص443.
 - 90) د.ماجد ممدوح شبيطة، مصدر سابق، ص67.
 - 91) أشار إلى هذا الرأي د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص444.
- 92) الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس في 17 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة Catoil ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول، أشار إليه فاضل حاضري، التحكيم بين الاستبعاد والقبول في عقود الاستثارات الأجنبية، مقال منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الواحد والعشرون، 2014، ص269.
- 93) د. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010، ص ص223-224.
- 94) أشار إلى هذا الحكم د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص317.
 - 95) القاضي محمد أمين المهدي، والقاضي محمود فوزي عبد الباري، مصدر سابق، ص27.
- 96) المستشار ميلاد سيدهم، جواز الإتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية والمختص به بعد العمل بالقانون رقم 9 لسنة 1997، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد 4 السنة السابعة والأربعون أكتوبر- ديسمبر 2003، ص11؛ د.ماجد ممدوح شبيطة، مصدر سابة، ص 62.
 - 97) وقضت بذلك أيضاً محكمة القضاء الإداري، حكمها الصادر بجلسة 31 أكتوبر سنة 2009.
 - 98) حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة 31 أكتوبر سنة 2009.
 - 99) د. مصطفی محمد الجمال، د. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص319.
- 100) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ج1، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص5.
 - 101) د. ماجد ممدوح شبيطة، مصدر سابق، ص63- ص64.
 - 102) استئناف القاهرة، القضية رقم 113/64.
 - 103) د. مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص 148- ص149.
- 104) د. حسام التلهوني، مدى إلتزام المحكم بمراعاة النظام العام في منازعات التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث، تموز (يوليو)، بيروت، 2009، ص 203- ص 204.
 - ICC award Case No. 2178. 1973. (105
- Horacio Grigera Naón, Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, 289 Collected Courses, Hague Academy of Intl. L. 9 (2001). p72.
- 106) حكم محكمة استئناف باريس صادر لها بتأريخ 1991/12/17، أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص317.
- 107) المستشار الدكتور محمد عبد المجيد إسباعيل، القانون العام الإقتصادي والمتغيرات التشريعية الجديدة المتعلقة بالتحكيم وسعر العقد الإداري، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة العدد الإداري، كث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة العدد الاول، السنة الحامسة والحمسون، يناير-مارس، 2011، ص61.
- 108) قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4496 بتأريخ 2001/7/16. ص 2821.

- سابق، ص304.
- وكذلك القانون رقم (7-91) الصادر في 4 يناير 1991 الخاص بالعلامات التجارية وعلامات الخدمة، ووفق أحكام المادة (34) منه يستثني اللجوء إلى التحكيم، على النحو المنصوص عليه في المادتين (2059) و (2060) من القانون المدني الفرنسي.
- ⁶⁸⁾ Jones Day, The contract De Partenariat; A new form of French public private partnership allowing the use of arbitration to adjudicate disputes, The International Construction Law Review, Volume 23, Part 1,p 21.
 - 69) د. محمد سعید حسین أمین، مصدر سابق، ص 45- ص46.
- 70) د. رجب محمود طاجن، عقود الشراكة PPP في القانون الفرنسي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص76.
 - 71) المصدر نفسه، ص77.
 - Ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 art. L511-13, v. init.(⁷2
- ص القانون متاح باللغة الفرنسية على الموقع الرسمي للتشريعات الفرنسية: http://www.legifrance.gouv.fr/
- Code de la propriété intellectuelle art. L615-17 (V) Modifié par LOI) 7 3 n°2014-315 du 11 mars 2014 art. 1
- نص القانون متاح باللغة الفرنسية على الموقع الرسمي للتشريعات الفرنسية:http://www.legifrance.gouv.fr/
- 74) قانون الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997 منشور في الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر بتأريخ 197/5/11. والمعدل بقانون رقم (13) لسنة 2004 منشور في الجريدة الرسمية العدد (17) تابع (د) بتأريخ 22/ أبريل 2004. والمعدل أيضاً بقانون رقم 17 لسنة 2015 المنشور في الجريدة الرسمية – العدد 11 (تابع) في 12 مارس سنة 2015.
- 75) تقرير لجنة الشئون الدستورية واكبى رئيس مجلس الشعب بتاريخ 1997/4/21، وقضت بذلك محكمة القضاء الإداري في 31 /2009.
- 76) الطعن رقم 3603 لسنة 48 تأريخ الجلسة 2005/5/10 منشور في موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، ص1359.
- 77) القضية التحكيمية رقم (793) لسنة 2012(AdHoc) الحكم الصادر بتأريخ 2012/7/18 من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي. منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد 19-ديسمبر 2012 ص193.
- 78) تقرير لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية المقدم إلى رئيس مجلس الشعب بتاريخ 1997/4/21
- 79) يؤكد على ذلك حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة 2011/5/7 في الدعوى رقم (11492) لسنة 65 القضائية و المؤيد من المحكمة الإدارية العليا بجلسة 2013/8/1 حيث قضت ببطلان شرط التحكيم في العقد المبرم بين الشركة القابضة للتجارة بصفتها مفوضة من وزير الاستثار في إجراءات البيع وبين المستثمر السعودي بشخصه وبصفته باطلاً بطلاناً مطلقاً، وذلك بسبب تفويض من وزير الاستثار لجهة أخرى بإدراج شرط التحكيم في العقد.
- 80) أكد على هذا المبدأ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 11492 لسنة 65 ق جلسة 2011/7/5 حكم بطلان بيع شركة عمر أفندي، وكذلك الدعوى رقم 40510 لسنة 65 ق جلسة 2011/9/21 حكم بيع شركة المراجل البخارية، مؤيداً بحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام 2678،2688،2677 لسنة 12/13 2013 .
- وكذلك الحكم الصادر من محكمة استئناف القاهرة رقم 111 لسنة 126ق –الدائرة 50 تجاري- في 30 مارس 2010.
- 81) المادة 23 من قانون التحكيم المصري، وكذلك نقض مدني، الطعن رقم 1702 لسنة 57 جلسة 1989/11/14، س40 ص87.
- 82) القضية التحكيمية رقم 793 لسنة 2012(Ad Hoc) الحكم الصادر بتأريخ 2012/7/18 من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي. منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد 19- ديسمبر 2012 ص193 وما بعدها.
 - 83) د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص148.

- 109) محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة دراسات، كلية علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 34، العدد 2، سنة 2007، ص367.
- 110) محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، رقم القضية 1503/ 2013، تأريخ اصدارها 2013/9/3، منشور في مجلة التحكيم العالمية العدد الواحد والعشرون، 2014، ص291.
 - 111) حكم محكمة الاستئناف في القضية رقم 2004/64 بتأريخ 2005/2/14.
 - 112) الحكم رقم (2) لسنة 2013 الصادر من المحكمة الدستورية في الاردن بتأريخ 2013/4/3.
 - www.justice-lawhome.com :نص القانون متاح على الموقع الإلكتروني
- 114) ينظر القرار الصّادر من محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، رقم القضية 1503/ 2013، تأريخ اصدارها 2013/9/3.
- (115) خالَّد محمد عبد الله الدخيل، ورقة عمل بعنوان جاهزية نظام التحكيم القضائي للفصل في منازعات الاستثمار والتجارة الإلكترونية مقدمه إلى " ندوة حول مستقبل التحكيم في دولة الكويت بعد عضويتها الكاملة في لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي «الأونسيترال»،الكويت، 2014 يناير 2014، ص 30.
- 116) المصدر نفسه, ص91-97. وكذلك ينظر هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 427.
 - 117) اشار إلى هذا الحكم أ.د. ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم والتنمية، المصدر السابق، ص9.