شرط التحكيم الدولي في عقود المقاولات العامة

الدكتور ضرغام محمود كاظم

مدرس القانون التجاري

كلية القانون والعلوم السياسية

الجامعة العراقية

خلاصة

تكمن خلاصة بحثنا **(شرط التحكيم الدولي في عقود المقاولات العامة)** في ان هذه العقود يكون احد اطرافها الدولة، لذا يذهب غالبية الفقه الى اعتبارها من عقود الادارة العامة، كونها تبرم بين طرفين احدهما الادارة، واتصال العقد بأحد المرافق العام، مما يدفع الادارة باعتماد وسائل القانون العام بما يتضمنه العقد من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وامام هذه الشروط، يتجلى الدور الكبير للتحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عن هذا النوع من العقود، فالطرف الاخر وهو غالباً ما يكون مستثمر اجنبي يخشى من عرض النزاع امام القضاء الوطني للدولة المضيفة **وتظهر اشكالية** البحث في غياب التنظيم التشريعي المتكامل المنظم لأحكام التحكيم الدولي في مجال العقود الادارية في العراق، باستثناء بعض الاحكام التي تجيز الالتجاء الى التحكيم التجاري الدولي، منها على سبيل المثال المادة (٢٧ / الفقرة ٤ و٥) من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل، و المادة (٨/ ثانياً/٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. **من هنا جاء اختيارنا لموضوع البحث** في دراسة نظرية للتحكيم الدولي واثره على عقود المقاولات العامة، معتمدين الدراسة المقارنة كأسلوب للبحث بين القانون العراقي والتشريعات المنظمة لأحكام التحكيم الدولي .و**تهدف الدراسة** للبحث عن تسوية المنازعات الناشئة بين الدولة والغير في مجال عقود المقاولات العامة عن طريق التحكيم، ومدى اعتبار هذه العقود عقوداً تجارية لا عقوداً ادارية وما تستلزم من سرعة في المعاملات وثقة بين التجار، كذلك تقليل الاجراءات المعروفة في اقامة الدعوى امام القضاء، للتوصل الى خلاصة من عدد من النتائج منها مدى جواز اللجوء الى التحكيم في عقود المقاولات العامة، واذا اعتمد التحكيم في هذا النوع من العقود ما هي الاثار المترتبة على ادراجه .

مقدمة

المقاولة من العقود التي تنعقد بين الافراد فتخضع للقانون الخاص وللأحكام الواردة بشأنها في القانون المدني، كما ان من المقاولات ما تكون الادارة طرفا فيه، ويعقد تحقيقا لأغراض عامة فيخضع لما تخضع له العقود الادارية من احكام، وتختلف الجهة المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة عن هذه العقود المبرمة بين المقاولين وبين جهة الادارة باختلاف التنظيم القضائي للدول[١]، بيد ان هذا القضاء ينبغي له ان يراعي تطبيق احكام المقاولات العامة وقواعد المصلحة العامة ويطبق الشروط التي تتضمنها هذه القواعد.ويعرف المشرع العراقي المقاولة في المادة (٨٦٤) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، بانها (عقد يتعهد احد طرفيه ان يصنع شيئاً او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر)، والعمل الذي يؤديه المقاول هو في الغالب عمل فني لأنه عبارة عن صنع شيء او تشييد بناء وفق تصميم معين، فهو ليس بالعمل العادي الذي يقدمه العامل الذي يتعهد ببذل عمله البدني في المعمل، وان اقتضى ذلك العمل شيئا من المهارة، ولذا اوجب القانون المدني على المقاول في تنفيذ المقاولة مراعاة اصول الفن في استعمال المواد وجعله مسؤولا عما يصيب المواد من تلف او ضرر نتيجة قلة كفاءة المقاول الفنية[٢].اما القضاء العراقي فقد حدد مفهوم المقاولة العامة وطبيعة العمل الذي ترد عليه، بانها (اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية دون العقود الاستشارية او عقود تجهيز السلع والخدمات المتصلة بها التي تكون دوائر الدولة طرفا فيها)[٣]، وحيث ان هذه العقود في مجال بحثنا يكون احد اطرافها الدولة، لذا يذهب غالبية الفقه الى اعتبارها من عقود الادارة العامة[٤]، مستندين في ذلك، الا ان عقود المقاولات العامة هي بالإضافة الى كونها تبرم بين طرفين احدهما الادارة، واتصال العقد بأحد المرافق العامة[٥]، فأن هذه الادارة تتبع فيها وسائل القانون العام بما يتضمنه العقد من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[٦]، هذه الشروط تتسم بطابع السلطة العامة، اي تعطي للإدارة امتيازات وسلطات استثنائية قبل الطرف الاخر في العقد، منها حق الادارة في تعديل شروط العقد، وحق الادارة في فسخ العقد في خارج الاحوال الطبيعية وحق الادارة في الرقابة وايقاع الجزاءات، وغيرها من الشروط العقدية التي تنفرد الادارة بإيقاعها. وامام هذه الشروط التي قد يرى فيها المستثمر او المقاول شروطاً تعسفية تفرضها جهة الادارة، تظهر الحاجة الى ايجاد وسيلة يرتضي الطرفين اعتمادها لتسوية المنازعات الناشئة في هذا النوع من العقود فيما لو تحققت، وبذلك يتجلى الدور الكبير للتحكيم كأحد الوسائل الضرورية لتسوية منازعات عقود المقاولات العامة، فالطرف الاخر وهو غالباً ما يكون مستثمر اجنبي يخشى من عرض النزاع امام القضاء الوطني للدولة المضيفة، اذ قد لا يكون الالتجاء الى القضاء الوطني للدولة المضيفة الطريقة المثلى لفض المنازعات، ذلك ان المستثمر الاجنبي قد ينظر الى القضاء الوطني نظرة الريبة، تخوفاً من تحيزه الى دولته باعتبارها طرفاً في المنازعة، اضف الى ذلك ان الدول المضيفة للاستثمار قد تجد ليس من الاوفق تقديم منازعات الاستثمار الى قضائها الوطني، لان توالي صدور احكام لصالحها في مثل هذه المنازعات قد يؤدي الى تخوف المستثمرين الاجانب، وعدم الاقدام الى ابرام عقود الاستثمار مع هذه الدول .فالتحكيم هو الطريقة التي تختارها الاطراف لفض

المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع والبت فيه امام شخص او اكثر يطلق عليهم اسم المحكم او المحكمين، دون اللجوء الى القضاء(٧).

مشكلة البحث: تتمثل مشكلة البحث في غياب التنظيم التشريعي المتكامل المنظم لأحكام التحكيم الدولي في مجال العقود الادارية في العراق، باستثناء بعض الاحكام التي تجيز الالتجاء الى التحكيم التجاري الدولي، منها على سبيل المثال المادة (٢٧ / الفقرة ٤ و٥) من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل، و المادة (٨/ ثانياً/٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

اهمية البحث :تبدو اهمية البحث كوسيلة لفض المنازعات الناشئة بين الدولة والغير في مجال عقود المقاولات العامة عن طريق التحكيم ومدى اعتبار هذه العقود عقوداً (تجارية لا عقوداً ادارية) وما تتطلبه من سرعة في المعاملات وثقة بين التجار ورغبة في الاستمرار بالتعامل التجاري بين الاشخاص او بين المؤسسات، كذلك تقليل الاجراءات المعروفة في اقامة الدعوى امام القضاء والسير فيها حتى صدور الحكم، يضاف الى كل ذلك في ميدان التجارة الدولية عدم وجود جهة قضائية واحدة للنظر في المنازعات الناشئة عن التعامل التجاري الدولي، وعدم وجود قواعد قانونية موحدة تخضع لها تلك المعاملات، كما ان المتعاملين في التجارة الدولية غالباً ما يترددون في طرح منازعاتهم امام المحاكم الوطنية خشية تطبيق قواعد القانون الداخلي والتي في الغالب يجهلون احكامها او ان تلك القواعد قد لا تأخذ بنظر الاعتبار ضرورات التعامل والتي تقتضيها التجارة الخارجية والاعراف السائدة في هذا المجال .

موضوع البحث_:من هنا جاء اختيارنا لموضوع البحث في (شرط التحكيم الدولي في عقود المقاولات العامة) ، معتمدين الدراسة المقارنة كأسلوب للبحث والتحليل بين القانون العراقي والتشريعات المنظمة لأحكام التحكيم الدولي منها القانون المصري والقانون الفرنسي وغيرها من بعض التشريعات المنظمة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، مقسمين الدراسة الى مبحثين، خصصنا الاول: للتنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي ويتضمن التعريف بالتحكيم واهم الخصائص التي يمتاز بها وكذلك تمييزه عن وسائل تسوية المنازعات الدولية الاخرى. اما المبحث الثاني: فقد خصص لبيان الاثار المترتبة على التحكيم في عقود المقاولات العامة، اذ يرتب شرط التحكيم الدولي في عقود المقاولات العامة جملة من الاثار، منها ما يتعلق بشرط التحكيم ذاته كاستقلاله عن العقد التحكيمي الاصلي واذعان طرفي المنازعة لأحكامه، والبعض الاخر من الاثار يتعلق بالعقد التحكيمي الاصلي وما يطرأ عليه من احداث قوة قاهرة وظروف طارئة .

اسئلة البحث :وهذا الامر يثير جملة من التساؤلات لعل اهمها، مدى جواز التحكيم في عقود المقاولة التي تكون الدولة طرفا فيها؟، وهل يمكن عدَ هذه العقود عقودا تجارية؟ وما هي الاثار التي يرتبها شرط التحكيم في هذه العقود؟

هذه التساؤلات والآراء سيتم الاجابة عنها ومناقشتها من خلال خطة بحث دراستنا.

خطة البحث :

المبحث الاول : التنظيم القانوني لشرط التحكيم الدولي .

المطلب الاول : التعريف بشرط التحكيم الدولي والخصائص التي يتميز بها .

الفرع الاول : مفهوم شرط التحكيم الدولي في عقود المقاولات العامة

الفرع الثاني: خصائص شرط التحكيم الدولي .

المطلب الثاني : النطاق القانوني والفقهي للتحكيم في عقود المقاولات العامة.

الفرع الاول : موقف الفقه من جواز التحكيم في عقود المقاولات العامة.

الفرع الثاني: الموقف التشريعي من التحكيم في عقود المقاولات العامة .

المبحث الثاني: الاثار المترتبة على التحكيم في عقود المقاولات العامة .

المطلب الاول: الاثار المترتبة على ادراج شرط التحكيم في عقود المقاولات العامة.

الفرع الاول : استقلال شرط التحكيم في التجارة الدولية .

الفرع الثاني: اذعان اطراف التجارة الدولية للتحكيم .

المطلب الثاني : شرط التحكيم في مواجهة تغير شروط التعاقد.

الفرع الاول : تأثير احداث القوة القاهرة في عقود المقاولات العامة.

الفرع الثاني: تأثير نظرية الظروف الطارئة في عقود المقاولات العامة.

المبحث الاول : التنظيم القانوني لشرط التحكيم الدولي .

الاصل في فض المنازعات الناشئة بين المتعاقدين هي المحاكم، وقد اولت الدول غالبية سلطاتها القضائية ما يكفل لها الحرية والاستقلال في اتخاذ القرارات دون اي تأثير من السلطات الاخرى، وهو ما ضمنه الدستور العراقي في المادة (١٩)منه على ان (القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون)[٨] .وقد نظمت القوانين والانظمة كيفية مراجعة القضاء وكيفية الطعن بأحكامه، مع توفر الحريات اللازمة لذلك، الا ان القوانين اجازت استثناء من اللجوء الى القضاء الاحتكام الى هيئات التحكيم للنظر في منازعات الخصوم ويجري اختيار هذه الهيئات باختيار الخصوم او بواسطة المحكمة، وبعد التطور السريع والمهم الذي طرأ على المعاملات اخذ شرط التحكيم يأخذ اهميته بالدراسة والتمحيص لأنه يقرر الاجراء الملزم لكل من اطراف العقد، فالتحكيم قيد على حرية طرفي العقد اختاراه بحريتهما. واذا كان لشرط التحكيم تلك الاهمية في العقود العادية، فأن اهميته ازادت بشكل واضح في عقود المقاولات العامة، خاصة التي يكون احد اطرافها شخص اجنبي، فقد اصبح شرط التحكيم في الوقت الحاضر اهم وسيلة يرغب بها المتعاملون في العقود الدولية باللجوء اليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يصار بموجبه الى اتباع التحكيم عند حدوث نزاع او خلاف يتعلق بتفسير او تنفيذ العقد المذكور، ذلك ان العقود الدولية تختلف عن العقود الخاصة بالتعامل الداخلي، حيث ان هذه الاخيرة تحكمها قواعد القانون الداخلي، اما العقود الدولية فتكون في الغالب بين اطراف تنتمي الى دول مختلفة، وتختلف تلك الدول في معالجة القضايا التي تطرح نتيجة الخلاف بين الاطراف، في الوقت الذي نجد فيه على الصعيد الدولي قواعد للتحكيم اصبحت معروفة متبعة من قبل التجار، مما يثير التساؤل بشأن مدى امكانية احالة عقود المقاولات العامة التي تبرم بين الدولة مع احد الاشخاص الاجنبية الى التحكيم الدولي بموجب شرط للتحكيم يتضمنه هذا العقد، ومدى جواز ذلك في القانون العراقي والمقارن وللإجابة عن ذلك، نبحث في التعريف بشرط التحكيم الدولي والخصائص التي يتميز بها (مطلب اول)، ثم نبين بعد ذلك موقف الفقه والتشريع من شرط التحكيم الدولي في عقود المقاولات العامة (مطلب ثاني) .

المطلب الاول : التعريف بشرط التحكيم الدولي والخصائص التي يتميز بها .

يلجأ الاطراف في عقود المقاولات العامة الى التحكيم لفض نزاعاتهم عن طريق شرط التحكيم او بالإحالة الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، نبين مفهوم شرط التحكيم الدولي (فرع اول)، وتمييزه عن وسائل تسوية المنازعات الدولية الاخرى (فرع ثاني) :

الفرع الاول : مفهوم شرط التحكيم الدولي في عقود المقاولات العامة . يتحدد مفهوم شرط التحكيم التجاري الدولي، بتعريفه اولاً، وبيان اطرافه ثانياً .

اولاً : تعريف شرط التحكيم الدولي ان التحكيم التجاري الدولي لم يعد سلعة يجب استظهار محاسنها، بل اصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية، ولم يعد دوره قاصراً على فض المنازعات بعد نشوبها بل اصبح من وجهة نظر العديد من المؤتمرات الدولية[٩] اداة فعالة يجب استخدامها لتفادي قيام المنازعات اثناء المفاوضات الدولية طويلة المدى التي تتعلق بالتصنيع او نقل التكنولوجيا او المشروعات المشتركة او اثناء تنفيذ هذه العقود . وشرط التحكيم، هو عبارة عن نص وارد ضمن نصوص عقد معين، يقرر الالتجاء الى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول عقد ما وطريقة تنفيذه، او هو الاتفاق الذي يتعهد الاطراف بمقتضاه في العقد المبرم بينهم، على ان يتم الفصل في المنازعات المحتملة النشوء بينهم بسبب هذا العقد من خلال التحكيم[١٠].وشرط التحكيم يمكن ان يرد بصيغة عامة، دون ان يتطرق الى التفصيل لكنه يشير الى عرض النزاعات التي قد تنشأ مستقبلا على التحكيم، وهذا لا يمنع من تحديد الاجراءات الاخرى[١١]، او ان يرد شرط التحكيم متضمناً الإجراءات الواجب اتباعها عند تحقق حالة النزاع بين الطرفين. وقد يرد الشرط في العقد او في وثيقة مستقلة، بشرط ان يرد قبل نشوء النزاع، وبذلك يقوم شرط التحكيم بدور وقائي، اذ يستبعد الاختلاف والتعطيل في مسار عرض النزاع، والذي قد ينشأ عند ابرام **مشارطة التحكيم، وهو ما يميز شرط التحكيم عن هذه الاخيرة، والتي هي عبارة عن اتفاق يبرمه الاطراف استقلالاً عن العقد الاصلي بعد نشوء نزاع فعلي بينهما، بهدف اللجوء الى وسيلة التحكيم لفض هذا النزاع[١٢]، في حين ان شرط التحكيم يرد قبل نشوء النزاع.** وينقسم شرط التحكيم الى شرط تحكيم عام، وشرط تحكيم خاص .

١- شرط التحكيم العام: حيث يحال بموجبة الى التحكيم جميع المنازعات التي ستنشأ في المستقبل دون استثناء والمتعلقة بتفسير او تنفيذ العقد .

٢- شرط التحكيم الخاص: ويكون شرط التحكيم خاصا عند احالة بعض المنازعات الى التحكيم دون البعض الاخر قبل نشوء النزاع[١٣]

وتجدر الاشارة الى حالة اخرى، وهي شرط التحكيم بالإحالة، اذ قد تنصرف اشارة الاطراف المتعاقدين في العقد الموقع بينهم الى وثيقة معينة تحتوي على شرط التحكيم، واعتبارها جزءاً مكملا للعقد، بحيث تعد الاحالة اليها هي الاساس الذي يستند عليه للقول بوجود شرط تحكيم[١٤].ولا شك ان شرط التحكيم بالإحالة يفترض خلو العقد الاساسي من بند يشير صراحة الى اللجوء للتحكيم، وانما تتجه ارادة الاطراف المتعاقدين الى الاخذ بالشروط العامة او العقود النموذجية لتنظيم احكام العقد او لتكملة ما ورد به من احكام .وتعد الوثيقة المحال اليها من قبل الاطراف والتي تتضمن شرط التحكيم، جزء لا يتجزأ من العقد الاصلي، ولا يتأثر في حالة بطلان العقد الاصلي او انهاؤه، حيث يعتبر هذا الشرط الوارد في الوثيقة مستقلا عن العقد الاصلي .ويعد ذلك تطبيقاً للقاعدة العامة التي تنص على استقلالية شرط التحكيم في الكتابة والشكل، والتي اصبحت سارية في معظم التشريعات الحديثة، وهي تعني ان شرط التحكيم منفصل انفصالا تاماً عن العقد الاصلي مهما كان موقف القانون الواجب التطبيق على العقد الاصلي، كما سيجئ بيان ذلك. ويفسر البعض[١٥]، عند تأييد هذه النظرية، الى ان العقد التحكيمي قد يكون له قانون مختلف عن قانون الشرط التحكيمي، مما يدل على عدم ارتباط العقد الاساسي بالشرط التحكيمي، بمعنى ان هناك استقلالية بين العقد الاساسي والشرط التحكيمي في اثبات العقد بالكتابة وفي شكليات العقد .

ثانيا : اطراف شرط التحكيم الدولي في عقود المقاولات العامة . ينعقد شرط التحكيم في عقود المقاولات العامة، بالمقاول اولاً، والدولة او احدى هيئاتها، ثانياً.

١- **المقاول او (المستثمر)** : يعد المقاول او المستثمر الطرف الاول في عقد المقاولات العامة، ولم يورد المشرع العراقي تعريفاً للمقاول وانما اقتصر على بيان مفهوم المقاولة[١٦]، ويمكن تعريفه بانه الشخص الذي يتعهد ان يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به رب العمل، او انه من يتولى تنفيذ وادارة مشروع المقاولة، حيث هو من يتولى تنفيذ فكرة الاستثمار ووضعها موضع التطبيق .

٢- **الدولة او احدى هيئاتها** : ان تحديد مفهوم الدولة او احدى هيئاتها المتعاقدة مع احد الاشخاص الاجنبية، يُمَكن من معرفة العقود المبرمة بينهما سواء كانت تجارية ام ادارية، وقد وجدت هناك معايير تقليدية واخرى حديثة[١٧]، لتوضيح الاجهزة المعنية القادرة على التعاقد باسم الدولة ولصالحها، فقد تلجأ الدولة الى التعاقد مع الطرف الاجنبي بشأن احد عقود المقاولات الاستثمارية اما بصورة مباشرة بواسطة حكومتها، او ان تلجأ الى التعاقد معه بواسطة احد المؤسسات او الاجهزة التابعة لها، مع انصراف الاثار المترتبة على التعاقد اليها ما دامت هذه الاجهزة تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة من دون ان يؤثر في ذلك تمتع او عدم تمتع هذه الهيئات بالشخصية المعنوية. ويلاحظ ان القانون العراقي يعد جميع العقود في مجال المقاولات العامة التي تعقدها الدولة وتكون طرفا فيها هي عقوداً ادارية تسري بشأنها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، حيث نصت المادة (١/اولاً/أ) منها، على ان (تسري احكام هذه التعليمات على العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الرسمية ممثلة برئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء ومجلس النواب ومجلس القضاء الاعلى والامانة العامة لمجلس الوزراء والوزرات والجهات غير المرتبطة وبوزارة والاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم مع الجهات العراقية وغير العراقية لتنفيذ المقاولات العامة والمشاريع ....). **وبذلك تكون عقود المقاولات العامة التي تبرمها الجهات المذكورة في المادة انفاً، هي عقوداً ادارية يجيز التحكيم الدولي فيها بشرط، ان يكون القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق[١٨]، ولا يستثني من احكام هذه التعليمات سوى العقود الممولة من الدول الاجنبية او المنظمات الدولية او الاقليمية او المنظمات غير الحكومية والمنفذة استنادا الى اتفاقيات او بروتوكولات تبرم مع جهة التعاقد العراقية، وكذلك تستثنى الشركات العامة عند تعاقدها مع الجهات الرسمية بصفتها مقاول .**

الفرع الثاني : خصائص شرط التحكيم الدولي في عقود المقاولات العامة .

يمتاز التحكيم بعدد من الخصائص التي تميزه عن غيره من وسائل تسوية المنازعات كالخبرة والصلح والتوفيق، فالتحكيم يختلف عن الخبرة، حيث ان الاخيرة تعني اعطاء الراي في مسالة استناداً الى معرفة الخبير واختصاصه في الامور التي يبدي رايه فيها، وهذا الراي غير ملزم لأي من اطراف النزاع، بينما قرار المحكم في النزاع يكون ملزماً، وواجب التنفيذ. كما يختلف التحكيم عن الصلح، حيث ان الصلح كما عرفته المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي، بأنه (عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي)، اما التحكيم فأنه يقطع الخصومة بصدور حكم من المحكم او المحكمين.وكذلك يختلف التحكيم عن التوفيق، حيث ان اجراءاته ابسط بكثير من اجراءات التحكيم وان الموفق يحاول ان يقرب بين وجهات نظر الطرفين للتوصل الى اتفاق لتسوية النزاع، كما ان حكم التحكيم يكون ملزماً للأطراف، اما قرار التوفيق فليست له صفة الالزام ولا يلتزم الموفق بتطبيق قانون معين[١٩] .واهم ما يميز التحكيم بالإضافة الى ما تقدم انه يعد قضاءً اصيلا للتجارة الدولية، فلا يمكن عده عقداً يقوم على مبدأ سلطان الارادة باتفاق طرفيه، وبذلك يختلف عن التحكيم التجاري الداخلي للدول .فالنظريات والآراء التي

سيقت بشأن اعتبار التحكيم التجاري الداخلي للدول اعمالاً لمبدأ سلطان الارادة أي باعتباره عقداً، لم يتفق اصحابها على طبيعة هذا العقد، فهل هو عقد من عقود القانون العام او عقد من عقود القانون الخاص، وهل هو عقد ينظم الشكل او الموضوع، واذ كان من عقود القانون الخاص، فتارة يرون فيه عقد مقاولة، او عقد عمل، او وكالة او هو عقد من نوع خاص[٢٠] .في حين يرى من يخالف الراي السابق[٢١]،ان التحكيم قضاءً، الا انه استثناء من الاصل، فقضاء الدولة الاصل والتحكيم استثناء، وتعد العلاقة التي تربطهما علاقة الخاص بالعام، حيث القضاء ذو اختصاص عام والتحكيم ذو اختصاص خاص، ولذلك فأن باب القضاء مفتوح دائما لكل ما لا يشمله اتفاق التحكيم، ولكل قضية لا تستند صراحة الى اختصاص المحكم .**واذا كان ما تقدم على مستوى التحكيم التجاري الداخلي، فأن غياب الدولة العالمية التي يقوم قضائها للفصل في المنازعات الدولية، احد الاسباب التي دعت الى اعتبار التحكيم قضاءً اصيلاً لمنازعات التجارة الدولية[٢٢]، وهو ما نذهب اليه باعتباره الراي الراجح، بما يمثله التحكيم من وسيلة لفض المنازعات تتلاءم مع معطيات التجارة الدولية .**

المطلب الثاني : النطاق القانوني والفقهي للتحكيم في عقود المقاولات العامة.

تعد مسألة التحكيم في عقود المقاولات العامة محل جدل كبير، بين الفقهاء حيث كان مثار الخلاف في البدء حول العقد الاداري، وناحية الاختصاص القضائي، فضلاً اختلاف الموقف بالنسبة للتشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم الدولي، ولعرض هذه الآراء نبين موقف كل من الفقه (الفرع الاول)، والموقف التشريعي (الفرع الثاني).

الفرع الاول: موقف الفقه من جواز التحكيم في عقود المقاولات العامة.

تنازع الفقه والقضاء في فرنسا ومصر بشأن مسألة مدى جواز التحكيم في عقود الدولة رأيان، الاول يذهب الى عدم جواز التحكيم في العقود الادارية، بينما يذهب الراي الثاني الى جواز ذلك .

اولا : عدم جواز التحكيم في عقود المقاولات العامة .يبدي الاتجاه الفقهي المعارض للجوء الدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة الى التحكيم مع شخص خاص اجنبي عدة حجج واسانيد لعل اهمها، ان شرط التحكيم في عقود الدولة وان كان يمثل عنصر الرضا فيها، الا انه يتعارض مع سلامة الدولة ومصلحتها العليا، التي هي فوق سلامة القانون، كما ان التحكيم قد يمس بعض الاعتبارات السياسية والسيادية للدولة، فضلا عن المشكلة الاساس في مدى جواز معاملة الدولة معاملة الافراد، عند ابرامها احد العقود التجارية الدولية مع طرف اجنبي خاص. لذا يرى جانب من الفقه[٢٣]، عدم جواز التحكيم في عقود الدولة، ذلك ان الدولة قد عمدت الى وضع دستور لها يحكم تصرفاتها دون ان تخالفه، وانشئت بمقتضاه سلطاتها المختلفة ومنها السلطة القضائية واخضعت ما قد ينشأ عن عقودها من منازعات الى السلطة القضائية دون غيرها، لذا لا يمكن استبعاد اختصاص هذه السلطة من نظر المنازعات الناشئة عن عقود الدولة التي يكون احد اطرافها شخصاً خاصاً اجنبياً وجعلها تخضع للتحكيم، فالتحكيم ينحصر مجال تطبيقه في المنازعات الناشئة بين الافراد العاديين والهيئات الخاصة، ولا يمكن ان يطبق على النزاعات التي تكون الدولة او احد الاشخاص الاعتبارية العامة التابعين لها طرفاً فيه . وقد ذهب الوضع في فرنسا على عدم جواز التحكيم في العقود الادارية، فإذا لم يوجد نص تشريعي يجيز للدولة والاشخاص المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم، فأنه لا يجوز لها ان تسلك هذا الطريق لتسوية المنازعات .وبهذا الاتجاه، فقد استقر قضاء مجلس الدولة في فرنسا منذ القرن التاسع عشر على بطلان شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة والاشخاص المعنوية العامة واعتبر هذا البطلان من النظام العام ولا يجوز لاحد اطراف الدعوى التمسك به في اية حالة تكون عليها الدعوى، ويجوز للقضاء الحكم ببطلانه من تلقاء نفسه سواء تم الاتفاق على اللجوء الى التحكيم عن طريق شرط تحكيم او مشارطة تحكيم، وبالتالي فأنه لا يجوز لها وللأشخاص المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم الا بوجود نص صريح[٢٤] .اما موقف القضاء المصري فيختلف من قضاء لأخر، فبينما يجيز القضاء المدني التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، نجد هناك تبايناً في احكام محكمة القضاء الاداري فتارة تجيز التحكيم في تلك العقود وتارة اخرى تحظره[٢٥]، وبذات الاتجاه ذهبت المحكمة الادارية العليا، اما موقف مجلس الدولة فقد كان غالباً ما يرفض التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي استنادا لعدم وجود نص تشريعي.

ثانياً : جواز التحكيم في عقود المقاولات العامة .هناك اتجاه اخر من الفقهاء[٢٦]، يرى جواز التحكيم في عقود الدولة، ذلك ان الدول المتقدمة، ومنها فرنسا وبلجيكا، اجازت التحكيم الدولي في العقود الادارية، على خلاف التحكيم الداخلي، اذ ان هذه الدول استندت في الجواز الى انضمامها الى عدد من المعاهدات الدولية في اطار الامم المتحدة .وهو ما استقر عليه القضاء المدني المصري، اذ يعمل على تطبيق قواعد القانون الخاص اساساً على المنازعات التي تعرض عليه، ويطبق قواعد قانون المرافعات المدنية التجارية على التحكيم، ويتمثل موقفه بجواز شرط التحكيم الوارد في العقد رغم وجود شخص عام كطرف في العقد[٢٧] .وبهذا الاتجاه يذهب القضاء المدني الفرنسي، بجواز

التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، حيث يفرق بين عقود الدولة الداخلية وعقود الدولة ذات الطابع الدولي، اذ يجيز التحكيم في هذه الاخيرة دون الاولى باعتبار ان عقود الدولة الداخلية تتعلق بالنظام العام[٢٨].

الفرع الثاني : الموقف التشريعي من التحكيم في عقود المقاولات العامة .اما على مستوى التشريع فأن القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، حسم الخلاف الفقهي القضائي بشان مدى جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الادارية من عدمه، اذ نصت المادة الاولى من القانون المذكور على الاتي (مع عدم الاخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم بين اطراف من اشخاص القانون العام او الخاص، أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع اذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، او كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق اطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون) كذلك نص القانون الفرنسي في ١٩ اغسطس ١٩٨٦، رقم ٨٦/٩٧٢، على التحكيم في العقود الادارية، حيث اجاز في مادته التاسعة ادراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين الدولة او الاشخاص المحلية او المؤسسات من ناحية، والاشخاص الاجنبية من ناحية اخرى وذلك للنفع العام[٢٩] .ومن التشريعات التي اجازات اللجوء الى التحكيم الدولي كوسيلة لفض المنازعات في العقود الادارية، القانون اللبناني[٣٠]، القانون الاردني[٣١] .

موقف القانون العراقي؛ يعد موقف القانون العراقي موقفا سلبيا تجاه التحكيم التجاري الدولي، لعدم وجود تشريع خاص ينظم احكامه، واقتصر الامر على النص في بعض القواعد القانونية ضمن احكام قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة١٩٦٩، المواد (٢٥١-٢٧٦) والخاصة بتنظيم التحكيم التجاري الداخلي .ومع هذا الفهم النابع من سكوت المشرع العراقي عن النص الصريح قام عدد كبير من المؤسسات والهيئات الرسمية العامة والاجهزة الادارية والحكومية العراقية المختلفة بتضمين العقود الإدارية منها عقود المقاولات العامة، مع الافراد او الجهات او الدول الاخرى نصاً يجيز للأطراف المتعاقدة اللجوء الى التحكيم في المنازعات التي تنشأ بينها، قبل اللجوء الى القضاء الرسمي للدول[٣٢]، مستندين في ذلك الى احكام المادة (٨/ ثانياً/٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، والتي اجازت التحكيم الدولي والتي نصت على (لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى او المهمة وعندما يكون احد طرفي العقد اجنبياً على ان يراعى ما يأتي (اولا) ان يتم اختيار احدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة، (ثانيا) تحديد مكان ولغة التحكيم، (ثالثا) اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق، (رابعا) ان تتوفر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الاسلوب.كما نصت المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل[٣٣]، الفقرة (٤) منه على (اذا كان احد اطراف النزاع خاضعا لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على الية حل النزاع بما فيها الالتجاء الى التحكيم وفقا للقانون العراقي او اي جهة اخرى معترف بها دوليا)، اما الفقرة (٥) من المادة المذكورة نصت على (المنازعات الناشئة بين الهيئة او اي جهة حكومية وبين اي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل في المنازعات المتعلقة بمخالفة احد احكام هذا القانون، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية، اما التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم، على ان ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الاطراف). وبهذا يكون القانون العراقي يجيز التحكيم التجاري الدولي في عقود المقاولات العامة ذات المشاريع الاستراتيجية الكبرى او المهمة[٣٤] ، وعقود المقاولات العامة الخاضعة لأحكام قانون الاستثمار العراقي، والتي تكون الدولة او احدى هيئاتها طرفا فيها، دون ايجاد تنظيم تشريعي يعالج كافة احكام التحكيم الدولي، مخالفاً بذلك ما سارت عليه معظم التشريعات المتطورة منها القانون المصري والقانون اللبناني والقانون الفرنسي، اذ يعد هذا الموضوع من المسائل المعقدة في التحكيم التجاري الدولي، حيث لا يمكن فصل جزيئات التحكيم عن بعضها فصلاً تاماً، وبهذا الصدد يقول Klein، ان التحكيم في الحقيقة في تحليله القانوني عبارة عن مجموعة في غاية التعقيد تقوم على عدة تصرفات او مراحل متوالية، يمكن ان نميز منها اربعة، اولها شرط التحكيم المتمثل باتفاق التحكيم، ثم يأتي دور المحكمين اللذين يفترض ان اختيارهم قد تم من قبل الاطراف التي انضمت الى اتفاق التحكيم، فنجد عقداً ثانياً بموجبة يتم القبول الضمني او الصريح للمحكمين في قبول مهمة التحكيم الموكلة اليهم، كل هذا من اجل بدء الاجراءات الحقيقية للتحكيم، ثم اصدار الحكم من قبل المحكمين وهي اخر المراحل للانتهاء من العملية التحكمية[٣٥]، فاتفاق التحكيم هو من صنع الاطراف، اما الحكم فهو من صنع المحكمين ومهمة هؤلاء هي من صنع مشترك بين الاطراف والمحكمين[٣٦]، مستندين في ذلك الى قانون التحكيم والذي يقصد به (القواعد القانونية التي تطبق على التحكيم منذ حصول الاتفاق عليه ولحين اصدار الحكم وتنفيذه)[٣٧] .

المبحث الثاني : الاثار المترتبة على التحكيم في عقود المقاولات العامة .

يرتب شرط التحكيم الدولي في عقود المقاولات العامة جملة من الاثار، منها ما يتعلق بشرط التحكيم ذاته كاستقلاله عن العقد التحكيمي الاصلي واذعان طرفي المنازعة لأحكامه (المطلب الاول)، والبعض الاخر من الاثار يتعلق بالعقد التحكيمي الاصلي وما يطرأ عليه من احداث قوة قاهرة وظروف طارئة (المطلب الثاني) .

المطلب الاول :الاثار المترتبة على ادراج شرط التحكيم في عقود المقاولات العامة.

توصلنا سابقا الى جواز التحكيم الدولي في العقود التي تكون الدولة او احد هيئاتها طرفاً فيها، واذ صيَّر للتحكيم في عقود المقاولات العامة بموجب شرط للتحكيم فيها يترتب عدد من الاثار اهمها، يعد الشرط التحكيمي الدولي مستقلاً عن العقد التحكيمي الوارد فيه، **(الفرع الاول)**، كذلك أذعان اطرافه للتحكيم **(الفرع الثاني)**، وعلى الاطراف التي اتفقت على ذلك ان تمتنع عن اقامة الدعوى امام القضاء قبل ان ينظر في النزاع من قبل المحكمين، وتمتنع المحاكم عن رؤية الدعوى بناء على طلب احد الخصوم .

الفرع الاول : استقلال شرط التحكيم في التجارة الدولية . تقدم ان اتفاق التحكيم يكون بناءً على شرط التحكيم، وطبقا لمبدأ استقلال شرط التحكيم فأن ابطال العقد التحكيمي الاصلي او فسخة، لا يؤثر على صحة الشرط التحكيمي متى توافرت شروط هذا الاخير. ويترتب على مبدا استقلال شرط التحكيم عدد من الاثار اهمها، اعطاء المحكم سلطة النظر في اختصاصه او ما يسمى بالفرنسية Competence de la competence . ومفاد ذلك ان المحكم يستمر في اجراءات التحكيم، وهو الذي يقرر كونه مختصاً بالنظر في الموضوع ام لا، وان كان قد جرى الطعن بصحة العقد الاصلي في المحاكم، او الطعن بصحة شرط التحكيم، وان النظر من قبل المحاكم في هذا الموضوع لا يوقف الاجراءات الخاصة بالتحكيم [٣٨].ومن نتائج مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي، ان القانون الواجب التطبيق على العقد الاصلي قد لا يكون بضرورة هو نفسه الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم[٣٩].ويعد استقلال شرط التحكيم الدولي من المبادئ المسلم بها على الصعيد الدولي، فقد وضع القضاء الفرنسي عام ١٩٦٣، حدا للجدل الذي كان قد ثار في الفقه حول استقلالية شرط التحكيم عن الاتفاق الخاص بالعقد الاصلي وذلك في قضية (Gosset)، حيث اصدرت محكمة النقض الفرنسية (الدائرة المدنية) عام ١٩٦٣، حكما يقر صراحة بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في التحكيم الدولي عن العقد الاصلي[٤٠].

الفرع الثاني : اذعان اطراف التجارة الدولية للتحكيم .التحكيم التجاري الدولي، ليس عملاً من طبيعة ارادية خالصة، فالتجارة الدولية تفرض واقعاً مغايراً لما يعتقد البعض[٤١]، من حرية الخصوم في اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات او اختيار محكميهم، ذلك ان كثيرا ما يفرض التحكيم جبراً على اطراف التجارة الدولية، كما هو الحال في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي التي تحتوي الغالبية العظمى منها على شرط التحكيم او في العلاقات بين الدول والشركات الاجنبية الخاصة، وكذلك بالنسبة لمعاملات التجارة الدولية الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الاخرى، كذلك بالنسبة لاختيار المحكمين فأنه نظراً لانتشار هيئات ومراكز التحكيم الدائمة تضاءل كثيراً او يكاد ينعدم دور الخصوم في اختيار محكميهم، لان هذا الاختيار يتم عن طريق مركز او هيئة التحكيم التي يلجأ اليها الخصوم في منازعات التجارة الدولية، سواء بمقتضى شرط في العقد او بمقتضى مشارطة مستقلة للتحكيم[٤٢] .

المطلب الثاني : شرط التحكيم في مواجهة تغير شروط التعاقد.

تقدم ان وجود شرط التحكيم في عقود المقاولات العامة يرتب اثاراً عدة منها استقلال شرط التحكيم وخضوع اطراف العقد للتحكيم، لكن قد يطرأ على العقد بعض الظروف تؤدي الى اختلال التوازن في الاثار العقدية لكلا الطرفين والتي تشكلت بصورة صحيحة عند التعاقد، وهذه الظروف قد تجعل من استمرار تنفيذ العقد مستحيلا مما يعرضه للانهيار التام والغاءه كما لو حدثت قوه قاهره (الفرع الاول)، كما قد يتعرض العقد الى خلل في توازنه، دون ان يستدعي ذلك الغاءه، وانما اعادة النظر به والتفاوض في شروطه (الفرع الثاني) .

الفرع الاول : تأثير احداث القوة القاهرة في عقود المقاولات العامة. تشكل القوة القاهرة حدثاً او مجموعة احداث لا يمكن توقعها ولا يستطاع دفعها، وهي تحدث استقلالاً عمن يتمسك بها، وتجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فينقضي بذلك التزام المدين[٤٣]، والعقد الاداري شأنه شأن سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص، يتم بتوافق ارادتين تتجهان الى احداث اثر قانوني معين هو انشاء التزام و تعديله، وان حقوق المتعاقد مع جهة الادارة والتزاماته، انما تحدد طبقاً لنصوص العقد الذي يربطه لجهة الادارة وما يطرأ عليه من تعديلات بتوافق الارادتين، وهذا هو المبدأ المسلم به في مجالات روابط القانون العام، كما هو شأن مجالات روابط القانون الخاص .لكن الامر يختلف عن حدوث القوة القاهرة في عقد الاستثمار الدولي، فغاية الاطراف هي مدى تحقق الارباح، لذلك يفضل الطرفين الحفاظ على الرابطة العقدية بينهم بغض النظر عن هذا الحدث من خلال تضمين العقد شرط القوة القاهرة، وذلك خلافاً للقواعد العامة التي استقرت عليها معظم الانظمة القانونية

والتي تلغي العقد عند حصول حدث يشكل قوه قاهرة لاستحالة تنفيذه[٤٤] .وامام الدور الذي يقوم به القضاء للنظر في النزاع الناشئ عن حدوث قوة قاهرة، والذي من شانه ان يعد هذه القوة مانعاً من موانع المسؤولية، فهي تظهر كما تقدم كظرف خارج عن ارادة الشخص لا يمكن توقعه او دفعه[٤٥]، يتجلى دور التحكيم واهميته، حيث يعتمد المحكم القانون الذي يحدده الاطراف، وفي حال عدم اتفاق الاطراف فوفقاً لاتفاقية واشنطن، يطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، وبالتالي فهو يطبق ذات القواعد التي يطبقها القاضي، الا ان ما يميز تحكيم المركز في هذه الحالة هو انها تعطي الحق للطرفين بالاتفاق على قواعد قانونية لتحكم النزاع بينهما، اي قد يتفقا على قانون اكثر من دولة، مما يعطي المحكم سلطات اكبر في تطبيق القانون والقواعد العرفية وقواعد العدل والانصاف الدولية، فيما لو سمح له الاطراف القيام بذلك، اي انه ليس محدداً بنص قانون كالقاضي الوطني، وانما اتفاق الاطراف يعطيه صلاحية اوسع[٤٦] .

الفرع الثاني : تأثير نظرية الظروف الطارئة في عقود المقاولات العامة. وتتخلص نظرية الظروف الطارئة في ان العقد اذا كان من العقود المستمرة التنفيذ او الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلاً، وطرأت ظروف اقتصادية لم يتوقعها المتعاقدان عند ابرام العقد أدت الى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجوداً عند ابرام العقد اختلالاً خطيراً، وجعل تنفيذ المدين لالتزامه يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات، فالمدين لا يجبر على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد، بل ينقص هذا الالتزام الى الحد الذي تقتضيه العدالة[٤٧] .

ولما كانت عقود الاستثمار الدولية، هي عقود ذات اجال طويلة وتنفذ في الغالب على مراحل ولهذا فأن المستثمر قبل ان يقدم على التعاقد في مثل هذا النوع من الاستثمارات، فأنه يقوم بأجراء دراسات تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع مع احتمالات الربح والخسارة بالإضافة الى تعرفه على قوانين هذه الدولة التي سوف يستثمر لديها. وقد درج العرف في التعامل التجاري الدولي الى وضع شروط في عقود الاستثمار بحيث تسمح بإعادة النظر في مقومات العقد والتفاوض فيه عند ظهور مؤشرات تحدث خللا في الالتزامات المتبادلة بين الطرفين[٤٨]. وكون المنازعات التي تدور حول اعادة التفاوض لا تتعلق بتفسير شروط التعاقد، وانما تقوم على ضرورة العمل على تعديلها، وبالتالي فهي غير قانونية فقد تكون عرضة لعدم قبولها للتحكيم خصوصاً في ظل اتفاقية واشنطن، ولكن هذا الامر يكون صحيحا فيما لو كانت اتفاقية التحكيم لا تتضمن الكيفية المناسبة لحل النزاع، اما اذا كانت تعطي الهيئة التحكيمية الصلاحية في حل مثل هذه المنازعات باللجوء الى القواعد او القانون الانسب، فلا شيء يمنع من خضوعها للتحكيم .فالمنازعات المتعلقة بطلب مراجعة العقد او تعديله، لا تقوم على اعتبارات قانونية محضة، انما يكمن اساسها في تعارض المصالح بين الطرفين، وبالتالي ينبغي في هذه الحالة اللجوء الى التحكيم، حيث المهمة التي تضطلع بها المحاكم التحكيمية في هذا المجال تخرج من الدور القضائي التقليدي الذي تمارسه عادة في حل المنازعات[٤٩].مما تقدم يبدو واضحا اهمية الشرط التحكيمي في عقود المقاولات العامة ذات الطابع الدولي، لما يرتبه من اثار تسهم في فض المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد واتمام العملية العقدية.

الخاتمة :

في ضوء ما تقدم من دراستنا لشرط التحكيم الدولي في عقود المقاولات العامة يمكن ان نستخلص عدد منم النتائج والمقترحات، اهمها :

النتائج :

١- توصلنا الى ان التحكيم التجاري الدولي يعد قضاءً اصيلاً لمنازعات التجارة الدولية .

٢- ان عقود المقاولات التي تكون الدولة او احدى هيئاتها هي عقوداً ادارية تخضع لأحكام تعليمات تنفيذ العقود الحكومية .

٣- ان القانون العراقي يشير فقط الى جواز اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي، كما ورد في المادة (٨/ثانيا/٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، دون ان ينص الى الاحكام الخاصة بتنظيم عملية التحكيم التجاري الدولي، مما يؤشر وجود قصور تشريعي يجب تداركه .

٤- ان هناك عدد من التشريعات الداخلية للدول تحظر على الدولة اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي لتعارض ذلك مع النظام العام باعتباره من مقومات سيادة الدولة، في حين تجيز البعض الاخر من قوانين الدول اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي منها، القانون الفرنسي والقانون المصري والقانون اللبناني والقانون الاردني .

٥- ان شرط التحكيم الدولي في عقود المقاولات العامة يرتب جملة من الاثار، منها ما يتعلق بالشرط ذاته كأستقلاله عن العقد التحكيمي الاصلي واذعان طرفي المنازعة لأحكامه، والبعض الاخر من الاثار يتعلق بالعقد التحكيمي الاصلي وما يطرأ عليه من احداث قوة قاهرة وظروف طارئة .

المقترحات :

١- ان شرط التحكيم التجاري الدولي، يعد الاساس الذي يصار بموجبة اللجوء الى التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود المقاولات بين الدولة والطرف الاجنبي، اذ يحدد هذا الشرط، صلاحيات المحكمين في حل النزاع وكذلك القواعد القانونية التي تطبق على النزاع نظراً للطبيعة الاتفاقية للتحكيم، لذا بات على اطراف النزاع بذل الاهتمام اللازم في صياغة شرط التحكيم، بطريقة تكفل تنفيذه بشكل واضح دون ان يعتريه الغموض او النقص.

٢- نظرا للأهمية الكبيرة التي حظي بها التحكيم التجاري الدولي، كنظام خاص لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية عقدية كانت ام غير عقدية، وبهدف مواكبة التطور القانوني الحاصل في هذا المجال الحيوي من القانون الخاص فأننا ندعو المشرع في الدول المختلفة، لا سيما المشرع العراقي ان ينظم التحكيم التجاري الدولي في مجال العقود الادارية تنظيما دقيقا ومدروسا ووافيا ومستقلا، لان اهميته كما نعتقد اصبحت لا تخفى على احد ولا تقبل الجدل.

٣- ان اتفاقية نيويورك لعام (١٩٥٨)الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، لاقت اقبالاً دولياً كبيراً للانضمام اليها، كونها عملت على تيسير الاعتراف وتنفيذ الاحكام في الدول المنظمة اليها، بات من المهم ان ينظم العراق لهذه الاتفاقية الدولية لتسهيل عملية الاعتراف وتنفيذ الاحكام التحكيمية في العراق في العراق، اذ انه من الناحية العملية لا يمكن تنفيذ حكم تحكيمي دولي او اجنبي في العراق، لكون ان القانون الخاص بتنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ ، يخلو من اي نص يجيز تنفيذ الاحكام التحكيمية الاجنبية في العراق.

٤- اصبح التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر يتمتع باستقلال كبير وفقه قانوني خاص به، ولغرض اعداد وتأهيل كوادر قانونية قادرة على مجاراة التطور القانوني في هذا المجال نقترح اعتماد مادة التحكيم التجاري الدولي كمادة اساسية على طلبة الدراسات العليا في كليات القانون، مع زيادة الاهتمام بالمراكز التحكيمية التي انشئت في العراق بعد العام ٢٠٠٣.

المصادر :

اولا : القوانين و الاتفاقيات الدولية

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢- قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩

٣- قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦المعدل بقانون القانون بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٠.

٤- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٥- قانون التحكيم الفرنسي رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١

٦- قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣

٧- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل .

٨- قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ .

٩- اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨.

١٠-اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ .

١١-قواعد التحكيم للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٧٦ .

ثانياً : المصادر العربية :

١- د. احمد ابو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، دون ناشر، ١٩٦٠.

٢- د. احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠١.

٣- د. ابو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي، ١٩٨١.

٤- د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية ، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، ١٩٩٧.

٥- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الاولى ، ١٩٩٦.

٦- د. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١ .

٧- د. حسام الدين فتحي ناصف ، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٩.
٨- حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم، دون دار نشر، بيروت، ١٩٧٧، ص١٠.
٩- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ١٩٨٤.
١٠-د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤ .
١١-د. شاب توما منصور، طبيعة مقاولات الاشغال العامة في ضوء نظرية العقود الادارية ، مجلة ديوان التدوين القانوني ، عدد ١، ١٩٦٤.
١٢-د. ضرغام محمود كاظم، النظام القانوني للشركات المتعددة الجنسيات، اطروحة دكتوراه، ٢٠١٨.
١٣-د. ضرغام محمود كاظم، المركز القانوني للمتلقي في عقد نقل التكنولوجيا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولى، ٢٠١٧ .
١٤-د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى، ٢٠٠٦.
١٥-د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، العاتك للطباعة والنشر، ١٩٨٠.
١٦-د. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨.
١٧- د. عكاشة عبد العال و د. مصطفى الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دون ناشر، الجزء الاول، ١٩٩٨ .
١٨- لما احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، بيروت، مكتبة زين الحقوقية والادبية، ٢٠٠٨.
١٩- د. مراد محمد المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى، ٢٠١٠.
٢٠- د. مصطفى العوجي، العقد والمسؤولية المدنية، الجزء الاول، (العقد)، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣.
٢١- د. محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
٢٢-محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٣.
٢٣-د. محمد ماجد محمود، العقد الاداري وشرط التحكيم الدولي- مجلة العلوم الادارية ، السنة الخامسة والثلاثون – العدد الاول- يونيو ١٩٩٣.
٢٤-د. محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
٢٥-محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، دون ناشر، ١٩٧٦.
٢٦-د. محمد كما منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء الى التحكيم الاختياري في العقود الادارية، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية ، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الاول، ١٩٩١.
٢٧-نبيل عبد الرحمن حياوي، مبادئ التحكيم، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.

ثالثاً : المصادر الاجنبية:

1- KLEIN. F . E . Autonomie de la Volonte et arbitrage. Revue critique de droite international Prive, Paris 1958. PP. 255 et Suiv.
2- LALIVE. P . A .. Problemes relatifs a L'arbitrage International Commercial, Acadeemie de droit international . Recueil des cour.1967. 1. PP . 611 et suiv.
3- LALIVE, P: Les regler de conflit leis appliquess au fond du litige par pp.155 ets.
4- Michael Bashan (Administrative law – An analysis of modren theories) New York, Holt Rinehart and Winston I.N.C. 2003.

الهوامش

(١)- ففي العراق تمثل محكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية محكمة الموضوع، وكان نتيجة المستجدات والحركات العمرانية ومراجعة وتأسيس البنى التحتية في العراق وخاصة بعد العام ٢٠٠٣، ان تكون هناك الحاجة لتعاقد الدولة مع الشركات والمستثمرين والمؤسسات الكبيرة ولغرض ايجاد قوانين وضوابط رادعة تضمن حقوق الطرفين، تم تشكيل محكمة متخصصة بعقود المقاولات بناء على بيان اصدرته السلطة القضائية الاتحادية في عام ٢٠١٢ بالاستناد الى احكام المادة (٢٢) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩والمتضمن

تشكيل محكمة بداءة في كل منطقة استئنافية تسمى (محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات)، التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها ويشمل هذا الاختصاص اجراءات القضاء المستعجل والاوامر على العرائض، وهذه المحكمة تنظر في كافة الدعاوى الناشئة عن احالة عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفاً فيها بعد ان كانت تنظرها المحكمة الادارية الملغاة والمشكلة بموجب المادة (١٠/ثانيا/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ المعدلة، ثم انتقل اختصاص محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات الى محكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية .

(٢)– ينظر المادة ٨٦٧/ الفقرة ٢ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٣)– ينظر، بيان السلطة الاتحادية لعام ٢٠١٢ السابق ذكره.

(٤)– من انصار هذا الراي، د. شاب توما منصور، طبيعة مقاولات الاشغال العامة في ضوء نظرية العقود الادارية ، مجلة ديوان التدوين القانوني ، عدد ١، ١٩٦٤، ص٣٣.

(٥)– ويقصد بالمرفق العام في هذا المجال كل نشاط ذي نفع عام تباشره الادارة بنفسها او تتولى تنظيمه والاشراف عليه.

(٦)– ويقصد بأساليب القانون العام ان يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص .

(٧)– ينظر، حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم، دون دار نشر، بيروت، ١٩٧٧، ص١٠.

(٨)– المادة ١٩ من الدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥.

(٩)– منها ما اشار اليه اعضاء المؤتمر الدولي الرابع المنعقد في موسكو سنة ١٩٧٢ واعمال المؤتمر الدولي الخامس المنعقد في لندن سنة ١٩٧٤ ، اعمال المؤتمرات منشورة في مجلة التحكيم الفرنسية سنة ١٩٧٢ وسنة ١٩٧٥.

ينظر د. ابو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي، ١٩٨١، ص٨–٩.

(١٠)– ينظر، د. حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص١٤

(١١)– جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية د، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، ١٩٩٧، ص٢٥.

(١٢)– ينظر، د. حسام الدين فتحي ناصف ، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٩، ص١٤.

(١٣)– ينظر، د. مراد محمود المواجده، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دار الثقافة، عمان ، ٢٠١٠، ص ٢٦.

(١٤)– ينظر، المرجع السابق، ص٣٠.

(١٥)– ينظر في عرض الآراء المؤيدة لاستقلالية شرط التحكيم والراي الرافض، د. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ط٣، ص١٥٣.

(١٦)– المادة ٨٦٤ من القانون المدني العراقي .

(١٧)– للتفصيل ينظر، د. ضرغام محمود كاظم، المركز القانوني للمتلقي في عقد نقل التكنولوجيا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولى، ٢٠١٧.

(١٨)– المادة (٨/ثانيا/٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

(١٩)– ينظر، د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٤–١٥.

(٢٠)– ويرجع اساس هذه النظرية في فرنسا ل:

-L. weill : Les sentences arbitrales en droit internal prive.

رسالة دكتوراه، باريس، ١٩٠٦، ص٤٠ وما بعدها، اشار اليها، د. ابو زيد رضوان، مرجع سابق، ص٢٣.

– وفي مصر د. احمد ابو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، دون ناشر، ١٩٦٠، ص٢٥.

– ايضا على مستوى القضاء، قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز العراقية، الرقم (٣٥٥) هيئة عامة اولى /٧١ في ١٩٧٢/٥/١٣، معرفا التحكيم بأنه عقد (...ان عقد التحكيم من العقود الرضائية وهو ملزم للجانبين .....)

(٢١)– ينظر، محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، دون ناشر، ١٩٧٦، ص١٠٨، ايضاً د. عكاشة عبد العال و د. مصطفى الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دون ناشر، الجزء الاول، ١٩٩٨، ص١٨.

(٢٢)– وهو ما يذهب اليه د. ابو زيد رضوان ، مرجع سابق، ص٣٥، ايضاً، د. عكاشة عبد العال و د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص٢٢.

(٢٣)– من انصار الفقه المعارض عربياً، د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص١٧٠ وما بعدها، ايضاً ينظر، د. محمد كما منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء الى التحكيم الاختياري في العقود الادارية، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية ، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الاول، ١٩٩١، ص٣٠٩وما بعدها، ايضاً، ينظر، مراد محمود المواجده، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى، ٢٠١٠، ص٦٢.

–من انصار الفقه المعارض الاجنبي

- Michael Bashan (Administrative law – An analysis of modren theories) New York, Holt Rinehart and Winston I.N.C. 2003,p. 315.

(٢٤)– للتفصيل، ينظر، د. محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٣٨٩– وما بعدها.

(٢٥)– فقد كانت محكمة القضاء الاداري تقبل الطعن وتحكم ببطلان شرط التحكيم طبقاً للمبدأ السائد بعدم جواز اللجوء الى التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ولا يستثنى من ذلك الا بعض الاحكام القليلة التي قضت فيها بصحة شرط التحكيم، منها الحكم الصادر في النزاع المتعلق نفق الشهيد احمد حمدي بجلسة ٢٠ يناير ١٩٩١، في الدعوى رقم (٥٤٢٩) لسنة ٤٣ قضائية، مشار اليه، د. مراد المواجدة ، مرجع ساب، ص١٣١.

(٢٦)– ينظر، محمد ماجد محمود، العقد الاداري وشرط التحكيم الدولي– مجلة العلوم الادارية ، السنة الخامسة والثلاثون – العدد الاول– يونيو ١٩٩٣، ص٢٨١، ينظر ايضا، د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ١٩٨٤، ص٣٣١.

(٢٧)– وقد عبرت عن موقف القضاء المدني، محكمة استئناف القاهرة في حكمها الشهير الصادر في ١٩ مارس ١٩٩٧، جاء في مضمونة ب(بجواز اللجوء الى التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ينظر تفصيل الحكم مشار اليه، د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ١٢٨–١٣٠.

(٢٨)– ، ينظر، مراد المواجدة، مرجع سابق، ص١٠١–١٠٢.

(٢٩)– وقد صدر القانون المذكور بمناسبة تعاقد الحكومة الفرنسية مع شركة ديزني لاند العالمية بالولايات المتحدة الامريكية لإنشاء مدينة ديزني لاند بفرنسا على غرار المدينة الموجودة بالولايات المتحدة، ونص في العقد على ان التحكيم هو وسيلة تسوية المنازعات بين اطرافه وعند حدوث النزاع يعرض على هيئة التحكيم المختصة، الا ان عندما حدث ذلك دفعت الحكومة الفرنسية بعدم جواز لجوئها الى التحكيم الا بناء على نص صريح يسمح بذلك الامر الذي يرتب بطلان هذا الشرط، وقد افتى مجلس الدولة الفرنسي بعدم جواز لجوء الدولة والاشخاص المعنوية الى التحكيم الا في ظل نص تشريعي يجيز ذلك،.

وازاء عدم وجود نص تشريعي بذلك فقد افتى ببطلان شرط التحكيم المشار اليه ولم يجد المشرع الفرنسي مناصا من اصدار القانون سالف الذكر رقم ٩٧٢ لسنة ١٩٨٦، والذي اجاز في مادته التاسعة للدولة والتجمعات الاقليمية او المحلية والمؤسسات العامة في العقود التي يبرمونها مع شركات اجنبية اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات اذا ما كانت هذه المشروعات تهدف الى النفع العام= .

=ولا شك ان المشرع الفرنسي قد لجأ الى ذلك للحفاظ على المصالح الاقتصادية القومية والتي ستعود على الدولة بالنفع الوفير، ازاء تنفيذ هذا المشروع حيث، سيصبح هذا المشروع منطقة جذب سياحة عالمية، ينظر، محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص٣٩١.

(٣٠)– نص المادة (٧٦٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل لسنة ٢٠٠٢، على ان (يجوز للمتعاقدين ان يدرجوا في العقد التجاري او المدني المبرم بينهم بندا ينص على ان تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن صحة هذا العقد او تفسيره او تنفيذه ، يجوز للدولة ولأشخاص القانون العام أياً كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء الى التحكيم اعتبار من تاريخ العمل بهذا القانون التعديلي...) .

(٣١)– نص المادة (٣) من قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١، على ان (تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في لمملكة يتعلق بنزاع مدني او تجاري بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص، اياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت او غير عقدية).

(٣٢)– مثال ذلك عقد تطوير وانتاج حقل الاحدب النفطي لسنة ٢٠٠٨، بين شركة نفط الشمال العراقية، وشركة الواحة النفطية وهي شركة مؤسسة بموجب القوانين البريطانية مملوكة مناصفة بين كل من شركة سي ان بي سي الدولية المحدودة، وشركة زينهاو النفطية الصينية، حيث نصت المادة ٣٧ من العقد المذكور على جواز احالة المنازعات الناشئة بين الطرفين الى التحكيم .

(٣٣)– عدل هذا القانون بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٠.

(٣٤)– ويعد عقد تسليم المفتاح احد اهم عقود المشاريع الاستراتيجية الكبرى او المهمة، حيث يتضمن هذا النوع من العقود التزامات متعددة، يقوم المقاول بتنفيذها جميعا، ابتداء من تمهيد الارض الخاصة بالبناء الى اقامة الابنية وتقديم التكنولوجيا وتوريد الآلات والاجهزة وتركيبها وتدريب العاملين وتشغيل المصنع، للتفصيل، ينظر د. ضرغام محمود كاظم، المركز القانوني للمتلقي في عقد نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص٧٧.

(35)- KLEIN. F . E . Autonomie de la Volonte et arbitrage. Revue critique de droite international Prive, Paris 1958. PP. 255 et Suiv.

(٣٦)– ينظر، د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٦، ص١٦١.

(37)- LALIVE. P . A .. Problemes relatifs a L'arbitrage International Commercial, Acadeemie de droit international . Recueil des cour.1967. 1. PP . 611 et suiv.

(٣٨)– وهذا الاثر نجده في الفقرة الثالثة من المادة (٨) من قواعد التحكيم للغرفة التجارية الدولية التي تعطي للمحكم سلطة اتخاذ القرار حول تقرير اختصاصه .

(٣٩)– وقد تأكد ذلك بشكل واضح في عدة قرارات اصدرتها الغرفة التجارية الدولية، كالقرار الصادر في القضية رقم ٤٣٨١ في ١٩٨٦، المنشور في مجلة .Journal de droit International. 1989, pp 1103 , ets–

(٤٠)– الحكم اشار اليه، د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص٢٠٢.

(41)–D.Tallon : The Law applied by arbitration tribunals .

– تقرير في مؤتمر لندن لمصادر القانون التجاري الدولي، ١٩٦٢، ص١٥٤–١٦٥، اشار اليه، د. ابو زيد رضوان ، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٤٢)– ينظر، د. ابو زيد رضوان، مرجع سابق، ص٣٥–٣٦.

(٤٣)– نصت المادة ١٦٨، من القانون المدني العراقي على (اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ العقد عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشئت عن سبب اجنبي لا يد له فيه .....) والمادة ١/١٧٩ من القانون نصت على (اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبة، انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعلة او بقوة قاهرة.....).

(٤٤)– محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دااار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٣، ص٤٦١.

(٤٥)– ينظر المادة ينظر المادة ١٦٨، والمادة ١/١٧٩، من القانون المدني العراقي، المشار اليها سابقا .

(٤٦)– لما احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، بيروت، مكتبة زين الحقوقية والادبية، ٢٠٠٨، ص٨٠–٨١.

(٤٧)– د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، العاتك للطباعة والنشر، ١٩٨٠، ص١٦١.

(٤٨)– د. مصطفى العوجي، العقد والمسؤولية المدنية، الجزء الاول، (العقد)، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣، ص٦٨٥.

(٤٩)– ينظر، لما احمد كوجان، مرجع سابق، ص٨٩.