التطورات القانونية وأثرها على الوسائل البديلة لحل منازعات عقود التجارة الدولية

م. د. رجاء حسين عبد الأمير
قسم القانون/ كلية الحلة الجامعة/ بابل/ العراق
م. د فاطمة عبد مهدي دهش
قسم القانون /كلية المستقبل الجامعة/العراق

الملخص:

تتمتع عقود التجارة الدولية بأهمية كبيرة، فلا تنعقد بالسرعة التي تتمتع بها العقود ذات الطابع الوطني، كونها ترد على مشروعات تجارية كبيرة، وعليه من الممكن ان تحدث نزاعات بين طرفي هذه العقود بسبب طول مدة ابرام وتنفيذ هذه العقود، لذا اصبح من الضروري ان يعالج هذا الموضوع بوسائل فض المنازعات التي تحدد في اصل العقد حتى يكون المستثمر في وضع اطمئنان عند التعاقد في مشروعات تجارية عملاقة موجودة في بلدان اخرى تختلف قوانينها عن قوانين المستثمر نفسه في حال حصول اي نزاع .

الكلمات المفتاحية: أثر- التطور- القانوني- على – وسائل- فض – منازعات- عقود- التجارة- الدولية.

Legal Developments and their Impact on Alternative Means of Resolving International Trade Contract Disputes

Dr. Rajaa Hussein Abdulameer
Department of Law, Hilla university College, Babylon, Iraq
rajaa@hilla-unc.edu.iq
Dr. Fatima Abd Mahdi Dhash
Department of Law , Al-Mustaqbal University College- Iraq
fatimadahsh@mustaqbal-college.edu.iq

Abstract

The international trade contracts, unlike the contracts of a national nature, are of great importance, since they respond to large commercial projects, and therefore it is possible that disputes may arise between the parties to these contracts due to the long period of signing and implementing these contracts, so it has become necessary to deal with this issue by means of resolving disputes that are specified in the original contract so that the investor is in a position of confidence when contracting in huge commercial projects located in other countries whose laws differ from the laws of the investor himself in case of committing any dispute

Key words: impact - legal - developments - on - means - settlement - disputes - contracts - international trade.

المقدمة

اولاً: فكرة البحث

تُعتبر مسألة فضّ منازعات عقود التجارة الدولية ذات أهمية الكبيرة؛ كونها موضع اهتمام طرفَي العلاقة العقدية في هذا النوع من العقود، لأنّه عند إبرام هذه العقود، تتوجّه إرادة أطرافه نحو اختيار المكان الذي يتلاءم مع مصالحهم القانونية التي تتمثل بتنفيذ القوانين واحترام بنود العقد، والوفاء بها هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن البحث عن وسائل بديلة وسريعة، وذات فعالية لفضّ المنازعات التي قد تنشأ بينهم، إنما يأتي خشية من محاولات قوانين الدول الذي تتوجه بحصانتها القضائية إلى أن تحسم النزاع لصالحها، أو تحسم بها مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق.

ومن اهم الوسائل الاختيارية نظام التحكيم، فقد كان التحكيم يرتبط بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الاجنبية باعتباره الوسيلة المثلى لفض منازعات عقود التجارة الدولية، لما يحمله من مميزات لا تتوافر في قضاء الدولة منها البساطة والسرية بالإجراءات واعطاء الحرية للأطراف في اختيار محكمين لهم خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع إلى جانب توفير الثقة والطمأنينة للمستثمرين الأجانب في عقود التجارة الدولية.

ثانياً: مشكلة البحث

نظراً لأهمية عقود التجارة الدولية وما لها من مكانة في المجال الاقتصادي لأي بلد توجد فيه، قد وجدنا الكثير من الدراسات القانونية التي تهتم بالبحث في اشكالية فض منازعات عقود التجارة الدولية عن طريق الوسائل القضائية وهي الطريق الطبيعي لفض النزاعات، غير أن هذه الاشكالية لم تكن الدافع الاساسي لنا في البحث في هذا الموضوع ، اذ اصبحت هذه المسألة – الى حد ما – غير ذات اهمية نتيجة دخول الوسائل البديلة لفض منازعات هذه العقود الى جانب النصوص القانونية التي تجيز التحكيم في هذه العقود ، لذا اصبح من الواجب البحث عن الضوابط التي تكفل الحفاظ على خصوصية منازعات عقود التجارة الدولية من جهة ، والطبيعة القانونية الخاصة لنظام التحكيم في عقود التجارة الدولية والمستندة في اساسها الى ارادة الاطراف من جهة اخرى.

ثالثاً: خطة البحث

وسنحاول من خلال هذا البحث، تسليط الضوء على الوسائل القضائية في حسم المنازعات التي تطرأ خلال تنفيذ عقود التجارة الدولية ، والوسائل الودية، والتحكيم كونه وسيلة لحسم المنازعات الناتجة عن تنفيذ العقود وذلك من خلال ثلاثة مطالب، تناول

(المطلب الأوّل) القضاء العادي كوسيلة لحسم منازعات عقود التجارة الدولية، وبحث **(المطلب الثاني)** في الوسائل البديلة لحسم منازعات عقود التجارة الدولية ، بينما نناقش **(المطلب الثالث)** التحكيم كوسيلة لحسم منازعات عقود التجارة الدولية، وكالآتي:

المطلب الأوّل

القضاء العادي كوسيلة لحسم منازعات عقود التجارة الدولية

تخضع العقود بصورة عامة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، لأنَّ سيادة الدولة هي من الأمور المهمّة التي لا يمكن التعدي عليها بأيٍّ حال من الأحوال، كما يستمد القضاء ضرورته في دولة ما من ضرورة وجود قواعد قانونية في المجتمع، والسّبب في ذلك يرجع إلى أنَّ القاعدة القانونية تتميَّز بأنَّها قاعدة عامة مجرّدة لا تنظم رابطة بين أشخاص معينين، فضلا عن ذلك أنها قاعدة ملزمة لا يتوقف تطبيقها على إرادة الأشخاص الذين تنظم روابطهم ، فإنَّ الأشخاص يقومون باختيارهم بالتقيُّد بالقواعد القانونية التي تحكم سلوكهم خشية التعرُّض للجزاءٍ، وعلى وفق ما تقدّم، فإنَّ اللجوء إلى القضاء هو وسيلة لا بدّ منها.

ولابد من القول إن أساس خضوع عقود الدولة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، هو أنَّ هذا القانون هو القانون الذي ترتبط به عقود الدولة ارتباطاً وثيقاً، على نحو يتعيَّن معه إعمال قواعد هذا القانون، ودائماً ما تُبرم هذه العقود في دولة واحدة، ويتم التنفيذ في إقليمها، كما إنَّها علاوة على ذلك ترتبط بالمصالح الأساسية لهذه الدولة [1].

من هنا لا بدّ لنا من أنْ نعرض القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، واختصاص القضاء الوطني في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، وذلك من خلال فرعين، تناول **الفرع الأوّل** اختصاص القضاء الوطني في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ونتناول في **الفرع الثاني** إلى القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية.

الفرع الأول

اختصاص القضاء الوطني في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية

تبرم عقود التجارة الدولية بين طرفَين غير متساويين غالباً، كأنْ تكون الدولة بصفتها شخصاً من أشخاص القانون الخاص، بينما يكون المنفذ من القطاع الخاص الأجنبي، ومن هنا، لا بدّ أوّلاً من الاعتراف للأجنبي بحق الدخول في علاقة قانونية في الدولة، ثم تحديد القواعد القانونية التي تنطبق بشأنها، والتي يتوجب حل مشاكل المنازعات التي قد تحصل لعقود التجارة الدولية وفقاً لها.

وقد يكون من الصعب أنْ يوصف ما يصدر عن القضاء من أحكام بأنَّه فعل يُنسب إلى الدولة، للإخلال بالتزام تعاقدي، نظراً لافتراض استقلال القضاء، والفصل بين السلطات، إلاَّ الدولة قد تلجأ في بعض الأحيان، ممثلة بإحدى الهيئات العامة أو الشركات، إلى القضاء الوطني على الرغم من وجود شرط تحكيم في العقد، بما يخالف اتفاق الأطراف، أو أنْ تتدخل في عمل القضاء أو جهات التحقيق بصورة مباشرة أو غير مباشرة في مخالفة صريحة لمبادئ استقلال القضاء[٢].

وبشكل عام يُعدُّ القضاء الوطني هو صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في منازعات عقود التجارة الدولية ، إذ يمكن اللجوء إليه وحسم المنازعات التي تحصل أثناء تنفيذ هذه العقود الاستثمارية وإصدار حكم فيها[٣].

والسؤال الذي نطرحه في هذا المجال هو ما مدى إمكانية لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني بشأن منازعات عقود التجارة الدولية؟ .

إنَّ اختيار القانون في بعض الأحيان يعني اختيار القاضي، ومن ثم يمكن لأطراف العلاقة التعاقدية في هذه العقود عرض النزاع أمام القاضي الوطني، لأنَّ تطبيق القانون الوطني على عقود التجارة الدولية بواسطة القاضي يعني التزامه بجميع القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام الواردة في قوانين المرافعات المدنية، والمتعلقة بكفالة حقوق الدفاع، ما يؤدي إلى احترام المواعيد القضائية، وقواعد الاختصاص، وإجراءات سير الخصومة، ووقفها، وانقطاعها، ولا خلاف كذلك في الالتزام بقواعد الإثبات المعمول بها في هذه الدولة أو تلك[٤].

وبناءً على ذلك، فإنَّ القضاء الوطني قد لا يلبي طموحات الطرف الأجنبي، وقد لا يكون ضمانة كافية للوصول إلى تسوية عادلة ونهائية، وهذه الأسباب والأفكار تهدف مباشرة إلى إلغاء دور القاضي الوطني، وإخراج هذه المنازعات من نطاق اختصاصه، وإناطتها بهيئة دولية، تعطي الطرف الأجنبي مركزاً دولياً، يمكن من خلاله تسوية النزاع بشكل يُحقِّق مصلحته أكثر من مصلحة الدولة (محل عقود التجارة الدولية) الطرف في النزاع، وبالرجوع إلى التشريعات الوطنية وعقود الاستثمار، نجدها جميعها تنصُّ على أنَّ المنازعات التي تنشأ بين طرفَين، يكون أحدهما من الأجنبي، تجري معالجتها ضمن الاختصاص القضائي داخل البلد، وهذا لا يمنع من اتباع وسائل ودية أخرى، إذا اتفق الطرفان على ذلك في حلّ النزاع.

وهذا ما نصّت عليه المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، في الفقرتين (١، ٥)، والتي جاء في الفقرة (١) منها: (تخضع المنازعات الناتجة عن عقد العمل حصراً لأحكام القانون العراقي، ويكون الاختصاص فيها للمحاكم العراقية، ويُستثنى من ذلك العامل غير العراقي، إذا نصَّ عقد العمل على خلاف ذلك)، ونص الفقرة (٥) على أنه، (المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أي جهة، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية)[٥].

كما أكَّد القانون المدني العراقي على المنازعات التي قد تحصل، ويوجد في العلاقة طرف

أجنبي، وجعلها من الاختصاص القضائي الوطني، وهذا ما أكدت عليه المادة (١٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٣ المعدل، إذ نصت على أنه، (يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية: ١ – إذا وجد في العراق، ٢ – إذا كانت المقاضاة في حقٍ متعلِّقٍ بعقارٍ موجودٍ في العراق، أو بمنقولٍ موجودٍ فيه وقت رفع الدعوى، ٣ – إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق، أو كان واجب التنفيذ، أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق)[٦].

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية

يتمُّ تضمين عقود التجارة الدولية البنود المتَّفق عليها من قبل الطرفين، وأياً كانت العناية التي يبذلها الأطراف من أجل صياغة نصوص العقد، فإنَّ هذه النصوص التعاقدية لا يمكن لها أنْ تغطِّي كل ما تثيره عقود التجارة الدولية من منازعات، فإذا وقع نزاعٌ ولا تحتويه نصوص العقد، يصبح من الضروري الالتجاء إلى القانون الوطني الواجب التطبيق على هذا العقد[٧].

ولكنْ من غير المعقول في العقود الكبرى التي تُبرم بين طرفَي العقد، أنْ يترك المتعاقدان مسألة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، والغالب أنهما يختاران القانون الذي له صلة بالعقد المُبرم بينهما، كأنْ يكون قانون الدولة محلّ تنفيذ عقود التجارة الدولية، أو محل الإبرام أو موطن المدين، وإذا حصل نزاع فيما بين الطرفين بشأن تنفيذ بنود العقد، ولم يتفقا في العقد على تحديد القانون الواجب التطبيق، يمكن الرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص[٨].

غير أنَّ الاتجاه السائد في هذه العقود وبصفة خاصة في عقود التجارة الدولية هو اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ بشأن تنفيذ العقد، وتجدر الإشارة إلى أنَّ المشرِّع العراقي نظَّم موضوع التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م المعدل في ست وعشرين مادة (٢٥١ – ٢٧٦)، وهذا ما سنتناوله لاحقاً بالتفصيل.

كما إنَّ العناية التي يبذلها المتعاقدان في صياغة بنود عقود التجارة الدولية قد لا تكون كافية لأنَّ هذه البنود لا يمكن أنْ تغطِّي كل ما يثيره العقد من منازعات في المستقبل، وهنا يجب أنْ نشير إلى أنَّه عندما تثور نزاعات بين طرفَي العقد لا تحويها نصوص العقد، وعندئذ لا بدّ من تطبيق أحكام القانون الوطني الذي تعيِّنه قواعد القانون الدولي الخاص، وفي العادة لا يترك المتعاقدان المجال لتطبيق هذا القانون، إذ يوضع بند في العقد على القانون الذي يطبِّق على عقدهما، وفقاً للمصلحة المشتركة بينهما وبكامل الحرية، من دون أنْ يحد من هذه الحرية إلاَّ قواعد النظام العام والآداب، والمعروف أنَّ المتعاقدين يختاران في عقود التجارة الدولية قانوناً تربطه بالعقد صلة في حال النزاع، كأنْ يكون قانون الجنسية لأحد الأطراف أو قانون محل الإبرام، أو قانون محل التنفيذ، أو قانون المحكمة التي اتفقا على التقاضي أمامها في حال النزاع، أو قانون مكان التحكيم[٩].

ونظراً لأهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، فإنَّ القضاء الدولي، والمعاهدات الدولية، ومجمع القانون الدولي، وكذلك الفقه المقارن أقرَّوا إعمال قواعد القانون الدولي الخاص على عقود الدولة، بما يعني أنْ يطبَّق على هذه العقود القانون الذي اختاره الطرفان صراحة، فإنْ لم يوجد هذا الاختيار الصريح، فالقانون الذي اتجهت إرادتهما الضمنية بطريقة مؤكدة إلى تطبيقه على العقد، وكلّ هذا يُستنتج من نصوص العقد، وظروف الحال، وملابسات التعاقد، فإذا لم يوجد الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق، فيجب تركيز الرابطة العقدية، لكي تتسنَّى معرفة القانون الأوثق صلة بها، ليكون هو القانون الواجب التطبيق عليها(١٠).

وبصدد موضوع اختيار المتعاقدين في عقود التجارة الدولية قانون تربطه بالعقد صلة، كأنْ يكون قانون الجنسية لأحد أطراف العقد، أو قانون محل تنفيذ العقد، أو محل إبرامه.

وبما أن عقود التجارة الدولية تتضمن عنصراً أجنبياً، ونظرية الإرادة تعطي المتعاقدين حق اختيار القانون الذي يتماشى مع اتفاقهما، وقد يقع هذا الاختيار على قانون بلد أحدهما ليكون هو الواجب التطبيق(١١).

وقد أكّدت المادة (١/٣٣) من قواعد قانون التجارة الدولية (الأنسترال) على إنه، (المحكمة تُطبَق القانون الذي يختاره الطرفان على موضوع النزاع، فإذا لم يُحدَّد هذا القانون، تُطبِّق المحكمة القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الواجبة التطبيق (١٢).

يتبيّن ممّا تقدّم، أنَّ الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، هو أعطى أطراف العقد الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وتحديده، وينتج عن ذلك أنَّ من حق طرفَي عقود التجارة الدولية اختيار قانون يحكم عقدهم سواء كان محل تنفيذ العقد، أو محل إبرامه، أو اي قانون يتم الاتفاق عليه، وهذا ما قضت به (25/1) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل(١٣).

وهذا ما جاء في القضية رقم (١٥٢٦) التي تمّ الفصل فيها وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس عام ١٩٦٨، إذ ذهب المحكّم إلى أنَّ تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز المُبرم بين الدولة وشركة بلجيكية، في حال عدم اختيار الأطراف صراحة القانون الذي يحكم العقد، هو قانون الدولة المتعاقدة، بناءً على تركيز هذا العقد في قانون هذه الأخيرة، باعتبار أنَّ العقد سوف ينفذ في إقليمها، وعلى الرغم من أنَّ العقد قد تم إبرامه في "بروكسيل" مع شخص بلجيكي، وعلى الرغم من طابعه الدولي، فإنَّ الشروط الموضوعية له تخضع لقانون الدولة المتعاقدة؛ إذ إنَّ إرادة الأطراف قد انصرفت إلى خضوع العقد إلى هذا القانون، علاوة على أنَّ هذا العقد يتعيّن تنفيذه في إقليم الدولة(١٤).

يتبيَّن ممّا تقدّم، أنَّ تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، يتم من خلال البحث عن قانون الدولة التي تتّصل بها العلاقة محل النزاع اتصالاً وثيقاً، وأيضاً إنّ للمتعاقدين مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، ومن الأفضل أنْ يتم اختيار قانون له صلة بالنزاع، كقانون الجنسية، أو قانون الدولة التي أُبرم فيها العقد، أو التي يتم فيها التنفيذ، وهذا كله منعاً لتعسُّف أحد المتعاقدين ضد الآخر وإجباره على قبول قانون غريب عليه، ولا يمتُّ للنزاع بأي صلة.

المطلب الثاني

الوسائل البديلة لحسم منازعات عقود التجارة الدولية.

تتعدَّد الوسائل والطرق البديلة لحسم منازعات عقود التجارة الدولية التي قد تثور بين طرفَي العقد، لا سيما إنَّ طول فترة التقاضي أمام المحاكم، وارتفاع تكاليفه عند اللجوء إلى القضاء العادي، أدى إلى ظهور طرق أخرى، ومفاهيم جديدة لحلِّ النزاعات بين أي طرفَين متخاصمين، وهذه الوسائل هي الوسائل البديلة التي عُرّفت بأنَّها: "مجموعة من الإجراءات، تهدف إلى تسوية النزاع بطريق غير قضائي أو تحكيمي. وبصفة عامة، ولكنْ ليس بالضرورة، فإنَّ الإجراءات البديلة لتسوية المنازعات تقتضي تدخلاً أو مساعدة من شخص ثالث محايد، يسعى إلى مساعدة الأطراف، بغرض الوصول إلى حلّ سلمي للنزاع"(١٥).

وقد عرَّفها البعض بأنَّها: "تلك الآليات التي يلجأ إليها الأطراف عوضاً عن القضاء العادي، عند نشوء الخلاف بينهم، بغية التوصل إلى حلٍّ لذلك الخلاف"(١٦).

وعرَّفها الأستاذ (Jarrosson): "بأنَّها مجموعة غير محدَّدة من الإجراءات لحل النزاعات، تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث، بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات"(١٧).

يمكن القول من خلال التعريفات التي عرضت في موضوع البحث، أنَّ الوسائل البديلة هي: مجموعة من الآليات التي يتمُّ بواسطتها تسوية منازعات عقود التجارة الدولية خارج نطاق المحاكم الرسمية والهيئات التحكيمية، وغالباً ما تستوجب تدخُّلاً أو مساعدة من شخص ثالث محايد، لحثِّ الأطراف على الوصول إلى تسوية النزاع.

وهذه الوسائل هي التفاوض، أو التوفيق، أو الوساطة، أو الخبرة الفنية، وهذا ما سنبحثه في الفرعين الآتيين، نتناول في الفرع الأوّل التفاوض والوساطة، ونتناول في الفرع الثاني التوفيق والخبرة الفنية.

الفرع الأوّل

التفاوض والوساطة

تقوم الوسائل البديلة بالدرجة الأساس على الاتفاق، إذ يُفضِّل المتعاقدون حسم المنازعات التي قد تنشأ في اطار عقود التجارة الدولية إلى الوسائل البديلة، كونها تمتاز بالسرعة وبالمحافظة

على العلاقة الجيدة بين أطراف العقد، وهذا ما أدى إلى إسباغ الصِّفة الاتفاقية التعاقدية على هذه الوسائل، وعليه، فإنَّ الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، تعتمد على إرادة الأطراف، وبالتالي فهذه الإرادة هي التي تحدِّد هذه الوسائل، وسوف نعرض التفاوض والوساطة في فقرتين.

أولاً: التفاوض

لا تقتصر أهمية التفاوض في العقود على المرحلة السابقة على التعاقد أو بعد إبرام العقد، وكذلك أثناء تنفيذه من خلال إعادة التفاوض(١٨).

ويعرف التفاوض بأنَّه: "حوار بين طرفَين أو أكثر، حول موضوع مُعيَّن، بهدف الوصول إلى اتفاق بين المتفاوضين، بما يحقِّق مصلحة كل منهم"(١٩).

وتزداد أهمية إدراج بند التفاوض في عقود التجارة الدولية خلال مرحلة إبرام العقد، أي عند صياغته، إي ينصب التفاوض على بنود العقد، كما يكون التفاوض عن طريق شخص واحد أو عن طريق فريق كامل، كي يساعد كل منهما الآخر في إيجاد الحلول البديلة، في حال تعذر الوصول إلى حل وذلك لضمان حسن استمرار عملية التفاوض(٢٠).

ويمكننا القول أيضاً إنَّ التفاوض هو عملية يتفاعل من خلالها طرفان أو أكثر يرون أنَّ هناك مصالح مشتركة بينهم، يتعذَّر تحقيقها من دون الحوار بين طرفَي عقود التجارة الدولية حول النزاع، وبالتالي، يتم حل الجزء الأكبر من المنازعات عبر التفاوض بين الأطراف من دون الحاجة إلى شخص ثالث (وسيط)، لأنَّ المفاوضات قد تتعثَّر في مراحل مختلفة، قد لا تسمح حدة النزاع بوجود مفاوضات مباشرة ابتداء بين الأطراف في بعض الأحيان، الأمر الذي يُحتِّم الاستعانة بوسيط أو طرف ثالث، للمساعدة الدفع بالتفاوض إلى الأمام.

كما إنَّ التفاوض المباشر من شأنه تجنب الخشية من محاباة الوسيط (الشخص الثالث) التي قد تظهر في الوسائل الودية، عندما يتوسَّط هذا الأخير في موضوع النزاع، ومن ثمَّ فإنَّ حل النزاع عن طريق التفاوض.

وهذا ما يؤدي بالتالي إلى تحفيز أطراف العقد على تضمين العقد شرطاً يقضي بضرورة اللجوء إلى التفاوض من أجل تقريب وجهات النظر المتباعدة بين الطرفَين حول المسائل الخلافية الخاصة بتنفيذ عقود التجارة الدولية(٢١).

كما يمكن أنْ يتم الاتفاق على التفاوض بين المديرين التنفيذيين لطرفَي النزاع، من أجل مناقشة الاقتراحات المطروحة لحسم النزاع، والهدف من هذا كلِّه، هو عرض النزاع على أشخاص غير من كان لهم دور في الوقائع التي أدت إلى ظهوره، غير أنَّه يجب أنْ يُراعى أنْ يكونوا بحكم موقعهم أشخاصاً أكثر قدرة على مواجهة النزاع، والوقوف على أسبابه الحقيقية، ومن ثم اختيار الحل الأمثل لحسم النزاع(٢٢).

والسؤال الذي يمكن أن نطرحه هنا هو هل الدخول في التفاوض من أجل التقريب بين وجهات النظر، يحتاج إلى اتباع إجراءات معيَّنة مفروضة على عاتق طرفَي التفاوض؟

للإجابة على هذا السؤال، لا بدّ من مراعاة عدَّة التزامات في العملية التفاوضية، منها:

١- الالتزام بالاستمرار بالتفاوض، بمعنى أنه على كل طرف تحضير نفسه لهذه المفاوضات، وتحديد مصالحه الحقيقية بشكل واضح مسبقاً، ومن ثم العمل خلال عملية التفاوض على تفهُّم مصالح الأطراف، والتخلّي عن المواقف الصلبة المبنية فقط على المصالح الذاتية غير الواقعية التي لا تراعي مصالح الطرف الآخر(٢٣)، ولكن ليس بالضرورة أنْ يؤدي هذا الالتزام إلى التوصل إلى الاتفاق، لأنَّ التفاوض هو التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة.

٢- الالتزام بالإعلام والسرية؛ إذ يتعيَّن على كل طرف من أطراف التفاوض إعلام الطرف الآخر بكل الأمور المحيطة بالنزاع، أي أنْ يُقدِّم المعلومات الصحيحة التي لا يمكن أنْ يتخلّلها كذب أو تضليل الطرف الآخر، كما إنَّ على الأخير أنْ يسعى إلى العِلم بهذه الظروف والمعلومات؛ ويرتبط هذا الالتزام بالتزام آخر، يتمثل في احترام كل طرفٍ لما يُقدِّمه الطرف الآخر من مبتكرات صناعية، أو تكنولوجية، وعدم إفشاء سرية المعلومات المالية والفنية التي يحصل عليها، واستخدامها خارج حدود النزاع(٢٤).

٣- تحديد الطرفَين مصالحهما المتبادلة خلال المفاوضات في تسوية النزاع لأنَّ من شأن ذلك تأمين استمرارية تعاملهما مستقبلاً(٢٥).

وعلى الرغم من أهمية الدور الذي يؤديه التفاوض، من خلال مساهمته الفاعلة في حل النزاعات، إلاَّ أنَّه ينتهي إما بالنجاح والوصول إلى الحل النهائي للنزاع المعروض؛ وبالتالي، لا تعود هناك حاجة إلى اللجوء إلى القضاء الوطني أو التحكيم، كما ينبغي إثبات هذا الحل في محرّر، حتى يكون هذا الأخير حجة على طرفَي عقود التجارة الدولية ، من أجل عدم إثارة المنازعة مستقبلاً، وإما قد ينتهي الأمر بإخفاق الطرفين بتسوية النزاع عن طريق التفاوض، وهنا يتعيّن على الطرفَين الالتجاء إلى الوسائل الودية الأخرى لحل النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية (٢٦).

ثانياً: الوساطة

هي اللجوء إلى طرفٍ ثالثٍ لمساعدة الأطراف المتنازعة على إزالة سوء التفاهم، ومن ثم الوصول إلى اتفاق قد يجنِّبهم كثيراً من الوقت والجهد والنفقات، التي يقتضيها اللجوء إلى ساحات القضاء أو حتى التحكيم(٢٧).

فالوسيط، هو الشخص الذي يشترك في المفاوضات الدائرة بين طرفَي عقود التجارة الدولية ، حول موضوع النزاع، محاولاً اقتراح حلٍّ مقنعٍ للنزاع(٢٨).

من هنا، تُعدُّ الوساطة إحدى الوسائل الودية لتسوية المنازعات، التي قد تنشأ عن هذه العقود، خاصة أنَّ الوسيط يتمتع بسلطة أوسع في حل النزاع، ويقابل الأطراف في أغلب الأحوال كلاً على

حدة لتحجيم الخلاف بينهم[٢٩].

وقد عرَّفت غرفة التجارة الدولية (ICC) في باريس الوساطة بأنَّها: "الصيغة التي يتدخل بمقتضاها غير المحايد (Tiers Imparti) بصفته مسهلاً (Facilitateur) بغية مساعدة الأطراف، أو الفرقاء المتنازعين على بذل الجهود للوصول إلى تسوية ودية لنزاعهم، عن طريق التفاوض (Negociation)"[٣٠].

وعليه، يتمُّ إقرار اللجوء إلى الوساطة بالاتفاق، أثناء التعاقد بين طرفَي العقود الاستثمارية أو يمكن الاتفاق عليها بعد ظهور النزاع، ولذلك لا بدّ أنْ يبيِّن الاتفاق كيفية سير عملية الوساطة، ابتداءً من تحديد التاريخ، وانتهاء بالتكاليف، والشخص الذي يقوم بهذه الوساطة[٣١].

الفرع الثاني

التوفيق والخبرة الفنية

تقتضي الإجراءات البديلة لتسوية المنازعات، تدخُّل أو مساعدة شخص ثالث محايد، يسعى إلى مساعدة أطراف العقد، بغرض الوصول إلى حلٍّ سلميٍّ للنزاع في حال حصوله، كما يجب أنْ تتميز باستهداف التوصل إلى تسوية سريعة وملائمة للنزاع بحيث تراعي فيه خصائصه الفنية، علماً أنَّ ثمة خصائص مشتركة تجمع بين إجراءات الوسائل البديلة لتسوية المنازعات إذ إنها تتّسم جميعها بالطبيعة الرضائية.

وعليه، فإنَّ صور الوسائل البديلة تتعدَّد، فإلى جانب التفاوض الذي سبق وتطرقنا له، يمكن في حال فشله اللجوء إلى الوساطة، ومن بعد الوساطة التي ذكرناها في ما سبق هناك التوفيق، والخبرة الفنية، وعلى هذا الأساس يجب الخوض بالتوفيق والخبرة الفنية في فقرتين.

أولاً: التوفيق

يُعدُّ التوفيق أحد الوسائل البديلة التي يمكن أنْ يلجأ إليها أطراف عقود التجارة الدولية ، فالتوفيق طريق بديل لتسوية النزاعات التي يمكن أنْ تحصل في هذا العقد الاستثماري، وهو طريق وُدِّي، باعتباره وسيلة يستطيع الطرفان من خلالها بأنفسهم أو بمساعدة شخص من الغير الاجتماع والتشاور للوصول إلى حلٍّ النزاع بينهما.

ويُقصد بالتوفيق، اتفاق بين طرفَين أو أكثر على تفويض شخص واحد أو أكثر، لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية[٣٢].

وبهذا الخصوص، تثور أثناء عملية تنفيذ عقود التجارة الدولية، كثير من المنازعات والخلافات في وجهات النظر بين الطرفَين، فقد تتّصل هذه الخلافات بطريقة الحساب أو بطريقة حساب الفواتير، أو كيفية احتساب فروق العملة في حال حصول فرق فيها، ففي هذه الخلافات الفنية والحسابية، يتم اللجوء إلى الموفِّق المتخصِّص لتسوية هذه النزاعات ، ومن دون التأثير على حسن

العلاقة بين طرفَي العقد[٣٣].

والتوفيق الذي نقصده هنا، هو التوفيق الاتفاقي، أي التوفيق غير القضائي الذي يتحقّق في غياب القاضي، وهذا التمييز حتى لا يتمّ الخلط بين التوفيق الذي نحن بصدده وهو أحد الوسائل الودية لحسم النزاع، وبين لجان التوفيق التي يكون اللجوء إليها إجبارياً بمقتضى نصٍّ في العقد، وهذا ما أكَّد عليه المشرِّع المصري، في القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠[٣٤].

إذن، إنَّ اللجوء إلى لجان التوفيق ليس اختيارياً، بل هو طريق حتمي بشروط مَن أراد أنْ يلجأ إلى القضاء، لأنَّه إذا ما سلك طريق القضاء قبل عرض الأمر على لجان التوفيق، قضي بعدم قبول دعواه، على عكس وسيلة التوفيق، فهي وسيلة اختيارية باتفاق طرفَي النزاع في عقود التجارة الدولية، وعلى ضوء ذلك، فإنَّ إجراءات التوفيق تجري من خلال مساعٍ حميدة، بعيداً عن فكرة الخصومة، أي إنَّ هذه المساعي هي التي تُمكِّن أطراف عقود التجارة الدولية من الاحتفاظ بعلاقات طيبة، ويكون لكلٍّ من الطرفَين الحرية في قبول أو رفض اقتراحات الموفق[٣٥].

يبقى السؤال الذي نطرحه في هذا المجال: هل يوجد اختلاف بين الوساطة والتوفيق؟ أم إنَّ الوساطة والتوفيق لهما دور واحد في حسم النزاعات؟ ولتوضيح ذلك، هناك رأيان، سوف نتناولهما تباعاً:

١- لم يميِّز هذا الاتجاه بين التوفيق والوساطة، معتبراً إياهما بمعنى واحد، كما جاء في قانون "الأنسترال" الصادر بشأن التوفيق التجاري الدولي؛ إذ نصّت المادة (٢) منه على ما يلي: "يُقصد بالتوفيق، أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أم بالوساطة، أم بتعبير آخر ذي مدلولٍ مماثلٍ يطلب فيها الطرفان من شخص آخر أو أشخاص آخرين (الموفّق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية، أو علاقة قانونية أخرى، أو ما يتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفِّق صلاحية فرض حلٍّ النزاع على الطرفَين"[٣٦].

٢- ميَّز هذا الاتجاه بين التوفيق والوساطة؛ إذ يكون لكلٍّ وسيلةٍ معنى مختلفٌ، إلاَّ أنَّه نظراً إلى الاختلاف بين الوساطة والتوفيق في الدور الذي يمارسه الشخص الذي يمثل كلاً منهما في حسم النزاع عندما يعرض عليه، فإنه إذا كان حسم النزاع الناشئ عن عقود التجارة الدولية يتم من دون الخوض في المسائل القانونية التي تتعلّق بموضوع النزاع، نكون هنا أمام وسيلة التوفيق، وبالعكس إذا كان دور الشخص الثالث أكثر فعالية في التدخل لبيان الموقف القانوني لطرفَي العقد، فضلاً عن تقييم مركز كلٍّ منهما بوساطة النصوص القانونية، فهنا نكون أمام الوساطة؛ وبالتالي، يُعتبر دور الوسيط أكثر فاعلية من دور الموفِّق في حسم النزاع بين أطرافه[٣٧].

يتّضح ممّا سبق، أنَّ الاتجاه الأوَّل هو الراجح، على الرغم من أنَّ الوساطة والتوفيق

مصطلحان مترادفان لمعنى واحد، من حيث أنَّ رأي الموفق والوسيط غير مُلزم لأطراف النزاع، غير أنَّ دور الموفق قد لا يقتصر على مجرَّد التقريب بين وجهات النظر بين الأطراف؛ بل يمكن أنْ يتعدّى ذلك إلى اقتراح الحلول المناسبة لحلِّ النزاع المتعلِّق بعقود التجارة الدولية.

ثانياً: الخبرة الفنية

قد لا يمكن للوسائل الودية السابقة أنْ تحلَّ النزاع بين طرفَي عقود التجارة الدولية دائماً، نظراً لأنَّ النزاع الذي ينشب بينهما قد يكون فنياً يحتاج إلى أهل الخبرة والتخصّص في ما يتنازع بشأنه طرفَا عقود التجارة الدولية(٣٨).

وتعرَّف الخبرة الفنية بأنَّها: "الإجراء الذي يَعهد بمقتضاه القاضي، أو الخصوم إلى شخص ما، مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني، التي يكون على دراية بها، دون إلزام القاضي بهذا الرأي"(٣٩).

من هنا، فإنَّ الخبرة لا تقوم بالفصل بالنزاع، إذ إنَّ دورها يقف عند حدِّ إبداء الرأي في مسألة فنية محلّ خلافٍ بين طرفَي عقود التجارة الدولية، ويمكن أنْ يقدم الخبير الاقتراحات اللازمة لتسوية النزاع، على أنْ تكون هذه الاقتراحات غير ملزمة لطرفَي النزاع(٤٠).

ولكن من الممكن أنْ يتَّفق الطرفان على أنْ تكون لبعض هذه القرارات طبيعة ملزمة، وخاصة في المنازعات المالية ذات القيمة الضئيلة (قليلة)، والتي لا تتجاوز قدراً معيناً إذ إنَّه يحسن حسم المنازعات، إذ لا يتصور الالتجاء إلى التحكيم بشأنها، أما باقي المنازعات المتعلِّقة بعقود التجارة الدولية، فيبقى القرار غير ملزم للطرفَين(٤١).

إذ إنَّ الخبير هو شخصٌ يملك دراية فنية حول موضوع معيَّن، ويكلَّف بإبداء رأيه الاستشاري بصدد مسألة فنية أو مالية، ويُقدِّم تقريره إلى الأطراف لمراجعته، ومن خلال التقرير، يمكن لكل طرفٍ من أطراف المنازعة معرفة أبعاد المنازعة، والتأكد من مركزه القانوني.

وما نحن بصدده الآن، هو الخبرة الودية (الاتفاقية)، التي هي اتفاق الأطراف على الاستعانة بشخص أو أكثر من الغير، لإبداء رأي مقدّماً إياها تقريره حول المسائل الفنية التي يصعب على الأطراف الإلمام بها(٤٢).

وعلى عكس الخبرة القضائية، التي هي استعانة القاضي بشخص متخصِّصٍ في مسألة من المسائل الفنية، تستلزم الخبرة الودية معرفة متخصصة لإبداء رأي الخبير فيها، حتى يتسنى له الفصل في النزاع المعروض أمامه(٤٣).

يُستخلص ممّا تقدّم، أنَّ الوسائل البديلة لحل المنازعات لها خصائص مشتركة، من ناحية

أنَّها جميعها تتّصف بالرضائية، إذ لا يمكن إجبار أحد أطراف عقود التجارة الدولية في مشروعات البنية الأساسية على الالتجاء إليها أو القبول بالغرامة التي جاءت في قراراتها ما لم يكن برضاه، وقد يتّفق الطرفان على أنْ يكون الالتجاء إلى إحدى هذه الوسائل كشرط مسبق مثل: الالتجاء إلى التحكيم أو القضاء. ومن ناحية أخرى، تهدف هذه الإجراءات – في مجملها – إلى تسوية المنازعات، مع بقاء استمرار تنفيذ العقد من دون المساس بحقوق الأطراف طوال مدة تنفيذ عقود التجارة الدولية. وهذه التسوية قد تكون بطريقة مباشرة بين أطراف العقد أنفسهم كالتفاوض، أو عن طريق تدخُّل شخص ثالث يقوم بإنهاء النزاع، من خلال الطريق التي يختارها الأطراف مثل الوساطة أو التوفيق أو الخبرة.

المطلب الثالث

التحكيم كوسيلة لحسم منازعات عقود التجارة الدولية .

يُعدُّ التحكيم في الوقت الحاضر من أهم الوسائل التي يمكن أنْ يلجأ إليها طرفَا عقود التجارة الدولية لحسم المنازعات التي قد تحصل أثناء تنفيذ هذا العقد، لما يحتويه هذا العقد من أمور فنية متخصِّصة ومراحل متلاحقة، كما إنَّ أغلب هذه العقود، لا يحكمها القانون الداخلي، لتعدُّد أطراف العقد، ومن الممكن أنْ يكون البعض منهم ينتمي إلى دول أجنبية، تخشى الرجوع إلى القضاء الوطني، غير أنَّ معظم التشريعات، ومنها التشريع العراقي نظَّمت تنفيذ الأحكام الأجنبية بموجب إجراءات معينة، ينبغي اتباعها من قِبل الأطراف، كما إنَّ العراق دخل في اتفاقيات إقليمية ودولية حول تنفيذ الأحكام الأجنبية(٤٤).

وقد درجت أغلب العقود التي أُبرمت مؤخراً سواء أكان في العراق أم في دول أخرى، على إضافة شرط أو بند لفض المنازعات عن طريق التحكيم، الأمر الذي ألزمنا بالبحث في التحكيم بشيء من التفصيل، ابتداءً من مفهوم التحكيم، وانتهاءً بموقف التشريعات منه، لأنّنا لا نكاد نجد عقداً من عقود التجارة الدولية، إلاَّ وبضمنه شرط التحكيم، وهذا ما أدى إلى ظهور مؤسّسات متخصِّصة في التحكيم. ولم يقف الأمر عند هذا الحد؛ بل بدأت أغلب الدول بتنظيم التحكيم تشريعياً، لما له من أهمية كبرى في حلِّ المنازعات التي تحصل في المشروعات الكبرى، التي من شأنها أنْ تنمي أي بلد وُجدت فيه، وسنحاول في هذا المطلب أنْ نسلط الضوء على تعريف التحكيم ومبررات اللجوء إليه في عقود التجارة الدولية، لذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في **الفرع الأوَّل** تعريف التحكيم، ونتناول في الفرع الثاني مزايا اللجوء إلى التحكيم.

الفرع الأوَّل

تعريف التحكيم

للتحكيم أهمية كبرى في مجال حل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود التجارة الدولية ، فإنَّ هذه المنازعات تتطلّب حسماً سريعاً، بعيداً عن الإجراءات الروتينية التي يمكن أنْ تحصل في

القضاء، وقد عرَّفه البعض بأنَّه: "إجراء اختياري لتسوية المنازعات، بحكمٍ ملزمٍ يتأسَّس على القبول المسبق من جانب الأطراف في النزاع"(٤٥).

أو بأنَّه: "نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعينة على أنْ تعهد إلى شخص أو أشخاص من الغير، بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم، ويتمتع بحجية الأمر المقضي"(٤٦).

وعرَّفته مجلة الأحكام العدلية بمقتضى نص المادة (١٧٩٠) بالآتي: "التحكيم هو اتخاذ الخصمين – برضاهما – حاكماً يفصل خصومتهما ودعواهما"(٤٧).

وعرَّفه المشرِّع العراقي في مشروع التحكيم لسنة ٢٠١١، بأنَّه: "أسلوب يختاره أطراف النزاع لحله، من محكّم أو أكثر، بدلاً من اللجوء إلى القضاء"(٤٨).

كما أشار قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، في المادة (٢٥١) منه إلى الآتي: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معيَّن، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معيَّن"(٤٩).

يمكننا على أساس ما تقدّم، وضع تعريف للتحكيم بأنَّه: وسيلة يقوم بواسطتها أطراف النزاع بمحض إرادتهم بإحالة نزاعهم إلى طرف ثالث محايد، يكون محكّماً ويتم اختياره بواسطتهم، للنظر في ذلك النزاع، لإصدار قرار نهائي فيه، بعد سماع الأدلة والبراهين التي يقدّمها أطراف عقود التجارة الدولية .

يتّضح مما تقدّم، أنَّ جميع التعاريف السابقة تؤكد على أنَّ التحكيم هو عقدٌ رضائيٌّ، يختاره أطراف العقد للفصل بعلاقاتهم التعاقدية، بعيداً عن إشراف المحاكم الوطنية ورقابتها، إذ يقوم الأطراف أنفسهم باختيار المحكمة التحكيمية التي تفصل في أي نزاع قد ينشأ بينهم، وهذا يضمن إلى حدٍّ كبيرٍ استمرار تلك العلاقات، على الرغم ممّا قد يشوبها من خلافات ومشاكل خلال فترة سريانها، وحرية الأطراف في اختيار المحكمة التحكيمية، في إطار الإرادة المطلقة للأطراف تعتبر من أهم مزايا التحكيم، إذ إنَّ هذه الإرادة هي التي تمنح المحكمة التحكيمية مشروعيتها وصلاحيتها للنظر في النزاع، نظراً لاستمداد المحكّم تفويضه وسلطته للقيام بهذه المهمة من أطراف النزاع أنفسهم.

وقد لاقى استعمال التحكيم، كبديل عن التسوية القضائية في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم، وبين الإدارة لحل المنازعات بصفة عامة ومنازعات عقود التجارة الدولية اهتماماً كبيراً، وذلك لما يتميّز به التحكيم من بساطة في الإجراءات، وسرعة، بعكس إجراءات التقاضي أمام المحاكم، إذ إنَّ المتعاقد على عقود التجارة الدولية يكون في الأغلب إحدى شركات القطاع الخاص الأجنبية، أو حتى الوطنية ويكون تعاقده قائماً على أساس الربح، ما يجعلها تفضل نظام التحكيم لحسم المنازعات، التي يمكن أنْ تحصل جراء تنفيذ هذا العقد(٥٠).

كما أشار القانون العراقي إشارة صريحة إلى الكتابة في اتفاق التحكيم، وهذا ما نصّت عليه المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، حيث أجازت إبطال حكم التحكيم، إذا كان الحكم قد صدر بغير بنية تحريرية، أي إذا لم يكن الاتفاق مكتوباً، وهذا يؤكد أنَّ الكتابة، حتى لو كانت لإثبات الاتفاق، وليس لانعقاده، فإنَّه لا يجوز قبول غيرها، ولا يقوم مقامها وسيلة إثبات أخرى، من يمينٍ أو إقرارٍ، خلافاً للقواعد العامة في الإثبات[٥١].

نخلص من ذلك، إلى أنَّ كتابة الاتفاق شرط جوهري للتحكيم في عقود التجارة الدولية، ولا يجوز إثبات الاتفاق بأي وسيلة أخرى، وعلى ذلك، فإنه إذا جرى التحكيم من دون اتفاق مكتوب، واعترض أحد الطرفَين على ذلك في حينه، ولم يؤخذ باعتراضه، فيكون هذا سبباً صحيحاً للطعن بحكم التحكيم، ولا يقبل الادعاء بأنَّ الكتابة، هي شرط إثبات في بعض هذه القوانين.

للتحكيم أنواع مختلفة ومتعدِّدة، تبعاً للمعيار المتّخذ في التفرقة بينها، كما لا يتّخذ التحكيم في الواقع العملي صورة واحدة، وإنما ينقسم إلى صور وأشكال متعدِّدة، وعلى هذا ينقسم التحكيم إلى وطني ودولي، اختياري وإجباري، وهذا ما سنتناوله تباعاً:

١ – التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

إنَّ عملية التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي ليست مهمة، فهناك معايير عديدة للتفرقة، منها: القانون الواجب التطبيق بالنسبة للإجراءات الخاصة بالتحكيم[٥٢]. والتحكيم الوطني هو التحكيم الذي يكون داخل دولة واحدة ويكون مقر التحكيم داخلها، وأحياناً قد يسود اضطراب شديد، يؤدي إلى اللبس في استخدام الأوصاف التي تلحق بالتحكيم، فهو يُوصف بأنَّه وطني أو محلي، كما يُوصف بأنَّه أجنبي، وهذا الأخير مرادف للدولي، فالمعيار المهم في تحديد ما إذا كان تحكيماً وطنياً أم أجنبياً، هو القانون الواجب التطبيق بالنسبة لأطراف عقود التجارة الدولية[٥٣].

وهذا ما استقر عليه فقهاء القانون[٥٤] والقضاء والمعاهدات الدولية على أساس مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة، فأطراف النزاع قد يقومون بأنفسهم بوضع إجراءات التحكيم، وقد يتفقون على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم بالنيابة عنهم، وقد يتفقون على تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم.

والسؤال الذي يمكن أنْ نطرحه في هذا الصدد، هو: هل يكفي مجرّد تطرق أحد هذه العناصر إلى التحكيم ليكون التحكيم فيه صفة دولية؟

يذهب رأي في الفقه[٥٥] إلى أنَّ عنصر مكان إجراء التحكيم، ليس كافياً بمفرده لإضفاء الصفة الدولية على التحكيم، معتبرين أنَّ هذا العنصر يُعدّ مصطنعاً، ولا يرتبط بأي حال بالنزاع المطروح على التحكيم؛ بل يرتبط بالحالة المزاجية لأطراف عقود التجارة الدولية أو المحكمين باختيارهم مكاناً مرفهاً يقيمون فيه طوال فترة التحكيم.

بينما ذهب رأي آخر[٥٦] إلى أنَّ جنسية أطراف عقود التجارة الدولية أو جنسية المحكمين، تعد كذلك من العناصر غير المؤثرة في تحديد دولية التحكيم، فإذا كان النزاع المطروح على التحكيم بين شخصين ينتميان إلى جنسية واحدة بصدد معاملة داخلية، تطبّق عليه أحكام القانون الوطني، ولا يمكن اعتبار هذا التحكيم دولياً لمجرد أنَّ الأطراف من جنسية أجنبية.

وهناك رأي آخر من الفقه أخذ بضابطة القانون واجب التطبيق؛ إذ إنَّ اختيار الطرق القانونية الواجبة التطبيق، قد يلعب دوراً بارزاً في اعتبار هذا التحكيم دولياً أم وطنياً، وفي كثير من العقود، ومنها عقود التجارة الدولية، نجد أنَّ الأطراف يتجهون إلى قانون محايد، ليحكم في ما قد ينشب بينهم من منازعات، بغية إقامة نوع من التوازن في علاقاتهم، ولاستبعاد الشكوك المتبادلة في قوانينهم الوطنية، وهذا القانون المحايد، إما أنْ يكون قانون دولة غير تلك التي ينتمي إليها، أي من العاقدين، أو أنْ يكون غير قانون الدولة التي يقوم عليها المشروع، كأن تكون دولة محايدة، كما يمكن أنْ يكون قانوناً آخر يختاره مركز التحكيم الدائم الذي يلجأ إليه الأطراف[٥٧].

ونستنتج ممّا تقدّم، أنَّ التحكيم يكون دولياً إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفَي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين، كما في حال التجاء الطرفَين بالاتفاق إلى منظمة تحكيم، أو مركز تحكيم، يوجد مقره خارج البلد الذي حصل فيه النزاع.

٢ – التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري

التحكيم الاختياري هو التجاء الأطراف المتعاقدين – بإرادتهم الحرة المختارة – بموجب الاتفاق على التحكيم، وبمقتضى هذا التحكيم يختار الأطراف المتعاقدين المحكمين وإجراءات التحكيم، وكذلك القانون الواجب التطبيق[٥٨].

وبالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل، الذي نظم التحكيم الاختياري في العراق، نجد أنَّ التحكيم الاختياري يمكن أنْ يكون داخلياً، كما يمكن أنْ يكون دولياً؛ حيث أجاز الاتفاق على شرط التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معيَّن[٥٩].

ولكنّ السؤال الذي يمكن أنْ نطرحه في هذا المجال هو: هل يجوز الاتفاق على أنْ يحصل التحكيم خارج العراق أو وفقاً لقانون أجنبي؟

بدايةً، لا توجد إشارة إلى التحكيم التجاري الدولي في قانون المرافعات المدنية العراقي، وبالرجوع إلى نصّ المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي نجدها نصت على ما يلي: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قرَّرته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق"[٦٠].

يتبيَّن من نصّ المادة أعلاه، أنّ المشرِّع العراقي أعطى إمكانية تطبيق قانون أجنبي، ولكنْ

شرط أنْ لا تخالف أحكام هذا القانون أو أعراف النظام العام، والآداب العامة في العراق.

كما أشار قانون الإجراءات المدنية الفرنسي إلى التحكيم الاختياري؛ إذ نصّت المادة (١٤٤٢) منه على أنَّ: "اتفاق التحكيم هو اتفاق يتعهّد الأطراف في عقد ما بمقتضاه بإخضاع المنازعات التي قد تنشأ بينهم إلى التحكيم"(٦١).

أما التحكيم الإجباري، فهو التحكيم المفروض على الأطراف من المشرِّع؛ إذ لا يكون لإرادة الأطراف أي تدخُّل في اللجوء إليه، فيلتزم الأطراف باتباعه إجبارياً، ولا يجوز لهم اللجوء إلى القضاء الذي لا تكون له سلطة الفصل في المنازعة ابتداءً؛ إذ يجب على الأطراف اللجوء بشأنها إلى التحكيم(٦٢).

بمعنى أنَّ التحكيم الإجباري هو الذي ينص المشرِّع على الالتزام بالالتجاء إليه لحل النزاع، وهذا النوع من التحكيم هو بمثابة قضاء استثنائي، قدّر المشرِّع أنه الأجدر والأقدر على حل بعض الأنواع من المنازعات(٦٣).

الفرع الثاني

مزايا اللجوء إلى التحكيم

قد تتضمّن عقود التجارة الدولية بنداً تحكيمياً، يشير إلى فضِّ المنازعات التي يمكن أنْ تحصل جراء التنفيذ، عن طريق التحكيم بدلاً من القضاء، وغالباً ما تلجأ شركة المشروع (الجهة المنفذة) للعقد على النص عند إبرامه على إخضاعه للتحكيم، لتجنب البطء في إجراءات عمل المحاكم في فضّ المنازعات، والذي قد يؤثِّر سلباً على عمل هذا العقد في هذه المشروعات.

وبالرجوع إلى أغلب التشريعات التي تنظِّم هذه العقود، نجدها تؤيد بند التحكيم في نصوص صريحة، معتبرةً أنَّ التحكيم كوسيلة مستقلة لحل المنازعات التي تنشأ عن أي عقد (٦٤).

من هنا، لا بدّ لنا من الخوض في المزايا التي يتمتع بها التحكيم في عقود التجارة الدولية.

إنه يكفل نظام التحكيم قدراً من الخصوصية لأطرافه في حسم المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود التجارة الدولية، بعيداً عن ساحات القضاء، كما يتيح لهم الفرصة لاختيار المحكّم بناءً على خبراته ومهاراته بحسم المشكلات المتنوعة في العديد من العقود الشديدة التعقيد والمتعدِّدة الأطراف، ما يوفِّر الوقت والجهد والنفقات، ويساعد على إنهاء النزاع بحكمٍ يقترب كثيراً من الواقع(٦٥).

كما يعتمد الاختيار على أنْ يتوفَّر لدى المحكم الحد الأدنى من العلم القانوني، باعتبار أنَّ التحكيم يخضع لبعض النصوص الإجرائية التي لا يمكن عدم التقييد بها، لأنَّ عدم التقيُّد بها يؤدي إلى إبطال القرار التحكيمي، غير أنَّ هناك أحكاماً تتعلّق بالنظام العام ولذلك لا بدّ من احترامها(٦٦).

التحكيم هو اتفاق ودي سريع الإجراءات، وأكثر مرونة، وأكثر سرية، وأقل تكلفة، ويحتاج لخبرة خاصة ولكفاءة المحكم، ولذلك، فإنَّ السرعة التي يتميَّز بها التحكيم، تعتبر من أهم المزايا التي

يتمتّع بها التحكيم في عقود التجارة الدولية[٦٧].

يتم التحرُّر من قيود القوانين والقواعد الوطنية، كما إنَّ التحكيم يعطي الحق للأطراف في اختيار القانون الذي يطبّق على الإجراءات، والقانون الذي يطبّق على الموضوع، وكذلك اختيار المحكمين، ومكان التحكيم، ولغته، ويولّد الاطمئنان لأطراف عقود التجارة الدولية[٦٨].

يعاني القضاء دائماً من بطء الإجراءات، والمعروف أنَّ عقود التجارة الدولية يحتاج إلى توريدات أو تركيبات لأجهزة ومعدات مستوردة، ولذلك يكون هناك كمٌّ هائلٌ من المستندات التي يضطر القضاء للاطلاع عليها، وترجمتها في حال النزاع، وتبقى مشكلة قبول الأطراف كافة لهذه الترجمة، وهذا كلّه يؤدي إلى تجميد مبالغ نقدية هائلة بانتظار صدور الحكم من القضاء، الذي قد يتعرّض للطعن عليه وهذا يحتاج وقت وجهد، على عكس التحكيم الذي يتّسم بسرعة الإجراءات، ويؤدي بالتالي إلى سير المشروع موضوع العقد بانتظام[٦٩].

يتمتّع المحكم بخبرة خاصة، تؤهّله للفصل في النزاع المعروض أمامه، لأنَّه في بعض الأحيان – لا يمكن للقضاء معرفة كل تفاصيل العمل بالعقود الكبرى، والتي تدخل ضمن أعراف التجارة الدولية، هذا فضلاً عن القوانين الوطنية الداخلية التي تفرض لغة الدولة الرسمية في التقاضي، في حين يتيسر للمحكم المختص أنْ يكون على دراية كاملة بلغة العقد ومستنداته والأعراف التعاقدية، كما إنَّ المحكم ينفذ اتفاق التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق، واللغة، ومكان التحكيم[٧٠].

وقد نظَّم المشرِّع العراقي التحكيم في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدّل، في المواد (٢٥١ – ٢٧٦)، إذ نصّت المادة (٢٥١) من القانون أعلاه على أنه، (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاعٍ معيَّن، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقدٍ معيَّن)[٧١].

كما إنَّ قانون تنفيذ العقود العامة الذي صدر بأمر من سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والمعدل بقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، التحكيم ضمناً في القسم (١٢) منه، أجاز التسوية البديلة للنزاع عند تسوية جميع النزاعات المماثلة، أي سواء أكانت اعتراضات على المناقصة أم شكاوى خلال إدارة العقود العامة.

كما أجاز نصّ المادة (٦٩) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقي لسنة ١٩٧٣، اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ المقاولة، التي تكون الدولة طرفاً فيها، بوصفها ربّ العمل، والمقاول كطرف ثانٍ عراقياً كان أم أجنبياً[٧٢].

وبالتالي، جاء قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، الذي أجاز أيضاً اللجوء إلى التحكيم في العقود الاستثمارية؛ كما نصّت الفقرة (٤) من المادة (٤٧) منه على أنه، (إذا كان النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون، يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها الالتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي، أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً)[٧٣].

ومع كل ذلك، عمل المشرِّع العراقي على مشروع قانون التحكيم لسنة ٢٠١١، ليخصِّص عمل التحكيم بقانون موحَّد يجمع في طياته كل ثغرات التحكيم، مؤكداً فيه على شرط الكتابة، إذ نص البند أوّلاً من المادة (٤) من مشروع قانون التحكيم على أنه، (يجب أنْ يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلاَّ كان باطلاً إذا ورد في وثيقة موقعة بين الطرفَين، أو جرى تبادلها بوسائل الاتصال الحديثة كالبرقيات، أو التلكس، أو الفاكس، أو البريد الإلكتروني، أو غيرها من تلك الوسائل، إذا كانت تثبت تلاقي إرادة مرسليها على اختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع)[٧٤].

يتّضح من نصّ مشروع القانون، أنَّ القانون العراقي جعل الكتابة شرطاً لصحة التحكيم وانعقاده، وليس لإثباته فقط، وهو ما عمل به المشرِّع المصري والفرنسي، حيث نصّ قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (٢٥٢) منه على أنه، (لا يثبت التحكيم إلاَّ بالكتابة، ويجوز الاتفاق أثناء المرافعة....)، ما يعني أنَّ الكتابة في اتفاق التحكيم شرط للإثبات، وليس للانعقاد، بمعنى أنّه إذا أقرّ الطرفان أمام القضاء بحصول التحكيم شفاهاً، يمكن الأخذ بإقرارهما، وكذلك رتّب البند أوّلاً من مشروع قانون التحكيم البطلان على عقد التحكيم في حال تخلف شرط الكتابة.

الخاتمة

توصلنا في ختام بحثنا إلى عدد من النتائج والمقترحات

اولاً: النتائج

١- تؤدي الوسائل البديلة دوراً مهماً في فض المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية ، من حيث كونها تعنى في موضوع النزاع اكثر من اعتنائها بجوانبه القانونية هذا من جانب ، ومن جانب اخر تهدف الى التوصل السريع في تسوية النزاع وغير ملزمة للطرفين إلا برضاهما .

٢- تتمتع عقود التجارة الدولية بطبيعة قانونية خاصة ترجع من جهة الى طبيعة طرفيها لكونها تبرم بين طرفين احداهما عام وهو الدولة وطرف خاص أجنبي وهو المستثمر، ومن جهة أخرى تهدف هذه العقود بشكل أساسي إلى الإسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية داخل الدولة التي تتم بها هذه المشاريع الاستثمارية الكبرى .

٣- قد يكفل التحكيم قدراً من الخصوصية لأطراف عقود التجارة الدولية عند حصول نزاع بينهم ، وهذا يعني الخروج عن ساحات القضاء، كما يتيح لهم المجال في اختيار المحكم بناءً على خبراته ومهاراته بفض النزاعات التي يمكن ان تحصل أثناء تنفيذ عقود التجارة الدولية.

ثانياً: المقترحات

١- نأمل من المشرع العراقي إعادة النظر في مشروع قانون التحكيم العراقي وإقراره بأسرع وقت، لأن النصوص القانونية الموجودة ضمن قانون المرافعات المدنية العراقي غير كافية لمعالجة هكذا عقود استثمارية ضخمة .

٢- ضرورة اختيار افضل المتفاوضين واسناد عملية صياغة عقود التجارة الدولية الى متخصصين في الامور القانونية ، إذ غالباً ما تستند عملية صياغة العقد الى موظفين تنقصهم الخبرات بالمقارنة مع الخبراء الفنيين والقانونيين.

٣- نأمل من المشرع العراقي التأكيد على ضرورة اختيار افضل المتفاوضين واسناد عملية صياغة عقود التجارة الدولية الى متخصصين في الامور القانونية ، وهذا يجعلنا في وضع اطمئنان اثناء عملية صياغة العقود المهمة.

الهوامش

[١] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص٥٠٧.

[٢] هبه هزاع، توازن عقود الإستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص٣٢٧.

[٣] د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط٢، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٢، ص٧.

[٤] د. غسان عبيد محمد، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥ ، ص١٨٥.

[٥] نصّ الفقرتان(١، و٥) المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

[٦] نصّ الفقرات (١، ٢، ٣) من المادة (١٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

[٧] د. هاني صلاح سرى الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الاساسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤، ص٣٦٩.

[٨] د. محمد الروبي، عقود التشيد والاستقلال والتسليم (B.O.T) ، دراسة في اطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤، ص٢٨٨، د. رجاء حسين عبد الأمير د. يوسف سعدون محمد، نماذج عقود استثماريه وفق القانون المقارن، ط١، دار الرياحين للنشر والطباعة، بابل، ٢٠٢١، ص٧.

[٩] د. شفيق محسن، عقد تسليم المفتاح، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص١٢٥، د. رجاء حسين عبد الأمير د. يوسف سعدون محمد، المرجع السابق، ص٨.

[١٠] د. محمد الروبي، مصدر سابق، ص١٩٢- ١٩٣.

[١١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، المكتبة العالمية، المنصورة، ١٩٨٤، ص٢٣٢.

[١٢] نصّ الفقرة (١) من المادة (٣٣) من قانون التجارة الدولية (الانسترال) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

[١٣] نصّ الفقرة (١) من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، على أنه، (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه).

[١٤] د. حفيظه السيد الحداد، المرجع السابق، ص٥٠٨.

(15) Henry Brown, et Autres, ADR Principles and practice, (U.K.: Sweet & Maxwell, 1993, P.9).

إشار إليه د. هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، ص٣٧١، ٣٧٢.

(١٦) د. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج ٨، عقد البيع، (دراسة مقارنة)، منشو رات الحلبي الحقوقية بيروت، ١٩٩٥، ص٣٣٢.

(17) Charles Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », Revue internationale de droit comparé, Numéro 2, Année 1997, Volume 49, 2001 - 2002, p.2.

- أشار إليه، آزاد شكور صالح ، الوسائل البديلة ذات الطابع التفاوضي لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة صلاح الدين اربيل، كلية القانون والسياسة، ٢٠١٢، ص٤٤.

(١٨) تختلف شروط التفاوض (محل البحث)، عن شروط إعادة التفاوض، لأنَّ الالتزام بالتفاوض كصورة من صور تسوية النزاع بصورة ودية أو سلمية (وهذا هو موضوع بحثنا)، يختلف عن الالتزام بإعادة التفاوض على شروط التنفيذ؛ حيث يكون هدف هذا الأخير، خلق آلية تعمل على تواصل الحوار بين طرفي العقد أثناء التنفيذ حال تحقق ظرف أو ظروف معينة ومحددة سلفاً في العقد، وقبل أنْ ينشأ النزاع. ما يعزز فرص استمرار التنفيذ، في حين إنَّ الالتزام الذي يرد كجزء من آليات تسوية النزاع بصورة ودية لا يستهدف استعادة التوازن العقدي أو ضمان استمرار التنفيذ، وإنَّما يهدف بالأساس إلى حلّ النزاع، ولكنَّ هذا لا يمنع أنْ يتمتع شرط إعادة التفاوض بالأهمية، لأنَّه قد يلعب دوراً مهماً في الإبقاء على التعامل والتواصل بين أطراف عقود التجارة الدولية ، ما يتيح تحقيق الفرصة لهم لتسوية خلافاتهم بالطرق الودية، دون اللجوء إلى القضاء الوطني؛ ينظر: هبة هزاع ، المرجع السابق، ص١٦٥.

(١٩) د. مصطفى عبد المحسن إبراهيم الحبش، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٤٦٨.

(٢٠) منتظر محمد مهدي محمد، عقد المشورة المهنية، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ٢٠٠، ص٢٠٠.

(٢١) د. غسان عبيد محمد المعموري، المفاوضات ودورها في تسوية منازعات عقود التنمية التكنولوجية، بحث منشور في مجلة القانون، العدد الثاني، السنة٣٥، جامعة أهل البيت، العراق، (٢٠١٦)، ص٦٦.

(٢٢) د. حامد ماهر محمد، النظام القانوني لعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٥، ص٤٤٤.

(٢٣) آزاد شكور صالح، المرجع السابق، ص١٣٤.

(٢٤) د. وضاح محمود الحمود ، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠١٠ ، ص٢٠٠، ٢٠١.

(٢٥) د. محي الدين القيسي، "الوساطة، والمصالحة، والمفاوضات، وسائل بديلة لحل الخلافات التجارية"، بحث مقدَّم في الملتقى العربي الأول حول التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات، بيروت، للفترة من ٢٠١٠/٥/٣١ إلى ٢/٦/ ٢٠١٦، ص٥.

(٢٦) د. دويب حسين صابر عبد العظيم ، الاتجاهات الحديثة في عقود الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة: ، بدون سنة نشر، ص٤٥٣، د. رجاء حسين عبد الأمير د. يوسف سعدون محمد، المرجع السابق، ص٧٧.

(٢٧) د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود (B.O.T) وما يماثلها، ط١، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص٣٢١، ٣٢٢.

(٢٨) د. ياسر سبهان جاد الله، التنظيم القانوني لعقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية (M.O.O.T)، دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠١٤)، ص٢٢٨.

(٢٩) نجاتي عبد الغني ابراهيم، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام ال (B.O.T) دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠، ص٢٧٠.

(٣٠) نصّ المادتين (١، ٢) من قواعد غرفة التجارة الدولية، منشور في الموقع الخاص بقواعد غرفة التجارة الدولية، والمتاح على الرابط الالكتروني:

- http://www.jus.uio.no/im/icc.arbitration.rules.1998/doc.htm.

تاريخ الزيارة: (٢٠٢٢/٢/٣)، الساعة ٣ مساءً.

(٣١) د. حامد ماهر محمد ، المرجع السابق، ص٤٤٦.

(٣٢) د. محمد محمد أبو العينين، "تجارب بعض الدول النامية في مشروعات البنية الأساسية"، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية، القاهرة، للفترة من ٢٨ – ٢٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٩، ص١١.

(٣٣) د. هاني صلاح سرى الدين، المرجع السابق، ص٣٧٣.

(٣٤) نصّت المادة الأولى من القانون الخاص بتنظيم التوفيق لتسوية المنازعات، على الآتي: ينشأ في كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، جهة أو أكثر للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية، التي تنشأ بين هذه الجهات وبين العاملين فيها، أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة".

(٣٥) د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٤٤٨.

(٣٦) سميرة حصايم، عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وز، كلية الحقوق، ٢٠٠١، الجزائر، ص١٣٣.

(٣٧) د. ياسر سبهان جاد الله، التنظيم القانوني لعقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية (M.O.O.T)، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014 ، ص٢٣٦.

(٣٨) د. هاني صلاح سرى الدين، التنظيم، المرجع السابق، ص٣٧٣.

(٣٩) د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، ط١، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت، ، ١٩٩٠، ص١٤.

(٤٠) نجاتي عبد الغني ابراهيم ، المرجع السابق، ص٢٧١.

(٤١) د. هاني صلاح سرى الدين ، المرجع السابق، ص٣٧٣.

(٤٢) وليد محمد عباس يوسف، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، أطروحة دكتوراه، القاهرة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٨.

(٤٣) الجدير بالذكر أنَّ الخبرة تعتبر من قواعد الإثبات التي حرصت أغلب التشريعات على الأخذ بها، لما لها من فضل في مساعدة القاضي على التغلب على المسائل الفنية أو العلمية التي قد يواجهها أثناء نظره في النزاع، وقد نظّم المشرِّع العراقي نظام الخبرة في المواد المدنية في قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩؛ وأيضاً نظّم المشرِّع المصري نظام الخبرة في المواد المدنية والتجارية في المواد (١٣٥) إلى (١٦٢) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨؛ وأيضاً نظّمها المشرِّع الفرنسي في المواد من (٢٣٢) إلى (٢٨٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١٠) لسنة ٢٠١٤.

(٤٤) د. يوسف سعدون محمد، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، ط ١، منشو را ت الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦ ، ص٢٠٠.

(٤٥) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص١٥.

(٤٦) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص٤٤.

(٤٧) نصّ المادة (١٩٧٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤٨) نصّ الفقرة (أولاً) من المادة (١) من مشروع قانون التحكيم العراقي لسنة ٢٠١١.

(٤٩) نصّ المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٥٠) د. وائل محمد السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص٣٦٦.

(٥١) د. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، قوانين الإمارات والبحرين والسعودية وسوريا والعراق وقطر والكويت ولبنان وليبيا، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٨٥.

(٥٢) د. يوسف سعدون محمد، المرجع السابق، ص١٦٧.

(٥٣) د. محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص١٩.

(٥٤) د. هشام علي صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الدولية الخاصة، الدار الفنية للطباعة والنشر ، الإسكندرية: ، ١٩٨٧، ص٥٨، د. أشرف عبد العليم، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٢١٨.

(55) Jacques *Béguin, L'arbitrage commercial international*, (Montréal : Centre de recherches en droit privé et comparé du Québec, 1987, p.70).

- اشار إليه د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان – الأردن،٢٠٠٩، ص٩٨، ٩٩.

(٥٦) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، المنصورة – مصر: ١٩٨١، ص٦٠.

(٥٧) د. وائل محمد السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص٣٣٧.

(٥٨) د. ياسر سبهان جاد الله ، المرجع السابق، ص٢٥٠.

(٥٩) نصّت المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على الآتي: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معيَّن كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين".

(٦٠) نصّ المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٦١) نصّ المادة (١٤٤٢) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١٠) لسنة ٢٠١٤، وهي كالآتي:

"La Clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naitre relativement à ce contrat".

(٦٢) د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٤٤.

(٦٣) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص٩٤١.

(٦٤) أغلب التشريعات الخاصة بالاستثمار، جاءت متضمّنة في متونها بنوداً تشير – بشكل صريح – إلى إلزامية خضوع أطراف العقد إلى التحكيم مثل القانون الألباني لسنة ١٩٩٣، وقانون الاستثمار في جمهورية إفريقيا الوسطى لسنة ١٩٨٤، وقانون الاستثمار الموريتاني لسنة ١٩٨٩، وقانون الاستثمار الصومالي لسنة ١٩٨٧؛ ينظر د. يوسف سعدون محمد، المرجع السابق، ص٢٠٧.

(٦٥)د. وائل محمد السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص٣٦٦.

(٦٦) قرار صادر عن محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الخامسة، رقم (١٥٠) بتاريخ ٢٠٠٤/١١/٩؛ منشور في مجلة العدل، تصدر عن نقابة المحامين في بيروت، الجزء (٢)، ٢٠٠٥، ص٢٨٤؛ وقرار صادر عن محكمة استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، رقم (٩٧) بتاريخ ٢٠٠٣/٨/٥، منشور في مجلة العدل، تصدر عن نقابة المحامين في بيروت، الجزء الثاني، العدد الأوّل، ٢٠٠٤، ص٢٥٤.

(٦٧) د. حمد محمد أبو العينين، "المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنت قانون (اليونسترال) النموذجي للتحكيم"، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الأوّل، أيار/مايو (١٩٩٩)، ص٨.

(٦٨) د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص٢٩٥.

(٦٩) نجاتي عبد الغني ابراهيم، المرجع السابق، ص٢٩٥.

(٧٠) عبدالحميد السباعي، عقد الصيانة والإصلاح كصورة من صور العقود الإدارية غير المسماة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٨، ص٧١٤.

(٧١) نصّ المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٧٢) د. سعدون ناجي، دراسة في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية كعقد نموذجي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥، ص ١١٢، د. رجاء حسين عبد الأمير ، د. يوسف سعدون محمد، المرجع السابق، ص١٨.

(٧٣) نصّ الفقرة (٤) من المادة (٤٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

(٧٤) نصّ الفقرة (أوّلاً) من المادة (٤) من مشروع التحكيم العراقي لسنة ٢٠١١.

المصادر

اولاً: الكتب القانونية

١- د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، المنصورة – مصر: ١٩٨١.

٢- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.

٣- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، المكتبة العالمية، المنصورة ١٩٨٤.

٤- د. أشرف عبد العليم، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٢١٨.

٥- د. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج ٨، عقد البيع، (دراسة مقارنة)، منشو رات الحلبي الحقوقية بيروت، ١٩٩٥، ص٣٣٢.

٦- د. حامد ماهر محمد، النظام القانوني لعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٥، ص٤٤٤.

٧- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، ط١، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦.

٨- د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.

٩- د. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، قوانين الإمارات والبحرين والسعودية وسوريا والعراق وقطر والكويت ولبنان وليبيا، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت: ٢٠٠٧.

١٠- د. رجاء حسين عبد الأمير د. يوسف سعدون محمد، نماذج عقود استثماريه وفق القانون المقارن، ط١، دار الرياحين للنشر والطباعة، بابل، ٢٠٢١.

١١- د. دويب حسين صابر عبد العظيم ، الاتجاهات الحديثة في عقود الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة: ، بدون سنة نشر.

١٢- د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

١٣- د. سعدون ناجي، دراسة في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية كعقد نموذجي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥

١٤- د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، ط١، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت، ، ١٩٩٠.

١٥- د. غسان عبيد محمد ، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، دراسة مقارنة، ط١، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٥).

١٦- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان – الأردن، ٢٠٠٩.

١٧- د. محمد الروبي، عقود التشيد والاستقلال والتسليم (B.O.T) ، دراسة في اطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤.

١٨- د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

١٩- د. مصطفى عبد المحسن إبراهيم الحبش، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ، القاهرة: ٢٠٠٢.

٢٠- د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط٢، دار المعارف، الإسكندرية.

٢١- د. هشام علي صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الدولية الخاصة، الدار الفنية للطباعة والنشر ، الإسكندرية: ، ١٩٨٧.

٢٢- د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود (B.O.T) وما يماثلها، ط١، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

٢٣- د. وضاح محمود الحمود ، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠١٠ ، ص٢٠٠، ٢٠١.

٢٤- د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

٢٥- د. هاني صلاح سرى الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الاساسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤.

٢٦- د. ياسر سبهان جاد الله، التنظيم القانوني لعقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية (M.O.O.T)، دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠١٤)،

٢٧- د. يوسف سعدون محمد، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، ط ١، منشورا ت الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

١- آزاد شكور صالح ، الوسائل البديلة ذات الطابع التفاوضي لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة صلاح الدين اربيل، كلية القانون والسياسة، ٢٠١٢،

٢- سميرة حصايم، عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تبزي وز، كلية الحقوق، ٢٠٠١، الجزائر،

٣- عبدالحميد السباعي، عقد الصيانة والإصلاح كصورة من صور العقود الإدارية غير المسماة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٨.

٤- نجاتي عبد الغني ابراهيم، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام ال (B.O.T) دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠.

٥- وليد محمد عباس يوسف، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، أطروحة دكتوراه، القاهرة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٨.

ثالثاً: البحوث

١- خليل عمر غصن، "قضاء التحكيم في القانون اللبناني وأهميته في تطبيق الشريعة الإسلامية على المعاملات المدنية والتجارية"، ورقة عمل مقدّمة في مؤتمر التحكيم، لنقابة المحامين في بيروت، لبنان، ٢٠١٣.

٢- خليل عمر غصن، "قضاء التحكيم في القانون اللبناني وأهميته في تطبيق الشريعة الإسلامية على المعاملات المدنية والتجارية"، ورقة عمل مقدّمة في مؤتمر التحكيم، لنقابة المحامين في بيروت، لبنان، ٢٠١٣.

٣- عبدة جميل غصوب، "عقود الـ B.O.T: إشكالية التحكيم في عقود الإدارة"، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، العدد الثامن، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بيروت، كانون الثاني/يناير، ٢٠٠٢.

٤- غسان عبيد محمد المعموري، "المفاوضات ودورها في تسوية منازعات عقود التنمية التكنولوجية"، بحث منشور في مجلة القانون، العدد الثاني، السنة٣٥، جامعة أهل البيت، العراق، (٢٠١٦).

٥- محمد ماجد محمود، "مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة بين النظام الكويتي وبعض النظم الأخرى"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العددان (الخامس والسادس)، بيروت، ١٩٩٧.

٦- محمد محمد أبو العينين، "المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنت قانون (اليونسترال) النموذجي للتحكيم"، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الأوّل، أيار/مايو (١٩٩٩).

٧- محمد محمد أبو العينين، "تجارب بعض الدول النامية في مشروعات البنية الأساسية"، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية، القاهرة، للفترة من ٢٨ – ٢٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٩.

٨- محي الدين القيسي، "الوساطة، والمصالحة، والمفاوضات، وسائل بديلة لحل الخلافات التجارية"، بحث مقدَّم في الملتقى العربي الأول حول التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات، بيروت، للفترة من ٢٠١٠/٥/٣١ إلى ٢/٦/ ٢٠١٦.

رابعاً: القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢ – القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٣ – قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

٤ – قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.

٥ – قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١٠) لسنة ٢٠١٤.

٦ – قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

٧ – قانون التجارة الدولية (الانسترال) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

٨ – قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

٩ – قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

١٠– مشروع قانون التحكيم العراقي لسنة ٢٠١١.

خامساً: المصادر الاجنبية

1- Alain Redfern and Others, Law and Practice of International Commercial Arbitration, second edition, 1991.
2- Charles Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », Revue internationale de droit comparé, Numéro 2, Année 1997, Volume 49, 2001 – 2002
3- Henry Brown, et Autres, ADR Principles and practice, (U.K.: Sweet & Maxwell, 1993.
4- Jacques *Béguin, L'arbitrage commercial international*, (Montréal : Centre de recherches en droit privé et comparé du Québec, 1987.