الضوابط القانونية لاتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)

د.غني ريسان جادر الساعدي
أستاذ القانون المدني المساعد

الخلاصة

يسلط البحث الموسوم ب " الضوابط القانونية لاتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي – دراسة مقارنة " الضوء على جانب مهم من جوانب تسوية منازعات هذا العقد المركب من الاستثمار والتكنولوجيا، وان اتفاق التحكيم هنا ينصب على رضا اطراف العقد وهم المستثمر وطالب الاستثمار على احالة النزاعات العقدية الناشئة بينهما الى التحكيم سواء اكان موضوع النزاع يتعلق بالتعويض الناشئ عن الاخلال بتنفيذ العقد ام يتعلق بتحديد حقوق والتزامات طرفي العقد او غير ذلك من الحالات التي تحتاج الى تسوية المنازعات،وان اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني ارادي ملزم لجانبين وهما دولة المستثمر والدولة طالبة الاستثمار يدرج عادة في نهاية عقد الاستثمار التكنولوجي ويتضمن شرطين : شرط الاختصاص التشريعي ويختص بتحديد القانون الواجب التطبيق وشرط الاختصاص القضائي الذي يتعامل مع طرق تسوية المنازعات ومنها التحكيم .

ويعد عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود الدولية التي تتمتع بطبيعة قانونية خاصة ترجع من ناحية الى طبيعة اطرافها اللذين يكونان غير متكافئين في المراكز القانونية ومن ناحية اخرى الى موضوعها كونها تهدف الى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة طالبة الاستثمار يكسبها بعداً تكنولوجياً يجلب للدولة مظاهراً لا تقل عن التقنيات الحديثة الموجودة في دولة المستثمر اذا استثمرت الاولى المعرفة التكنولوجية استثمارا صحيحا .

المقدمة

يعد عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود حديثة النشأة وهو يتسم بطابع معقد وينصب بصورة اساسية على حقوق الملكية الصناعية والتجارية ، وهو عقد مركب من استثمار وتكنولوجيا ، وهذا الربط بين الاستثمار والتكنولوجيا هو مسألة من المسائل التي تشوبها بعض الصعوبات ،وذلك بسبب نقص المعالجة التشريعية لعنصر التكنولوجيا بوصفه عنصراً جديداً من عناصر الاستثمار .

وعقد الاستثمار التكنولوجي ظهر مع التطور التكنولوجي الذي شهده العالم في بداية الستينات من القرن العشرين لحماية الدول النامية والعمل على تقدمها اذ يقوم هذا العقد على عدم التكافؤ في مراكز الاطراف وهما (المستثمر وطالب الاستثمار) من الناحية الاقتصادية والقانونية ، ويعرف هذا العقد بأنه عقد يلتزم بمقتضاه احد الطرفين ويسمى المستثمر بأن يجيز للطرف الاخر وهو طالب الاستثمار ولمدة معقولة يتفق عليها الطرفان بنقل واستغلال المعرفة التكنولوجية المملوكة للمستثمر لقاء مقابل يتفق عليه الطرفان .

ويكون تطبيق المعرفة التكنولوجية في نطاق الصناعة والتجارة وتكتسب قيمتها من جدتها وسريتها وذلك بهدف التوصل الى اساليب جديدة يفترض انها اجدى للمجتمع من خلال الخبرات والمهارات والمعارف المستخدمة في المشاريع الصناعية والتجارية .

ومن خلال هذا الربط بين الاستثمار والتكنولوجيا نجد ان تنظيم التكنولوجيا منظم ضمن تشريعات الاستثمار اذ نصت المادة (٢١) من قانون الاستثمار العراقي النافذ رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) على انه :

" يتكون رأس مال المشروع المشمول بأحكام هذا القانون مما يأتي . ثانياً – الاموال العينية والحقوق المعنوية الموردة للعراق والمشتراة من الاسواق المحلية بواسطة النقد المحول للعراق وهي : أ– اموال عينية لها علاقة بالمشروع ب– المكائن والآلآت والمعدات والأبنية والانشاءات ووسائل النقل والاثاث واللوازم المكتبية التي تشمل براءات الاختراع والعلامات التجارية المسجلة والمعرفة الفنية والخدمات ويكون عقد الاستثمار التكنولوجي ذو طبيعية قانونية خاصة فهو عقد غير مسمى يتخذ عدة صور اهمها عقد الترخيص الصناعي وعقد المساعدة الفنية وعقد تسليم المفتاح .

ومن هذا المنطلق ولكي تقوم الدولة المضيفة بجذب الاستثمارات اللازمة لتنمية اقتصادها ومواردها فلا بد من توفير الحماية اللازمة لتأمين الاستثمار الاجنبي ، فالملكية التكنولوجية تحتاج الى الحماية والمستثمر يحتاج الى ضمانات تدفع عنه هذه المخاطر مما يتطلب الامر اللجوء الى وسيلة مستقلة وفعالة للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بين

المستثمر وبين الدولة طالبة الاستثمار بخصوصية عقد الاستثمار التكنولوجي بوصفه عقد دولياً خصوصاً وان طالب الاستثمار قد يجد صعوبة في مساندة دولته في دعواه ضد دولة المستثمر ، ومن اهم هذه الوسائل هي التحكيم ، لذا جرى العمل في المنازعات المتعلقة بالاستثمار على احالة تلك المنازعات الى محكمة او هيئة التحكيم او محكم يختاره الاطراف مما يكفل سرعة الفصل في تلك النزاعات ، وهذا ما يقضي على مخاوف اللجوء الى القضاء خصوصاً وان اطراف العقد وهما المستثمر وطالب الاستثمار غير متكافئين في المراكز القانونية وان قضاء كل منهما يختلف عن الاخر وحرصاً من الدول وخصوصاً النامية منها على جذب وتشجيع الاستثمارات التكنولوجية ، فقد عملت على فض المنازعات الناشئة عن هذا العقد عن طريق التحكيم وذلك بموجب ادراج بند في هذا العقد يقرر اتفاق التحكيم الا ان ادراج اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي يثير الكثير من الاشكاليات الناجمة عن خصوصية هذا العقد وكونه عقد مركباً غير مسمى وحديث النشأة كما اسلفنا مما يثير التساؤل عن تحديد مفهوم هذا الاتفاق في هذا العقد واثر صياغته على تحديد مفهومه والاثر المترتب على الصياغة غير الدقيقة او الصحيحة له ، وماهي الصور التي يدرج فيها هذا الاتفاق ؟ وهل ان وجود هذا الاتفاق يتطلب شروطاً موضوعية او شكلية ؟ وكيف نتعامل مع تلك الشروط في ظل خصوصية هذا العقد ؟

فضلاً عن ذلك يثار تساؤل عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي ؟ وهل يتوقف الامر عند اختيار اطراف العقد لهذا القانون ؟ وما هو الحل عند عدم اختيارهم هذا القانون ؟ وما دور المحكم في هذا المجال هل يتطلب الامر منه البحث عن الارادة الضمنية ؟ وهل يمكن اعمال قواعد التجارة الدولية في هذا المجال مع الاخذ بنظر الاعتبار خصوصية العقد وطبيعته الخاصة المركبة ؟ وهل يمكن تفعيل دور الالتزام الرئيس في العقد بوصفه اداء مميزاً ، ومن ثم تطبيق قانون محل هذا الاداء ؟ وكيف ؟

كل هذه التساؤلات والافكار والمعلومات تطلبت منا بحث موضوع((الضوابط القانونية لاتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي – دراسة مقارنة)) .

سيكون منهج هذا البحث منهج قانوني تحليلي للمبادئ القانونية الخاصة باتفاق التحكيم بغية ايجاد الحلول المناسبة لهذا الاتفاق في نطاق عقد الاستثمار التكنولوجي او تطويع تلك المبادئ بمالا يخالف طبيعة هذا العقد وتوصيفه القانوني بغية توفير الحماية اللازمة للمستثمر في اطار هذا العقد مع المقارنة بين القانون العراقي والمصري والفرنسي وبعض

القوانين الاخرى التي لها خصوصية في معالجة المسألة محل البحث كالقانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧ وقانون التحكيم الموريتاني ٢٠٠٨ وقانون التحكيم الانكليزي لسنة ١٩٩٦ .

فضلاً عن ذلك المقارنة مع عدد من الاتفاقيات الدولية التي تعني بالتحكيم والاستثمار بغية المفاضلة بينها وبين القوانين اعلاه للوصول الى افضل الوسائل في حماية الاستثمار التكنولوجي وتشجيعه والقضاء على المخاطر التي يتعرض لها اطراف العقد من ذلك اتفاقية جنيف لسنة ١٩٦١ بشأن التحكيم التجاري الدولي واتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية واتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ وتميزها مع تعزيز البحث بالقرارات القضائية بوصفها المرآة التي تعكس حقيقة الدراسة .

ستكون دراسة هذا الموضوع مقسمة على مبحثين نتناول في المبحث الاول مفهوم اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي وسيكون مقسم على مطلبين نتناول في المطلب الاول التعريف باتفاق التحكيم في هذا العقد ونخصص المطلب الثاني لبحث شروط صحة اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي.

اما المبحث الثاني فيتناول القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي وينقسم بدوره على مطلبين يتناول المطلب الاول الارادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الاتفاق في هذا العقد ويتناول المطلب الثاني دور المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق عند غياب الارادة الصريحة .

وينتهي بنا المطاف في الخاتمة التي تتضمن اهم الاستنتاجات والتوصيات .

المبحث الاول

مفهوم اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي

يمتاز عقد الاستثمار التكنولوجي بكونه عقدا يربط بين الاستثمار والتكنولوجيا وهذا ما يعطيه طبيعة خاصة تنعكس على ما يدرج فيه من بنود ومن ضمنها اتفاق التحكيم الذي يحتل حيزا كبيرا في تسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، الامر الذي يثير التساؤل عن تعريفه وعن الاشكاليات الناجمة عن صياغة هذا الاتفاق ودورها في حسم المنازعات الناشئة عن هذا العقد فضلا عن التساؤل المتمثل بمدى توافر شروط موضوعية او شروط شكلية في اتفاق التحكيم وهل انها تخضع للقواعد العامة او لها خصوصية معينة وكيف يمكن اعمال مثل تلك الشروط في نطاق هذا الاتفاق وماهي النتائج المترتبة على هذا الاعمال .

هذه التساؤلات اقتضت تقسيم هذا المبحث على مطلبين يتناول المطلب الاول تعريف اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي واشكاليات صياغة هذا الاتفاق، ويتناول المطلب الثاني شروط صحة اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي .

المطلب الأول

تعريف اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي واشكاليات صياغة هذا الاتفاق

تتقارب التشريعات الخاصه بالتحكيم فيما بينها في ما يتعلق في بتحديد تعريف اتفاق التحكيم ، فقد ورد في الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون النمطي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ بأن اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا الى التحكيم جميع او بعض المنازعات التي نشأت او قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية او غير تعاقدية .

وقد تأثر قانون التحكيم المصري النافذ لسنة ١٩٩٤بذلك اذ عرف اتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة الأولى بقوله " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل او بعض المنازعات التي نشأت او يمكن ان تنشأ بينهما بمناسبة علاقة عقدية كانت او غير عقدية " .

وبما يقارب هذين التعريفين (١) عرفه قانون التحكيم الإنكليزي لسنة ١٩٩٦ في الفقرة الأولى من المادة السادسة منه : " اتفاق التحكيم يعني الاتفاق على اخضاع المنازعات القائمه او المستقبلية عقدية كانت او غير عقدية للتحكيم " (٢) .

وبالمعنى نفسه عرفه قانون الإجراءات المدنية الألماني بانه " الاتفاق الذي يقرر فيه الأطراف اخضاع كل او بعض المنازعات التي نشأت او يمكن ان تنشأ بينهم في شأن رابطه قانونية معينه ، عقدية او غير عقدية للتحكيم " (٣) .

ويلاحظ على التعريفات السابقة ان تتشابه في تحديد مفهوم اتفاق التحكيم وان اختلفت في الصياغة ، اذ ان هذه التعريفات تنصب على رضا اطراف العقد وبالأخص عقد الاستثمار التكنولوجي على إحالة النزاعات العقدية الناشئة بينهما الى التحكيم.

ونستنتج من ذلك سواء أكان موضوع النزاع الخاص بأتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي يتعلق بالتعويض الناشئ عن الاخلال بتنفيذ العقد ام يتعلق بتحديد حقوق والتزامات طرفي العقد او غير ذلك يمكن تسويته عن طريق التحكيم لأن تسوية المنازعات ورد في التعريفات السابقه مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه .

وبالرغم من صراحة نصوص المواد القانونية بشأن تعريف اتفاق التحكيم الا ان هذا الاتفاق قد تثار بشأنه إشكاليات تتعلق بصياغته .

ان اتفاق التحكيم بالمفهوم المذكور انفآ هو تصرف قانوني ارادي ملزم لجانبين اذ يتفق المستثمر وطالب الاستثمار على إحالة النزاع الى التحكيم بدلا من القضاء حيث يقوم على نزع الاختصاص من القضاء واحالته للمحكمين وهذه مسآلة اجرائية تقف الى جانب الطبيعة العقديه لهذا الاتفاق (٤) ، وعليه هذا الاتفاق لا يتعامل مع الحقوق والمراكز القانونيه لأطراف عقد الاستثمار التكنولوجي الا بطريق غير مباشر، وأما موضوعه المباشر فهو تسوية المنازعات الناشئة بين اطراف هذا العقد (٥).

ويتخذ اتفاق التحكيم ثلاة صور فقد يكون شرط تحكيم يرد في نطاق عقد الاستثمار التكنولوجي ويكون مكانه في نهاية هذا العقد حيث الدارج في العقود الدولية انه يوضع في نهايتها شرطين الأول هو شرط الاختصاص التشريعي ويختص بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي والثاني شرط الاختصاص القضائي ويتعامل مع طرق تسوية المنازعات التي من ضمنها شرط التحكيم (٦).

والاصل ان يدرج شرط التحكيم في صلب العقد الا انه ليس هناك ما يمنع ادراجه بوثيقة مستقلة وهذا ما اشارت اليه المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصري التي جاء فيها " يجوز ان يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته او ورد في عقد معين بشأن كل او بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين ، وفي هذه الحالة يجب ان يحدد

موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار اليه في الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون(٧) .

كما يجوز ان يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى امام جهة قضائية ، وفي هذه الحالة يجب ان يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وألا كان الاتفاق باطلاً " .

وكذلك اشارت المادة (١/٧) من القانون النمطي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عبارتها الأخيرة الى هذا المعنى بنصها "..... ويجوز ان يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد او في صورة اتفاق مستقل وبالمعنى نفسه نص المشرع العراقي في المادة (٢٦٥) فقره (١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة١٩٨٣ على انه :

" يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافقات الا اذا تضمن الاتفاق على التحكيم او أي اتفاق لاحق عليه ..... وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون "

ولإدراج الاتفاق على التحكيم في ورقه او عقد مستقل عن عقد الاستثمار التكنولوجي أهمية اذ ان الورقه او العقد المستقل على تفصيل اكثر الأمور المتعلقة بالتحكيم ، كوقت بدايته واجراءاته وكيفية تشكيل هيئه التحكيم ..... الخ فضلا على انه يؤكد استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار التكنولوجي ، فبطلان الأول لا يؤدي الى بطلان الأخير واستنادا الى فكرة استقلال كل منها عن الاخر ويشترط كقاعده عامة ان يكون هذا الشرط واضحا ليس فيه لبس او غموض (٨) .

واستنادا الى فكرة الاستقلالية ، نصت المادة (١٧٨) من القانون الدولي الخاص السويسري على انه : " لايمكن الطعن في صحة اتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي او ان اتفاق التحكيم يتعلق بنزاع لم يحدث بعد " (٩) .

وقد أصدرت محكمة الفصل الفرنسية حكما يقضي بان اتفاق التحكيم في التحكيم الدولي سواء اكان قد تم بشكل منفصل او في التصرف القانوني الذي له علاقه به يعتبر مستقلا الا في ظروف استثنائيه ، ولا يمكن ان يتأثر بعدم صحة التصرف القانوني المذكور " (١٠) .

ونلاحظ على هذا القرار قد أشار الى عبارة ظروف استثنائية ونلاحظ ان ذلك يعني عدم استقلالية شرط التحكيم عن عقد الاستثمار التكنولوجي اذا اقتنعت المحكمه من خلال ظروف العقد وملابساته وصياغة عباراته بأن العقد يعتبر ككل لا يتجزأ.

وقد يتخذ اتفاق التحكيم صورة مشارطة التحكيم ، وهي صورة للتحكيم يتم الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع بين طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي ، وعليه لا يتصور وجود مشارطة قبل نشوء النزاع والا كنا اما شرط التحكيم . ونلاحظ اغلب التشريعات (١١) التي سبق الاشاره اليها في نطاق تعريف اتفاق التحكيم قد اشارت الى شرط التحكيم اذ اجازت ان يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء اقام مستقلا بذاته او ورد في عقد معين وهذا هو شرط التحكيم واجازت هذه التشريعات ان يكون الاتفاق بعد نشوء النزاع وهذه هي مشارطة التحكيم (١٢) .

ويتخذ اتفاق التحكيم صورة مركبة (١٣) ولكن هذه الصورة تكون سلبية لانها تمثل سوء صياغة اتفاق التحكيم ، وذلك في حالة اتفاق طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي على جعل الاختصاص في المنازعات الناشئه عن هذا العقد لقضاء الدولة والتحكيم معا ولذلك تسمى هذه الصورة بالصورة المركبة اذ يتراكب فيها اتفاق التحكيم مع الاتفاق على اختصاص قضاء الدولة فمثلا يشار في عقد الاستثمار التكنولوجي الى ان جميع المنازعات المتعلقه بتطبيق هذا العقد وتفسيره تحال الى هيئه التحكيم وقضاء الدولة ، وهذه بالفعل صياغة ركيكه لان التحكيم يتعارض مع قضاء الدولة فالاخير اصل والأول استثناء ، واذا قلنا بذلك فاننا سوف نقوم باعطاء الاختصاص لقضاء الدولة لانه الأصل ونعمل على اهمال التحكيم لانه استثناء ولكن ذلك يصطدم بالتفسير التالي :

ان شرط التحكيم هو شرط خاص وشرط الاختصاص القضائي هو شرط عام ، والخاص يقيد العام وهذا ما يؤدي بنا الى اعمال شرط التحكيم واهمال شرط قضاء الدولة ، فضلا عن ذالك ان التحكيم هو الطريق المفضل في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية . ونرى ان هذا التفسير الأخير هو الراجح في تسوية منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي مع الاخذ بنظر الاعتبار الخصوصية الدولية لهذا العقد والسرعه في حسم المنازعات الناشئه عنه .

وللحد من الصياغة الرديئة لاتفاق التحكيم التي قد تظهر في العقود الدولية عموما وعقد الاستثمار التكنولوجي خصوصا ان يخول وضع شرط او مشارطة التحكيم الى مستشار او خبير يكون مدركا لأهمية التحكيم في تسوية المنازعات (١٤) ، وان يتم اعداد نماذج خاصة بصياغه اتفاق التحكيم من ذلك مثلاً .

ما جاء بقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال لسنة ١٩٧٦ في حاشية البند (١) من المادة الأولى تحت عنوان " نماذج لصياغة شرط التحكيم " وكالاتي :

" كل نزاع او خلاف او مطالبة تنشأ عن هذا العقد او تتعلق به او بمخالفة احكامه او فسخه او بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقا لقواعد التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حاليا "

وجاء في لائحة التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج لسنة ١٩٩٤ اذ نصت في الفقرة الثانية من المادة الثانية على انه في حالة اللجوء الى التحكيم يقترح ان يتضمن الصيغه الاتية في اتفاق التحكيم " اذا نشا نزاع بين الطرفين او الأطراف حول تفسير او تطبيق هذه الاتفاقية او العقد يحال النزاع الى هيئة تحكيم طبقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي " .

وعليه نشيد بطرفي عقد الاستثمار التكنولوجي الدقة في الصياغة مع الاخذ بنظر الاعتبار بنماذج خاصة باتفاق التحكيم مع عدم تهاون الشركات والمشروعات والافراد في اختيار من يقوم بصياغة العقود وتضمينها شرط او مشارطه تقضي

بإخضاع المنازعات الناشئة عنها للتحكيم وان " لا ننكر ان العقود الدولية تكون معقدة ومتشابكه وتتداخل فيها جوانب اقتصادية وقانونية وتقنية ومالية ويجب ان يشارك المتخصصين في كل هذه الجوانب في صياغة تلك العقود " (١٥) .

وهناك مثال يدل على (١٦) اللبس واختلاط الالفاظ اذ نصت المادة الخامسة من عقد اعمال وصيانة احدى طائرات الركاب المملوكة لشركة طيران خاصة مصرية والمبرم سنة ١٩٩٦ بين تلك الشركة الأخيرة والورش المركزية بأحدى الدول التي كانت ضمن الاتحاد السوفيتي المحل الذي جاء فيه " ١- في حالة حدوث نزاع قد ينشأ اثناء تنفيذ هذا العقد سيحاول الطرفان المفاوضة بشأن تسويته .

٢- وان لم يحل هذا النزاع ، عندئذ سيطلب التحكيم والموضوع سيتم رفعه الى غرفة التجارة بدولة ..... وقانون ..... هو الذي سيتبع او تحكيم المحكمة المصرية طبقا للقوانين المصرية (١٧) .

وهذا النص في غاية الغموض و اختلاط الألفاظ والمصطلحات القانونية ، وامام محكمة الاستئناف بالقاهرة التي عرض عليها النزاع بين طرفي العقد ،قدم دفاع الشركة المصرية الدليل على غموض هذا البند موضحآ ان النص يتكلم عن التحكيم امام غرفة التجارة بالدولة المعنية ، الا انه تكلم أيضا عن تحكيم " محكمة مصرية " ووفقا للتفسير البديهي والمنطقي لاصلاح محكمة مصرية ، فانه يراد به المحاكم القضائية المنظمة بقانون المرافعات المدنية والتجارية

المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وبقانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ لانه لا توجد محكمة مصرية للتحكيم انما تتشكل محكمة مصرية للتحكيم باتفاق الطرفين .

كما انه ليس من المألوف استخدام لفظ للدلالة على محكمة تحكيم بل يستخدم لفظ " Arbitral tribunal" وانتهى دفاع الشركة الى غموض وسوء صياغة شرط القضاء المختص بفض النزاع يجعل من المستحيل الانتهاء الى ان الأطراف قد أرادوا في الحقيقة اللجوء الى التحكيم ، ولا يمكن ان تنسب اليهم مثل تلك الإرادة ومن ثم لا تترتب على الشركة المصرية ان هي لجأت الى القضاء المصري قاضيها الطبيعي للذود عن مصالحها ورد العدوان عن حقوقها (١٨) ، وهو دفاع ايدته المحكمة في حكمها الصادر في ٢٢ مارس ٢٠٠٠ (١٩) .

وعلية يجب صياغة اتفاق التحكيم بعبارات واضحة جلية محددة لتحديد النقطة التي يتحرك في دائرتها المحكم او هيئة التحكيم مع الإشارة الى ان الامر هل يقتصر على تفسير العقد او نطاق تطبيقه او العيوب الخفية الموجوده في محل العقد او التأخير في التسليم او الاضرار الناتجة عن المنتجات المستعملة في عقد الاستثمار وغيرها والا كان الشرط باطلا (٢٠) .

المطلب الثاني
شروط صحة اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي

اتفاق التحكيم كأي اتفاق أخر هو تعبير أراء تبين تراضيا على التحكيم كوسيله لتقوية المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار التكنولوجي ، ولذلك يلزم ان تتوافر الشروط الموضوعية من رضا ومحل وسبب كما يلزم توافر الشروط الشكلية التي يطلبها القانون، وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين يتناول الفرع الاول الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي ، ويتخصص الفرع الثاني للشروط الشكلية لاتفاق التحكيم في هذا العقد وعلى النحو الاتي .

الفرع الاول / الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم

الفرع الثاني/ الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم

الفرع الاول
الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي

يشترط في اتفاق التحكيم هنا ان يتوافر فيه الرضا والمحل والسبب وبما ان السبب يخضع للقواعد العامة في الالتزام فسنستغني عن بحثه، وعليه سوف نقسم هذا الفرع على فقرتين نتناول في اولهما التراضي على اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي ونتناول في ثانيهما المحل في اتفاق التحكيم في هذا العقد وعلى النحو الاتي :-

اولا- التراضي على اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي

ثانيا- المحل في اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي

اولا:- التراضي على التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي

يعني التراضي تطابق واتجاهها الى احداث اثر قانوني معين بوجود ايجاب يلاقى قبول من الطرف الاخر مع اختيار التحكيم كوسيلة لحل منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي ، واذا تعلق الاخر بشرط او مشارطة التحكيم فلابد من تطابق ارادات الاطراف على هذا الآمر في عقد الاستثمار التكنولوجي.

ويلزم فضلا عن ذلك ان تتوافر الاهلية لطرفي عقد الاستثمار التكنولوجي ، وهي اهلية التصرف ولا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي او المعنوي الذي يملك التصرف في حقوقه (٢١) .

كما لايجوز التحكيم في المسائل التي لايجوز فيها الصلح اذ جاء في المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات العراقي " لا يصح التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح " (٢٢) ، وبما ان عقد الاستثمار التكنولوجي ، احد اطرافه او كلاهما شخص معنوي قد يتمثل بشركة ، فلا بد من توافر أهلية الشخص المعنوي كالشركات المدنية او التجارية او خاصة او الهيئات او المؤسسات ولابد من استيفاء الاشخاص المعنوية للشروط القانونية لاقرار هذه الشخصية المعنوية لها ، فيشترط مثلا بالنسبة للشركات التجارية كالتضامن والمساهمة قيدها في السجل التجاري وتخضع لقانون البلد الذي يوجد فيه مركز إدارتها الرئيسي(٢٣) .

ان اتفاق التحكيم سواء كان شرطا او مشارطة قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم عقد الاستثمار التكنولوجي ، وعليه يكون الأصل في توافر التحكيم وصحته وخلوه من عيوب الإرادة كالغلط والاكراه والغبن مع التغرير والاستغلال للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم (٢٤) ، وهوقد يكون قانون الإرادة اوالموطن المشترك اوقانون محل ابرام عقد الاستثمار التكنولوجي (٢٥) .

مع ملاحظة اذاكان اتفاق التحكيم يدخل في نصوص اتفاقية نيويورك فالتراضي يخضع ايضا لقانون الادارة او قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم (٢٦) وفي حالة التعارض بين قانون الارادة والقانون الأخير فحكم الاتفاقية هو الواجب التطبيق (٢٧) .

وقد أشار المشرع الفرنسي في المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الفرنسي الى حظر التحكيم بشأن المنازعات التي تتعلق بالجماعات العامة والمؤسسات العامة وكل ما يتعلق بالنظام العام (٢٨) . ويستثنى من ذلك المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري والصناعي فاتاح لها إمكانية الاتفاق على التحكيم بشرط صدور مرسوم يسمح لها بذلك ، وهذه الاحكام تكون خاصة بالتحكيم الوطني .

اما اذا تعلق الامر بالتحكيم الدولي في عقد الاستثمار التكنولوجي ، فقد ورد استثناء على الحضر بمقتضى المادة (٩) من القانون الصادر في ١٩\ ٨ \١٩٨٦ ومضمون هذا الاستثناء هو السماح للأشخاص العامة بأدراج شرط التحكيم في عقودها مع الشركات الأجنبية اذا كان موضوع العقد هو نقل ملكية المعرفة التكنولوجية (٢٩) وبذلك يكون التحكيم التجاري دوليا اذا تعلق بمصالح التجارة الدولية وهذا ما اشارت اليه المادة الثالثة من قانون التحكيم المصري بقولها يكون التحكيم دوليا اذا " كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية " وبنفس المعنى للمادة (١٤٩٢) من القانون الفرنسي بنصها :

" يكون دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية " (٣٠) ، وكل هذا محكوم بتوافر الاهلية القانونية لطرفي عقد الاستثمار التكنولوجي .

وفي هذا الصدد قررت غرفة التجارة الدولية في ١٩٨٢/٤/٣٠ م بخصوص النزاع بين ايران وفارماتون ، حيث دفع الطرف الإيراني بطلان شرط التحكيم الوارد في عقد الاستثمار التكنولوجي لعدم أهلية الدولة لوضعه وفقا للقانون الإيراني اذا كان الطرف الإيراني يستلزم الحصول على اذن من البرلمان لوضع شرط التحيكم فضلا عن موافقة منظمة (L Aeoi) ، وبالرغم من ذلك انتهت هيئة التحكيم الى رفض الدفع وبطلان شروط التحكيم الناتج عن وجود مخالفات بشأن شرط التحكيم من جانب الطرف الإيراني (٣١).

ثانيا – المحل في اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي

ينصب عقد الاستثمار التكنولوجي على المعرفة التكنولوجية (٣٢) ، وعليه يكون موضوع التحكيم في هذا العقد هو حل النزاعات الخاصة بنقل تلك المعرفة او استغلالها ، وفي هذا النطاق افرز التعامل التجاري بأن الكثير من الشركات في الدولة تقوم بابرام الكثير من العقود التي تنص على شرط التحكيم ، وبعد الابرام وعند التنفيذ تقوم هذه الشركات بالدفع بعدم صحة هذا الشرط اما بسبب ان قوانينها لا تجيزه او بسبب تمتعها بالحصانة القضائية ولكن هذا الدفع بتمتع الدولة بالحصانة منتقد لأنه لا يمكن للدولة ان تتمسك بالحصانة القضائية امام هيئه التحكيم في حالة ادراج شرط التحكيم اذ ان قبول الدولة لشرط التحكيم يفيد تنازلها ضمنا عن حصانتها القضائية (٣٣) .

وقد نصت المادة (٢٤) من قواعد غرفة التجارة الدولية (٣٤) على انه " أ- تكون احكام التحكيم نهائية . ب – قبول الأطراف التحكيم امام غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ اية حكم تحكيمي دون أي تأخير ، ويعدون بذلك انهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن المقررة قانونا ".

ويذهب رآي اخر في الفقه الى القول بأن الحصانة القضائية ميزة لا تتمتع بها الدولة الا في مواجهة قضاء دولة أخرى تتساوى معها في السيادة وبالنظر الى ان التحكيم لا يعد قضاء خاضعا لسيادة أي دولة من الدول ، فأن فكرة الحصانة القضائية لا يمكن اعمالها امام هذا القضاء الخاص (٣٥) وعليه فالدولة اذا وافقت على التحكيم لا يمكنها الاستفادة من الحصانة القضائية اما محكمة التحكيم ، لانها اما نزلت ضمنا بقبول التحكيم عن التمسك بحصانتها او لان ليست لها مثل هذا الحق في الأصل .

وفي هذا الصدد يجيز القضاء الفرنسي (٣٦) النزول عن حق الحصانة عندما تتفق الدول مع المتعاقد على شرط اللجوء الى التحكيم وقبول تنفيذ الحكم الصادر بموجبه من دون التمسك ضده بحق الحصانة .

فمحكمة النقض الفرنسية تقضي بان التزام الدولة بشرط التحكيم الوارد في اتفاق التحكيم الخاص بعقد الاستثمار التكنولوجي واستنادا الى المادة (٢٤) من نظام التحكيم يعني نزول الدولة عن حقها في الحصانة. وبالعكس قضت محكمة استئناف باريس بان الشرط المدرج في العقد المتضمن ان الدوله تتنازل عن حق الحصانة هو صياغة عمومية لا يعبر عن إرادة واضحة للدولة المتعاقدة وان مثل هذه الصياغة لا تجيز للطرف المتعاقد الاخر بالحجز على الأموال العائدة للسفارات التابعة لتلك الدول مع ملاحظة ان اتفاقية جنيف ١٨ نيسان ١٩٦١ الخاصة بالعلاقات الدبلوماسية لا تجيز لهذا الطرف ان يعيق العلاقات الدبلوماسية لهذه السفارات الا اذا جاءت صريحة تشمل هذه النوع من النزول عن الحصانة ، اما اذا كان العقد

يخلو من هذه الصياغة فلا يشمل النزول عن الحصانة هذه الأموال ولو جاءت الصياغة متضمنة الالتزام بالمادة (٢٤) من نظام التحكيم .

وعلية فالفرق يبدو واضحا فهذه المادة لها قيمة تعاقدية ، اما اتفاقية جنيف فلها قيمة قانونية ، وان الصياغة العمومية لا تشمل كل أموال الدولة فقضاء محكمة النقض لا يشترط صياغة خاصة فيكفي وجود شرط التحكيم في العقد والحكم نفسه بالنسبة لمحكمة الاستئناف لكنها تقضي بوجوب تحديد نطاقه ، فهو لا ينطبق على كل أموال الدوله فلا يشمل أموال السفارات والممثليات الدبلوماسية الا اذا ورد شرط التحكيم في الاتفاق شاملا لذلك بصورة صريحة (١).

وفي هذا النطاق نصت المادة(٤/٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ على انه :

((اذا كان احد اطراف النزاع خاضعا لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع ، بما فيها الالتجاء الى التحكيم وفق للقانون العراقي او أي جهة أخرى معترف بها دوليا)) .

ونصت الفقرة الخامسة من المادة نفسها على انه " المنازعات الناشئة بين الهيئة او أي جهة حكومية وبين أي من الخاضعين لاحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة احكام هذا القانون تخضع للقانون والمحاكم العرقية في المسائل المدنية ، اما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء الى التحكيم على ان ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقات بين الأطراف " .

كما اشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بصدد بيان آليات تسوية المنازعات الناشئه عن العقود الحكومية اذ نصت المادة (١١) من هذه التعليمات على التحكيم كأحدى الوسائل الممكنة لتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العقود (٣٧) .

الفرع الثاني
الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي

نصت المادة (٢٥٩) من قانون المرافعات العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على انه : " يجب ان يكون قبول المحكم التحكيم بالكتابة ما لم يكن معينا من قبل المحكمة ، ويجوز ان يثبت القبول بتوقيع المحكم على عقد التحكيم " .

وتتحقق الكتابة وفقا للقانون فإذا ورد الاتفاق على التحكيم في رسائل او برقيات متبادلة بين طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي ، وأن ذلك يمتد الى كل وسائل الاتصال المكتوبة ولكن

بشرط تحقق الايجاب والقبول فيما يتعلق بالتحكيم تحديدا ، فمثلا اذا ارسل احد طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي رسالة او تلكس يتضمن عرض الالتجاء الى التحكيم بصدد المنازعات التي تثار بشأن هذا العقد فلا بد من صدور قبول من الطرف الاخر ، واتصال هذا القبول بعلم الطرف الأول (٣٨) ، اما السكوت فيعد قبولا اذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وفي هذا المجال نصت المادة ٦ ف٢ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على انه " يعتبر السكوت قبولا بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل او اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه ....."

وفي هذا الصدد ذهب القضاء الهولندي الى ((ان السكوت يعد قبولا اذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطا فيها ، او اذا تعلق الامر بتحديد عقد يتضمن شرط التحكيم)) (٣٩) .

واذا كان الاتفاق على التحكيم بواسطة وكيل ، فلا بد ان تكون الوكالة مكتوبة (٤٠) عملا بنص المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري التي جاء فيها " ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا " ، وبالرجوع الى النصوص القانونية الخاصة بالكتابة نجد ان المادة (٧٠٠) من القانون المدني المصري تشترط في الوكالة " الشكل الواجب توافر في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ، ولا بد وكالة خاصة بالنسبة للتحكيم وفقا لنص المادة(١/٧٠٢) مدني فلا تخول الوكالة العامة الوكيل سلطة ابرام اتفاق تحكيم او وضع شرط تحكيم في العقد الذي تمت الوكالة لابرامه " (٤١) .

وقد أشار قانون المرافعات المصري الى ضرورة وجود تفويض خاص بالتحكيم فالتوكيل العام لاحد المحامين مثلا لا يخوله ابرام اتفاق التحكيم بل يستلزم الامر صدور اتفاق جديد بشأن التحكيم (٤٢) .

ويستلزم القانون الفرنسي الكتابة كشرط لوجود شرط التحكيم في جميع العقود التي تدرج التحكيم ومنها بالطبع عقد الاستثمار التكنولوجي ويعني ذلك ان عدم كتابة شرط التحكيم يؤدي الى بطلان شرط التحكيم ، سواء اكان شرط التحكيم واردا في عقد الاستثمار التكنولوجي أم في عقد مستقل ، ويستلزم القانون تسمية المحكمين بالنسبة للتحكيم الداخلي اما في التحكيم الخاص بعقد الاستثمار التكنولوجي ولكونه ذا طابع دولي فلا يشترط فيه تسمية المحكمين لخصوصية العقد .

وعلى العكس من ذلك يقرر المشرع الفرنسي اعتبار الكتابة في مشارطة التحكيم شرط لاثباتها وليس لصحتها ، وعليه يمكن اثباتها بمحضر ينظمه طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي، والمحكم استناداً الى ما اشارت اليه المادة (١٤٤٩) من قانون المرافعات الفرنسي (٤٣) .

ويلاحظ ان اغلب القوانين (٤٤) لم تشترط وجود بيانات معينه في شرط او مشارطة التحكيم فقد اكتفى المشرع العراقي بالنص على انه : " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين " (٤٥) ولا توجد نصوص تحدد بيانات الزامية الا فيما يتعلق بتحديد موضوع النزاع وتحديداً في مشارطة التحكيم وليس في شرط التحكيم وذلك لان المشارطه هي اتفاق لاحق على النزاع مما يستوجب تحديد المسائل محل الخلاف بين طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي ، وبمفهوم المخالفة ان عدم تحديد المسائل المتعلقة بالنزاع محل التحكيم في مشارطة التحكيم اللاحقة لابرام عقد الاستثمار التكنولوجي يؤدي الى بطلان تلك المشارطة (٤٦) .

المبحث الثاني
القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي

يثير تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي الكثير من الاشكاليات اذ تعددت القوانين الواجبة التطبيق على هذا الاتفاق وعليه فأختيار قانون دون الاخر قد يكون في غاية الصعوبة والاهمية لما لهذا التحديد من دور في حسم منازعات لها دوراً مؤثراً في تحديد المركز القانوني لاطراف النزاع .

وفضلاً عن ذلك ان حكم هذه القوانين قد لا يكون متماثلاً ، فقد يكون اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي صحيحاً ومنتجاً لاثاره القانونية وفقاً لقانون دولة و بعكسه يكون غير صحيح وفقاً لقانون دولة اخرى .

كما ان اطراف النزاع يكونوا قد اتفقوا مبدئياً على القانون الذي يحسم منازعاتهم بصورة صريحة بادراج بند في العقد يقضي بذلك وبالمقابل قد يفضل الطرفين الاشارة بصورة صريحة الى هذا القانون ، وهذا ما يدفع المحكم الى البحث عن الارادة الضمنية او ان يلجأ الى تحديد الالتزام الرئيس في العقد ليكون اداء مميز لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي، فضلاً عن الصعوبة الناجمة عن خصوصية هذا العقد كونه عقداً مركباً من استثمار وتكنولوجيا قد يعرقل الطريق امام المحكم في تحديد هذا القانون كل هذه الاشكاليات وغيرها سوف نبحثها من خلال تقسيم هذا البحث على مطلبين نتناول في اولهما الارادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي ونتناول في ثانيهما دور المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق عند غياب الارادة الصريحة وعلى النحو الاتي :

المطلب الاول / الارادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي .

المطلب الثاني / دور المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق عند غياب الارادة الصريحة .

المطلب الاول
الارادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي

ان لاطراف عقد الاستثمار التكنولوجي الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الذي يتضمنه هذا العقد مادام هذا الاختيار لا يصطدم بالقواعد القانونية الآمرة ، وعليه يكون هذا القانون المختار من طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي هو الذي يحكم النزاع الذي يعرض على المحكم .

و يكون اختيار القانون خاليا من أي اذعان وذلك عن طريق ادراجه في احد بنود عقد الاستثمار التكنولوجي الذي اثير بشأنه نزاع او بمقتضى شرط او مشارطة مستقلة للتحكيم ، ولعل اختيار الخصوم بصورة صريحة لقانون وطني يحكم منازعاتهم المطروحة على المحكم لحسمها هو تطبيق لغالبية التشريعات عند معرض تنظيمها لقواعد تنازع القوانين في العلاقات العقدية ذات العنصر الاجنبي، اذ تقر هذه القوانين الاولوية لارادة المتعاقدين لاختيار القانون الذي يحكم موضوع منازعاتهم بصورة لا تتعارض مع القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام للدولة التي تكون طرفاً في عقد الاستثمار التكنولوجي وبشرط ان لا يكون هذا الاختيار للقانون الاجنبي مشوباً بالغش نحو القانون (٤٧) الذي كان من المحتمل ان يحكم النزاع المعروض على المحكم وتقر بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم هذه الطريقة القائمة على اختيار الخصوم في عقد الاستثمار التكنولوجي للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم .

من ذلك اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف باحكام التحكيم وتنفيذها اكثر وضوحاً وصراحة في تقنين مبدأ اخضاع اتفاق التحكيم لقانون ارادة المتحكمين ، اذ نصت المادة (٥/١/أ) وهي تعدد الحالات التي يجوز فيها رفض الاعتراف بهذا الحكم وعدم تنفيذه اذا ثبت للطرف المحكوم ضده ان " ...اتفاق التحكيم لم يكن صحيحاً طبقاً للقانون الذي اخضعه له الاطراف او عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم...)(٤٨) .

وقد جاءت الاتفاقية الاوربية حول التحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة ١٩٦١ بنص صريح في المادة السابعة من فقرتها الاولى اذ نصت على " الاطراف هم احرار في تحديد القانون الذي يجب ان يطبقه المحكمون على موضوع المنازعة (٤٩) .

كما اوردت الاتفاقية نصاً خاصاً بتنازع القوانين بشأن تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم الذي (٥٠) قد يثار امام قضاء احدى الدول الطرف فيها ، حيث نصت المادة (٦/٢/أ) على انه " تفصل محاكم الدول المتعاقدة ، في وجود اوصلاحية اتفاق التحكيم ... طبقاً للقانون الدذي اخضع له الاطراف اتفاق التحكيم" .

كذلك ورد في الاتفاقية نص (٥١) اخر يقرر بطلان قرار التحكيم في دولة متعاقدة لا يعد سبباً لرفض الاعتراف به وتنفيذه في دولة متعاقدة اخرى الا اذا كان هذا البطلان قد تقرر في الدولة التي صدر فيها او وفقاً لقانونها صدر الحكم ، وكان السبب من الاسباب الاتية : " أ- ... اذا لم يكن اتفاق التحكيم صحيحاً طبقاً للقانون الذي اخضعه له الأطراف " .

ويلاحظ ان هذا الحل الذي جاء في الاتفاقية الاوربية والذي يتوافق مع احكام اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ وان كان خاضعاً لكيفية تحديد القانون الواجب التطبيق في شأن اتفاق التحكيم ، الذي يثور امام القضاء الوطني للدول الاطراف في الاتفاقية ، الا انه واجب الاتباع ، من باب اولى ، امام قضاء التحكيم لاسيما ان هذا الاخير يعلو دائماً من شأن ارادة الاطراف ، ولن يحيد عن تطبيق قانون اختارته تلك الارادة (٥٢) .

وكذلك تقر طريقة اختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الاخرى اذ تنص المادة (٤٢/أ) على انه :

" المحكمة (محكمة التحكيم) تتصدى للفصل في المنازعة وفقاً للقواعد القانونية التي يحددها الاطراف ، والا فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع بما فيه من قواعد تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي " .

وبنفس الاتجاه اقرت اتفاقية " انتر- امريكان" الموقعة في بنما سنة ١٩٧٥ حرية اختيار الخصوم لقانون يحكم موضوع النزاع (٥٣) اذ تنص المادة (١٣/٣) من هذه الاتفاقية على انه :

" للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع ، فإذا لم يحدداه طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص"(٥٤) .

وكذلك الامر بالنسبة للائحة التحكيم الخاصة باللجنة الاقتصادية الاوربية التابعة للامم المتحدة لسنة ١٩٦٦ وقد اشارت في المادة (٣٨) منها (٥٥) على انه :

"مع عدم الاخلال بحكم المادة (٣٩) وهي الخاصة بالتحكيم الودي اذا كان ذلك هو رغبة الاطراف فإنه يجب على المحكمين تطبيق القانون الذي يحدده الاطراف لحكم موضوع النزاع وفي حالة عدم الاستدلال على هذا الاختيار فإنه يكون للمحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة " .

ويبدو ان هذا النص يتطابق مع حكم المادة (٧/٤/أ) من لائحة التحكيم التجاري الدولي الخاصة باللجنة الاقتصادية للامم المتحدة لدول اسيا والشرق الاقصى والمعروفة باسم لائحة C.E.A.E.O التي تنص على انه :

" يؤسس قرار التحكيم على القانون الذي يختاره الاطراف لحكم موضوع المنازعة ، واذا لم يعين الاطراف القانون الواجب التطبيق ، فإن المحكم او المحكمين يطبقون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في هذا الخصوص " .

وقد اقرت هذه الطريقة المادة (٣٣) من لائحة قواعد التحكيم الخاصة الصادرة عن الامم المتحدة سنة ١٩٧٦ والتي تقضي بأن((تطبق محكمة التحكيم القانون الذي يحدده الاطراف لحكم موضوع النزاع ، وفي حالة غياب مثل هذا الاختيار فإن المحكمة تطبق القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي تراها ملائمة في هذا الخصوص)) (٥٦) .

ولم ينص قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ على دور الارادة في نطاق اتفاق التحكيم الا انه هذا القانون نص على تطبيق القانون الذي اختاره الخصوم وبما ان الاتفاق هو تصرف ارادي فهو يخضع للقواعد الخاصة بتطبيق قانون الارادة على العقد الدولي اذ تخضع العقود الدولية لقانون الارادة وقد نصت المادة (١/٣٩) على انه :

" تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان ، و اذا اتفقا على قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك".

وعليه نلاحظ على هذا النص انه اشار الى تطبيق قانون الارادة وهذا يعني انه يمكن اعمال تطبيق هذا القانون في نطاق المنازعات التي تحدث بشأن اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي على اساس ان العقود الدولية تخضع لقانون الارادة وان اتفاق التحكيم لا يخرج عن هذه العقود بوصفه تصرف ارادي فضلاً عن ان العقد المدرج فيه هذا الاتفاق هو عقد دولي وهو عقد الاستثمار التكنولوجي.

وتخول المادة (١٤٩٦) من القانون المدني الفرنسي للاطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل المحكم اذ نصت هذه المادة على انه :

" يفصل المحكم في المنازعة وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الاطراف..."
اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد نصت المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي على تخويل الاطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي اذ وردت هذه المادة مطلقاً وهو نص عام يطبق على كل العقود ومنها عقد هذا العقد الدولي ونص المادة المذكورة هو :
" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه " .
ويثار التساؤل هنا هل يشترط وجود صلة بين القانون المختار والعقد المدرج فيه اتفاق التحكيم؟
اشترط المشرع العراقي وجود صلة بين هذا القانون وهذا العقد لمصلحة التنمية الاقتصادية وتبنى ذلك في قرار التدوين القانوني رقم (١٣٢) لسنة ١٩٧٨ فيما يتعلق بالتحكيم التجاري والانضمام الى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ وقد اشار هذا القرار الى ان " ان التحولات السريعة الجارية في القطر وفي العالم ومن متقضيات التنمية الاقتصادية التي تمر بها البلاد وظاهرة ازدياد التبادل التجاري قد تخلق في بعض الحالات الخاصة التي تبدو فيها الحاجة ملحة الى وضع شرط التحكيم في العقود المبرمة مع بعض الجهات الاجنبية " .
ان السند القانوني لاشتراط وجود الصلة يتجلى في المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي(٥٧) التي تنص على انه :
" يتبع فيما لم يرد بشأنه نص ..... مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً " .
كما نص المشرع العراقي في المادة (٢٩٧) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على ضرورة تبني القانون الانكليزي أي ان يكون القانون المختار ذات صلة بالقانون الانكليزي في تجارة القطن .
وهناك من يرى بأن تكون امام شروط عقدية بادماج القانون المختار بالعقد وتكون تلك الشروط واجبة التطبيق لان العقد شريعة المتعاقدين واحتراماً لمبدأ احترام ارادة المتعاقدين (٥٨) .
ونرى ان وجود الصلة بين القانون المختار والعقد امر لا بأس ، فلا بد من الاولى وجودها ولكن يبقى الامر متروكاً للمحكم فإذا رآى وجودها ضروري وتلك الصلة موجودة في النزاع المعروض عليه فلا يوجد اشكال اما اذا انعدمت تلك الصلة ورآى المحكم ضرورة وجودها فيبقى الامر متروكاً لسلطته التقديرية .

ان اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي لا يكون صريحاً دائماً وانما قد يكون ضمنياً وهو ما يكون محلاً للبحث في المطلب الآتي .

المطلب الثاني

دور المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق عند غياب الارادة الصريحة

ان عدم قيام اطراف اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي باختيار القانون الواجب التطبيق على هذا الاتفاق سيدفع المحكم الى البحث عن هذا القانون و عادة ما تكون خيارات المحكم محدودة في هذه الحالة فهو اما ان يلجأ الى البحث عن الارادة الضمنية لاطراف العقد وذلك من خلال البحث عن بعض المؤشرات التي تهديه لهذا القانون والتي قد تكون من ضمنها تركيز العقد موضوعياً كعامل قانوني للكشف عن القانون الواجب التطبيق في هذا المجال .

وقد يلجأ المحكم الى تحديد الآداء المميز في العقد والذي يمثل مركز الثقل في العقد وهو مايسمى بنظرية الآداء المميز .

ولا يمكن للمحكم ان يلجأ الى تطبيق قواعد التجارة الدولية ذلك ان عقد الاستثمار التكنولوجي يخرج من نطاق تطبيق قانون التجارة الدولية فهذا القانون قد نشأ ليحكم العلاقات التجارية الدولية بين الاشخاص الخاصة ، ولا يمكن ان يمتد الى العلاقات التي تكون الدولة منها كذلك فإنه يصعب التسليم بانطباق قانون التجارة الدولية على هذه العلاقات كونها تخرج من مفهوم التجارة الدولية (٥٩) .

وعليه سوف نستبعد بحث قواعد التجارة الدولية لهذا السبب واما التركيز الموضوعي للعقد فيدخل ضمن الارادة الضمنية ، وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في اولهما البحث عن الارادة الضمنية ونخصص الفرع الثاني لنظرية الاداء المميز وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول : البحث عن الارادة الضمنية

الفرع الثاني : نظرية الآداء المميز

الفرع الأول

البحث الإرادة الضمنية

ان تحديد القانون يحكم النزاع الخاص بعقد الاستثمار التكنولوجي يثير الكثير من الجدل والصعوبات في حالة عدم الاختيار الصريح لقانون معين ، ذلك لان الامر يتعلق بمبدأ مهم وهو الحصانة القضائية للدولة ، ويقصد به هنا عدم خضوع الدولة طرف النزاع لقانون اجنبي ولو كان قانوناً محايداً (٦٠)ومن ناحية اخرى فإنه احياناً ما تتضمن تشريعات الدول نصوصاً وطنية تحدد القانون او القواعد التي تحكم النزاع في مثل هذه الحالة من خلال الاشارة الى بعض الظروف والملابسات الدالة على الاختيار الضمني من ذلك (١/٢٥) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه :

" ... هذا ما لم يتفق المتعاقدين او يتبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه"

وكذلك عبرت عن ذلك اتفاقية روما ١٩٨٠في المادة (٣/اولاً) بنصها :

" يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الاطراف ، ويجب ان يكون هذا الاختيار صريحاً او مستخلصاً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد او من ظروف التعاقد"

ويتم استنتاج الاختيار الضمني من نصوص العقد او من ظروف التعاقد بشرط ان يكون هذا الاختيار مؤكداً على انصراف ارادة المتعاقدين الى هذا القانون (٦١) .

وتتضارب احكام القضاء بشأن التحكيم التجاري الدولي عندما يعرض عليها منازعات تتعلق بغياب الاختيار الصريح لقانون يحكم النزاع في نطاق اتفاق التحكيم في عقود التنمية الاقتصادية ومنها عقد الاستثمار التكنولوجي ، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها ان غياب اختيار قانون معين من قبل طرفي النزاع ليحكم موضوع منازعات الدولة المتعاقدة مع رعايا الدول الاخرى يعني بالضرورة وجود قرينة على ان قانون هذه الدولة يكون هو قانون الارادة المفترضة الذي يجب ان يحكم موضوع النزاع .

الا ان هذه المحكمة قضت في حكم اخر بعكس ذلك ان نفت ان يكون قانون الارادة المفترضة هو القانون الذي يجب ان يطبق واعطت للمحكم سلطة تطبيق القانون الذي يراه مناسب وعليه فإن السلطة التقديرية للمحكم الدولي في شأن تعيين القانون الذي يحكم النزاع تضعه امام الكثير من الخيارات القانونية التي يتعين ان يختار من بينها قواعد التنازع الاكثر ملائمة لطبيعة المنازعة المعروضة على التحكيم (٦٢) .

وهناك عدد من المؤشرات العامة والخاصة (٦٣) التي يتفق الفقة والقضاء على ضرورة مراعاتها بصدد البحث عن الارادة الضمنية فمن المؤشرات العامة محل ابرام العقد وقانون محل التنفيذ او محل اقامة الطرفين او جنسية احداهما او كلاهما ، ومن قبيل المؤشرات

الخاصة موضوع العقد محل التحكيم وهو عقد الاستثمار التكنولوجي، قد يصعب الوصول الى هذه الارادة االضمنية وبهذا الصدد قررت محكمة النقض المصرية في قرار لها ان صعوبة الوصول الى الارادة الصريحة او الضمنية يؤدي الى تطبيق القانون الذي يطبق على العقد الذي ادرج فيه اتفاق التحكيم وهو عقد الترخيص الصناعي الذي يعد بدوره صورة من صور عقد الاستثمار التكنولوجي (٦٤) وقد يضطر المستثمر الاجنبي الى رفع دعواه امام محاكم دولته لحسم منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي من ذلك النزاع الذي حصل بين شركة دوميز الفرنسية ووزارة الدفاع العراقية ويتلخص بأن (شركة فيافي) الكويتية سبق وان تعاقدت مع هذه الوزارة سنة ١٩٨١ لتشييد بعض الابنية وفي سنة ١٩٨٤ نزلت الشركة عن العقد الى مقاول من الباطن هي (شركة دوميز) الفرنسية وبعلم وبموافقة الوزارة وبعد ان اكملت العمل اقامت الشركة الفرنسية الدعوى على الشركة الكويتية امام محكمة بداءة الرصافة في بغداد للحكم عليها بالسداد والاضرار المرتدة (٦٥) ومن خلال المرافعة تمت المصالحة بين الطرفين في ١٢مارس ١٩٩٠ بموجبها اعترفت الشركة الكويتية بأن حقوق الشركة الفرنسية من جراء تنفيذها العقد المذكور تساوي (٢٢٨٢١٧٩٧) دولار امريكي وان الكمبيالات الموجودة لدى الوزارة يجب ان تصدر باسم (شركة دوميز) الفرنسية بالمبلغ المذكور واقترنت هذه المصالحة بصدور قرار من المحكمة المذكورة حيث اودعته الشركة المذكورة لدى دائرة التنفيذ في بغداد شعبة ديون الدولة ولدى مطالبة هذه الدائرة للوزارة بالحكم المطلوب تنفيذه اجابتها بأستحالة التنفيذ للصعوبات المصرفية دون ان تعارض الدين لا من حيث الاصل ولا من حيث المقدار غير ان دائرة التنفيذ عادت وطلبت منها التنفيذ بتحويل المبلغ اليها لحساب الشركة المذكورة (الدائنة) ثم حدثت ازمة الخليج فتقدمت الشركة الفرنسية الدائنة بدعوى امام محكمة نانتير في باريس ضد الوزارة للحكم بالمبلغ المذكور حيث اخذ بها قرار المحكمة الفرنسية لصالح الشركة المدعية (٦٦) .

وبصدد البحث عن الإرادة الضمنية ذهب رأي في الفقه (٦٧) الى اختصاص قانون دولة مقر التحكيم عند تخلف الاختيار الصريح من جانب الاطراف للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي على اساس ان دولة التحكيم هي التي تشهد وقائع عملية التحكيم وهي المؤهلة بتقديم الحل لانها الدولة التي يجري على اقليمها عملية التحكيم، من ذلك قانون التحكيم السويدي لسنة ١٩٩٩ حيث نص في المادة (٤٨) منه على:

((... واذا لم يتفق الاطراف على القانون المختص ، يكون واجب التطبيق ، واعمالاً للاتفاق المبرم بين الاطراف ، قانون الدولة التي تمت فيها او يجب ان تتم فيها اجراءات التحكيم)) .

وكذلك المادة (١/١٧٨) من القانون السويسري لسنة ١٩٨٧ حيث نصت على انه: (عند غياب الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم ،او القانون الذي يحكم موضوع النزاع وهو قانون العلاقة الاصلية وجب تطبيق القانون السويسري) .

ومن الاتفاقيات الدولية التي سارت بهذا الاتجاه اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها حيث اشارت المادة (١/٥) منها الى انه لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم الا اذا قدم من صدر ضده الحكم في الدولة المطلوب منها الاعتراف بالحكم او تنفيذه ادلة تؤيد ان اتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً للقانون الذي اخضعه له الاطراف او عند عدم النص على ذلك وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه التحكيم(٦٨) .

وفي هذا الصدد قررت محكمة النقض المصرية في قرار لها ((لما كان من الثابت ان شرط التحكيم المدرج في سند الشحن قد نص على ان يحال أي نزاع بنشأ عن هذا السند الى ثلاث محكمين ، وكان المشرع قد اقر الاتفاق على اجراء التحكيم في الخارج ، ولم ير في ذلك ما يمس النظام العام ، فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيب اثاره الى قواعد القانون الفرنسي بوصفه قانون البلد الذي اتفق على اجراء التحكيم فيه طبقاً لما تقضي به المادة (٢٢) من القانون المدني بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام)) (٦٩) .

ويذهب رأي اخر (٧٠) الى اعطاء الاختصاص للقانون الذي يحكم العقد الاصلي وهو عقد الاستثمار التكنولوجي ، ذلك لان اتفاق التحكيم هو مدرج في عقد ففي حالة غياب ارادة الافراد الصريحة يطبق القانون الذي يحكم العقد الاصلي ذلك لان الاتفاق على التحكيم يدون في هذا العقد وحتى اذا اتخذ صورة مشارطة يكون ملحقاً بالعقد الاصلي .

وهناك من يذهب الى اعطاء الاختصاص للقانون الاوثق صلة (٧١) بالنزاع والذي قد يكون قانون بلد تنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي او قانون دولة القاضي او قانون الاقامة او الجنسية المشتركة للاطراف (المستثمر وطالب الاستثمار) ويلاحظ على هذا الرأي انه اكثر تحقيقاً للعدالة الا انه ينقصه المعرفة المسبقة لطرفي العقد بالقانون الواجب التطبيق على منازعاتهم (٧٢) .

ونرى ضرورة ان يترك الامر للمحكم او لهيئة التحكيم عند عدم الاختيار الصريح لاطراف عقد الاستثمار التكنولوجي على القانون الواجب التطبيق في ضوء البحث عن الارادة الضمنية الذي قد لا يكون كافياً في تحديد هذا القانون مما يدفع المحكم الى البحث عن الآداء المميز في العقد وهو ما يكون محلا للنقاش في الفرع الأتي .

الفرع الثاني
نظرية الآداء المميز

ان لكل عقد التزام جوهري له يمثل الآداء الرئيس او المميز له والاداء المميز يعتمد على تحليل العقد او وقائع العقد اذا كان مركباً كعقد الاستثمار التكنولوجي لتحديد الاداء الذي يعتبر مميزاً فيه ، ثم البحث عن الشخص الذي يرتبط هذا الاداء به لكي نطبق قانونه على العقد محل النزاع ، وكذلك لا يوجد تعريف جامع مانع للاداء المميز(٧٣) .

ولغرض تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي ، يذهب رأي في الفقه (٧٤) الى تطبيق قانون دولة المستثمر على اساس كونه المالك الاصلي للمعرفة التكنولوجية وعليه يكون القانون الواجب التطبيق هو اما قانون محل الاقامة العادية او قانون موطن او مركز ادارة المنشأة التابع لها المستثمر مالك المعرفة التكنولوجية ، وقد اشار الى ذلك القانون الدولي الخاص السويسري في المادة (١٢٢-١) التي نصت على انه: " يسري على العقود الواردة على الملكية الذهنية قانون الدولة التي بها محل الاقامة الاعتيادية للمالك او المتنازل عن حق الملكية الذهنية " .

ويفترض ان العقد يرتبط بالقانون الاوثق صلة بالدولة وهذا ما اشارت اليه المادة (٤-١) من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ اذ اشارت الى خضوع العقد لقانون الدولة الاوثق صلة بالعقد .

ويؤخذ على تطبيق قانون دولة المستثمر ان هذه الدولة غالباً ما تكون من الدول النامية وتجهل قوانين الدولة طالبة الاستثمار التي قد تكون لا تتناسب مع تشجيع وحماية التكنولوجيا المحلية في دولة المستثمر.

ويذهب رأي في الفقه (٧٥) الى تطبيق قانون الدولة طالبة الاستثمار لان الدولة تعمل على خضوع جميع الاشخاص الموجودين فوق اقليمها سواء اكانوا مواطنين ام اجانب لقوانينها ، وعليه فالنزاعات الناشئة عن عقد الاستثمار التكنولوجي تخضع لقانون الدولة طالبة الاستثمار اذا كانت تلك المنازعات ناشئة عن عقود يراد تنفيذها داخل اقليمها من ذلك العقد المبرم بين الشركة العامة لموانئ العراق وشركة بترومين الدولية وهي شركة خاصة اذ نصت المادة

(٢١) من هذا العقد الموقع بينهما في ١٩٩٩/٨/١١ بصدد مذكرة التفاهم بين العراق والامم المتحدة على انه :

" ان هذا العقد يطبق ويتم تفسيره ويشكل وفقاً لقوانين جمهورية العراق وتسوى منازعاته بواسطة المحاكم العراقية العادية "

وعموماً يجد المحكم صعوبة في تطبيق القانون الواجب التطبيق وهذه الصعوبة ناجمة عن صعوبة تحديد مركز الثقل في العقد والذي يمثل اداء مميز فيه ومن ثم تطبيق قانون هذا المركز على العقد .

ففي حكم تحكيم صادر من غرفة التجارة الدولية بباريس في سنة ١٩٨٣ حيث باشر المحكم الفصل في نزاع (٧٦) متعلق بعقد تقديم مساعدة فنية (وهو صورة من صور عقد الاستثمار التكنولوجي) (٧٧) وكان هذا العقد ينبغي تنفيذ جزء منه في كوريا وجزء منه على اقليم المجموعة الاوربية الاقتصادية .

فقام المحكم بتطبيق قواعد القانون الكورية على العقد وقواعد روما في مادة المنافسة قبل ان يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد ، وفي هذه القضية ميزت محكمة التحكيم بين القانون الخاص الواجب تطبيقه على الاتفاق التعاقدي من جهة وقواعد القانون العام التي يجوز تطبيقها من جهة اخرى .

وفي هذه القضية اتفق الطرفان على ان ينفذ جزء من العقد في جمهورية كوريا ، لذلك مهما كان القانون الخاص الوطني الواجب التطبيق على الاتفاق التعاقدي ، فإن الاخير أي الاتفاق التعاقدي يتأثر بالقانون العام الكوري لذلك يتعين على هذه المحكمة تحديد ما اذا كان هذا القانون هو الواجب التطبيق على الاتفاق التعاقدي .

ويلاحظ في كل الاحوال ، فإن القانون العام الوطني الذي يدعي المدعي تطبيقه في هذه القضية يعد بطبيعته من النظام العام .

ويعتمد تطبيق مثل هذه القوانين العامة ومنها القوانين المتعقلة بالمنافسة والاسعار من القوانين المتعلقة بالنظام العام ولذلك فإنه فيما يتعلق بالفقرة الاولى ، والفقرة الثانية للاتفاق التحكيمي اللتين تحتويان على نصوص لا يجيزها القانون الكوري فيما يتعلق بالقوانين العامة الوطنية وايضاً قواعد التنافس في اتفاقية روما تعتبر من النظام العام وجزء من النظام العام للاتفاقية وتلتزم المحكمة التحكيمية بأن تأخذ بعين الاعتبار تطبيق قواعد التنافس الواردة في اتفاقية روما بناء على نص المادة (٢/٨٥) من الاتفاقية والتي تنص على انه :

اذا وجدت المحكمة ان الاتفاقية تتعارض كلياً او جزئياً مع المادة (٨٥) فإن النتيجة ستكون ان الشروط التعاقدية التي تتعارض مع الاتفاقية تعتبر باطلة " لذلك يجب على المحكمة من تلقاء نفسها ان تفحص ما اذا كان الاتفاق التحكيمي يخضع لقيود المادة (١/٨٥) للاتفاقية وهي الخاصة بقواعد التنافس في اتفاقية روما .

وفي هذه القضية قرر المحكم بأن القانون الكوري هو القانون الواجب التطبيق على العقد ، حيث نفذ جزء من الاتفاق موضوع النزاع اعلاه في ايطاليا ، والجزء الآخر في جمهورية كوريا .

ونلاحظ على هذا القرار ان كل بنود العقد – يجب ان تؤخذ بنظر الاعتبار لتحديد مركز الثقل في العقد لتحديد ايا منها يعد آداء مميز وايا منها لايعد كذلك وبحسب سلطة المحكم التقديرية و بحسب ما هو معروض عليه من وقائع في القضية محل التحكيم .

الـخـاتـمـة

بعد ان انتهينا من بحث " الضوابط القانونية لاتفاق تحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي – دراسة مقارنة " توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات يمكن تحديدها بالاتي :

اولاً : الاستنتاجات :-

ان اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي ينصب على رضا اطراف العقد وهم المستثمر وطالب الاستثمار على احالة النزاعات العقدية الناشئة بينهما الى التحكيم سواء اكان موضوع النزاع يتعلق بالتعويض الناشئ عن الاخلال بتنفيذ العقد ام يتعلق بتحديد حقوق والتزامات طرفي العقد او غير ذلك من الحالات التي تحتاج الى تسوية المنازعات .

ان اتفاق التحكيم هو تصرف قانونية ارادي ملزم لجانبين وهما دولة المستثمر والدولة طالبة الاستثمار يدرج عادة في نهاية عقد الاستثمار التكنولوجي ويتضمن شرطين : شرط الاختصاص التشريعي ويختص بتحديد القانون الواجب التطبيق وشرط الاختصاص القضائي الذي يتعامل مع طرق تسوية المنازعات ومنها التحكيم .

يعد عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود الدولية التي تتمتع بطبيعة قانونية خاصة ترجع من ناحية الى طبيعة اطرافها اللذين يكونان غير متكافئين في المراكز القانونية ومن ناحية اخرى الى موضوعها كونها تهدف الى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة طالبة الاستثمار يكسبها بعداً تكنولوجياً يجلب للدولة مظاهراً لا تقل عن التقنيات الحديثة الموجودة في دولة المستثمر اذا استثمرت الاولى المعرفة التكنولوجية استثمارا صحيحا .

ان اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي قد يتخذ صورة مستقلة وادراجه في هذه الوثيقة يفضل على ادراجه في وثيقة العقد لان ادراجه في الوثيقة المستقلة يشتمل تفصيل اكثر للامور المتعلقة بالتحكيم فضلاً عن انه يؤكد استقلالية شرط التحكيم عن عقد الاستثمار التكنولوجي .

وقد يتخذ اتفاق التحكيم صورة مشارطة التحكيم وهي صورة يتم الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع بين طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي وعليه فلا نتصور وجود مثل تلك المشارطة قبل نشوء النزاع والا كنا امام شرط التحكيم .

تبين لنا من البحث ان اتفاق التحكيم قد يتخذ صورة مركبة وذلك عندما يتفق طرفا العقد على صياغة اتفاق التحكيم صياغة مركبة بجعل الاختصاص في تسوية المنازعات الناشئة بين الطرفين لكل من قضاء الدولة والتحكيم .

يجب صياغة اتفاق التحكيم بعبارات واضحة محددة لبيان النقطة التي يتحرك في دائرتها المحكم او هيئة اومحكمة التحكيم مع تحديد ان مهمة المحكم مقتصرة على تفسير العقد او نطاق تطبيقه اوتحديد الاضرار الناتجة عن المنتجات التي يستخدمها في استثمار المعرفة التكنولوجية .

يتطلب اتفاق التحكيم توافر الاهلية اللازمة لكل من طرفيه ، وهذا الاتفاق يكون للشخص الطبيعي والمعنوي الذي يملك التصرف في حقوقه فضلا ً عن ضرورة توافر محل العقد وان يكون صحيحاً وغير مخالف للنظام العام والاداب ومتمثلاً بنقل المعرفة التكنولوجية واستغلالها .

استنتجنا انه يجب ان يكون قبول المحكم لمهمته بالكتابة مالم يكن معيناً من قبل المحكمة وتتحقق الكتابة في اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي ونظراً لخصوصيته في رسائل وبرقيات متبادلة بين طرفي العقد ويمتد ذلك الى كل وسائل الاتصال الحديثة بشرط تحقق الايجاب والقبول .

١٠- تبين لنا ان المنازعات الخاصة باتفاق التحكيم تتم تسويتها من خلال الاختيار الصريح لطرفي العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على ان لا يتعارض ذلك الاختيار مع القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام للدولة التي تكون طرفاً في عقد الاستثمار التكنولوجي وبشرط ان لا يكون هذا الاختيار للقانون الاجنبي مشوباً بالغش نحو القانون .

١١- لا يشترط لاعمال قانون الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق وجود صلة بين القانون المختار من قبل طرفي العقد والعقد ذاته ، ولكن يبقى الامر متروكاً للمحكم او هيئة اومحكمة التحكيم ان تتطلب وجود صلة او لا تتطلب بحسب سلطتها التقديرية .

١٢- تبين لنا ان المحكم يلعب دوراً اساسياً في الكشف عن القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار الصريح لطرفي النزاع بالنسبة لهذا القانون ، وذلك من خلال البحث عن الارادة الضمنية بالاستعانة بالمؤشرات العامة او الخاصة .

١٣- لا يمكن الاستعانة بتطبيق قواعد التجارة الدولية على المنازعات الخاصة باتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي ذلك ان الطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار التكنولوجي لا تتناسب مع تلك القواعد التي تحكم العلاقات بين الاشخاص الخاصة ، فالعلاقات الخاصة بعقد الاستثمار التكنولوجي تخرج عن مفهوم التجارة الدولية .

١٤- استنتجنا من خلال البحث عن القانون الواجب التطبيق انه في حالة غياب الاختيار الصريح او الضمني لهذا القانون ، يلجأ المحكم الى تحديد الالتزام الجوهري في عقد

الاستثمارالتكنولوجي وهو يمثل الآداء الرئيس او المميز له وهذا الاداء يعتمد على تحليل وقائع العقد لتحديد الآداء المميز فيه ومن ثم البحث عن الشخص الذي يرتبط به هذا الآداء لكي نطبق قانونه على محل النزاع الا ان ذلك يصطدم بعقبة عدم وجود تعريف جامع مانع للآداء المميز لاختلاف طوائف العقود عن بعضها وهذا مايؤدي الى صعوبة تحديد الواقعة التي تمثل مركز الثقل في العقد لغرض اعتبارها آداء مميز فيه .

ثانياً : التوصيات :

نوصي بضرورة ان يكون الشخص القائم بعملية كتابة وصياغة اتفاق التحكيم مدركاً خطورة واهمية عمله بحيث يقوم بصياغة اتفاق التحكيم بعبارات واضحة ليس بشأن رضا الاطراف على ان يكون التحكيم طريقاً لتسوية منازعاتهم بل ايضاً تحديد المؤسسة او المركز او الشخص الذي سيتم اللجوء اليه والضوابط الخاصة بالقواعد المقررة التي تكون واجبة التطبيق عند حدوث نزاعات بين طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي .

نقترح على المشرع العراقي ايراد تنظيم قانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي كونه يرتبط بالتطور التكنولوجي ويحقق تطوراً لدولة المستثمر بفتح الباب امامها لغرض الاستثمار مع بيان التسهيلات الممنوحة من اجل جلب الاستثمار وتسوية منازعاته بالتحكيم لانه ليس من الحكمة ان يترك المستثمر مهمة البحث عن نشاطات المعرفة التكنولوجية في هذا البلد او ذاك .

ضرورة ايراد نص في قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ يعالج الحالات التي تلجأ فيها الدولة الى تسوية المنازعات الخاصة في بعقد الاستثمار التكنولوجي عن طريق التحكيم كون التحكيم اصبح يحتل حيزاً كبيراً في تسوية منازعات الاستثمار وكأنه اصبح الاصل والقضاء هو الاستثناء .

نقترح على المشرع العراقي الاسراع في تشريع قانون خاص بالتحكيم لينسجم مع معطيات الواقع العملي والاقتصادي للبلاد ليساهم في خلق مناخ مناسب لجلب المعرفة التكنولوجية لاسيما وان التحكيم يعد اهم ضمانات الاستثمار خصوصاً وان المشرع العراقي قد اورد بعض النصوص التي تخص التحكيم في قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وفي ذلك قصور كبير لابد من تلافيه .

نوصي بضرورة الدقة من قبل اطراف عقد الاستثمار التكنولوجي في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بصورة صريحة وذلك بأن يقوم بابرام هذا العقد متخصصين في الاستثمار ولديهم خبرات قانونية في هذا المجال .

نقترح على المشرع العراقي ان يعطي المحكم سلطة تقديرية واسعة بحسب وقائع الدعوى المعروضة للتحكيم عند غياب الارادة الصريحة لكي يستطيع ان يتحرك بحرية واسعة في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء كان ذلك من خلال بحثه عن الارادة الضمنية للاطراف ام من خلال اللجوء الى نظرية الآداء المميز في عقد الاستثمار التكنولوجي.

الهوامش :-

والنص باللغة الانكليزيه هو:

"In this part an arbitration agreement an agreement to submit to arbitration present or future disputes whether they are contractual or not"

وبالمعنى نفسه لأتفاق التحكيم انظر المادة (٣) من قانون التحكيم الموريتاني رقم ٦ لسنة ٢٠٠٠ والمادة (٧) فقره (١) من قانون التحكيم اليوناني لسنة ١٩٩٩ والمادة الأولى من قانون التحكيم السويدي لسنة ١٩٩٩ والمادة (١٦٧٦) من التقنين القضائي البلجيكي لسنة ١٩٩٨ .

المادة (١٠٢٩) فقرة (١) من قانون الإجراءات المدنية الألماني .

.Level , arbitrage international , paris , 2000 , p.66

د.احمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية (المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية – دراسة مقارنة) ، ط ١، دار النهضه العربية ، القاهرة ،٢٠٠٦ ،ص١٣٤.

د.محمود مختار احمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي (طبقة منقحة ومزيدة بالاحكام القضائيه المتعلقة بالتحكيم ولوائح وأنظمه هيئات التحكيم الدولي) ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهره ، ٢٠٠٤، ص٤٦.

تنص المادة (١١٣٠) من قانون التحكيم المصري على انه : " يرسل المدعي خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين او الذي تعينه هيئة التحكيم الى المدعى عليه والى كل واحد من المحكمين بيانا مكتوبا بدعواه يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته وكل امر اخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذا البيان " .

arnaldez ,lacte determinant la mission de l arbiter , melangesp.Bellet , paris , . 1999 , p31

ونص المادة (١٧٨) هو:

la validite dune convention ,darbitragenepeutetreconsteste pour:lamotifquele ." contract concernerait un litige non encore ne.

١٠- قرار محكمة النقض الفرنسية ، الدائرة المدنية في ٧ \ اذار –مايس ١٩٦٣ مشار اليه في د. مرتضى جمعة عاشور ،عقد الاستثمار التكنولوجي ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٠ ، ص ٤٢٦,

١١- سبق الاشارة الى التشريعات في الفرع الاول من هذا المطلب .

١٢- المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري والمادتان (٤و٥) من قانون التحكيم الموريتاني لسنة ٢٠٠٠ وقانون الإجراءات المدنية الألماني لسنة ١٩٩٧ (المادة ١٠٢٩)ولمزيد من التفاصيل انظر د.محي الدين اسماعيل علم الدين،احكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي،٢٠٠٢،ص,١٠

١٣- د. باسم العلواني ، التحكيم العملي ،ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٣ ، ص ١٧ ، وانظر كذلك د . توفيق ماهر ، والجوانب القانونية للاستثمار ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص ,١١٩

١٤- د . محمد علي العلي ، التحكيم ، ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ,٧٩

١٥- نقلاً عن د . احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق ، ص ١٥٤ . ويشير هذا الفقيه الى وجود ما يسمى اتفاق التحكيم المعتلل اذا كان هذا الاتفاق يشوبه الغموض وهناك شرط التحكيم الأبيض اذا كان التحكيم دوليا ولا يسري في نطاق التحكيم الداخلي في حالة صياغة التحكيم بطريقته البسيطة كالقول بتسوية ص١٥٥-,١٥٦

١٦- هذا المثال مشار اليه في د.احمد عبد الكريم سلامة،المصدر السابق .

١٧- هذه الترجمة العربية لنص م٥ \ ٢ المرفقة بالنص الإنكليزي الاتي :

if the conflict is not solved an arbitration chamber of commerce < and the ... law will be followed , arbitration of an Egyptian court according to Egyptian " laws

١٨- وهو الدفاع الذي قدمناه في تلك القضية واخذت به المحكمة ايضاً .

١٩- ان هذا الحكم جاء فيه من حيث ان " ... الترجمة الرسمية – لا الفرنسية للنص المشار اليه يتكلم عن محكمة مصرية Egyptian court للتحكيم ، وهيئات التحكيم في مصر ليست لها صفة المحاكم courts فتكون الإرادة المفترضة presumed will قد انصرفت للمحاكم في مصر وليست هيئات التحكيم ..... وفي معرض ردها على دفاع الطرف الأجنبي بعدم اختصاص القضاء المصري بنظر النزاع لوجود شرط التحكيم ، اضافت المحكمة " وحيث ان هذا الدفع في غير محله ذلك ان شرط التحكيم فيما تراه هذه المحكمة يجب ان يكون على درجة كافية من الوضوح بشكل يستحيل معه على اية محكمة ان تقول بانصراف الإرادة فيه الى التحكيم او الى القضاء ، واذا كان ذلك وتقدم القول ان البند ٢\٥ من العقد المحرر بتاريخ ١٩٩٦\٩\٥ ..... ومع إشارة الواضحة الى اللجوء الى التحكيم الا انه يشير الى رفع الامر الى محكمة تحكيم مصرية ومصر ليس فيها محكمة تحكيم ولا تعرف هذا المصطلح وعندما

تعم الإرادة فأنه يمكن الاخذ بتأويل الطرف الأضعف وهو الشركة المصرية ....." انظر هذا الحكم في الطعنين رقم ٥٨٩ ورقم ١٣٦٦ لسنة ١٩٩٦ مشار اليه في د . احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق ، ص ,١٥٧

20 - Rally David ,arbitragedamsi.e. commerce international , Paris , 1982 , p . 9

٢١- المادة (١١) عن قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

٢٢- انظر كذلك العبارة الأخيرة من المادة (١١) من قانون التحكيم المصري .

٢٣- د.لطيف جبركوماني ،الشركات التجارية ، ط٢، بغداد ،١٩٨٠ ، ص٦٠ ، وانظر كذلك

.Jean Robert ,Laribitragedroit international prive , 6ed , 1993 , p 13

٢٤- د. محسن شفيق ،التحكيم التجاري الدولي (مجموعة محاضرات) ،القاهرة ،١٩٨٠ ، ص٢٥ .

٢٥- المادة (١٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

٢٦- المادة (٥) من اتفاقية نيويورك ، ويلاحظ ان مفعول هذه المادة يكون عند تنفيذ حكم التحكيم . اذ لا يجوز التنفيذ اذا تبين بطلان اتفاق التحكيم وفقا لقانون الإرادة او قانون البلد الذي صدر فيه الحكم المطلوب تنفيذه اما تقرير صحتة او بطلان الاتفاق في مرحلة سابقة على صدور الحكم فيخضع لقواعد القانون الدولي الخاص في بلد القاضي المعروض عليه الموضوع .

٢٧- المادة الاولى من اتفاقية نيويورك .

28- Art 2060 civil France" on ne pent compromettresur les questions detate et de capacity des personnes , surcelles relatives au divorce et a la separation corps ouleretablissement , public et plus seneraementdanstoules les matiere qui interessent l order public" .

٢٩- المادة التاسعة من قانون ١٩ \ ٨ \ ١٩٨٦ تنص على انه استثناء من نص المادة (٢٠٦٠) مدني فرنسي يسمح للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة بادراج شرط التحكيم في عقودها مع الشركات الأجنبية لانتاج عمليات تهم المصلحة القومية ، وذلك لتسوية المنازعات المرتبطة بتطبيق وتفسير هذه العقود .

30- Art (1492) : "est international larbitragequimet en cause des inteets du commerce international " .

٣١- قرار غرفة التجارة الدولية رقم (٣٨٩٦) في ١٩٨٢\٤\٣٠ مشار اليه في د . سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٩٠ .

٣٢- د . صلاح الدين الناهي ،الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية ، عمان ، ١٩٩٣ ، ص٣١٣ ، وهو يعرف المعرفة التكنولوجية بانها كل معرفة او تقنية مطبقة في الصناعة ، وتعتبر جديدة من جانب

حائزها الذي يرغب الاحتفاظ بسريتها لاستخدامه الخاص او لنقلها للغير على نفس الأساس. وانظر كذلك د. محمد احمد علي المخلافي ،اثر العولمة على نقل التكنولوجيا ،ط١، سلسلة دراسات وابحاث مركز الدراسات والبحوث اليمني ، ٢٠٠١ ،ص,٤٨

33- Fouchard , larbitrage commercial international dalloz , 1965 , p.91

٣٤- وتقابلها المادة(٢١٢٢) من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية الذي اصبح نافذا من اول يناير ١٩٩٨ متاح على الموقع الالكتروني :

. www.jus.uio.no/im/icc.arbitration.rules.1998.html

٣٥- د . عزت البحيري ، تنفيذ احكام التنفيذ الأجنبية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص٨٩ وانظر كذلك د . هشام خالد ، جدوى اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي ، منشأة المعارف ،الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص٢٥٧ هامش ٢١٢ .

36- Cass .cha .civ .etat de quatar c/ste Creighton , 6july, 2000

أشار اليه د . طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٣٦

٣٧- المادة ١١ أولا اب من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ منشورة في الوقائع العراقية ، العدد ٤٠٧٥ ، السنة ٤٩ في ١٩ يناير ٢٠٠٨ ، ص ٧-٤٥.

٣٨- د . محمد عبد الجليل إسماعيل ، تأملات في العقود الدولية واثر العولمة على عقود الدولة ،ط١ ، منشورات الحلي الحقوقية ،٢٠١٠ ، ص ٣٨٣ .

٣٩- نقلا عن د . سامية راشد، المصدر السابق ،ص٢٣٦ .

٤٠ – ويعتبر شرط الكتابة متحققا اذا تم النص في العقد الأصلي على الإحالة على وثيقة تتضمن شرط تحكيم كالاحالة على عقد نموذجي في مجال النقل البحري او بيع البضائع او عقد تشييد ولكن يشترط في هذه الحالة ان تتضمن الإحالة ما يفيد اعتبار الاتفاق على شرط التحكيم الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزء من العقد الأصلي ولذلك نصت المادة (٣١٢)من قانون التحكيم المصري على انه ((في حالة الاتفاق على التحكيم بالاحالة يجب ان تكون الإحالة واضحة في اعتبار شرط التحكيم الوارد في الوثيقه المحال عليها في العقد))، وتتضمن المادة (١٤٤٣) مرافعات فرنسي على امكان تحقق الكتابة بالاحالة على وثيقة تتضمن شرط التحكيم ، ويذهب الفقيه الى ضرورة الإشارة في العقد الأصلي الى شرط التحكيم المنصوص عليه في الوثيقة المحال عليها ويذهب هذا الفقيه على انه يلزم في حالة الإحالة العامة التحقق من علم الطرف الاخر بشرط التحكيم الا اذا تعلق الامر بالاحالة على وثيقه ذات شهرة كبيره في مجال التعامل التكنولوجي او التعامل بين محترفي في النشاط الذي تتضمه هذه الوثيقه

٤١- ولا يوجد مثيل لهذا النص في القانون المدني العراقي .

٤٢- ويلاحظ ان مدراء الشركات يعبرون عن إرادة الشخص المعنوي فلا يتصور إمكانية قيامهم بالاتفاق على التحكيم في المسائل التي تدخل في غرض الشركة الا اذا وجد نص بذالك في عقد الشركة انظر د ، عزت البحيري ، المصدر السابق ، ص ,٩٤

43- Art 2061 civil France :

" laclansecompromissoireestnullesil nest pass dispose autrementpar la loi"

44- Art 1449 :" le compromisestconstate par eecritilpeutetrcdans un process – verbal signe par l'arbitre et les parties".

٤٥- كالقانون العراقي والمصري والأردني والفرنسي .

٤٦- المادة (٢٥١) من قانون المرافعات العراقي .

٤٧- يعد الغش نحو القانون مانعاً من موانع تطبيق القانون الاجنبي ويقصد به عبارة عن تدبير ارادة لوسائل تؤدي الى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية واحلال قانون دولة اخرى اكثر تحقيقاً للنتائج المتوخاة ، ويعتمد ذوو المصلحة في ذلك الى تغير عناصر العلاقة القانونية لانشاء ظروف تصبح معها العلاقة خاضعة لقانون اخر.د.غالب علي الداودي و د.حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص١٩٥ .

48- Art 5//:" Recognition and enforcement of the award may be refused . at the request of the party against whom it is invoked , only if that party furnishes proof that : a) … the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or , failing any indication theron , under the lzw of the country where the award was made " .

٤٩- والنص باللغة الفرنسية هو :

" les parties sont determiner le droit que les arbitres devront appliquer , au fond du litigne " .

٥٠- د. احمد عبدالكريم سلامة ، المصدر السابق ، ص١٧٩ وانظر كذلك د.اشرف محمد خليل حماد ، التحكيم في المنازعات الادارية واثاره القانونية (دراسة مقارنة) ،ط١ ، دار الفكر العربي ، الاسكندرية ٢٠١٠ ، ص٣٠٢ ، د.هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة) ، منشأة المعارف ،١٩٩٥ ، ص٩٤١ .

٥١- المادة (٩/١-أ) من هذه الاتفاقية .

٥٢- د.احمد عبدالكريم سلامة ، المصدر السابق ، وانظر كذلك د.صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا (دراسة في اطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي) ، دار الفكر العربي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص٩٦ ، د.اشرف عبدالعليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع

التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ،(دراسة فقهية قضائية مقارنة) ، ط١ ، دار الفكر العربي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص١٢٧ .

٥٣- المادة (٣) من الاتفاقية .

٥٤- ومن الجدير بالذكر ان هذا النص هو نص اللائحة الجديدة الصادرة سنة ١٩٧٥ والسارية اعتباراً من اول يونيه ١٩٧٥ ، وقد كان هذا ايضاً هو موقف اللائحة القديمة حسبما يبين من نص المادة (١٦) من هذه الاتفاقية .

55- Art 18 : " sous reserve des dispositions de l'art 39dureglement , les arbitres doivent appliquer au fond du litigue le droit determine par les parties . A defant d'indicaion par les parties du droit appliqueront la loidesignee par legle deconflit que les avbitres jugeront appropriee en lesece " .

٥٦- والنص باللغة الانكليزية هو :

((The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispite failing such designation by the parties , the arbitral tribunal shall apply the law determind by the: conflict of laws rules which it considers applieuble))

٥٧- وبالاتجاه نفسه المادة (٢٤) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

٥٨- د.مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٦ ، ص٤٩٠ ، د.عزالدين عبدالله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الدولي الخاص ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة (٦٩) ، العدد (٣٧١) ١٩٧٨، ص٥٦ .

٥٩- د.هشام علي صادق ، المصدرالسابق ، ص٥٢٥ ود.محمد علي جواد ، العقود الدولية (مفاوضاتها – ابرامها – تنفيذها) ، جامعة بابل ، العراق ، ص٧٠ .

٦٠- د.ابوزيد رضوان ، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص١٤٤ ، د.فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص١١١ .

٦١- د. طرح البحور على حسن ، تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩حزيران ١٩٨٠) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠٠ ، ص٥١ ، مشار اليه في د.مرتضى جمعة عاشور ، المصدر السابق ، ص٤٩٤ .

٦٢- نقض فرنسي في ١٢يوليو ١٩٩٩ موسوعة واللوز ، ج١ ، ١٩٣٠ ، ص٤٥-٤٧ ونقض فرنسي ٣١مايو ٢٠٠٠ ، موسوعة واللوز ، ج١، ١٩٣٣ ، ص٦٩ . اشار الى هذه القرارات د.ابو زيد رضوان ، المصدر السابق ، ص١٤٥ .

٦٣- د. علي كاظم الرفيعي ، سلطات المحكم الدولي ،مجلة دراسات قانونية ، مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ، العدد ، (٢٣) ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص٤٠ .

٦٤- قرار محكمة النقض المصرية رقم (٣١٢٤) في ٢٠٠٧/٦/٥ مشار اليه في د.محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض (دراسة في القانونين المصري والفرنسي) ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص٧٤ .

٦٥- لمزيد من التفاصيل عن الضرر المرتد ينظر د.عزيز كاظم جبر ، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ١٩٩١ .

٦٦- وقائع هذا القرار مشار اليها في د.طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص٢٦٦-٢٦٧ وكذلك د.مرتضى جمعة عاشور ، المصدر السابق ، ص٤٦١ .

٦٧- د.احمد عبدالكريم سلامة ، المصدر السابق ، ص١٨٧. د.هاني محمد كامل المنايلي ، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية (دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص٢٣٦ .

٦٨- الفقرة (١-أ) من المادة (٥) من هذه الاتفاقية وبالمعنى نفسه نص المادة (٢٦-١) من القانون النمطي للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ .

٦٩- نقض مدني مصري ، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض ، السنة (٣٢) ، العدد(١) ، ص٤٤٥.

٧٠- د. رواء يونس محمود النجار ، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي "دراسة مقارنة"، الموصل ، ٢٠١٢ ، ص٣٣٦ ، وانظر كذلك

. Rosan , T.pady . L'arbitrage , 4ed , Paris , 1999 , P.790

٧١- ويسمى هذا الاتجاه بنظرية التركيز الموضوعي ، وهناك من يرى اخضاع العقد لمحل وجود المعرفة التكنولوجية د.صبري حمد خاطر ، الضمانات العقدية لنقل المعلومات ، مجلة الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد الثالث ، العدد الثالث ، ١٩٩٩ ، ص١١٧ ، د.نصير صبار لفنه ، عقد البحث العلمي ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠٠٥ ، ص١١٥ .

72- Dicey and Marris , The conflict of law , 8th . Ed . Stevens and Sons 1td , London m 1967 , P.69

٧٣- د. مرتضى جمعة عاشور ، المصدر السابق ، ص٥١٢ .

٧٤- د.صلاح الدين جمال الدين ، المصدر السابق ، ص٢٩٤ .

٧٥- د.صادق زغير ، تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠٠١ ، ص١٧٥٦ .

٧٦- نقض رقم (٤١٣٥) في ١٩٨٣/١٢/١٩ مشار اليه في د.اشرف عبدالعليم الرفاعي ، ص٩١ومابعدها .

٧٧- لمزيد من التفاصيل عن المساعدة الفنية والمعرفة التقنية ، ينظر د.فائق الشماع ود.صبري محمد خاطر ، دور الحيازة الشخصية في حماية المعرفة التقنية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد (٥) ، العدد (٧) ، ٢٠٠١ .

قائمة المصادر:

اولاً : الكتب

١. د. ابو زيد رضوان ، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دارالفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١ .

٢. د.احمد عبدالكريم سلامة ، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية (المدنية والتجارية والادارية والكمركية والضريبية دراسة مقارنة) ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٣. د. اشرف عبدالعليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة) ، ط١ ، دارالفكر العربي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ .

٤. د. اشرف محمد خليل حماد ، التحكيم في المنازعات الادارية واثاره القانونية (دراسة مقارنة) ، ط١ ، دار الفكر العربي ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ .

٥. د.باسم العلواني ، التحكيم العملي ، ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ٢٠١٣.

٦. د.توفيق ماهر ، الجوانب القانونية للاستثمار ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ .

٧. د.رواء يونس محمود النجار ، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي (دراسة مقارنة) ، دار الكتب الجامعية ، الموصل ، ٢٠١٢ .

٨. د.سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤.

٩. د.صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية ، عمان ، ١٩٩٣ .

١٠. د.صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا (دراسة في اطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي) ، دار الفكر العربي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ .

١١. د.طالب حسن موسى ، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١.

١٢. د.طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة ، عمان ،٢٠٠٥ .

١٣. د.طرح البحور علي حسن ، تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩/حزيران /١٩٨٠) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ .
١٤. د.عزت البحيري ، تنفيذ احكام التنفيذ الاجنبية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
١٥. د.فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ .
١٦. د.لطيف جبر كوماني ، الشركات التجارية ، ط٢، بغداد ، ١٩٨٢ .
١٧. د.محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، (مجموعة محاضرات) ، القاهرة ، ١٩٨٠ .
١٨. د.محمد احمد علي المخلافي ، اثر العولمة على نقل التكنولوجيا ، سلسلة دراسات وابحاث مركز الدراسات والبحوث اليمنية ، ٢٠٠١ .
١٩. د.محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض (دراسة في القانون المصري والفرنسي) ، القاهرة ، ١٩٩٥ .
٢٠. د. محمد علي جواد ، العقود الدولية (مفاوضاتها– ابرامها – تنفيذها) جامعة بابل ، العراق .
٢١. د.محمد علي العلي ، التحكيم ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ،٢٠٠٦ .
٢٢. د.محمد عبدالجليل اسماعيل ، تآملات في العقود الدولية واثر العولمة على عقود الدولة ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٠ .
٢٣. د.محمود احمد بربري ، التحكيم التجاري الدولي (طبعة منقحة ومزيدة بالاحكام القضائية المتعلقة بالتحكيم ولوائح وانظمة وهيئات التحكيم الدولي) ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
٢٤. د.مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، ط٤ ، المكتبة القانونية ، بغداد ،٢٠١١ .
٢٥. د.مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠١٠ .
٢٦. د.محي الدين اسماعيل علم الدين ، احكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٤–٢٠٠٠) ، ط١ ، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، ٢٠٠٢ .

٢٧. د.هاني محمد كامل المنايلي ، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية ، (دراسة مقارنة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠١١ .

٢٨. د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة) ، منشأة المعارف ، ١٩٩٥ .

٢٩. د.هشام خالد ، جدوى اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦.

ثانياً : الاطاريح :-

صادق زغير ، تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠٠١ .

عزيز كاظم جبر ، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ١٩٩١ .

نصير صبار لفتة ، عقد البحث العلمي ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠٠٥.

ثالثاً : المقالات والبحوث :-

د. صبري حمد خاطر ، الضمانات العقدية لنقل المعلومات ، مجلة الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد الثالث ، العدد الثالث ، ١٩٩٩ .

د.عزالدين عبدالله ، تنازع القوانين في مسائل التحكيم في مواد القانون الدولي الخاص ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة (٦٩) ، العدد (٣٧١) ، ١٩٧٨ .

د.علي كاظم الرفيعي ، سلطات المحكم الدولي (دراسة قانونية) ،مجلة دراسات قانونية، مجلة محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية ، بيت الحكمة ،بغداد، العدد (٢٣) ، ٢٠٠٩ .

د.فائق الشماع ود.صبري حمد خاطر ، دور الحيازة الشخصية في حماية المعرفة الفنية ، مجلة الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد الخامس العدد السابع ، ٢٠٠١ .

رابعاً : القوانين والمتون

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

٢. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨

٣. قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤

٤. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩
٥. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨
٦. قانون السلطة القضائية المصري رقم(٤٦)لسنة ١٩٧٢
٧. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤
٨. قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩
٩. القانون التجاري الدولي اليونسترال لسنة ١٩٧٦
١٠. قانون التحكيم الفرنسي لسنة ١٩٨٦
١١. القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤
١٢. قانون التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ١٩٩٨
١٣. قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦
١٤. قانون المرافعات الفرنسي
١٥. القانون النمطي للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥
١٦. قانون التحكيم الانكليزي لسنة ١٩٩٦
١٧. قانون التحكيم الموريتاني رقم (٦) لسنة ٢٠٠٠
١٨. قانون الاجراءات المدنية الالماني لسنة ١٩٩٧
١٩. قانون التحكيم اليوناني لسنة ١٩٩٩
٢٠. قانون التحكيم السويدي ١٩٩٩
٢١. التقنين القضائي البلجيكي لسنة ١٩٩٨
٢٢. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم(١) لسنة ٢٠٠٨

خامساً : الاتفاقيات الدولية

اتفاقية جنيف لسنة ١٩٦١ بشأن التحكيم التجاري الدولي
اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية .
اتفاقية واشنطن سنة ١٩٦٥ .

سادساً : المصادر الاجنبية

1. Bruno oppotit , La clause arbital reference revue d'arbitrage , paris , 1990 .
2. Dicey and Morris , The conflict of law , 8th .Ed . Stevens and Sons 1td London , 1967 .
3. Fouchard , L' arbitrage commercial international Dalloze , 1965 .
4. Level , arbitrage international , Paris , 2000 .
5. Jean Robert L' arbitrage droit international prive , Ged , 1993 .
6. Rally David , arbitrage doms i.e.commerce international , Paris , 1982.
7. Rosan T.pady , L' arbitrage , 4ed , paris , 1999 .