جمهوريّة العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء ــ كليّة القانون

تنازع القوانين الناشئ عن خصخصة المصارف

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

كتبت بواسطة الطالبة

تـبـارك عـامـر احـمـد

إشراف

أ.د حـسـن عـلـي كـاظـم

2022 م 1443 هـ

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

﴿ وأطيعوا الله ورسوله ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم وأصبروا إن الله مع الصابرين﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة الانفال ، الآية (46).

إقـــرار المشرف

أشهد إن رسالة الماجستير الموسومة بـــ (تنازع القوانين الناشئ عن خصخصة المصارف – دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالبة (تبارك عامر أحمد) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص قد جرت تحت إشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير ...

التوقيع :

الاسم : أ.د. حسن علي كاظم

الدرجة العلمية : استاذ دكتور

الاختصاص : الدولي الخاص

جامعة كربلاء _ كلية القانون

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة ....

أشـهد أنّـي قـرأت رسـالة الماجسـتير المسـومة بـــ (**تنـازع القـوانين الناشـئ عـن خصخصة المصارف ــ دراسة مقارنة**)، المقدمة من قبل الطالبة (**تبارك عامر أحمد**) إلـى مجلـس كليـة القـانون فـي جامعـة كربلاء، لقد وجدتها صـالحة من النـاحيتين اللغويـة والتعبيرية ، بعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة .

مع التقدير....

التوقيع :

الأسم : أ.م.د. صفاء حسين لطيف

الاختصاص العام : اللغة العربية

الاختصاص الدقيق : الأدب العربي

إقرار لجنة مناقشة ماجستير

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (تنازع القوانين الناشئ عن خصخصة المصارف "دراسة مقارنة ")،و ناقشنا الطالبة (تبارك عامر احمد) في محتواها، وفيما لها علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة ( ) .

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. غسان عبيد محمد

(رئيساً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. أشراق صباح صاحب

(عضواً)

التاريخ: ٥ / ٦ / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م.د .صالح مهدي كحيط

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. حسن علي كاظم

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ١٤ / 6 / 2022

الإهـداء

إلى روح "جدتي" الطاهرة رحمها الله

إلى الشخص الذي رباني على الفضيلة والأخلاق " أبي الفاضل" حفظه الله وبارك في عمره

إلى مربية الأجيال.. إلى من أضاءت قناديل العلم والمعرفة في قلبي إلى رمز التضحيه والعطاء "امي"

إلى من ساندني طوال مسيرتي الدراسية رفيق الدرب " زوجي"

إلى قرة عيني أولادي "يوسف" ... "ادم" ... "سام" حفظهم الله وبارك لي فيهم

ألى أخوتي "زهراء" .."شهد"..."علي" حفظهم الله وبارك فيهم

إلى روح أخي و زميلي في الدراسات العليا "علي ناصر" رحمه الله

إلى من ساقهم الدهر لمعرفتنا يوماً فأحبونا وأحببناهم دوماً

إلى من سهروا معي في مسيرتي العلمية

إلى من مدوا أياديهم البيضاء في ظلام الليل وكانوا عوناً لي.

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع

الباحثة

الشكر والعرفان

بسم الله خير الأسماء والذي بشكره تزيد نعمه على عباده والحمد لله على عظيم نعمه وفضله ومنه علينا والصلاة والسلام على أشرف خلقه أجمعين السراج المنير نبينا محمد صلى الله عليه وآلّه وسلم.

اتقدم بالشكر الجزيل إلى الاستاذ الدكتور **حسن علي كاظم** الذي تقبل برحابة صدر الإشراف على رسالتي وذلك لما قام به من جهد ، مشكور وماجور عليه ان شاء الله ، الذي منحني وقته ولم يبخل عليَّ بالنصح والارشاد والتوجيه مما كان له اثر فعال وايجابي في مسيرة هذه الرسالة فأسأل الله أن يظلل عليه غمام الرحمة والعطاء من الصحة العافية والتوفيق والدرجات الرفيعة في الدين والدنيا .

كما يوجب عليه الوفاء أن أقدم شكري وعرفاني إلى من تشرفت بهم ومدوني بمعرفتهم بما يحملونه من المعارف ، أساتذتي الأفاضل جميعًا في كلية القانون جامعة كربلاء ، بما فيهم عمادة كلية القانون وموظفيها واخص بالذكر السيد العميد المحترم.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة أعضاء اللجنة العلمية لقبولهم تقييم هذا العمل والإفاضة بفضلهم وتحملهم عناء السفر للحضور ومناقشة هذه الرسالة.

والشكر الجزيل والثناء الجميل للجهود التي يبذلونها بغية تسهيل الصعوبات وإزالة العقبات أمام الطلبة الباحثين والمساعدة لهم في كل ما يحتاجونه من أساسيات لإكمال البحث ومكملات له ، ألا وهم موظفي المكتبات في الجامعات العراقية والعتبات المقدسة .

الباحثة

المحتويات:

المواضيع	رقم الصفحة
المقدمة	5 - 1
الفصل الأول : مفهوم خصخصة المصارف	42 - 6
المبحث الأول : ماهية خصخصة المصارف	28 - 8
المطلب الأول : التعريف بالخصخصة في المصارف	18 - 9
الفرع الأول : تعريف الخصخصة المصرفية	14 – 9
الفرع الثاني : أهداف الخصخصة المصرفية	18 - 14
المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للخصخصة المصرفية وأنواعها	28 - 18
الفرع الأول : تكييف الخصخصة المصرفية	25 - 19
الفرع الثاني : أنواع الخصخصة المصرفية	28 - 25
المبحث الثاني : الاساس القانوني للخصخصة المصرفية وآلياته	42- 29
المطلب الأول : الاساس القانوني للخصخصة المصرفية	36 - 29
الفرع الأول : الاساس القانوني للخصخصة في التشريعات الوطنية	34 - 30
الفرع الثاني : الاساس القانوني للخصخصة في التشريعات المقارنه	36 - 34
المطلب الثاني : الية الخصخصة المصرفية	42 - 36
الفرع الأول : الخصخصة المصرفية الناقلة للملكية	40 - 37
الفرع الثاني : الخصخصة المصرفية غير الناقلة للملكية	42 - 40

المواضيع	رقم الصفحة
الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصصة	85 - 43
المبحث الاول : خصخصة المصارف في ضوء المنهج التقليدي	65 - 46
المطلب الأول : مفهوم قواعد الإسناد	55 - 47
الفرع الأول : تعريف قواعد الإسناد	49 - 47
الفرع الثاني : خصائص وعناصر قاعدة الإسناد	55 - 49
المطلب الثاني : فاعلية قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصصة	65 - 55
الفرع الأول : قواعد الإسناد الأصلية	62 – 56
الفرع الثاني : قواعد الإسناد الإحتياطية	65 - 63
المبحث الثاني : إتجاهات غير التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخصخصة المصرفية	85 - 66
المطلب الأول : الإتجاهات غير التقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال غياب الإرادة	73 - 67
الفرع الأول : نظرية الأداء المميز	69 – 67
الفرع الثاني : تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار	71 - 70
الفرع الثالث : تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية	73 - 71
المطلب الثاني : القواعد الموضوعية ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصصة	85 - 74
الفرع الأول : مفهوم القواعد الموضوعية	76 – 74
الفرع الثاني : مصادر القواعد الموضوعية	85 - 77

المواضيع	رقم الصفحة
الفصل الثالث : وسائل حل النازعات الناشئة عن خصخصة المصارف	129 - 86
المبحث الأول : الوسائل الوقائية والقضائية لحل النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف	110 - 88
المطلب الأول : الوسائل الوقائية لفض النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف	101 - 88
الفرع الأول : ماهية شرط الثبات التشريعي	96 - 89
الفرع الثاني : ضمانات موضوعية وإجرائية	101 - 97
المطلب الثاني : الوسائل القضائية لحل النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف	110 - 102
الفرع الأول : القضاء الوطني	108 - 102
الفرع الثاني : القضاء الدولي	110 – 108
المبحث الثاني : التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف	129 – 111
المطلب الأول : مفهوم التحكيم في منازعات الخصخصة المصرفية	119 – 111
الفرع الأول : ماهية التحكيم في منازعات الخصخصة المصرفية	117 – 112
الفرع الثاني : أسباب اللجوء إلى التحكيم في منازعات خصخصة المصارف	119 – 118
المطلب الثاني : ضمان فاعلية التحكيم في النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف	129 – 120

المواضيع	رقم الصفحة
الفرع الأول: المبادئ اللازمة لضمان فاعلية التحكيم في النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف	120 - 123
الفرع الثاني : ضمان تنفيذ الحكم التحكيمي	123 - 129
الخاتمة	130 - 136
المصادر	137 - 150
Abstract	A

الملخص

أن تحديد القانون الواجب التطبيق يسهم في تحقيق الامان القانوني للمتعاقدين ويقع على عاتق القاضي المعروض أمامه النزاع هذه المهمة، ومن الممكن أن تعترض القاضي العديد من الصعوبات عند تحديد القانون الواجب التطبيق وأعمال قاعدة التنازع المقررة لذلك، في وقتنا الحاضر نجاح المنظومة الاقتصادية لأي دولة مرهون بمدى فعالية ونجاح المنظومة المصرفية في تلك الدولة ، بالإضافة إلى الخدمات المصرفية المتعددة التي تقدمها ، إذ أن المنافسة دون أدنى شك تأتي من تعدد المصارف وتعدد الخدمات التي تقدمها أولاً .

إضافةً إلى دخول القطاع الخاص عن طريق الخصخصة إلى ميدان التعامل المصرفي، وكلما تطور النظام المصرفي تبعه تطورٌ في الشكل والنظام الاقتصادي المتبع ، علماً أن أكثر الدول النامية تعاني اليوم من تخلف في جهازها المصرفي وضعف ومحدودية إمكانياته ، ولأجل تطويرها يتم السعي إلى وضع سياسات وخطط فعالة وعملية و مناسبة لتحقيق أهدافه وتوجيه نشاطه، ومثال ذلك تجربة خصخصة القطاع المصرفي في مصر والجزائر وما أحدثته من نتائج إيجابية في تحسن الواقع المصرفي، ولأن العراق من الدول التي تعاني من نظامها المصرفي بنقائض ومشاكل كثيرة ومع الحاجة الاقتصادية إلى خصخصة المصارف لتلبي احتياجات الواقع الاقتصادي العراقي الذي يعاني من المديونية الكبيرة ، التي تعد الخصخصة أحدى وسائل تخفيف عبء المديونية لاسيما وأن أحد أساليب الخصخصة هو بيع الوحدات الاقتصادية المملوكة للدولة إلى أطراف القطاع الخاص ، وقد تكون الجهة التي تؤثر بشراء حصص من المصارف هي أجنبية ، بالتالي يؤدي إلى تعزيز تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة عبر توفير مناخ أستثماري مناسب ، ولكن سوف تظهر هنا المسألة بشكل واضح ودقيق خاصة مع حدوث نزاع ناتج عن تلكؤ أو أمتناع عن تنفيذ أحد الأطراف لألتزامه ويحدث النزاع الذي يتطلب الى وجود قانون محدد يتدخل لحكم هذا النزاع ... لذا يتوجب البحث عن القانون الواجب التطبيق هل هو القانون الوطني وما مدى كفايته ، لاسيما وأن العراق لازال يعتمد على المنهج التقليدي و القواعد التي وردت في القانون المدني العراقي في المواد (١٤-٣٣) والتي أصبحت لا تلبي متطلبات العمل الاقتصادي في عالم اليوم

المقدمة

المقدمة

أولاً / موضوع الدراسة

تسهم المصارف بشكل كبير في الإقتصاد الوطني ، إذ أنها من المؤسسات المالية التي تقوم بدور كبير في توفير السيولة ألنقدية اللازمة لتمويل المشاريع الأستثمارية، فالمؤسسات المصرفية ذات دور فعال في الإقتصاد المعاصر لما لها من تأثير مباشر في السياسة المالية والنقدية لأي بلد ، وأن تعرض أي من المصارف لتعثر في أدائهِ يؤثر سلباً على الأقتصاد، وبالتالي تسعى الدول الى تبني ألعديد من السياسات لأنقاذ مصارفها من أزماتها، ومن هذه السياسات (الخصخصة) وهو مصطلح يطلق بشكل عام على سياسة التحول الى القطاع الخاص والأبتعاد عن سيطرة الدولة كلياً على المؤسسة التي تتبناها، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال وجود أساس تشريعي ينظم هذه العملية.

وقد تباينت الآراء حول الخصخصة ويعزى ذلك للأسلوب والآليات المتبعة في تطبيق برامج الخصخصة التي تختلف من دولة لآخرى، وذلك نظراً لأختلاف الظروف والبيئة الأقتصادية والإجتماعية السائدة في الدولة.

وسواءً تم تطبيق الخصخصة بأي أسلوب من أساليبها فلا بد من توفير العديد من المقومات من خلال توفير البيئة القانونية اللازمة لضمان نجاح عملية الخصخصة ، وبالأخص ما يُعنى به بحثنا هذا وهو مشاركة القطاع الخاص المتمثل بالمستثمر الأجنبي ، لذا لابد من خلق بيئة إستثمارية صحية لتساعد في جذب رؤوس الاموال الأجنبية التي تعد من مقومات النهوض بالواقع الأقتصادي والمساهمة في تقوية دعائم الأقتصاد في الدول.

ومن أساسيات نجاح عملية الخصخصة تهيأة السياسات لتتبني برنامج ترويجي فعّال للشركات المراد تحويلها للقطاع الخاص بجانب تحديد ألمشاركة الأجنبية في هذا البرنامج ، من خلال الأخذ بالأعتبار المشاكل التي من الممكن أن تتولد سبب وجود طرف أجنبي في العلاقة القانونية فلا بد من تبني برنامج محدد متعلق بمشاركة الأجنبي في القطاع المصرفي ولابد من زيادة مستوى المنافسة وتعزيز الدور الرقابي للدولة .

ومن أبرز مفرزات تطبيق برامج الخصخصة المصرفية بمشاركة المستثمر الأجنبي هو أختلاف القوانين المطبقة على اطراف العلاقة القانونية، فالعلاقة هنا فيها طرفان وهما: (الدولة المضيفة للأستثمار – ألمستثمر الأجنبي)، لذا فأن كل طرف من أطراف العلاقة الأستثمارية هنا يتمسك بتطبيق قانونه ، ويعني ذلك أختلاف القوانين الحاكمة وأيضاً أختلاف في السلطة القضائية التي تنظر في النزاعات الناشئة عنها، وبالتالي تظهر إشكاليات حول القانون الواجب التطبيق على المصارف التي

تتبنى عملية الخصخصة، ومدى كفاية قواعد الإسناد التقليدية في تحديد هذا القانون ، ومدى كفاية القضاء الوطني في حل النزاعات الناشئة عن هذه الأخيرة في ظل أتجاه الدول نحو التحكيم كوسيلة أسرع وأمثل لحل النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي والمتعلقة بالأستثمار كضمانة من ضماناته.

ثانياً/ أهمية الدراسة وأسباب أختيارها

تتجلى الأهمية في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف، والمتمثلة بتنازل الدولة عن جزء من اسهمها في المصارف الى القطاع الخاص المتمثل بالمستثمر الأجنبي ، إذ أن المفاهيم السائدة في القانون الدولي الخاص لم تعد ملائمة للتطبيق على المفاهيم الأقتصادية الجديدة في ظل العولمة والأنفتاح الذي تشهده الدول والتبادل التجاري والمالي عبر الحدود ، وسعي الكثير من الدول الى جذب الأستثمارات الأجنبية من خلال تقديمها للعديد من الضمانات لحث المستثمر الأجنبي لنقل رؤوس الاموال التي تساهم في نهضة الأقتصاد داخل الدولة والتي تعتبر مسألة شديدة الحساسية ، نظراً للطبيعة الخاصة بها عن عدم تكافؤ المراكز القانونية المكونة لها، وكذلك إرتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة للإستثمار.

كما أن المركز القانوني للدولة المضيفة للأستثمار لم يعد كالسابق ، فأختلاف السياسات التي تتبعها الدول والأبتعاد عن سياسة الدولة المتدخلة والأنسحاب نحو مفاهيم الدولة الحارسة أدى الى أمكانية تطبيق قانون آخر غير القانون الوطني للدول المضيفة للأستثمار ، قد يكون قانون المستثمر الأجنبي هو الواجب التطبيق على النزاعات ، ومن الممكن أن يكون قانوناً آخر مختار من قبل الأطراف المتعاقدة هو الواجب التطبيق.

من أسباب أختيار هذا الموضوع هو السعي لأبراز أيجابيات هذه التجربة ومدى توافقها مع التشريعات النافذة ونتاجها من نزاعات والتركيز على دور القواعد القانونية المعنية بتنازع القوانين ، وهل بالإمكان الأعتماد على قواعد الإسناد التقليدية في حل النزاعات التي قد تنشأ عن عملية الخصخصة المصرفية بوجود مستثمر أجنبي ، مع محاولة تسليط الضوء على المناهج الحديثة في تحديد القانون الواجب التطبيق.

كما لم تعد الدول تمنع ممارسة الأجنبي لبعض المهن كالسابق، ولم يعد هنالك حرج من تملك الأجنبي لرؤوس الأموال الوطنية ولو بنسبة محددة ، بالتالي أتاحة الفرصة للمستثمر الأجنبي لنقل رؤوس الاموال المستثمرة مع وجود مثل هكذا حقوق ، مما ينتج عنها وجود طرف أجنبي في العلاقة وبالتالي خضوعها لأحكام القانون الدولي الخاص.

ثالثاً/ إشكالية الدراسة

يتمحور البحث حول إشكالية وجود فراغ تشريعي ينظم عملية الخصخصة عموماً ، أضافة الى خلوّ قانون المصارف النافذ رقم (94) لسنة (2004) من نصوص تنظم هذه العملية بالأخص عندما تتنازل الدولة عن جزءاً من أسهمها الى القطاع الخاص المتمثل بالمستثمر الأجنبي ، وما مدى إمكانية مساهمة الأجنبي في رؤوس اموال المصارف وتوليه إدارتها ، لأن مفهوم الخصخصة الحديث لم يعد محصوراً ببيع اموال الدولة للقطاع الخاص فقد يتخذ أشكالاً عديدة منها خصخصة الإدارة وغيرها.

وما مدى إمكانية الأعتماد على المنهج التقليدي لقواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ عن خصخصة المصارف ؟ وما مدى إمكانية اللجوء الى المناهج الحديثة في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حال غياب الارادة العقدية للأطراف المتعاقدة أو إغفالها نظراً للطبيعة الخاصة الذي يتمتع بها النشاط المصرفي؟ .

وما مدى إمكانية القضاء الوطني للفصل في النزاعات الناشئة عن تطبيق برامج الخصخصة المصرفية وكفاية القواعد الوطنية وإمكانية تطبيق القانون الوطني لقانون دولة آخرى أم تمسكه بتطبيق قانونه الوطني بحسب معطيات النزاع المعروض أمامه.

كما أن اغلب الدول الساعية الى جذب الأستثمارات وجذب رؤوس الأموال الأجنبية تسعى الى وضع العديد من الضمانات لتحفيز الأخير على نقل أستثماراته فيها، فبينما تحاول الدول تأميم العقود أو تركيزه في تطبيق قانونها الوطني، يسعى المستثمر الأجنبي الى المتعاقد معها الى محاولة إبعاد العقد من القانون الداخلي لهذه الدولة ومحاولة تدويله ، واحدى هذه الضمانات هو اللجوء للتحكيم ، وما مدى إمكانية اللجوء الى التحكيم الدولي في مراكز التحكيم الدولية كمركز التحكيم في منازعات الأستثمار في واشنطن (الأكسيد) ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي .

رابعاً/ سؤال الدراسة

يتولد عن دراستنا هذه سؤالٌ محوريٌ حول خصخصة المصارف الوطنية المتمثلة بتنازل الدولة عن جزء من أسهمها الى المستثمر الأجنبي، أيهما أنسب لحل مشكلة تنازع القوانين في هذه العقود ، أمام عدم تكافؤ المراكز القانونية المكونة لها والمتمثلة بكل من الدولة ألمضيفة للإستثمار ، والمستثمر الأجنبي ، المنهج التقليدي المتمثل بقواعد الإسناد الأصلية والاحتياطية ؟ أم منهج القواعد الموضوعية ؟

وما مدى إمكانية اللجوء الى المناهج الحديثة في تحديد القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصخصة.

وللإجابة على هذا السؤال لابد أن يسبقها ضرورة البحث في الإجابة عن أسئلة فرعية آخرى منها : ما المقصود بالخصخصة ؟ وماهي أنواعها؟ وماهي الطبيعة القانونية لعقود الخصخصة المصرفية ذات الطرف الأجنبي؟ .

خامساً/ ألدراسات السابقة

1- جمال محمود الكردي ، التنظيم القانوني للخصخصه في القانون المقارن والقانون الدولي الخاص.

2- محمد توفيق سعودي، تغيير الشكل القانوني للبنوك.

سادساً/ منهجية الدراسة

نتناول موضوع تنازع القوانين الناشئة عن خصخصة المصارف من خلال الإعتماد على المنهج الوصفي والتحليلي النظري للدراسة من خلال تحليل كل جزيئة في النصوص القانونية ودعمها بالأحكام القضائية والتحكيمية المتعلقة بموضوع الدراسة ، من أجل الوقوف على النقص التشريعي المتمثل في غياب التشريع الخاص بالخصخصة ، وعدم كفاية النصوص الموجودة حالياً في المنظومة التشريعية العراقية، إضافة لذلك فقد أعتمدنا على إسلوب المقارنة لأننا لم نقتصر في دراستنا على نظام قانوني واحد ، وأنما عالجنا الموضوع من خلال الإطلاع على تجارب بعض القوانين والتشريعات الآخرى المقاربة لوضع العراق التي تبنت هذه التجربة ، إذ عقدنا المقارنة بين التشريعات العراقية والتشريعات المصرية والجزائرية في المواضع التي تمت معالجتها في كل منها، مع الإشارة الى بعض الاتفاقيات الدولية والقضايا المتعلقة بموضوع الدراسة.

سابعاً/ هيكلية الدراسة

تتكون الدراسة من ثلاثة فصول تناولنا في **الفصل الأول** منه مفهوم خصخصة المصارف بمبحثين ، نتناول في المبحث الأول منه ماهية الخصخصة المصرفية ، ونتناول في المبحث الثاني منه آلية خصخصة المصارف والأساس القانوني لها، ونبحث في **الفصل الثاني** القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصخصة بمبحثين نتناول في المبحث الأول منه خصخصة المصارف في ضوء المنهج التقليدي، ونتناول في المبحث الثاني الأتجاهات غير التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق ، ونبحث في **الفصل الثالث** والاخير وسائل حل النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف في مبحثين نتناول في المبحث الأول منه الوسائل الوقائية والقضائية لحل النزاعات ، ونتناول في المبحث الثاني منه التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناشئة عن الخصخصة المصرفية.

الفصل الأول

مفهوم خصخصة المصارف

الفصل الأول

مفهوم خصخصة المصارف

الخصخصة هي سياسة اقتصادية تلجأ إليها الدول في تنظيم حياتها الاقتصادية ويختصون بوضع الأسس والقواعد المقررة لها في دساتيرهم لما تمثله هذه السياسة من خطورة على المالية العامة للدولة والاقتصاد الوطني.

وهذا المصطلح (الخصخصة) وأن كان قد ذاع صيته منذ زمن ليس ببعيد نتيجةً اللجوء إلى أنقاذ المشاريع من الأنهيار الإقتصادي، إذ بدأت الدول بتغيير سياستها ألا أنه له جذور قديمة نادى به الكثير من الباحثين في علم الاقتصاد، ولما لهذه الفكرة أو السياسة الاقتصادية الحديثة من دور مهم وفعالٌ وحساس ولما له من خصوصية كعلاقة بين الدولة او المرفق العام والقطاع الخاص، بوجود مستثمر أجنبي كطرف في هذه العلاقة لذلك كان لازما علينا الاحاطة بجوانب هذا الموضوع من خلال توضيح ووضع ألاطار ألمفاهيمي لخصخصة المصارف ،وأن كان شكل الشركة المساهمة هو الشكل الغالب للشركات العامة التي تمثل شخصاً من أشخاص القانون العام والسعي لتقريب الصورة بين هذه المفاهيم السابقة وهل أنها من الممكن أن تصب بذات الفكرة وهي الخصخصة؟ .

وقد وردت العديد من المصطلحات منها (التخصيص)، وكذلك (privatization) وتعني الخصخصة بالأنجليزية، وقد ذكر مصطلح الخوصصة في التشريع الجزائري، وهي مصطلحات كلها تصب بذات المعنى وهي مصطلحات إقتصادية بحته، وهي أيضا عكس التأميم والذي يعني تحويل الملكية الخاصة إلى ملكية عامة عن طريق أستبعاد رأس المال الخاص[1].

وللبحث في ماهية خصخصة المصارف كان لابد لنا من التطرق إلى تعريف خصخصة المصارف بالمعنيين الواسع والضيق، كذلك التطرق لأنواع الخصخصة، وكذلك الأساس القانوني للخصخصة المصرفية في التشريعات الوطنية والمقارنة وآلية خصخصة المصارف لذلك سوف نقسم الفصل إلى مبحثين سنبحث في الأول منه ماهية خصخصة المصارف، والمبحث الثاني خصصناه للأساس القانوني للخصخصة وآلية خصخصة المصارف.

1) منشور على موقع الشبكة المعلوماتية(الأنترنت)، www.almaany.com، تاريخ الزيارة 2021،5/5/1م.

المبحث الأول

ماهية خصخصة المصارف

أن التطور الإقتصادي الذي يشهده العالم بشكل عام والعراق خاصةً، الذي ساهم بشكل كبير في تطوير القطاع المصرفي والأنفتاح الذي شهده العراق في مجال التحول إلى إقتصاد السوق والتحول التشريعي في السنوات الأخيرة والسعي لجذب الأستثمار الأجنبي والمحاولة للنهوض بالجانب الإقتصادي، ومن أهم الطرق للوصول لذلك هو خصخصة المرافق العامة.

فالخصخصة هو نقل ملكية المشاريع العامة من القطاع العام إلى القطاع الخاص ، ويتحقق ذلك في حالتين: الأولى أن الأشخاص الاعتباريين العامين يفقدون غالبية رأس مال الشركة ، والحالة الثانية التنازل للقطاع الخاص من إجمالي الأصول المملوكة للدولة، ويمكن أن تخضع للأستغلال المستقل، ومن تطبيقات هذه الحالة بيع أصول المشروع بالإتفاق المباشر، إذ الخصخصة ترد بالتالي على المشروعات العامة ، أما ما يتم من عمليات بيع أسهم الدولة في الشركات الخاصة التي لا تكون للأشخاص العامة فيها أغلبية الأسهم، فلا يعد من قبيل الخصخصة ويتم تقرير هذا الأنتقال بحرية من جانب السلطة الإدارية[1].

وسوف نحاول في هذا المبحث الإحاطة بماهية خصخصة المصارف، وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين تناولنا في الأول منه التعريف بالخصخصة في المصارف، أما المطلب الثاني فخصصناه لبيان أنواع الخصخصة المصرفية.

1) د.ضياء مجيد الموسوي ، الخصخصة والتصحيحات الهيكلية آراء واتجاهات ، ط ٣ ، ديوان المطبوعات الجامعية ،2005 ، ص 60 .

المطلب الأول

التعريف بالخصخصة في المصارف

تُعرّف الخصخصة على أنها العملية التي من خلالها تقوم الدولة بتخويل المؤسسات التي تمتلكها كليًا أو جزئيًا لصالح مستثمرين من القطاع الخاص ، محليين أو أجانب، إذ أن التعاريف الكثيره التي وردت بشأن الخصخصة كانت ذات طابع إقتصادي بحت ينصب على تحويل المشاريع من القطاع العام إلى القطاع الخاص وفقاً لآليات وأشكال مختلفة، وكل نظام تبنى نوع معين من الخصخصة وفقاً لرؤيته الإقتصاديه، وكذلك البيئة الإقتصادية والتشريعية لتطبيق برنامج الخصخصة.

وقد عرفت المنظمات العالمية الخصخصة على أنها " زيادة مشاركة القطاع في إدارة وملكية الأنشطة والأصول التي تسيطر عليها الدولة أو تمتلكها وذلك وفقاً للبنك الدولي، وأيضاً هي عبارة عن أدوات لخفض مشاركة القطاع العام سواءً في صورة الملكية او الادارة".

فالخصخصة وفقاً لما تقدم لها معنيان، أحداها واسع والآخر ضيق، وكل حسب تطبيقه والهدف المراد الوصول إليه من خلالها، ولذلك سوف نقسم المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف الخصخصة بمعناها الواسع والضيق ،أما الفرع الثاني سوف نتناول فيه أهداف ومبادئ الخصخصة .

الفرع الأول

تعريف الخصخصة المصرفية

لأحاطة الموضوع بمزيد من الوضوح فقد وضع الفقهاء والباحثون العديد من التعريفات بشأن الخصخصة سوف نذكر منها ما يأتي.

أولاً/ المعنى الواسع للخصخصة:

أن الخصخصة بشكل عام تدل على التحويل من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وقد لاحظنا من خلال بحثنا هذا أن الخصخصة عموماً جاءت بالكثير من التسميات أو المصطلحات المشابهة مثل

التخصيص أو التخصصية و التخاصية والأستخصاص والخوصصة وكذلك الخصخصة كلها تدل على ذات المعنى[1]، ولعل المصطلح الأخير هو الأكثر شيوعاً.

كما وقد أستخدم ألبعض تعابير آخرى للدلالة على الخصخصة ومنها "الأهلنة" للدلالة على هذه العملية[2].

تشتق كلمة الخصخصة من الفعل الثلاثي (خصص) ، ومعنى خص بالشيء وجعله خصوصياً ، أو اختص بالشيء أي جعل الشيء خاص به ، والخاصة ضد العامة ، وكلمة أنفرد بالشيء وخاص تعني فردي أو ذو ملكية فردية[3] .

والخصخصة بمعناها الواسع هو عبارة عن قرار الإدارة العامة بهجر نشاط اقتصادي لمصلحة القطاع الخاص، ومثال ذلك مصانع لأنتاج الملابس تعود ملكيتها للقطاع العام (الدولة) تعاني من العجز المالي وبذلك تقرر الادارة الأحتفاظ بملكية المصنع وتعهد بأدارتها إلى مستثمر أجنبي وبهذه ألطريقة يتم سد العجز وتشغيل المشروع [4].

وهو سلوك يتطلب تقليص دور الدولة ، بالاعتماد بشكل كبير على آليات السوق ومبادرات القطاع الخاص للمنافسة من أجل تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية و الاجتماعية([5]).

فالخصخصة بمفهومها الواسع هي نهج إقتصادي متكامل وشمولي يهدف إلى تحويل النظام الإقتصادي القائم من تصنيف لتصنيف آخر وهناك من ينظر إليه على أنه منهاج اقتصادي ولكن يهدف إلى نقل أو تعديل جزء أو بعض من مكونات النظام الإقتصادي أو الهيكل الإقتصادي المسيطر دون أن ينتج عنه تغييره ككل أو يستهدف جزءاً منه فقط [6].

---

1) م.حمديه عبود كاظم، الخصخصة المصرفية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية عشر، العدد الثاني، 2020، ص419.

2) د.عبدالمنعم سيد علي، تجربة العراق مع القطاعين العام والخاص ومستقبل التجربة، بحث مقدم إلى ندوة القطاع العام والخاص في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية والصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي، بيروت، 1990، ص349.

3) محمد توفيق سعودي، تغيير الشكل القانوني للبنوك، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر،2010، ص68.

4) د.جمال محمود الكردي، التنظيم القانوني للخصخصه في القانون المقارن والقانون الدولي الخاص، ط2،2018، دار النهضة العربية، القاهرة، ص11.

5) يعقوب صرخوه، الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2008، ص35.

6) حميد نأيف عبود، خصخصة المرافق العامة الاقتصادية، بحث منشور في مجلة الكوفه، عدد44، م1، 2019، ص33.

وتعرف الخصخصة بأنها القيام بمعاملة أو معاملات تجارية تتجسد في تحويل ملكية الاصول المادية أو المعنوية في مؤسسة عمومية أو جزء منها أو رأس مالها كله أو جزء منه لصالح أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقطاع الخاص[1].

وقد عرفت الخصخصة أيضاً بأنها : " تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص أدارةٍ أو أيجارٍ أو مشاركة أو بيع أو شراء في ما يتبع الدولة او ينهض بها أو تهيمن عليه في قطاعات النشاط الإقتصادي المختلفة أو مجال الخدمات العامة"[2].

وبناءً على ماتقدم من تعريفات يمكن أن نستخلص فكرة عن المفهوم الواسع للخصخصة، بأنه نزول يقدمه القطاع العام للقطاع الخاص ؛ وذلك لأنقاذ هذه الجهة من أزمة إقتصادية معينة، وبذلك تتحول من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وقد يكون ذلك عن طريق بيع جزء من أسهمها أو التنازل عن إدارتها أو تحولها من شركة مساهمة إلى شركة محدودة ، ولايتم ذلك إلا وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة وتحت إشراف ورقابة الدولة.

وتهدف الخصخصة إلى إعادة توزيع الأدوار بين القطاع العام والقطاع الخاص والأنسحاب التدريجي للدولة من بعض الأنشطة الاقتصادية، وتمهيد الطريق للمبادرات الخاصة من خلال تشجيع الأستثمار الخاص والتخفيف من الأعباء التي تتحملها ميزانية الدولة نتيجة دعمها للمنشآت الإقتصادية الخاسرة ، و تكريس موارده لدعم هذه القطاعات ، والاهتمام بالبنية الأساسية و المنشآت الإقتصادية ذات الأهمية الاستراتيجية كتطوير السوق المالية وتنشيطها وادخال الحركية على رأس مال الشركات بقصد تطويرها وتنمية قدرتها الأنتاجية ، وأيضاً خلق مناخ الأستثمار المناسب ، وتشجيع الأستثمار المحلي لإجتذاب رؤوس الأموال المحلية والعربية والأجنبية [3].أذن نتيجةً لما سبق فأن الخصخصة مبدأ إقتصادي تلجأ إليه الدول لأنقاذ قطاعها العام من نكسة إقتصادية ومالية أو إدارية.

وقد تتم الخصخصة من خلال تصرف الدولة بملكية المنشأة العامة كلياً أو جزئياً إلى القطاع الخاص، وهو مايعرف بمصطلح (التصرفية) وهو المبدأ الأكثر أنتشاراً في المملكة المتحدة، وذلك من خلال

1) بوذراع اميره حرم بصاح، شركات مساهمات الدولة بين خصخصة التسيير والخوصصه، رساله ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسيه ،جامعة منتوري، الجزائر، 2009 ، ص90.
2) د.مياده عبد القادرأحمد، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العامة بين الواقع والمأمول(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندريه، مصر، 2014، ص12.
3) د.كمال أمين ، الخصخصة والأداء الاقتصادي في الدول العربية ، مجلة كلية القانون للبحوث العلمية ، جامعة بغداد، المجلد 49 ، العدد 1 ، 2011 ، ص41.

التصرف بالمنشأه العامة ببيعها او تحويلها إلى شركة مساهمة مع بيع جزء من اسهمها إلى القطاع الخاص[1].

ونرى أن مبدأ الخصخصة يقترب كثيراً من مفهوم الشركات ذات الإقتصاد المختلط، بل بالأحرى قد يكون صورة من صورها والتي يمكن تعريفها، بأنها من الشركات التجارية الهدف الأساسي لها، هو تدبير المرفق العام وتكون على شكل شركة مساهمة عامةٍ يكتتب بها شخص معنوي عام بجزء من رأسمالها، والجزء الباقي يكتتب فيها شخص من اشخاص القانون الخاص مع إحتفاظ الشخص المعنوي العام بحق الرقابة المباشرة لأعمال الشركة وتوجيهها[2].

ونتيجةً للثورة الالكترونية، والتطور الكبير الحاصل في التعاملات الإقتصادية التجارية الأستثمارية ، كان لا بد لنا من الإشارة إلى المصارف الألكترونية، وفيما اذا تم خصخصتها وبيع جزء من أسهمها إلى مستثمر أجنبي، وبذلك فأن المصارف الألكترونية يتم تعريفها بأنها: (مؤسسةٍ مالية شبكية تؤدي خدماتها بالأساليب الألكترونية ويمثل الأنترنت أهم أشكالها)[3] ، وبذلك فأن المصارف الألكترونية ذات الخدمات المصرفية تقدم للعملاء من سحب وأيداع وأقتراض وما إلى ذلك من الخدمات المصرفية الآخرى، ولكن ليست بالطرق التقليدية ولكن بطريقة حديثة والمتمثلة بوجود هذا المصرف على موقع الشبكة الافتراضية (الأنترنت) ، وتقديم هذه الخدمات عبرها، أما عن طريق الجوال أو عن طريق الحاسب الآلي، لذا فأن خصخصة المصرف الألكتروني تكون عن طريق بيع أسهم من المصرف أو بيع المصرف الألكتروني أو تفويض إدارتهِ فقط أو تأجيرهِ بأي شكلٍ كان من أشكال الخصخصة إلى مستثمر أجنبي .

وبذلك الخصخصة لا تتم فقط عن طريق البيع أو التنازل عن جزء من ملكية القطاع العام، ولكن ممكن أن تكون عن طريق أيجار أو إدارة المرفق العام أو عن طريق عقود ألمشاركة أو الإمتياز أو بما يسمى بالشركات ذات الإقتصاد المختلط، وقد لا تقتصر الخصخصة على المصارف التقليدية بل ممكن أن تشمل المصارف الألكترونية أيضاً في حال ما تم ذلك من قبل مستثمر أجنبي.

---

1) د.جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص17.
2) د.مروان محي الدين، طرق خصخصة المرافق العامة(دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقيه، لبنان، 2009، ص199.
3) خلاف محمد أمين، كافي أسماعيل أسامه، البنوك الالكترونيه، رسالة ماجستير مقدمه إلى كلية حقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقله، الجزائر، 2018، ص19.

ثانياً /المعنى الضيق لخصخصة المصارف

تُعرَف الخصخصة بأنها: (القيام بتحويل ملكية كل الأصول المادية أو المعنوية في المؤسسات العامة أو جزءاً منها أو كل رأسمالها أو جزءاً منه لصالح أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص)[1].

ولبيان المعنى الدقيق والضيق لخصخصة المصارف في القانون الدولي الخاص محل بحثنا، يتوجب علينا تعريف المصرف، فقد عرفت المادة (1) من قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 إذ نصت على أنه: " شخص يحمل ترخيصاً أو تصريحاً بمقتضى هذا القانون لمباشرة الأعمال المصرفية"[2].

وخلافاً لما سار عليه العديد من الدول فأن المشرع العراقي لم يضع تعريفاً واضحاً لمفهوم الخصخصة عموما ومفهوم خصخصة المصارف خصوصاً ، ومثال ذلك ما عرفها المشرع الأردني بأنها : (أعتماد نهج إقتصادي يتمثل بتعزيز دور القطاع الخاص في النشاط الإقتصادي ليشمل مشاريع القطاع العام التي تقضي بطبيعة إدارتها على أُسس تجارية) [3].

وأن مصطلح (الأجنبي) عند إستخدامه في قانون المصارف قد جاء لوصف الشخص الإعتباري أو مكتب لا يكون شخصاً إعتبارياً محلياً أو مكتباً محلياً [4]،وعليه فأن خصخصة المصارف في القانون الدولي الخاص تتمثل ببيع أو تنازل الدولة المتمثلة (بالقطاع العام المصرفي) ، والذي يتمثل بمصرفي الرافدين والرشيد على سبيل المثال لشخص من أشخاص القانون الخاص والمتمثل ب(المستثمر الأجنبي) الذي قد يكون متمثلاً بشخصيةٍ معنويةٍ كشركةٍ مساهمة أو شركةٍ قابضةٍ أو شركةٍ تابعةٍ لها أو من الشركات ذات الإقتصاد المختلط، وما إلى ذلك ، وقد لا تكون الخصخصة مقتصرةً على تملك الأسهم أو تملك المصارف ذاتها فقد تكون على شكل إدارة هذا المرفق العام دون المساس برأس مالهِ او ملكيته، وبذلك فأن القطاع العام والمتمثل بالمصارف ولكي يمكن خصخصته يتخذ شكل الشركة المساهمة ، ويمكن أن ُتدار من قبل القطاع الخاص شأنها شأن الشركات المحدودة أو قد تطرح أسهمها للبيع لمستثمر أجنبي، وقد عرف قانون الشركات العراقي الشركة المساهمة المختلطة أو الخاصة بأنها : "شركة تتألف

1) المادة (1) من قانون خوصصة المؤسسات العمومية الجزائري رقم 22-95 لعام 1995.
2) قانون المصارف العراقية رقم (94) لسنة 2004.
3) قانون التخاصية الاردني رقم(25) لسنة 2000.
4) المادة (1) من قانون المصارف العراقي رقم 24 لسنة 2004.

من عدد من الاشخاص لا يقل عن خمسه يكتتب فيها بأسهم في اكتتاب عام ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة بمقدار قيمة الاسهم التي أكتتبوا بها" [1].

وعليه فقد أجاز قانون المصارف للمستثمر الأجنبي بتملك أسهم في المصارف المحلية والتساؤل التالي هو هل يمكن أن يكون المصرف المخصخص على شكل شركة قابضة؟

ابتداءً يتوجب علينا توضيح ماهي الشركة القابضة ؟

عرفت المادة (7) فقرتها الأولى ضمن التعديل الجديد لقانون الشركات العراقي رقم (17) لسنة (2019) بأنها: " شركة مساهمة أو محدودة تسيطر على شركات مساهمة أو محدودة تدعى الشركات التابعة".

وبذلك يمكن أيضاً أن ُيطبق مبدأ الخصخصة الأقتصادي للمصارف على الشركة القابضة ككيان لشخص معنوي يشترك فيه عنصر القانون العام مع المستثمر الأجنبي كعنصر من عناصر القانون الخاص، بل هي صورةً من صورها، وقد ذكر المشرع الجزائري الشركة القابضة بأنها شركة مساهمة عمومية تحوز الدولة فيها رأسمالها كاملاً أو تشترك فيه الدولة وأشخاص معنويةِ آخرى وتكون رأسمالها على شكل أسهم ومسندات.[2]

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أجاز للقطاع الخاص تملك أسهم في رأسمال المصارف المملوكة للدولة بالكامل وفقاً لما جاء في نص ألمادة (1) من قانون تنظيم مساهمة القطاع الخاص في رؤوس أموال بنوك القطاع العام رقم (155) لسنة (1998) إذ نصت على: "يجوز للقطاع الخاص أن يمتلك أسهماً في رؤوس أموال البنوك ألمملوكة بالكامل للدولة ، ...".

الفرع الثاني

أهداف الخصخصة المصرفية

أتضح أن الخصخصة ،ليست غايةً بحد ذاتها، بل أنها وسيلةً يمكن إتباعها لتحقيق العديد من الغايات ،وأن هذه الغايات تختلف من دولة لآخرى ومن قطاع لآخر حسب السياسة الإقتصادية والإجتماعية المتبناة من قبل الدولة، وحسب المراحل المتبعة في الخصخصة وفقاً لظروف الدولة الإقتصادية

1) قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنه 1997 ألمعدل بالقانون رقم (17) لسنة (2019).
2) من قانون خوصصة المؤسسات العمومية الجزائري رقم 22-95 لعام 1995، الماده(5).

والسياسية، لذلك سوف نوضح الأهداف التي تسعى إليها الخصخصة والمبادئ التي تقوم عليها وكما يأتي:

أولاً/ الغاية من الخصخصة المصرفية

هنالك أهداف عديدة يمكن تحقيقها من خلال الخصخصة المصرفية، وكما يأتي:

1- تحسين الأداء من خلال رفع الكفاءة الاقتصادية للمصارف المراد خصخصتها؛ لأن أساس عملية الخصخصة جاءت لرفع الكفاءة الإقتصادية من خلال تعثر الأداء الحكومي بالأنشطة المصرفية التي تقوم بها[1]،بالتالي فأن أهم الأهداف التي تسعى الخصخصة لتحقيقها هو رفع الكفاءة الإقتصادية للمصرف محل الخصخصة ، بالتالي فأنه يشكل دافعاً لتحسين اداء المصارف طالما أن الهدف منها هو زيادة نسبة الأرباح وبأقل التكاليف أضافةً إلى أن الكفاءة العالية التي يتم من خلال إستخدام الموارد بصورةً صحيحةً يؤدي إلى زيادة الأنتاج والتقليل من التكاليف[2].

2- توسيع نطاق المنافسة في السوق المصرفية، أن توفير البيئةِ اللازمةِ للمنافسةِ من أهم المظاهر التي من خلالها يؤدي إلى زيادة معدل ألمنافسة بين القطاع الخاص والدولة، وكذلك زيادة المنافسة بين القطاع الخاص ذاته، وبالتالي فأن رفع مستوى المنافسة يسوق إلى زيادة الكفاءة الأنتاجية، ففي كل من مصر والجزائر يتضح جلياً بأن تبنيهما لبرامج الخصخصة ،بهدف الإصلاح الأقتصادي من خلال خلق مناخ مناسب لتنفيذ برامج الخصخصة وذلك بعد أصدار التشريع الخاص بتحديد اهداف وبرامج الخصخصة في عام 1995ومهام الشركات القابضة التي تتولى مهمة تهيأة المؤسسات العامة لخصخصتهافي الجزائر [3]، أما مصر فأن أصدارها لقانون خاص يتعلق بخصخصة المصارف وهو قانون رقم (155) لسنة (1998) المتعلق بتنظيم مساهمة القطاع الخاص في رؤوس أموال بنوك القطاع العام، وكذلك أصدار قانون شركات قطاع الاعمال العام رقم (203) لسنة (1991) والذي يعد من اولى الخطوات التي أتخذت نحو التحرر في السوق والإقتصاد المصري.

---

1) د.عبده محمد فاضل الربيعي، الخصخصة واثرها على التنمية بالدول النامية، ط1،المطبعة الذهبية، القاهرة ، 2004، ص420-421.

2) منذر جابر محمد، الخصخصة والاقتصاد في العراق، بحث منشور في مجلة القادسية للعلوم الادارية والاقتصاديه، جامعة القادسيه، المجلد11 ، العدد3، بغداد، العراق، 2009 ، ص135.

3) عبدالمجيد خليلي، محمد صلاح الدين بوعتبه، تسوية منازعات عقود تفويضات المرفق العام، رسالة ماجستير في القانون الاداري، كلية الحقوق، جامعة احمد درأيه ادرار، الجزائر، 2020، ص135.

بالتالي فأن الخصخصة المصرفية تؤدي إلى رفع مستوى التنافس مما يدفع المصارف إلى توجيه الإئتمان المصرفي نحو المشروعات الأكثر ربحاً وأنتاجيةً ، مما يساهم في تحسن الأداء المصرفي، ويتمثل ذلك من خلال تقديم الخدمات المصرفية الأفضل من خلال تكلفةٍ اقل وجودةٍ أعلى وأرباحٍ أفضلٍ [1]،لذا يمكن أن نستنتج بأن زيادة القدرة التنافسية للقطاع المصرفي من أهم الوسائل الناجحة لتطوير المصارف.

3- توسيع قاعدة الملكية الخاصة، أن أحد الأهداف الأساسية للخصخصة هي زيادة دور القطاع الخاص في النشاط الإقتصادي أي بمعنى توسيع قاعدة الملكية من خلال فتح المجال امام القطاع الخاص لتملك موارد الإقتصاد الوطني وإدارتها، وذلك من خلال طرح الأسهم للأكتتاب العام مما يشجع القطاع الخاص على امتلاكها، وبالتالي فأن عملية تحويل المصارف من الملكية العامة إلى الملكية الخاصة يكون بشكل جزئي وتتم عملية التحويل بشكل أيسر وأسهل[2].

4- خفض نسبة العجز المالي لميزانية الدولة، تعاني ميزانيات بعض الدول من العجز المالي بشكل دائم نتيجة للسياسة المتبعة لها من خلال تدخل الدولة في مجال الأنشطة الأقتصاديه والذي يرتب عليها زيادةً في أعباء الدولة وإلتزاماتها ،وبذلك فأن الدول تسعى إلى اللجوء للخصخصة بهدف التخلص من العجز في المشروعات العامة وبالتالي فأن تطبيق برامج الخصخصة على المصارف العامة من شأنه أن يرفع عائداتها ويساهم في تخفيف العجر في الميزانيات الدولة من خلال زيادة الأيرادات والتي تسهم بالتالي في تحسين الإقتصاد الوطني ككل من خلال تسديد الديون العامة للدولة والتخلص من العبء الإداري المُلقى على كاهلها[3].

5- تنشيط سوق الاوراق المالية ، أن زيادة الكفاءة في الاداء المصرفي من خلال خصخصته يؤدي إلى زيادة الائتمان وبدوره يؤدي إلى تزايد عملية التداول على الأسهم المصرفية والذي يؤثر على السوق بشكل واضح إذ تزايد سعة السوق وتطويرها وذلك وفقاً للأهداف التي جاءت بها نصوص قانون الاوراق المالية العراقي لسنة (2008)[4].

---

1) دوفي قرميه، طرق واجراءات خوصصة البنوك والاثار الناجمه عنها(دراسة تجربة فرنسا-مصر-الجزائر)، بحث منشور في مجلة الاقتصاديات المال والاعمال، العدد6، 2018 ،ص470.

2) م.م.كوثر محمد دهيم،الخصخصه ودورها في تطوير القطاع المصرفي في العراق، بحث منشور في مجلة الكوت للعلوم الاقتصادية والادارية ، كلية الادارة والاقتصاد، جامعة واسط، العدد24، 2016، ص5.

3) د.مهند أبراهيم علي فندي، النظام القانوني للتحول إلى القطاع الخاص الخصخصه (دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، 2008، ص26.

4) نص المادة (2) من قانون سوق الأوراق المالية العراقي ،القسم الثاني ،الاهداف العامة، والتي نصت على انه:(تكون سوق الاوراق المالية كيان قانوني ذات استقلال مالي واداري، لها الحق في عرض الدعاوى امام المحاكم والسلطات القضائية أو أية سلطه اخرى ويجب ان تمثل من قبل رئيس مجلس المحافظين او شخص مخول من قبل الرئيس).

وكذلك الحال بالنسبة لقانون الأستثمار العراقي رقم (13) لسنة (2006) إذ نصت المادة (2) منه الفقرة (ثانياً) على : " تشجيع القطاع الخاص العراقي والأجنبي للأستثمار في العراق من خلال توفير التسهيلات اللازمة لتأسيس المشاريع الأستثمارية وتعزيز القدرة التنافسية للمشاريع المشمولة بأحكام هذا القانون في الأسواق المحلية والأجنبية ".

ثانياً/ مبادئ الخصخصة المصرفية

هناك مبادئ يجب أن تقوم عليها الخصخصة المصرفية والتي من خلالها تتم الخصخصة بشكل صحيح وتُحقق الاهداف التي فُرضت لأجلها وكما يأتي:

1- العلانية: أن من المتطلبات الأساسية لتسيير عملية الخصخصة المصرفية بشكل صحيح ولتحقيق الأهداف التي وضعت لأجلها ومن بينها العلانية والبعد عن الغموض والسرية، إذ أن هذه الأساليب تعطي للخصخصة المصرفية المساندة المطلوبة بين الرأي العام ووسائل الإعلام نلاحظ أن اغلب التشريعات التي اخذت بنظام الخصخصة قد أوردت هذا المبدأ من ضمن أهم المبادئ والأسس العامة التي يجب إتباعها للقيام بعملية الخصخصة[1].

يتضح أن المشرع العراقي كان من بين المشرعين الذين نصت تشريعاتهم على هذا المبدأ من خلال نص المادة (9) الفقرة (رابعاً) لقانون الأستثمار المرقم (13) لسنة (2006) : "تقديم المشورة وتوفير المعلومات والبيانات للمستثمرين وأصدار النشرات الخاصة بذلك ".

2- الشفافية : من المبادئ التي من الضروري الإلتزام بها لاسيما في خصخصة الملكية وذلك من خلال أتاحة الفرصة للرأي العام للإطلاع عليها ، وذلك لأن أنعدام الشفافية اثناء القيام بعملية الخصخصة يؤثر سلباً عليها ويبعث إلى الشك بالقائمين عليها [2].

ونحن نعتقد أنه يجب لتحقيق مبدأ الشفافية لابد من الحد من تأثير المصالح الخاصة وضرورة حماية برامج الخصخصة من التأثيرات الحكومية بأعتبارها صاحبة السيادة والسلطة والقيام بكافة الاجراءات اللازمة للبيع، ونقل الملكية بشكل عام او بالنسبة للأسهم والسندات علناً وبذلك تحقق مقدار كبير من المصداقية بالتعامل وبالتالي نجاح عملية الخصخصة وتحقيق أهدافها.

1) سبع عبدالرحمن، تفويض المرفق العام في ظل قانون274/15، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفه،الجزائر،2017، ص16.
2) د.عبده محمد فاضل، مصدر سابق، ص140.

3- منع الإحتكار، فمن الضروري أن يتم تطبيق هذا المبدأ بمنع الإحتكار من قبل المسيطرين على السوق أو الحد منه وذلك لضمان تطبيق سياسة الخصخصة بشكل صحيح وجني ثمارها لأن الإحتكار من شأنه أن يؤدي إلى تركيز الثروات والسيطرة على الأنشطة الإقتصادية وبالتالي الحد من المنافسة[1].

4- المساواة ، وتتم من خلال منح الفرص المتكافئة للجميع فلا يتم تطبيق برنامج الخصخصة إلا من خلال خلق توازن في الحقوق والإلتزامات بين طرفي العلاقة وهم كل من (الدولة ،المستثمر الأجنبي).

5- حماية الأموال العامة، أن السعي إلى الأنفتاح على السوق وتنشيط الإقتصاد الوطني والسعي لمشاركة القطاع الخاص والتقليل من هيمنة تدخل السلطة في الأنشطة الإقتصادية لا يعني هدر المال العام بل بالعكس ، يجب لتطبيق برامج الخصخصة وتحقيق الأهداف المرجوّة منها لابد من حماية الاموال العامة وذلك من خلال تقييم اصول وممتلكات المشروعات العامة وفقاً لإصول محاسبية متعارف عليها قبل أن يتم نقل مليكتها[2].

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للخصخصة المصرفية وأنواعها

أن للخصخصة أثرٍ أيجابي في زيادة الادخار القومي نتيجةً لفتح أبواب الأستثمار أمام المدخرين ، فيخف ميلهم للإكتناز ويتحولون إلى الأستثمار المنتج إذ تعد الخصخصة محركاً أساسياً لجذب الأستثمارات الأجنبية والمحلية وهذا ناتج عن بيع أصول المشروعات المملوكة للدولة (كليا أو جزئيا) إلى القطاع الخاص، وفي الدول النامية لعبت الخصخصة دوراً هاماً في جلب عدد من المستثمرين الأجانب، اما للأستثمار الأجنبي المباشر(Foreign Direct Investment) أو الأستثمار غير المباشر (Portfolio) الأستثمار في محفظة الأوراق المالية، وهو ما يعني الأستثمار في الأسهم والسندات في بورصة الأوراق المالية ، والتمييز بين هذين النوعين من الأستثمار يعتمد بدرجة ما على ملكية المستثمر في الشركات التي تم تحويلها إلى قطاع خاص بالنسبة للأستثمار الأجنبي وعلاقته بالخصخصة في الدول النامية[3].

1) سبع عبد الرحمان، المصدر السابق، ص17.
2) د.مهند أبراهيم علي فندي، المصدر السابق، ص35.
3) دانيال أرنولد ، ترجمة عبد الأمير شمس الدين ، تحليل الأزمات الاقتصادية للأمس واليوم ، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، بيروت ، 2002 ، ص45.

وبما أن الأهداف المرجوة من سياسة الخصخصة قد تختلف من دولة إلى آخرى حسب المتطلبات والاحتياجات ، ولكنها بشكل عام تتحد لتشجيع وتعزيز الكفاءة الاقتصادية عن طريق تعزيز الأسواق والمنافسة وإعادة تحديد دور الدولة ، مما يسمح لها بالتركيز على السيطرة والأنضباط. والإدارة والتخفيف من الأعباء المالية المخصصة للمشاريع العامة والمتمثلة في بحثنا هذا بالمصارف ، في محاولة للوصول إلى الضوابط المالية والاستقرار على المستوى الكلي للهيكل الاقتصادي والتخفيف من حدة الديون العامة وتحرير الموارد المالية المحدود في الدولة وخلق أو ظهور استثمارات جديدة ، بما في ذلك الأستثمار الأجنبي الخاص، وبذلك فأن عملية خصخصة المصارف وأن عرفنا أن دوافعها الاساسية هي أنقاذ المصارف من الأنهيار الاقتصادي، ألا أن الخصخصة تكون لأنواع عديده تختلف بحسب سياسة الدولة المتبعة في عملية الخصخصة وبالاخص عند دخول المستثمر الأجنبي فيها، وكذلك بحسب الخطة الاقتصاديه المتبعة لذلك، وأيضاً بحسب المرحلة التي قطعتها الدولة في عملية أعادة الهيكلة الاقتصاديه للمصارف.

وبناءً على ما تقدم سوف نقسم المطلب إلى فرعين في الأول منها التكييف القانوني لخصخصة المصارف ، أما الفرع الثاني فخصصناه لبيان أنواع الخصخصة .

الفرع الأول

تكييف الخصخصة المصرفية

يتم تكييف الخصخصة المصرفية من خلال التعرف على الطبيعة القانونية لخصخصة المصارف التي يكون اطراف العلاقة فيها كل من الدولة (المضيفة للأستثمار) والمستثمر (الأجنبي)، وبالتالي أمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وهنالك عدة آراء لتحديد الطبيعة القانونية لهذه العلاقة، فقد ذهب جانب من الفقه بأنها من العقود التجارية ،بينما ذهب الجانب الآخر من الفقه والذي يدافع عن مصالح الدولة المتعاقدة بأعتبارها من أشخاص القانون العام ، إلى تكييف هذه العقود على أنها عقودٌ إداريةٌ أم أن له طبيعة خاصةً به، فسوف نحاول أن نستعرض هذه الآراء والأتجاهات الفقهي ، وحسب الآتي:

أولاً/ خصخصة المصارف من عقود القانون العام:

أن مسألة تكييف خصخصة المصارف الناشئة عن علاقة كل من طرفيها الدولة والمستثمر الأجنبي مسالة غاية في الصعوبة ومحل خلاف وأجتهاد الكثير من الفقهاء نظراً لأختلاف أساليب الخصخصة وأنواعها والسياسية المتبعة من قبل الدول التي تبنتها.

أن اعتبار هذه العقود من عقود القانون العام يعني أنصراف إلى إدارية هذه العقود ، وبالتالي خضوعها لأحكام القانون الاداري إذا ما أحتفظت الدولة بصفتها السيادية كونها شخص من أشخاص القانون العام فتأخذ خصخصة المصارف طبيعة العقود الادارية لأن الدولة أو هيئاتها أو مؤسساتها، شخص عام داخل الدولة ذاتها ويتمتع بشخصية دولية في محيط العلاقات الدولية في الخارج [1].

يبرر أصحاب هذا الاتجاه القائل بإدارية هذه العقود عدة مبررات وهي أن هذه العقود تنطبق عليها كافة معايير وشروط العقود الادارية، وتتمثل هذه المعايير في ثلاثة أمور وكما يأتي:

1- معيار أطراف العقد: ويعتمد هذا المعيار على صفة أطراف العقد ،إذ يشترط لوجود عقد إداري وفقاً لهذا المعيار هو أن يكون أحد اطراف العقد من الأدارة أو أحد اشخاص القانون العام المتمثل بالدولة او المؤسسات التابعة لها والعبرة في تحديد الصفة العامة لاطراف العقد وقت أبرام العقد[2].

ولابد لنا من القول بأن تحقق هذا الشرط لاشك منه في العقود التي ترد على الخصخصة المصرفية ، إذ تعتبر الادارة بصفتها العامة طرفاً فيها فالدولة هي التي تبرم العقد مع المستثمر لخصخصة مصرف ما من خلال من يمثلها، او قد تتدخل بشكل غير مباشر من خلال ابرام العقد مع أحد الهيئات أو المؤسسات التابعة لها مع المستثمر الأجنبي لخصخصة مصرفاً ما [3].

2- معيار المرفق العام: أن العقد لكي يعتبر ادارياً فلا بد من وجود الادارة والتي هي الدولة بصفتها العامة طرفاً في العقد ، ولكن هذا ليس الشرط الوحيد لأضفاء الصفة الادارية على هذه العقود فلا بد من وجود صفة أخرى إلى جانبها لتحقق هذا الشرط فلا تتوقف صفة الادارة على معيار الشخص المتعاقد بل تتعدى ذلك لمحل العقد، فلابد لأعتبار أن العقد محل الدراسة من عقود الادارة أن يكون محل العقد او موضوعه ينصب على المرفق العام والعنصر الاساس هو وجود خدمه عامة يهدف المشرع إلى ادارتها من قبل الحكومة بشكل مباشر أو بواسطة ملتزم للمرفق العام تحت أشراف الحكومة ولا فرق بين أن تكون الخدمة المقدمة تجارية أو صناعية أو غيرها[4].

---

1) عبدالرسول عبدالرضا، خير الدين كاظم عبيد، تأثير الصفة الاجنبية في قانون الاستثمار العراقي رقم(13) لسنة (2006)،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي، جامعة بابل، المجلد1،الاصدار1،2009،ص201.
2) د.أليلس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية عقد ألبوت، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص12.
3) د.بشار محمد الاسعد،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها-القانون الواجب التطبيق عليها-وسائل تسوية منازعاتها)،ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقيه ،بيروت، لبنان، ص211.
4) د.ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الاداري(دراسة مقارنة)،1996،ص224-227.

وأن شرط المرفق العام متحقق في عقود الأستثمار إذ أن محل عقد الخصخصة المصرفية هو مرفق عام (المصرف) ونظراً لخصوصية هذا العقد واتصاله المباشر بتحقيق التنمية الأقتصادية للدولة عن طريق ما تقدمه للأقتصاد من رأس مال وخبره أو تقنيه فنيه ومهارات اداريه لذا فأن العقود التي تنصب عليها عقود الأستثمار غالباً ما يكون محلها المرفق العام ، بل هنالك من يقول بأن هذه العقود ليست الا صورة من صور عقود ألتزام المرفق العام[1].

3- أستعمال أساليب الأدارة في ادارة المرفق العام: ويعد العقد ادارياً وفقاً لهذا المعيار عندما يتبع الاطراف في ابرام عقدهم أسالباً غريبة تخرج عن نطاق القانون الخاص مما يكشف عن نية المتعاقدين بأتباع اسلوب القانون العام والخضوع إلى قواعد القانون الاداري ، وبالتالي اختصاص القضاء الاداري في النظر بالنزاعات الناشئة عنها، وذلك من خلال ظهور الادارة المتعاقدة بصفتها العامة وأستعمالها لأمتيازاتها بصفتها السلطة العامة، وبالتالي فأن هذه المظاهر لا يحكمها المبدأ العام للتعاقد وهو (العقد شريعة المتعاقدين) ،ويستند اصحاب هذا الرأي إلى أن الادارة من حقها التدخل بأعتبارها صاحبة السلطة مما يخولها حق تعديل العقد او فسخه في أي وقت متى ما اقتضت المصلحة العامة ذلك[2].

والتساؤل الذي يُثار هنا هو مدى أمكانية أعتبار العقود المبرمة بشأن خصخصة المصارف من العقود الادارية ؟ .

ذكرنا أعلاه بأن هنالك عدداً من الشروط واجب توافرها في العقود لأعتبارها من العقود الأدارية وهي أن يكون أحد أطرافها الدولة بصفتها السلطة العامة وكذلك محل العقد هو مرفق عام وسلوك اطراف العقد مسلك القانون العام ،فبالنسبة للخصخصة المصرفية التي هي عبارةً عن عقد أطرافه كل من الدولة بصفتها أحد اشخاص القانون العام والمستثمر الأجنبي ومحل العقد هو المرفق العام المتمثل بالمصرف، ولكن بالرغم من ذلك فأن تكييف العقد الأستثماري هذا من طائفة العقود الادارية هو محل نظر ، وذلك لأن وجود الدولة كطرف في العقد لا يؤثر على صفة العقد إذ يجب أن نلاحظ حاله العقد الذي أحد اطرافه الدولة او أحد المؤسسات التابعة لها فأن اعتبار هذه العقود من قبيل العقود الادارية يستند إلى اساس خاطئ لأن طبيعة العقد لا تتحدد من خلال اطراف العقد فوجود الدولة كطرف في العقد لا يؤثر على كون العقد من العقود التجارية مادام منصباً على تقديم خدمه تجارية وفي حال نشب نزاع

1) د.عصام احمد البهجي، عقد البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ،دار الجامعة الجديده،الاسكندرية ، مصر،2008،ص96.
2) د.صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكلونوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996،ص266.

بمناسبة تنفيذ هذه العقود، فأنه ليس للادارة مباشرة صلاحية حسم النزاع كسلطة عامة لتسوية الخصومة[1].

أن العقد الذي تبرمه الدولة أو أحدى هيئاتها أو مؤسساتها مع ألمستثمر الوطني أو الأجنبي على وفق احكام قانون الأستثمار والذي قانوناً خاصاً ذلك يعني نزول الدولة إلى منزلة أشخاص القانون الخاص مما يعني الغاء الصفة الأدارية على العقد[2].

لذا وفقاً لوجهة نظرنا فأن عقود الخصخصة المصرفية لا يمكن أن تعتبر من العقود الادارية على الرغم من توفر الصفات التي تجعلها كذلك من اطراف العقد إلى محله ، لأن تكييفها على أنها من العقود الادارية سوف يؤدي إلى عدم التكافؤ بين اطراف العقد باعتبار أن الدولة طرفاً في العقد بصفتها السلطة العامة سوف تتمادى بفرض سلطتها واحكامها على المستثمر ، مما يجعل المناخ غير ملائمٍ ابداً لتشجيع الأستثمار وبالتالي لا يتم تحقيق الاهداف المرجوة بالأساس من خصخصة المصارف ، وهي جذب رؤوس الاموال الأجنبية وتحقيق التنمية الاقتصادية .

ثانياً/خصخصة المصارف من عقود القانون الخاص:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقود الأستثمارية لخصخصة المصارف والتي أحد اطرافها الدولة بصفتها العامة والمستثمر الأجنبي ، بأنها من عقود القانون الخاص أي عقوداً مدنية او تجارية ويستبعدها من طائفة العقود الادراية ، فهي لا تتضمن شروطاً أستثنائيةً لأن متطلبات التجارة الدولية تفرض بأن يكون شأن الدولة شأن الأفراد العاديين في التعاقد معهم لاسيما عند وجود طرف أجنبي في العلاقة العقدية يمنع الدولة بصفتها الأدارة من تضمين شروط استثنائية، بأعتبار أن سيادة الدولة محددة داخل أقليمها ، أضافة إلى أن الدول الجاذبة للأستثمار لا تلجأ إلى فرض شروط أستثنايئة في العقود الأستثمارية لكي لا يؤدي ذلك إلى عزوف المستثمرين عنها[3].

أما بالنسبة لموقف التشريعات فأن كلاً من القانون الأنجليزي والقانون الامريكي يطلق عليهما نظام القانون المشترك (the common law) والذي يطلق عليه النظام الأنجلوامريكي ، إذ لا يعرف القضاء الاداري المستقل ، وقد ميز بين نوعين من العقود وهي العقود التجارية التي تتعامل بها الدولة

1) باسم محمد صالح،العقود التجاريه(الاسس النظرية والعملية للأبرام والتنفيذ)،بحث منشور في مجلة العلوم القانونيه،كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد8،العدد201، 1989،ص45.
2) احمد هليل الشمري، معوقات الأستثمار الأجنبي في الدولة العربية (العراق،مصر، السعودية ، الاردن، الجزائر، اليمن)، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان ، الاردن، ط1، 2016، ص50-51.
3) د.محمد بهجت، إقامة المشروعات الأستثمارية وفقاً لنظام البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص28.

كونها فرداً عادياً والآخرى غير التجارية التي يجوز فيها التمسك بالمصلحة العامة، بالتالي لم تعتبر هذه الأنظمة هذا النوع من العقود عقوداً أدارية[1].

وقد أخذ المشرع الجزائري[2] والذي هو بدوره مستنداً إلى التجارب الفرنسية وكذلك الالماني وغيرها من الدول الاوربية إلى التفريق بين عمل الدولة ضمن برنامج الخصخصة المصرفية كسلطة عامة وبين علاقتها بالافراد ضمن المصرف الخاضع للخصخصة ،إذ جرى العمل على نظرية تسمى (ذات الدرجتين) لتحليل العلاقة التي تنشأ لتطبيق الخصخصة على المصارف او المشاريع العامة وبالدرجة الأولى يتم تقرير المسائل المتعلقة بتحويل المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص ومسائل تحديد المشتري او المستثمر وقيمة المبيع وما يتعلق بها من مزايدات عملاً ادارياً، أما الدرجة الثانية فتتمثل بأبرام العقد الخاص بتنفيذ الخصخصة على المشروع العام[3].

لذا أن خلو العقود محل الدراسة من الشروط الأستثنائية التي تمييز الدولة كسلطة عامة أدارية كتعديل العقد للمصلحة العامة مثلاً، إذ أن عقود الأستثمار على العكس من ذلك لأنها تمنح مزايا وضمانات للمستثمر وليس للدولة التي هي طرف في العقد، هذا ما يؤدي إلى الحصول على المساواة في المراكز القانونية للاطراف وبهذا يخضع عقد الأستثمار للقانون الخاص[4].

بعد أن ذكرنا موقف الفقه كون هذه العقود ادارية او خاصة ، يتضح أن المحاكم والهيئات التحكيمية أسبغت الصفة الخاصة للعقود اعلاه وابعدتها عن طائفة العقود الأدارية ، ومثال ذلك قضية التحكيم المعروفة بتحكيم (Texaco) هو نزاع بين الحكومة الليبية وشركتين أمريكيتين عرض على التحكيم الدولي، نفى ألحكم الصادر عنها الصفة الأدارية لعقد الأستثمار مستندين بذلك إلى أنه لا يتضمن شروطاً غير مألوفة كدليل على ممارسة الدولة سلطتها العامة وأن الحكومة الليبية قد قبلت التعامل مع الشركتين

---

1) د.شهاب فاروق عبدالحي عزت، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص ،ط1،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2014،ص55.
2) د.جمال محمود الكردي ، مصدر سابق، ص142.
3) أما بالنسبة لموقف المشرع الاماراتي فقد تم التعامل مع المشروعات أو الشركات ذات الاقتصاد المختلط بأخضعها لكلا القانونين العام والخاص وذلك عن طريق التمييز بين العقود التي تبرمها الدولة مع المصرف بصفتها العامة ففي هذه الحالة فأن التعاقد يكسب صفة العقد الاداري حيث اذا كان العقد الذي تم ابرامه لخصخصة مصرف ما أحد اطرافه شخصا معنويا من اشخاص القانون العام بقصد تسيير المرفق العام فأنه يعتبر عقداً اداريا وبالتالي يخضع لاحكام القانون العام ،أما فيما يخص العقود التي تبرمها الشركات السالفة الذكر بقصد ادارة المصارف المخصخصة وكذلك العقود الخاصة التي تبرمها نتيجة للقيام بعملها فأنها تخضع لاحكام القانون الخاص وهذا هو المبدا العام المطبق عليها ،عائشه علي سالم الكويتي، المصدر السابق، ص20،21.
4) احمد هليل الشمري، مصدر سابق، ص52.

الامريكيتين على قدم المساواة وهو ما ينفي الصفة الأدارية عن العقد وأعتباره نتيجة لذلك من عقود القانون الخاص[1].

ثالثاً/ الخصخصة المصرفية ذات طبيعة مزدوجة

يذهب الفقه [2] إلى القول بالطبيعة المختلطة لعقود الخصخصة المصرفية ذات الطرف الأجنبي، إذ يشترك في تكوينها العديد من القواعد ينتمي البعض منها للقانون ألخاص والبعض الآخر ينتمي للقانون العام، فأذا دخلت الدولة كطرف في العقود الأستثمارية فأنها تتمتع بطبيعة مزدوجة تارة تتصف بأنها صاحبة السادة بأتخاذ الأجراءات اللازمة ذات الصلة بالقانون العام وتارة تغادر هذه الصفة وتندمج ضمن العلاقة العقدية أو ضمن القواعد القانونية المنظمة للعملية الأستثمارية في الدولة.

أن العقود التي تكون أطرافها كل من الدولة والمستثمر الأجنبي من الصعب تحديد الطبيعة القانونية لها بشكل دقيق ، بحسب طبيعة هذه العقود وأطرافها والشروط التي تتضمنها، إذ أن العقد يسهم في تكوينه جملةً من القواعد ألبعض منها ينتمي للقانون العام كالضرائب والبيئة وغيرها، والبعض الآخر ينتمي للقانون الخاص كالشركات والتامين وغيرها ، لذا فلا يمكن القول أننا أمام عقد بشكل خاص يحسب لأحدى القانونين[3].

يتضح مما تقدم أن عقود الخصخصة المصرفية ذات طبيعة مزدوجة وذلك من خلال الرجوع إلى نصوص قانون الأستثمار أنه يحتوي على شروط تتعلق بالقانون العام كالحصول على الأجازة الأستثمارية من الجهة الأدارية المختصة ،أما بالنسبة لتداول الأسهم والسندات وفتح فروع للشركات فأنها تتعلق بأحكام القانون العام[4].

ويطلق البعض[5] على مثل هذه الاوضاع التي يختلط فيها كل من الطبيعة ألعامة والخاصة لبعض العلاقات القانونية بمصطلح (المنطقة الرمادية)، التي تفصل بين قواعد القانون العام والخاص.

---

1) د.حفيظه السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 2001، ص51.
2) د.بشارمحمد الأسعد، مصدر سابق، ص73.
3) عبدالرسول عبد الرضا، خير الدين كاظم عبيد، مصدر سابق، ص139.
4) ينظر نص المادة (7،9) من قانون الأستثمار العراقي رقم (13) لسنة (2006) المعدل، وأيضاً المادة (4) من قانون ضمانات وحوافز الأستثمار المصري رقم (8) لسنة(1997).
5) احمد هليل الشمري، مصدر سابق، ص55.

وبعد عرض الآراء الفقهية في هذا المجال نحن نذهب من الأتجاه القائل بأن هذه العقود تخضع لأحكام القانون الخاص ، أي أنها ذات طبيعة خاصة، لأن الدولة عند أبرامها لهذه العقود فهي تتنازل عن كونها السلطة العامة ذات السيادة إلى الشخص الطبيعي وتقبل تطبيق أحكام القانون الخاص وبالتالي فهي من عقود القانون الخاص وهذا ما نعتقد بأنه الأقرب للواقع.

الفرع الثاني

أنواع الخصخصة المصرفية

تبيَن لنا أن الخصخصة المصرفية عمليه اساسها إقتصادي قائم على محاولة النهوض بالمشاريع المتعثرة اقتصادياً ، من خلال التنازل عن جزء من اسهم المصارف تقليدية كانت أو الكترونية للقطاع الخاص ،والمتمثل بالمستثمر الأجنبي الذي يكون غالباً متمثلاً بشخصية معنوية، لهذا نرى أن الخصخصة تأخذ اشكالاً متعددةً بحسب طريقة وظروف ومرحلة الخصخصة التي تمر بها .

وهنا يتم تقسيم الخصخصة إلى نوعين منها الشاملة والجزئية كالآتي:-

أولاً/ الخصخصة الشاملة: يتمثل هذا النوع من الخصخصة وكما يدل عليه أسمه بأنه الخصخصة التي تشمل العديد من القطاعات الاقتصادية ، فقد يتضمن بيع المشروعات العامة ككل او بيعها جزئياً أو تصفية المشروعات المتعثرة (المصارف) وقد يتمثل بتخفيض مساهمة الدولة برأسمال المصارف وبالمقابل زيادة مساهمة القطاع الخاص والمتمثل بالمستثمر الأجنبي وتسمى بالخصخصة (الصريحه).[1]

ومعنى ذلك أن الدولة تتنازل كلياً عن المشروع المراد خصخصته المتمثل بالمصرف إلى القطاع الخاص والمتمثل بالمستثمر الأجنبي ولا يحق للدولة بناءً على ذلك التدخل في المصرف المخصخص لا مالياً ولا ادارياً ويكون ذلك في الحدود التي رسمها القانون لها، معنى تطبيق الخصخصة المصرفية الشاملة في حدود القانون الدولي الخاص بأنه يتم بيعه لمستثمر أجنبي بالكامل وبذلك فأن علاقة الدولة بالمصرف تنقطع فلم تعد مالكةً له الا بالحدود التي يقرها القانون فلم تعد للدولة السيطرة عليه مالياً ولا

1) م.حمديه عبود كاظم،الخصخصة المصرفية، مصدر سابق،ص421.

يمكن لها التدخل بسياسته تشغيله أو ادارته حتى وهو بذلك (المصرف المخصخص) قد تغير كيانه القانوني، فلم يعد كالسابق شخصاً من أشخاص القانون العام بل أصبح أحد أشخاص القانون الخاص.

يرى البعض أن الخصخصة تساهم في تخفيض العجز، فيكون للخصخصة تأثير مزدوج فهي تدر ِأيرادات عامة من جهة لقاء ثمن بيع المشروعات، وهي تخفف العجز بإلغاء بعض أسبابه من جهة آخرى هذان التأثيران يعدان مما يساعد على محاربة التضخم ، وذلك بتعبئة أيرادات عامة غير تضخمية من جهة ، وتخفيف النفقات العامة غير الكفوءة من جهة ثانية[1].

ويرى البعض الآخر[2] ليست هناك أدلة واضحة وقاطعة على أن الخصخصة تساهم في تخفيف العجز كما يلاحظ ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية التي قامت بخصخصة القطاع العام ورغم ذلك يعاني اقتصادها من خلل أساسي تمثل في عجز الميزانية وميزان المدفوعات بأرقام مخيفة ،ولم تستطع منشآتها التي تعتبر مثالا للقطاع الخاص النموذجي من معالجة مظاهر الخلل هذه .

لذا يرى البعض أن الخصخصة التي تحتاج إليها في الدول العربية هي التي تتناول المؤسسات الأنتاجية التي تتحمل خسارات سنوية تساهم في إبقاء المالية العامة في حالة عجز ، وكذلك المؤسسات التي تحتاج إلى اعتمادات دعم سنوية من موازنة الدولة سواءً للتشغيل أو لتمويل العمليات الرأسمالية ولكن معظم التجارب في كثير من الدول الغربية تدل على أن الدول قد احتفظت بالمؤسسات الخاسرة ولم تقم بإصلاحها وبيعها أو إقفالها في حال تعذر خصخصتها، وقد تم الاكتفاء في معظم الأحيان بخصخصة المؤسسات الرابحة لسهولة أيجاد مستثمرين من القطاع الخاص لشراء تلك المؤسسات .

ولهذا السبب لا يتحسن وضعها المالي بشكل ملموس ، بل قد يتدهور من جراء فقدان أرباح المؤسسات المخصخصة ، مما يزيد من المتاعب الاقتصادية والمالية الإجمالية [3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ذكر في قانون الخوصصة (الخصخصة) أن لها مفهوماً ، ما هو ألا دلالةً على جملةٍ من العمليات الاقتصادية فتكون على نوعين الاقتصاد الكامل أو الاقتصاد الجزئي وفي الحالة الأولى (الاقتصاد الكامل) تتمثل بنمو القطاع الخاص في الاقتصاد ، أي سيطرة القطاع الخاص على المشروع المخصخص (المصرف) ،أما في الحالة الثانية (الاقتصاد الجزئي)، فيتمثل بنقل حقوق ملكية القطاع العمومي (العام) إلى القطاع الخاص بصفه جزئيةٍ أو كليةً لأصول المؤسسة أي أنها

1) د.إحسان خضر ، خصخصة البنية التحتية ، المعهد العربي للتخطيط ، العدد 18 ، يونيو ، الكويت ،2003،ص121.
2) د.مهند أبراهيم علي فندي، مصدر سابق، ص31.
3) أبو القاسم الطبولي ، استشراف دور القطاع الأهلي في التنمية الاقتصادية ، مجلة البحوث الاقتصادية ، يونيو 2003 ، بنغازي ، 2003 ،ص73.

تتمثل من خلال تنازل القطاع العام عن جزء من ملكية المصارف المخصخصة كلياً أو بجزء منها للقطاع العام ، وفي كلتا الحالتين فأن مساهمة القطاع الخاص تبرز لأن الهدف منها هو الإصلاح الاقتصادي للمصرف المخصخص.[1]

وقد نظم المشرع الفرنسي عملية التحول إلى القطاع الخاص في فرنسا ضمن أحكام القانون رقم (86-793) الصادر في 1986/7/2 والذي من خلاله خول الحكومة الفرنسية التحويل إلى القطاع العام، وكذلك القانون رقم (86-912) في 1986/8/6 والذي يتعلق بأساليب التحول إلى القطاع الخاص.

ثانياً/ الخصخصة الجزئية: تهدف لخصخصة جزء من المشروع أو المصرف وليس كله، أي أنها تقتصر على بعض الأنشطة الاقتصادية دون الآخر، أي بمعنى أنها لا تهدف إلى نقل ملكية مشروع بالكامل من القطاع العام إلى القطاع الخاص ، وقد اخذ المشرع الاماراتي بهذه الطريقة وذلك من خلال خصخصة بعض شركات القطاع العام ، وذلك بأبقاء جزء من رأس المال مملوكاً للدولة أو أحد أشخاص القانون العام وأخضاع هذا الشركات لنظام الشركات ذات الاقتصاد المختلط كالبنوك الأستثمارية والتي تساهم الدولة فيها بأكثر من نصف رأس المال.[2]

وبما أن الخصخصة الجزئية تقتصر على بعض الأنشطة الاقتصادية ولاتهدف إلى نقل ملكية المصرف لذلك تسمى بخصخصة الادارة ، أي أنها تقتصر على الادارة وتتمثل بعدة أساليب منها عقود أدارة المصارف أو عقود التأجير و عقود الامتياز [3] ،وعليه فأن الخصخصة الجزئية (خصخصة الادارة) لها عدة اشكال فقد يعهد القطاع العام بأدارة المصرف إلى القطاع الخاص أو قد يكون هنالك عقد امتياز أو أي شكل آخر من اشكال الخصخصة الجزئية، وفي حال قررت الدولة خصخصة مصرف معين لأنقاذه من الازمات الاقتصادية فلا بد من أن تعهد الدولة أدارة هذا المصرف إلى مستثمر أجنبي قد يكون عن طريق أدخال وسائل حديثه لأدارته أو عن طريق تغيير في السياسة الادارية للمصرف مع بقاء الدولة مالكة للمصرف وتحت رقابتها واشرافها.

وهنالك أنواع آخرى للخصخصة تسمى بالخصخصة المباشرة ، و تكون عن طريق خصخصة المصرف بشكل بشكل مباشر من قبل الدولة، وأيضاً الخصخصة التلقائية وهي الخصخصة التي تهدف

1) محمود شحماط ، قانون الخوصصة في الجزائر ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق، جامعة منتوري، الجزائر،2007، ص115.
2) عائشة علي سالم ،الجوانب القانونية للشركات ذات الاقتصاد المختلط في دولة الامارات العربية المتحدة، رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة الامارات المتحدة،2020،ص14.
3) م.حمديه عبود كاظم ،مصدر السابق، ص 421.

بشكل أساسي إلى دعم القطاع الخاص وذلك لزيادة دوره في الاقتصاد الوطني ، والذي يتمثل بالسماح للقطاع الخاص بتأسيس المصارف وممارسة الأنشطة المصرفية[1].

ومن الجدير بالذكر أن معظم التشريعات لم تأخذ ألا بالشكل الصريح للخصخصة في تشريعاتها، فالتشريعات محل المقارنة لم تعنى إلا بالمفهوم التقليدي للخصخصة المصرفية وهو التحول الصريح مع التأكيد بأن الأساليب الآخرى لا تخلو من الجوانب القانونية استناداً لأساس أن القانون يمثل الأطار التنظيمي للسياسات الاقتصادية ، أضافة إلى ذلك فأن الاساليب الآخرى للتحول إلى القطاع الخاص بحسب أعتقادنا لا تخرج عن كونها عقوداً تبرمها الأدارة مع القطاع الخاص.

1) م.حمديه عبود كاظم، المصدر السابق ، ص421.

المبحث الثاني

الأساس القانوني لخصخصة المصارف وآلياته

توصف الخصخصة بأنها نظام اقتصادي يوضع تحت أطار قانوني تابع للدولة ؛ لأنها أحدى الوسائل التي تتخذها الدولة للأصلاح الإقتصادي ، التي بدورها تقلص دور الدولة في الإقتصاد، وتعمل على دعم القطاع الخاص، إذ تستند عملية الخصخصة بمفهومها القانوني إلى فكرة أساسية وهي تخفيض نسبة مساهمة القطاع العام أو أنهائها بشكل كليّ من خلال نقل ملكية الأسهم أو الأصول المملوكة لهذه الشركة إلى القطاع الخاص بشكل جزئي أو كلي، وبما أن للخصخصة صور مختلفة فأن دور الدولة وطريقتها ستكون مختلفة من صورة إلى آخرى ، وبما أن الهدف الاساسي الذي تسعى اليه الدول النامية حالياً هو جذب الأستثمار الأجنبي للنهوض بالواقع الاقتصادي عامةً وبالمصارف موضوع بحثنا خاصةً فلا بد من وجود نظام قانوني يحكم هذه العلاقة ، و لابد لنا من توضيح آليات الخصخصة في المصارف ، لذا سنبين الاساس القانوني للخصخصة في المصارف ضمن المطلب الأول ،و الاليات للخصخصة في المصارف ضمن المطلب الثاني.

المطلب الأول

الأساس القانوني للخصخصة المصرفية

تعد الخصخصة نظاماً قانونياً تقرره الدولة من خلال سلطتها لتنظيم أقتصادها، فالخصخصة لا تعني مجرد التصرف بأموال الدولة وتحويلها للقطاع الخاص عن طريق البيع أو الأيجار أو ما إلى ذلك من وسائل للخصخصة، إذ أن كل حكومة تتبع هذا النظام لها أهدافها التي تروم تحقيقها من ورائها، إذ أن هذه العملية (الخصخصة المصرفية) لها أهدافاً عديدة ليست أقتصاديةً فقط بل اجتماعية وسياسية تختلف من دولة لآخرى، بحسب النهج الأقتصادي والقوانين النافذة أيضاً فيما يتعلق بأمكانية خصخصة أموال معينة ومدى حرية الدولة في ذلك.

وبذلك سوف نقسم المطلب إلى فرعين نبحث في الأول منه الاساس القانوني للخصخصة المصرفية في التشريعات الوطنية، أما الفرع الثاني فخصصناه للاساس القانوني للخصخصة المصرفية في التشريعات المقارنة.

الفرع الأول

الاساس القانوني للخصخصة المصرفية في التشريعات الوطنية

لم يشهد العراق أي قانون واضح وصريح ينظم عملية الخصخصة منذ أن ظهرت ملامح التوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد العراقي في وليومنا هذا ، غير أن الفقه العراقي ونؤيده في ذلك يسجل بأن عام ١٩٨٧ كان بداية التطبيقات الإصلاح الاقتصادي في العراق ، إذ أصدر المشرع القانوني العديد من القوانين العراقية التي تدعم القطاع الخاص بشكل غير مباشر وذلك من خلال رفع قيود كثيرة من أمام القطاع الخاص والسماح له وتشجيعه على مزاولة العديد من الأنشطة التي كانت حكرا على القطاع العام وتقديم التسهيلات للمستثمرين عن طريق الإعفاء من الرسوم والضرائب ، وتقديم تسهيلات لرؤوس الأموال العربية والأجنبية الوافدة ، وصولا إلى تقليص دور القطاع العام،إلا أن دستور جمهورية العراق النافذة الصادر عام ٢٠٠٥ ، فأن نصوصه جاءت خالية من تلك النصوص المقيدة للأخذ بالخصخصة ، وتهدف نحو التحول نحو التحرر الأقتصادي ، إذ نصت المادة (٢٥) الواردة في الباب الثاني الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على:

(تكفل الدولة إصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده ، وتنويع مصادره ، وتشجيع القطاع الخاص وتنميته).

وأيضاً المادة (26) منه جاءت بأنه:

(تكفل الدولة تشجيع الأستثمارات في القطاعات المختلفة ، وينظم ذلك بقانون).

وبناءً على ذلك فأنه مما لاشك فيه أن الخصخصة وكما وضحنا سابقاً أحدى الطرق الحديثة للنهوض بالواقع الاقتصادي المتردي وسوف تكون هذه الطريقة أكثر فاعلية أذا ما أنيطت مهمة الأستثمار وادارة المصارف إلى القطاع الخاص المتمثل بالمستثمر الأجنبي مع مراعاة توفير بيئة سياسية واقتصادية مناسبة ،ويذهب جانب من الفقه العراقي[1] إلى أن تأثر الاقتصاد العراقي بالأفكار الاقتصادية

1) د.علي يوسف شكري ، د . محمد علي الناصري ، دراسات حول الدستور العراقي ، ط 1 ، مؤسسة آفاق للدراسات والأبحاث العراقية ، بغداد ، 2008 ، ص72.

الحديثة و السائدة لدى الدول التي احتلته والتي تأخذ بالنظام الاقتصادي الرأسمالي هو ما يعزز هذه القناعة المتمثلة برغبة المشرع الدستوري بالأنتقال إلى الاقتصاد الحر وخصوصاً في ظل رغبة الدولة للأنضمام إلى منظمة التجارة العالمية ، ويمكن أن تعزز هذه القناعة بامر آخر يتعلق بسعي الحكومة العراقية بعد عام 2003 إلى التعامل مع صندوق النقد الدولي وإرسال (خطاب النوايا) من أجل إطفاء الديون الخارجية المستحقة على العراق ومعالجة الاختلالات الهيكلية في الاقتصاد العراقي والذي يفرض على العراق تبني برامج الإصلاح الاقتصادي المتمثلة ببرامج التثبيت الاقتصادي والتكييف الهيكلي المتضمنة لعمليات الخصخصة ، وقد وقع العراق بالفعل مع صندوق النقد الدولي اتفاقيات وأولها كان مع نادي باريس في (21 / تشرين الأول / 2006) التي ربطت العراق بموجبها بسياسة السوق الحر ، كما فرض على الحكومة العراقية بعد المصادر على اتفاقية المساندة (SBA) مع صندوق النقد الدولي وضع استراتيجية لإعادة هيكلية الشركات العامة وخصخصتها وإدارتها على أسس اقتصادية ، بما فيها أنشاء صندوق ملكية الدولة الإدارة الممتلكات الحكومية على أسس تجارية وجذب المستثمرين وتشجيع المشاريع ضمن تلك الشركات فقد أصبحت تصفية المشروعات العامة غير القادرة على الاستمرار شرطة من شروط الإقراض في صندوق النقد الدولية وكل ذلك مما يفرض على العراق التزاما دوليا يستوجب على العراق الوفاء به هذا وقد جاء دستور العراق خاليا من بيان القيمة القانونية للمعاهدات والاتفاقيات الدولية [1]، إلا أن الإجراءات التي تتعلق بإقرارها والمصادقة عليها تجعلنا نذهب بالقول بأن لها مكانة التشريعات الداخلية إذ تقضي المادة (17) من قانون عقد المعاهدات رقم (35) لسنة 2015 على لزوم موافقة مجلس النواب على قانون التصديق على المعاهدة أو قانون الأنضمام إليها بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس فضلا عن مصادقة رئيس الجمهورية عليها بعد موافقة مجلس النواب ، وتعد مصادق عليها بعد مضي خمسة عشر يوما من تاريخ تسليمها [2].

وبعيداً عن تلك الدلائل المشار إليها أعلاه فأن مما لا يقبل الشك ، أن دستور العراق لم يأخذ بأي فلسفة تحظر الأخذ بالخصخصة حتى وأن لم يشر بصراحة النص إلى الأخذ بها ، وهذا يعد كافياً للأخذ بهذه السياسة الاقتصادية أن تطلب المصلحة الوطنية ذلك أو فرضت على العراق تلك السياسة بسبب التزاماتها الدولية ، لأن دستور العراق لم يتضمن نصوصاً تقيد سلطاته العامة من الأخذ بالخصخصة بل أن المواد (25 ، 24 ، 112) منه تشير إلى ما يشجع على الأخذ بتلك السياسة الاقتصادية ، بيد أنه من الضروري في هذا السياق أن تلفت النظر أن تلك النصوص التي تشجع على الأخذ بالاقتصاد الحر

1) د.أحمد طلال عبد الحميد ، النظام القانوني لأموال الدولة الخاصة ، ط ١ ، دار التراث والكتب ، بغداد 2008 ، ص24.

2) د.حميد حلون خالد ، قراءة في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية دراسة دستورية عراقية حول موضوعات اساسية للدستور العراقي الجديد ، المعهد الدولي القانون حقوق الإنسان ، كلية الحقوق جامعة دي بول ، 2005 ، ص44.

(اقتصاد السوق) لا يعني بحال من الأحوال غياب القطاع العام ودور الدولة في تنظيم الحياة الاقتصادية لاسيما فيما يتعلق بالثروتين الطبيعيتين النفط والغاز ، والذي يقضي الدستور على أنها ملك للشعب العراقي، كما يقضي بوجوب الإدارة المشتركة للنفط والغاز ، بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات المنتجة .

فالمشرع الدستوري قد أكد على كفالة الدولة لتشجيع الأستثمارات في القطاعات المختلفة وهو ما قضت به المادة (24) منه والمشار إليها سلفاً ، أما فيما يتعلق بطبيعة الأموال العامة التي يحق للدولة خصخصتها وتحويل ملكيتها للقطاع الخاص ، فأن دستور 2000 النافذ ، قد جاء بنص يقضي بحرمة الأموال العامة ووجوب حمايتها في البند الأول من المادة (27) منه ، في حين تضمن البند ثانياً منه على نص يقضي بأصدار قانون ينظم الأحكام الخاصة بحفظ أملاك الدولة وإدارتها وشروط التصرف فيها ، والحدود التي لا يجوز فيها النزول عن شيء من هذه الأموال ، مما يوحي بأن المشرع الدستوري قد أراد أن يميز بين أموال الدولة العامة وبين أموالها الخاصة ، إذ قضى بالبند أولاً بحرمة الأموال العامة ووجوب حمايتها ، وقضى بالبند الثاني بوجوب أن يكون التصرف بأملاك الدولة وإدارتها وبشروط التصرف ، والحدود التي لا يجوز النزول فيها عن شيء منها بقانون ، وذلك يمكن أن يفسر بجواز التصرف بأموال الدولة الخاصة وفق شروط ينظمها المشرع العراقي ، كما ينظم الحدود التي لا يجوز فيها النزول عن شيء من تلك الأموال وهذا ما أكده جانب من الفقه العراقي بأن النص ميز بين (الأموال العامة) و (أملاك الدولة) [1].

وكان واضعيه عادوا إلى النظرية التقليدية للتمييز بين الأموال العامة (الدومين العام) و أموال الدولة الخاصة (الدومين الخاص) ، كما يسجل هذا الفقه ملاحظته للنص الدستوري الذي لم يلقي على عاتق الدولة مسؤولية حماية المال العام ، إذ حصر النص واجب الحماية على المواطنين ، في حين أن واجب الحماية يقع قبل كل شيء على الدولة التي عليها أن تمنع التصرف به أو التجاوز عليه أو تملكه بالتقادم هذا وقد استقر الفقه على مد الحماية للأموال العامة والخاصة على حد سواءً وبالتالي عدم التمييز بينهما، وأن المشرع العراقي حسم موضوع معيار المال العام في القانون المدني العراقي بالنص عليه في (م 71/1) والتي جاء فيها:

1) د.ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة ، دار الكتب للطباعة والنشر ، 1999 ، ص51.

(تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة أو بمقتضى القانون 2012 [1].

وعليه يمكن أن نستنتج بأن المال يعتبر مالاً عاماً أن توافرت فيه عدة عناصر ، وهي أن يكون المال عائدا للدولة أو أحد أشخاص القانون العام وسواءً أكان هذا المال ثابتاً منقولاً وأن يكون هذا المال مخصصاً لمنفعة عامة ، بالفعل أو بمقتضى القانون ، ويفسر الفقه الإداري تلك العبارة هو بأن يكون المال مخصصا لخدمة الجمهور مباشرة كما في الطرق والساحات العامة والمكتبات العامة .

وأن تكون مخصصة لخدمة مرفق عام وتتضمن كل الأموال المخصصة لتسيير و إدارة المرافق العامة بصرف النظر عن أهميتها وكونها ضرورية ولها الدور الأساسي في تسييرها هذا وأن نص الفقرة الأولى من المادة (71) من القانون المدني العراقي ، كما يذهب جانبا من الفقه العراقي والبحث يؤيدهم لم يقتصر على إعطاء تعريفا للمال العام ومعيار تخصيص المال للمنفعة العامة وأنما قد قرر لنا في ذات الوقت قاعدة عامة مفادها أن الأموال المملوكة للدولة هي أموال خاصة في الأصل ، وأن تخصيص المال للمنفعة العامة هو الذي يعطيه صفة المال العام سواءً كان هذا التخصيص بطريق رسمي بصدور قانون أو قرار أو مرسوم فيصبح المال الخاص داخلا في الدومين العام بموجب تلك الأدوات القانونية ، أو كان هذا التخصيص بطريق فعلي ، عن طريق قيام الدولة بتهيأة المال المملوك لها ملكية خاصة ليكون صالحا للمنفعة العامة عن طريق رصده فعلا لهذا الغرض فيسمى مالا عامة بحكم الواقع [2].

وبالنسبة للخصخصة المصرفية خصوصاً والخصخصةً عموماً فلا يوجد تشريع مختص ينظم موضوع الخصخصة ،أما المشروعات التي يصح تحويلها بشكل رئيسي إلى القطاع الخاص هي الشركات العامة،وتعرف الشركة العامة بأنها: "الوحدة الأقتصادية الممولة ذاتياً والمملوكة للدولة بالامل التي تتمتع بالشخصية المعنوية والأستقلال المالي والأداري وتعمل وفق أسس أقتصادية"[3].

وفقاً لما جاء م نص المادة (40) من قانون الشركات العامة العراقي أن تحولت جميع الواحدات الأقتصادية المملوكة للدولة والممولة ذاتياً ، والتي تمارس نشاطاً أقتصادياً إلى شركات عامة تخضع للقانون المشار اليه أعلاه[4].

---

1) د.محمد إبراهيم العوضي ، فكرة الخصخصة ومدى توافقها مع الحماية الدستورية للمشروعات العامة، دار النور،بغداد ، 2010 ، ص33.
2) مصطفى ابراهيم، نظام التمويل الذاتي وتطبيقه ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، 2002، ص138.
3) المادة (1) من قانون الشركات العامة العراقي رقم (22) لسنة (1997).
4) ينظر نص المادة (40) من قانون الشركات العامة العراقي رقم (22) لسنة (1997).

وكذلك من خلال استقراء نصوص قانون المصارف العراقي رقم (24) لعام 2004 ، فلا يوجد نصوص تنظم الخصخصة المصرفية،أما بالنسبة لقانون الشركات العامة العراقي فقد في المادة (1) منه علن أن :(الشركة العامة، الوحدة الاقتصادية الممولة ذاتياً والمملوكة للدولة بالكامل والتي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والاداري وتعمل وفق اسس اقتصاديه)[1] ،وبذلك فأن المشروعات العامة التي يجوز خصخصتها هي الشركات العامة، أما الشركات المختلطة والتي هي عباره عن شركة مساهمة أو محدودة تتكون بأتفاق شخصين او أكثر من قطاع الدولة مع شخص او أكثر من القطاع الخاص وبرأسمال لاتقل نسبة مساهمة الدولة فيه عن 25% [2]، وكذلك أيضا ما ورد في التعديل الجديد لقانون الشركات العراقي الحالي فيما يخص الشركة القابضة ووفقاً لما جاء به نص (الفقرة أولاً من المادة 7) ، بأن الشركة القابضة هي شركة مساهمة أو محدودة وتسري بشأنها الاحكام المطبقة على هاتين الشركتين، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى أصدار تشريع خاص ينظم عمليات الخصخصة عامة والخصخصة المصرفية تحديداً وتوضيح الآليات اللازمة لذلك ، والذي يضم جميع الاحكام القانونية للقيام بهذه العملية للاستفادة من أيجابياتها وتجنب السلبيات الناتجة عنها مع توفير البيئة المناسبة وتحديد الجهة المشرفة عليها وفقاً لضوابط واسس اقتصاديه وقانونيه بحته.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للخصخصة المصرفية في التشريعات المقارنة

من الدول التي كانت ذات تجربه بعمليات الخصخصة المقننة و أصدرت تشريعات لتنظيمها وتسهيل آلية القيام بالخصخصة مصر ،إذ أصدرت قانون رقم (155) في 1998/6/11 خاص بتنظيم مساهمة القطاع الخاص في رؤوس أموال بنوك القطاع العام، نصت المادة الأولى منه على : " يجوز للقطاع الخاص أن يمتلك أسهماً في رؤوس أموال البنوك المملوكة بالكامل للدولة ..".

كما نصت المادة (2) من القانون ذاته على أنه :"يعين بقرار من رئيس مجلس الوزراء بعد أخذ رأي وزير الأقتصاد ومحافظ البنك المركزي من يمثل المال العام في اجتماعات الجمعية العامة للبنك وذلك بالنسبة إلى ما تملكه الدولة في رأس ماله". وقد بيع حصص من المصارف العامة في المصارف المشتركة كالبنك التجاري الدولي وبنك مصر الدولي والائتمان الدولي والبنك الأهلي سوسيتيه جنرال،

1) قانون الشركات العامة العراقي رقم (22) لعام 1997.
2) م.حمديه عبود كاظم، ،المصدر السابق، ص433.

وبنك الاسكندرية الذي بيع للبنك الأيطالي بنسبة 80% منه ويعتبر من أفضل تجارب الخصخصة المصرفية في هذا المجال.

أما الجزائر إذ أصدرت ثلاث قوانين متعاقبة خلال ست سنوات فقط بهذا الشأن ومنها الامر 95-22 والمتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية لعام 1995المعدل والمتمم بالامر رقم 97-12 ، والمتضمن خوصصة المؤسسات وكذلك الامر رقم 04/01 والذي ينظم المؤسسات العمومية الاقتصادية ومسيرها وخوصصتها [1] ،و الخصخصة في المصارف تعتبر من الأهم مفاصل الدولة بأعتبار أن المال هو العصب في المعاملات التجارية ، وبالتالي فيجب بذل جهود كبيره لأصلاح المصارف ويتضح ذلك جلياً من خلال خصخصتها إذ أن اليوم في عالمنا هذا لا وجود للتطور إلا من خلال تبني الطرق الاقتصادية الحديثة ودعم الأستثمار وتوفير البيئة اللازمة له ومواكبة التطور الالكتروني أيضا ومثال المصارف المخصخصة في الجزائر هو بنك البركة ، إذ يشترك فيه مناصفةً كل من بنك الفلاحة والتنمية الريفية (بنك حكومي جزائري) وشركة دلة البركة القابضة الدولية (شركة سعودية)[2] .

والموقف ذاته بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد راعى في التشريعات المتعلقة بالخصخصة العديد من نصوصه الواردة في الدستور ومنها ما جاء في الفقرة 9 في ديباجه الدستور الفرنسي1958 ، وتنص على أنه:(كل مال وكل مشروع يتمتع بخصائص المرفق العام الوطني أو يكون نشاطه محل احتكار فعلي ينبغي أن يكون مملوكا للجماعة)، وكذلك جاء في القرار المرقم (86-207) الصادر في 1986/6/25: (لا يفترض أن تتم كل عملية خصخصة بموجب تشريع خاص بل أن على المشرع أن يضع القواعد والاجراءات التي تطبق على جميع هذه العمليات بيد أنه لأيمكن للهيئات التي أناط بها

1) محمود شحماط ، قانون الخوصصه في الجزائر ، أطروحه لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق، جامعة منتوري، الجزائر،2007، ص91 .

2) أما بالنسبة للمشرع الاماراتي فقد أظهر ميوله للخصخصة المصرفية وذلك من خلال تنظيمه لاحكام الشركات ذات الاقتصاد المختلط ضمن القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية في أمارة دبي ونظمت أيضا احكام الشركة المساهمة والتي من الممكن ان تصبح مختلطه من خلال طرح اسهمها للاكتتاب العام وشراء هذه الاسهم من قبل المستثمر الاجنبي، وهذا ما وضحته المادة 127 من القانون السالف الذكر، وأيضا فقد اصدر المشرع الكويتي قانون رقم 116 لسنة 2014 ينظم الشراكة بين القطاع العام والخاص في دولة الكويت، وكذلك اصدر المشرع الاردني قانون التخاصية رقم 25 لسنة 2000 وأيضا اصدر المشرع اليمني قانونا للخصخصة رقم 45 لسنة 1999، أما بالنسبة اقطر فقد بدأ أهتمام الدولة جلياً بتنظيم وتبني فكرة الشركات ذات الاقتصاد المختلط منذ عام 2015 ، حيث اصدر مجلس الوزراء القطري القرار رقم 2 في فبرأير لسنة 2015 بتشكيل مجموعه وزاريه لتشجيع وتحفيز مشاركة القطاع الخاص في المشروعات العامة ذات الاهمية الاقتصادية الخاصة والتي تتمثل بالمصارف فالمعروف انها تمد الاقتصاد الوطني بالتمويل اللازم وتمثل اداة جيده ومهمه للاستثمار وتوإلى اصدار العديد من القرارات الوزارية بهذا الجانب واخرها القرار الاميري رقم 12 لسنة 2019 لوضع هيكل تنظيمي لوزارة التجارة والصناعة والذي جاء في المادة (1) منه بأنشاء ادارة خاصه بالشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، يوسف عبد الفتاح احمد شفيع، التنظيم القانوني لعقود المشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص في ضوء احكام القانون القطري، رسالة ماجستير مقدمه إلى كلية القانون القسم الخاص، جامعة قطر،2020،ص6.

المشرع مهمة تحويل المشروعات العامة، تحويل المشروعات التي تدير مرفق عام وطني أو تلك التي يكون نشاطها محل احتكار فعلي)[1].

وقد أصدر مرسومين لتنظيم المسائل المتعلقة بالخصخصة وهما مرسوم 24 اكتوبر 1986 ومرسوم 25 أكتوبر 1986، يتعلق الأول منها بتنفيذ تحول المشروعات ، فينظم شروط تنفيذ عمليات الخصخصة، والثاني يتعلق بالجزاءات المترتبة في حال مخالفة إجراءات الخصخصة.

ونظراً لما تقدم فأن المشرع الفرنسي كان يتخذ موقفاً خاصاً من الخصخصة ولا يشترط اتباع هذا النهج من خلال أصدار تشريع خاص بالخصخصة ، ولكن يمكن ذلك من خلال أصدار تعليمات واجراءات اللازمة للقيام بهذه العملية ومشاركة القطاع العام للقطاع الخاص [2].

وأخيراً يمكننا القول بأن العديد من الدول اخذت بالخصخصة عموماً والخصخصة المصرفية بالأخص مع أختلاف توجهاتها التشريعية منهم من شرع قوانين خاصة تحكم عمليات الخصخصة ، ومنهم من سمح بها دستورياً ونص على شكل من أشكالها ، ومنهم من أكتفى بأصدار التعليمات اللازمة لتطبيقها وطرق وآليات تحقيقها.

المطلب الثاني

آلية خصخصة المصارف

بعد أن بيَّنا مفهوم الخصخصة المصرفية وأنواعها فلابد من توضيح الآلية التي من خلالها تتم خصخصة المصارف ، وبعد البحث في هذا الموضوع فقد توصلنا إلى أن آلية خصخصة المصارف من قبل القطاع العام والتنازل بجزء منها إلى القطاع الخاص والمتمثل بالمستثمر الأجنبي لا تنحصر ببيع جزء او كل منها للمستثمر الأجنبي ، بل هنالك عدة آليات تتم الخصخصة المصرفية من خلالها وتختلف هذه الاساليب في الخصخصة من دوله لآخرى بأختلاف البيئة الاقتصادية والقانونية، ومدى الأنفتاح والتقدم الذي تتمتع به الدولة ، وكذلك الاهداف التي تروم الدولة الوصول اليها من خلال

1) م.م. عقيل مجيد كاظم، الاساس القانوني للخصخصة في ضوء التشريع العراقي(دراسة مقارنة)،بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية ،المجلد الخامس، العدد الرابع انساني، كانون الثاني،2007 ، ص61.

2) أما بالنسبة للمشرع الامريكي فأنه اصدر قانون شركات الاستثمار لتشجيع الاستثمار عموما، واصدر أيضا قانون الشركات البنكية القابضة لسنة 1956 والذي جاء فيه ان الشركة تكون مسيطرةً على البنك أو شركه اخرى اذا كانت تمتلكها بشكل مباشر او غير مباشر او لها حق التصرف من خلال واحد او اكثر من الاشخاص الاخرين او تمتلك نسبة اسهم لاتقل عن 25% من حقوق التصويت في البنك أو الشركة، احمد محمد الكندري، الجوانب القانونية المنظمة لعلاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة لها_دراسة مقارنة،رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون ،جامعة الامارات العربية المتحدة،2018،ص12.

خصخصة مصارفها ومدى تقبلها لمشاركة القطاع الخاص عموما والمستثمر الأجنبي خصوصاً وهل أنها من الدول التي تهدف إلى تشجيع الأستثمار في القطاع المصرفي ، وكذلك المهام التي من الممكن أن يتولاها القطاع الخاص ونظراً للأهمية البالغة لهذا المرفق العام وحساسية تعاملاته لأنه يمثل الجانب المالي للدولة ومدخراتها ولأنه أيضاً لابد من وجود عنصر الائتمان وهو العنصر الاساس لقيام المصارف ونظراً لما تقدم فهنالك عدة آليات للخصخصة المصرفية تختلف بين التي تهدف لتحويل الملكية بالكامل من القطاع العام للقطاع الخاص وبين الآخرى التي تحتفظ بالملكية العامة ولكن تتم خصخصتها بطرق آخرى ، وبذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول نخصصه للخصخصة المصرفية الناقة للملكية ، والثاني للخصخصة المصرفية غير الناقلة للملكية.

الفرع الأول

الخصخصة المصرفية الناقلة للملكية

تتم خصخصة المرفق العام عن طريق تحويل ملكيته بالكامل أو جزء منه للقطاع الخاص ، ويسمى هذا الأسلوب من الخصخصة بالخصخصة المباشرة، إذ يتم عن طريقها بيع المشروعات العامة والمتمثلة بالمصارف كلياً أو جزئياً من خلال تخفيض مساهمة الدولة في رأسمال المصرف ويقابلها زيادة نسبة مساهمة القطاع الخاص فيها [1]، وقد يكون هذا الاسلوب أما عن طريق البيع المفتوح لكل المستثمرين عن طريق المزايدة العلنية وهذا ما نصت عليه المادة (3) من قانون بيع وأيجار اموال الدولة بأنه: "يجري بيع وأيجار اموال الدولة عن طريق المزايدة العلنية وفق الاجراءات المرسومة في هذا القانون ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"[2] ، وبناءً على النص القانوني السالف الذكر فأن الخصخصة تتم عن طريق المزاد العلني بطريقين :

أولاً:- الطرح العام للأسهم :- ويقصد به قيام الحكومة بطرح اسهم رأس مال المشروع العام كلياً أو جزئياً منها للبيع للجمهور ، وهي من أهم الاساليب وافضلها من وجهة نظر الاقتصاديين لما لها من أثر في توسيع نطاق الملكية وكذلك زيادة قاعدة المنافسة [3]. وبذلك تتم خصخصة المصرف وفقاً لآلية الطرح العام للأسهم عن طريق طرح أسهم رأسمال المصرف المراد خصخصته للبيع في سوق الاوراق المالية وذلك من خلال تحديد سعر البيع للأسهم في البورصة وطرحها للأكتتاب العام والطرح العام لأسهم المصرف المراد خصخصته أما بالتخلي عن الاسهم كليا أو بالتخلي عن جزء محدد منها

1) د.مهند أبراهيم علي فندي، مصدر سابق،ص35.
2) قانون بيع وأيجار اموال الدولة رقم (21) لسنة 2013.
3) د.فالح ابوعامريه، الخصخصة وتأثيراتها الاقتصادية ، ط1،الاردن،2008،ص37.

للأستثمار ، وينتج عن ذلك أما تحول المصرف العام نتيجة الطرح الكلي لأسهمه إلى مصرف خاص، أو أنه نتيجة لطرح جزء من الأسهم المكونة لرأس مال المصرف المراد خصخصته يتحول إلى مصرف مختلط ،أي ملكيته مشتركه بين القطاع العام والخاص، وهو الأسلوب الأكثر شيوعاً ، ويتم من خلال تقسيم رأس مال المصرف أو الشركة إلى أسهم يتم بيعها عن طريق العرض العام للأسهم [1].

ومن الدول التي أتبعت هذه الطريقة لخصخصة مصارفها مصر والجزائر، إذ قامت الحكومة المصرية بأتباع أسلوب الخصخصة ألمصرفية ومن أهم المصارف التي تعد خصخصتها من التجارب الناجحة هو بنك الأسكندرية ، إذ تم تأسيس هذا المصرف في عام 1957 ولكن تمت خصخصته في 2005 /3/30 بأعتباره أحد مصارف القطاع العام ،إذ تم عرضه للأستثمار ما بين 75-80% من أسهمه على أن يخصص5% منها للعاملين والباقي تم طرحه للأكتتاب العام ،وقد تم تحديد عدداً من الشروط الواجب توافرها في المستثمر ومن ثم حصل البنك الأيطالي (سأن باولو ليفوز) بالأستحواذ على 80% من أسهم البنك والتي بلغت قيمتها أكثر من 9 مليار جنيه، وبذلك نرى بأن الأسلوب المتبع من في خصخصة بنك الأسكندرية هو الطرح العام للأسهم للأكتتاب ، وقد أعدت الحكومة المصرية دليلاً إرشادياً تفصيلياً لعملية الخصخصة تم أعلأنه في 4 فبرأير عام 1993 وتم تعديله عدة مرات آخرها في أكتوبر عام 1996[2].

أما المشرع الفرنسي فأنه وفقاً لما جاء في قانون رقم (6) لسنة (1986) فلم يحدد طريقاً معيناً يتم من خلاله خصخصة المصارف ، ولكن ترك مساحة من الحرية في ذلك لأتخاذ الطريق المناسب من خلاله يتم تنفيذ برنامج الخصخصة [3].

أما بالنسبة للمشرع العراقي في قانون المصارف العراقي رقم (24) لسنة 2004 ، وكذلك قانون البنك المركزي لا يوجد نص قانوني يبين أمكانية طرح أسهم رأس المال للمصرف المراد خصخصته ، وبذلك يمكن الرجوع لقانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل فيما يخص الشركة المساهمة ، فقد نصت المادة (6) الفقرة أولاً على أنه : (...يكتتب فيها المسأهمون بأسهم في اكتتاب عام ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة بمقدار القيمة الاسمية للأسهم التي أكتتبوا بها). وتخضع أيضا الشركة القابضة لذات الحكم ،وهذا ما أكدته الفقرة الخامسة من المادة (7) ،وكذلك ما ورد في المادة

1) أكد القانون الاتحادي الأماراتي رقم (22) لسنة 2015 في المادة (17) منه باتباع طريقة الطرح العام للأسهم عن طريق المزاد العلني ووجوب توافر كافة التفاصيل اللازمة من أسعار الاسهم والشروط الاشتراك في العطاء والتأمينات المالية اللازمة وكافة الضوابط الادارية والفنية الواجب أتباعها لتحقيق هذه الآليه في الخصخصة.

2) د.مياده عبدالقادر احمد، مصدر سابق، ص 197.

3) احمد محمد محرز، مصدر سابق، ص74.

(39) الفقرة (الثالثة) بأنه: (تطرح الاسهم الباقية على الجمهور خلال 30 يوم من تاريخ الموافقة على تأسيس الشركة...) وبناءً على ما تقدم فأننا نستنتج بأن المشرع العراقي قد اخذ بأسلوب الطرح العام للأسهم على الجمهور أي أنه أتبع أسلوب الاكتتاب العام دون غيره.

ثانياً:- الطرح الخاص للأسهم:- يتم هذا النوع من خصخصة المصارف عن طريق بيع المصرف ذاته أو جزءاً من أسهم المصرف لمستثمر معين، وقد يكون هذا المستثمر مصرفا آخر، وهذا الاسلوب غالباً ما يكون لأنقاذ المصارف أقتصادياً، فقد يكون المصرف المراد بيع اسهمه او بيع جزء منه في وضع مالي غير جيد أو قد يكون اداء المصرف ضعيف، مما يؤدي إلى التفكير بأتباع سياسة الخصخصة لأنقاذه منها[1]، وأن هذه الطريقة للخصخصه لها العديد من المميزات منها المرونة والسهولة بعيدا عن اجراءات الاكتتاب العام ، وكذلك قلة عدد المساهمين مما يجعلها أكثر يسراً وسهولة إذ يتيح الفرصة لأختيار المستثمر المناسب فيما يتعلق بأمكانياته الفنية والادارية والمالية ،الذي يمثل امراً أيجابياً بالنسبه للأقتصاد عموماً وللمصرف المراد خصخصته خصوصاً، ولكن من جانب آخر فقد يكون هذا الاسلوب من الخصخصة أكثر عرضةً للرشوة والتواطؤ من قبل القائمين على هذه العملية اثناء اختيار المستثمر وبالأخص اذا ما كان المستثمر أجنبياً، وفي حالة الرغبة بخصخصة مصرف من المصارف العراقية الحكومية مثلاً فأن المادة (16) من قانون المصارف العراقي الفقرة (1) نصت على أنه: (يحتفظ كل مصرف في جميع الاوقات على رأس مال يشمل رأس ماله السليم وأحتياطاته السليمة في العراق لا تقل قيمته عن ما يعادل 12% من القيمة الاجمالية لموجوداته المحددة على أساس مراعاة عنصر المخاطرة أو أي نسبة مئوية أعلى من ذلك أنظمة صادره عن البنك المركزي العراقي حيث يكون ما لا يقل عن نصف رأس المال هذا من رأس مال اساسي . ولأغراض تطبيق هذا الشرط يعرف البنك المركزي العراقي معنى رأس المال ورأس المال الاساسي والاحتياطات وفئات موجودات المخاطر في أنظمته ويكون تعريف و تحديد رأس المال ورأس المال الاساسي والاحتياطات والموجودات متفقاً مع المعايير الدولية.

أما الفقرة (2) يتم طرح مبلغ أي حيازة لرأس المال لدى مصرف آخر أو مؤسسه ماليه من رأس المال للمصرف لأغراض احتساب النسبة استناداً للفقرة (1)،والفقرة (3) يحدد البنك المركزي العراقي بموجب أنظمه ومبادئ تكوين وحيازة الحد الادنى لرأس المال المدفوع لأي مصرف،وبذلك فأن المشرع العراقي[2] وفقاً لما جاءَ في قانون المصارف والبنك المركزي اعلاه فأنه حاول تجنب المساس برأس

1) فالح ابوعامريه، مصدر سابق،ص37.
2) قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004.

المال لحد ما ، من اجل الحفاظ على المصارف من المخاطر التي من الممكن التعرض لها نتيجة لتطبيق الشكل السالف الذكر للخصخصة.

الفرع الثاني

الخصخصة المصرفية غير الناقلة للملكية

أن للخصخصة آليات يمكن من خلالها تحقيق النتيجة المرجوة ، ومن الآليات التي يمكن اتباعها في الخصخصة المصرفية قد لا تؤدي إلى نقل ملكية المصرف أو رأس ماله ، بل قد تتمثل بطرق آخرى كالتالي:-

أولاً:- عقد الأيجار:- يتم تطبيق الخصخصة المصرفية وفقاً لهذه الالية عن طريق تأجير المصرف الحكومي إلى مستأجر من القطاع الخاص والمتمثل في بحثنا هذا بالمستثمر الأجنبي، ويقوم الأخير بتشغيله مقابل دفعات سنوية يدفعها للحكومة بغض النظر عن الارباح التي يحققها المستأجر، الذي يتحمل بدوره كافة المخاطر التشغيلية [1]،تم اللجوء إلى اتباع هذه الاليه لخصخصته وذلك عن طريق عقد أيجار لمستثمر فرد أو شركة أجنبي فأن هذا الاخير يقوم بدفع أجرة المصرف العام الذي تمت خصخصته إلى الادارة ، وذلك مقابل أنتفاعه بهذا المصرف أي أن المستأجر يدفع الأيجار للمؤجر وبالمقابل له الحق بالأنتفاع بالمصرف محل العقد وتحمل المخاطر الناشئة عن ذلك ، ولكن بالنهاية لا يمكن تملك المصرف موضوع الخصخصة بل الاكتفاء بالأنتفاع منه وهذا قد يكون له وجهان أحدهما أيجابيا ، والمتمثل بعدم خسارة الدولة لملكية المصرف ، والسلبي لا يمكن للمستثمر الحصول على ملكية المصرف، فقد لا يمكنه من القيام بأستثماره على الوجه اللازم .

ثانيا:-عقد الأدارة :- تتم الخصخصة المصرفية وفقاً لهذه الالية عن طريق تعاقد الدولة مع أحد مصارف القطاع الخاص ، إذ يقوم الأخير بأدارة المصرف العام وفقاً لشروط ومبالغ وضوابط يتفق عليها ويحددها الطرفان [2]،إذ يتم إبرام عقد اداري بين مصرف عام ومصرف خاص غالباً ما يكون المصرف الخاص ذو امكانية أداريه وخبرات متميزة في هذا الجانب ، مقابل الحصول على نسبة من الارباح يتفق عليها المتعاقدون ، وهو يقوم على أساس إداري بحت ولا علاقة لملكية المصرف المراد خصخصته بها ولا يمكن المساس به ، إذ أن الهدف منه الأصلاح الاداري بالتعاقد مع مجموعه إدارية مؤهلة وذات

1) د. رفعت عبد الحميد الفاعوري، تجارب عربيه في الخصخصة المنظمة العربية للتنمية الاداريه،القاهرة ، 1995،ص90.
2) د.مهند أبراهيم علي فندي،مصدر سابق، ص36.

كفاءة وخبرة في المجال المصرفي، وتتمثل الخصخصة وفقاً للعقد الاداري بأبرام عقد بين مصرف حكومي و القطاع الخاص (المستثمر الأجنبي) يعهد اليه أدارة هذا المصرف فقط وفقاً لضوابط معينه مقابل الحصول على نسبه محدده من الارباح ، وتمتاز هذه الآلية للخصخصة بكونها تؤدي إلى الحفاظ على ملكية المصرف الحكومي وعدم المساس بأصوله ، وبالمقابل فأنه هناك بعض العيوب لهذه الآلية ؛لكونها تخضع للرقابة والمتابعة من قبل المصرف الحكومي مما ينتج عنه فرض بعض الامور التي من الممكن أن لا تؤدي الغرض اللازم، وبالتالي قد تزيد من التكاليف التي تتحملها الادارة وقد يكون هنالك وجه آخر لهذا الامر فقد يتحمل المصرف الحكومي كافة المخاطر فبالعادة الدولة هي التي تتحمل كافة الخسائر الناجمة عن العمليات المصرفية [1].

ولم يتم أعتماد هذا الأسلوب من الخصخصة للمصارف في التشريعات محل المقارنة ، ولكن أتبع المشرع الفرنسي[2] هذه الطريقة في خصخصة الشركة المالية (Paribas) ، وبيع القناة التلفزيونية الأولى TF ،وخصخصة بنك البناء والأشغال العامة، والبنك الصناعي والمنقولات الخاصة [3] .

ثالثا:-عقد الامتياز:-هو عقد يتم من خلاله الاتفاق على أستثمار مؤسسة بذاتها بما في ذلك الاستراتيجية الخاصة بطبيعة عملها [4]،فهو عقد تعطي من خلاله الحكومة أمتيازاً خاصا لأحد أشخاص القانون الخاص بقصد تنمية القطاع العام وفقاً لشروط ومواصفات يتم تحديدها مسبقاً من قبل أطراف العقد، وكذلك تحديد أسس تقاسم الارباح والأيرادات وهو عقد محدد المدة يتم من خلاله تسيير المرفق العام من قبل القطاع الخاص مقابل الأنتفاع منه تحت اشراف ورقابة الدولة[5]، وهو من العقود التي أصبحت في الوقت الحالي ذائعة الصيت ويتم اتباعها في الكثير من البلدان ويتم من خلالها خصخصة الكثير من المؤسسات العامة (الحكومية) ومن خلال هذا العقد يتم خصخصة المصارف الحكومية عن طريق ابرام

---

1) أكدت المادة (59) من قانون الخصخصة اليمني رقم (45) لسنة 1999 : (في كل الاحوال لا يتم البدء باجراءات الخصخصة في أطار أي قطاع من قطاعات الاقتصاد الوطني الا بعد تحريره وتتولى اللجنه العليا للخصخصة أحاطة اللجنة المختصة بمجلس النواب بكافة عمليات الخصخصة وموافاتها بنسخه كامله من وثائق كل عمليه خصخصه خلال شهر من تاريخ تنفيذها)، حمدية عبود كاظم، المصدر السابق،ص429.

2) نص البند الرابع من المادة (4) من القانون الاتحادي الأماراتي رقم (8) لسنة 2011 والذي ينص على انه يمارس الديوان اختصاصاته الرقابية على الجهات الاتية:
1-الوزارات والجهات الحكومية الاتحادية.
2-المجلس الوطني.
3-المؤسسات والهيئات العامة التابعة للدولة.
4-الشركات والهيئات التي يكون للدولة أو لأحد الاشخاص المعنوية خصة في رأسمالها لا تقل عن 25% أو التي تضمن الدولة لها حدآ أدنى من الربح أو تقدم لها أعانه ماليه.

3) د.مياده عبدالقادر احمد، مصدر سابق، ص159.

4) خلفاوي توفيق، عقد الامتياز التجاري، مذكره لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق،جامعة العربي بن مهيدي ،أم البواقي،الجزائر، 2015، ص24.

5) مهدي اسماعيل، الجوانب القانونية للخصخصة ،بحث منشور في مجلة الحقوق ،جامعة تكريت ، العدد4، 1995،ص301.

عقد أمتياز يعهد إليه مهمة تسيير المرفق العام (المصرف) من قبل القطاع الخاص (المستثمر الأجنبي) خلال مده محدد مع الحق بالأنتفاع من هذا المصرف مع الخضوع لرقابة وأشراف الدولة، ولهذا العقد العديد من الاشكال والتسميات الحديثة منها عقود الـــ (bot) وهو أسلوب البناء والتشغيل والنقل والذي يتمثل بأنشاء المصرف وتشغيله ،أي تشغيل المصرف لمدة محددة من الزمن وفقاً للاتفاق ومن ثم نقل ملكيته أي أعادة ملكية المصرف للدولة ، وكذلك عقود (b.o.t) وهي عقود الأنشاء أي أنشاء المصرف والتشغيل أي تسيير امور أدارته والتملك فيتم نقل ملكيته إلى المستثمر فلا يعود له صلة بالدولة فلم يعد مملوكاً لها وسميت عقود الامتياز بهذه التسمية لأن الدولة تمنح للمستثمر من القطاع الخاص أمتيازاً دون غيره للقيام بهذا المشروع[1].

وبناءً على ما تم عرضه من الآليات المتبعة في خصخصة المصارف فأن لكل طريقة منها سلبياتها وأيجابياتها ،ولكن وفقاً لرأينا المتواضع أن أنجح الطرق التي من الممكن أتباعها لتطبيق سياسة الخصخصة على المصارف هي الخصخصة الادارية (خصخصة الإدارة) ؛ لأننا أصبحنا على ثقة بأن هذه السياسة (الخصخصة) وعلى الرغم من حداثتها وأيجابياتها وتبنيها من قبل الكثير من البلدان ألا أنها تحتاج للبيئة المناسبة لتطبيقها فلابد للخصخصة أن تستند على أساس تشريعي متين ؛ لأن المصارف أساس عملها هو الثقة والائتمان، ولابد من وضع الاجراءات والقواعد اللازمة لتحديد الآلية المناسبة لخصخصة المصارف العامة وأصدار الضوابط المتعلقة بالأستثمار الأجنبي للمصارف لاسيما أن التوجه التشريعي الجديد يهدف نحو الأنفتاح في الأستثمار واتباع أسلوب العلانية والشفافية في المؤسسات التي تتم خصخصتها وكما لا يجب أن نغفل عن الجانب السياسي لأن الخصخصة تنطوي على مخاطر كبيره نتيجة لمساسها بمصارف حكومية فلا بد من تبني سياسه عامه ورؤيه واضحه ذات أبعاد أمنيه تسمح من خلالها الحفاظ على الاملاك العامة للدولة من ناحيه وتشجيع واجتذاب الأستثمارات الأجنبية من ناحية آخرى.

1) د.مهند أبراهيم علي فندي، مصدر سابق،ص39.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصخصة

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصخصة

أن تنازع القوانين العصب الأهم في القانون الدولي الخاص ، وتنازع القوانين ليس المصطلح الوحيد ولكنه الأكثر شيوعاً في دول العالم بوصفة من أبرز مواضيع القانون الدولي الخاص ، فهنالك العديد من التسميات التي أطلقها الفقه على فرصة المفاضلة بين أكثر من قانون لدولتين أو أكثر بشأن العلاقة القانونية كالتزاحم أو التسابق أو التناسق بالقوانين[1].

كذلك فأن عملية الخصخصة المصرفية التي يكون العنصر الأجنبي طرفاً فيها تثير عدة تساؤلات حول مدى أمكانية تمتع الأجنبي بفرصة للدخول كمستثمر في المصارف ، لأن جنسية الأجنبي (المستثمر) تلعب دوراً مهما في تحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عن خصخصة المصارف ، وكذلك في تحديد المحاكم المختصة بالنظر في هذه النزاعات ،إذ أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق تثار عندما يكون هنالك طرف أجنبي في العلاقة الناشئة عن الخصخصة المصرفية كشراء المصرف من قبل مستثمر أجنبي أو شركة أجنبية ،إذ هنالك بعض التشريعات تحرم الأجنبي من هكذا فرصة بينما تسمح تشريعات آخرى بذلك أما البعض الآخر فقد سمح للمستثمر الأجنبي بالدخول بهكذا مشروعات ولكن ضمن حدود معينة رسمتها له قوانين الأستثمار وحددت نسبة مشاركة الأجنبي في المشاريع المراد خصخصتها.

وبعد أن بحثنا في طبيعة العقود التي تبرمها الدولة والتي تمثل القطاع العام مع القطاع الخاص والمتمثل بالمستثمر الأجنبي وكيفناها على أنها عقود ذات شقين أو أنها عقوداً ذات جانبين ، بالتالي فأن كانت عقوداً إدارية من اختصاص السلطة العامة فأن هنالك من يعتبرها من النظام العام ومرتبطة به ولا يجوز تطبيق غيرها لأن فيها مساساً لسيادة الدولة ، أما الجانب الآخر منها فهي عقود تبرمها الدولة (القطاع العام) مع أحد اشخاص القانون الدولي الخاص (المستثمر الأجنبي)، وبالتالي فأن احكام القانون الخاص هي التي تنطبق عليها وبالتالي أن القواعد التي تحكم الخصخصة بشأن تنفيذ الخصخصة المصرفية مستقلة عن القانون الواجب التطبيق على العقد ذاته ، ونتيجةً للطبيعة الخاصة للعمل المصرفي وكون المستثمر الأجنبي طرفاً في العلاقة .

---

1)أ. د. عباس العبودي ،تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية،دار السنهوري، لبنان، بيروت ،2015،ص13.

وبذلك فأن من الأهم الامور التي يتعين علينا البحث فيها هي نطاق تنفيذ علميات الخصخصة على المصارف هي مسألة تحديد القانون الذي سوف يحكم هذه المصارف المخصخصة ، والقانون الذي يحكم عملية تحويل المصارف من القطاع العام إلى القطاع الخاص.

وقد عالج المشرع العراقي مسألة القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية وكذلك الإلتزامات الغير تعاقدية في المواد (25،27) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 إذ نصت المادة (25) منه (1- يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ،فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف بأن قانونا آخر يراد تطبيقه).

كما نصت المادة (27) من القانون نفسه على أنه (1- الإلتزامات غير العقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشأة للالتزام.2-على أنه لا يسري أحكام الفقرة السابقة على الإلتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وأن عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه).

لذا توجب بحثها بشئ من الدقة والامعان لما فيها من جوانب مهمه يجب الخوض فيها نتيجة للطبيعة الخاصة للمعاملات المصرفية والظروف الأستثنائية للعلاقة الناشئة بين الدولة والمستثمر، وعليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نخصص المبحث الأول منه الخصخصة المصرفية في ضوء منهج الإسناد،وذلك بتقسيمه لمطلبين خصصنا الأول منه لمفهوم قواعد الإسناد ،والمطلب الثاني خصصناه لمدى كفاية قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصخصة .

أما المبحث الثاني فخصصناه للاتجاهات غير التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصخصة وقسمناه لمطلبين تناولنا في المطلب الأول منه الاتجاهات غير التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق في حال غياب الاراده ، أما المطلب الثاني فخصصناه للقواعد الموضوعية ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصصة.

المبحث الأول

خصخصة المصارف في ضوء المنهج التقليدي

مما لاشك فيه أن دخول المستثمر الأجنبي في عمليات الخصخصة المصرفية وتحويلها من القطاع العام إلى القطاع الخاص بكافة اشكالها سواءً عن طريق بيع المصارف أو بيع اسهمها أو إدارتها أو أي شكل من اشكال الخصخصة التي تتبعها الدولة تثير العديد من التساؤلات حول مدى أمكانية تملك الأجنبي المستثمر للمصارف ذاتها أو تملك جزء من اسهمها أو حتى إدارتها فأن بعض الدول تحرم على الأجنبي تملك أسهما بنسبة معينة بينما البعض الآخر تقيد الأجنبي من الأستثمار في المجال المصرفي في حين بعض الدول تعطي للمستثمر الأجنبي جانباً من الحرية لتشجيع الأستثمارات فيها.

إذ أنه من الصعوبة الوصول إلى القانون الواجب التطبيق بين مجموعة من القوانين المتنازعة إذ أن العلاقة القانونية ضمن اطار القانون الدولي الخاص ترتبط بأكثر من دولة وأكثر من قانون يحكم هذه العلاقة مما يحتاج إلى تحديد القانون الأكثر ارتباطاً أو صلةً من هذه القوانين لتطبيقه عليها، ومن جانب آخر فلا بد لوجود تسامح من قبل المشرع الوطني لتطبيق قوانين آخرى أجنبية إلى جانب قوانينه وهذا التسامح هو الذي يؤدي إلى خلق التنازع بين القوانين ولذلك يستلزم هذا النزاع أن نلتمس طريق قواعد الإسناد وهي الأساس لحل مثل هذه النزاعات إذ يتم وضعها من قبل الدول لتحقيق مصالح وإعتبارات تدعوها إلى تطبيق قانونها[1].

تبين لنا أن رغبة المشرع العراقي أتجهت نحو اعطاء العديد من الأمتيازات للمستثمر الأجنبي دونما المستثمر الوطني في قانون الأستثمار رقم (13) لسنة 2006 ، رغبة منه في تشجيع الأستثمار وأجتذاب رؤوس الاموال اليها .

وبذلك سوف نقسم المبحث إلى مطلبين نخصص الأول منه لمفهوم قواعد الإسناد، أما المطلب الثاني فخصصناه لمدى كفاية قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصخصة .

---

1) كريم مزعل شبي، مفهوم قواعد الاسناد وخصائصها،مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث،العدد الثالث عشر،كانون الاول،2005،ص1.

المطلب الأول

مفهوم قواعد الإسناد

يحرص غالبية مشرعي دول العالم في النص على قواعد إسناد معينة تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة التجارية و المدنية التي تجري بين أفراد المجتمع الدولي ، من خلال حرص القضاء في كل دولة على الالتزام بتطبيقها في كل حالة تثار فيها مسألة القانون الواجب التطبيق على العلاقة الخاصة الدولية وتختلف هذه القواعد باختلاف طبيعة العلاقة المعروضة على القاضي، وما يهمنا من هذه القواعد قاعدة الإسناد الخاصة بالإلتزامات التعاقدية ، ما دام أن دراستنا تتركز في ميدان الخصخصة ، وما دام أن تلك القاعدة تعالج كافة المسائل الموضوعية للعقد باستثناء شكل العقد وأهلية التعاقد اللذين خصهما المشرع بقاعدة إسناد مستقلة تختلف عن تلك التي موضوع العقد ، كما سنأتي على تبيأن ذلك لاحقا .

وعليه سوف نقسم المطلب إلى فرعين ،الفرع الأول تعريف قواعد الإسناد والفرع الثاني سوف نذكر خصائص وعناصر قواعد الإسناد.

الفرع الأول

تعريف قواعد الإسناد

هنالك العديد من التعريفات وردت بشأن قواعد الإسناد ولكنها تكون متشابهه في الغالب فقد عُرِفت بأنها (القواعد القانونية التي تكون وظيفتها الاساسية الإشارة أو الإسناد إلى قانون يتولى حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي)[1].

كما عُرِفت أيضاً بأنها (القاعد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي وهي قاعدة من صنع المشرع الوطني وبمقتضاها يختار من القوانين المتزاحمة الأكثر ملائمة لحكم العلاقة القانونية الخاصة الدولية بما يحقق مصالحها الإقتصادية والسياسية والاجتماعية)[2].

1) د.ابراهيم احمد ابراهيم،القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين، دار النهضة العربية ،2002،ص153.
2)أ. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية،المصدر السابق،ص18.

وقد عرفت أيضا بأنها (قاعدة قانونيه وضعيه ذات طبيعة فنية)، إذ أنها تسري على العلاقات الخاصة الدولية لتصطفي أكثر القوانين ملائمة لتنظيم تلك العلاقة حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها[1].

وهنالك أيضا تعريفاً آخر لقاعدة الإسناد وهي (أنها القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي)[2].

وأيضاَ عرفت بأنها (تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة مهمتها أو وظيفتها إسناد علاقة قانونيه ذات عنصر أجنبي لأكثر القوانين ملائمة لها وتنتهي مهمتها بالإسناد لتبدأ مهمة القانون المسند أليه الاختصاص لذا تسمى بقواعد الإسناد بالنظر لذلك وكذلك يسمى بتنازع القوانين لأنها تفض التنازع)[3].

وهذا ما أكدته إتفاقية واشنطن لعام 1956 لتسوية منازعات الأستثمار في المادة (42) منها الفقرة (أولاً) والتي نصت على (تفصل المحكمة في النزاع طبقاَ للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة....)[4].

وأن قواعد الإسناد هو اصطلاح فقهي ولكن الاسم العلمي لها على مستوى التشريع هو قواعد القانون الدولي الخاص إذ أن المشرع العراقي قد أعتمد هذا الاصطلاح من خلال ما وضحته المادة (31) الفقرة (1) من القانون المدني العراقي والتي نصت على (إذا تقرر أن قانونا أجنبياً هو الواجب التطبيق فأنما تطبق منه القواعد الموضوعية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص)[5].

ويتضح مما تقدم أن التعريفات التي جاءت لتوضح قاعدة الإسناد لم تكن شاملة أو أنها لم تكن جامعة إذ أنها لاتضع الحلول بل أنها توضح القانون الذب من الممكن أن يحكم العلاقة القانونية، لذلك فمن وجهة نظرنا المتواضعة أن التعريف الأنسب لقواعد الإسناد بأنها (مجموعة من القواعد القانونية الألزاميه ذات طبيعة فنية مصدرها وضعي وطني مهمتها ارشاد القاضي للوصل إلى القانون الواجب

1) أ. د. حسن علي كاظم ، قواعد الاسناد وآليات التطبيق في العراق، بحث منشورفي مجلة جامعة اهل البيت،العدد20،2016،ص309.
2) د.حفيظه السيد حداد، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2002،ص23.
3) أ. د. عبدالرسول عبدالرضا الاسدي، احكام التنازع الدولي للقوانين،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ،لبنان،2012،ص28.
4) تاريخ الزيارة 2020/11/25، الساعه 10:34.www.site.eastlaws.com.شبكة قوانين الشرق الاوسط ، منشور على موقع الشبكة المعلوماتية.
5) ألهام فاهم نغيش، دور الماده(30) من القانون المدني العراقي في حل تنازع القوانين، مقال منشور في مجلة اوروك للعلوم الانسانية، العددالاول، المجلدالرابع ،كلية القانون، جامعة القادسية،2021،ص378.

التطبيق والذي يحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي عندما يكون هنالك أكثر من قانون واحد ينطبق عليها).

وبناءً على كل ما تقدم يتضح بأن قواعد الإسناد هي قواعد ألزامية فيجب على القاضي تطبيقها ولا يمكن تجاهلها وهي من وضع المشرع الوطني مهمتها إسناد العلاقة القانونية ذات الطرف الأجنبي والتي يحكمه أكثر من قانون ولكنها لا تعطي الحل المباشر لذلك بل أنها فقط ترشد القاضي للقانون الأكثر ملائمة لكي يتم تطبيقه عليها، وكذلك فأن المسائل التي تُعنى بحلها هي مسائل ضمن القانون الخاص وبهذا فأنها تخرج من دائرة المائل التي تخص مصالح الدولة بصفتها السلطة العليا .

وسوف نتناول قواعد الإسناد الأصلية والإحتياطية أيضا لمعرفة مدى كفايتها لحسم النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف وهل أن هنالك قواعد آخرى يمكن اللجوء اليها لحسم مثل هكذا نزاعات.

الفرع الثاني

خصائص وعناصر قاعدة الإسناد

أن لقاعدة الإسناد العديد من الخصائص مُشتركه بين جميع التشريعات في الدول المختلفة وكما أنها تتكون من عدد من العناصر كما سنوضحها تباعاً.

أولاً/ خصائص قاعدة الإسناد

أن قواعد الإسناد لها العديد من الخصائص يعكس البعض منها آلية حل مشكلات تنازع القوانين بموجبها ،فهي قواعد وطنية يضعها المشرع في كل دولة من جانب ، ومن الجانب الآخر أنها قواعد غير مباشره ومحايده ومزدوجة الجانب وسنتناول هذه الخصائص تباعاً:

1) أنها قواعد وطنية

تشير قواعد الإسناد إلى كونها وطنية إذ أن المشرع الوطني في كل دولة هو الذي يضع قواعد الإسناد وله الحرية التامة في وضعها مراعياً سيادة الدولة وكذلك المصلحة المشتركة للدول في وقت واحد أي

أنها يجب أن تراعي المعايير العالمية وأيضا الحاجه للتعامل الدولي ولابد له من مراعاة طبيعة النزاع أولاً[1].

وهذا يعني أن السلطة التشريعية في الدولة هي المسؤولة عن وضع هذه القواعد لتقديم أنسب الحلول في العلاقات القانونية التي نشب النزاع بشأنها والمشوبة بعنصر أجنبي، غير أن القول بأن قواعد الإسناد هي قواعداً وطنية فليس بالضرورة أن تكون من وضع المشرع بل من الممكن أن يكون مصدرها القضاء كما في أنكلترا والدول الآخرى التي تأخذ بنظام السوابق القضائية[2].

ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي نظم قواعد الإسناد ضمن قواعد القانون المدني العراقي رقم (40) لسنه 1952 تحت عنوان التنازع من حيث المكان في المواد من 14-33.

كما أن المشرع الجزائري نظم قواعد الإسناد في القانون المدني أيضا وتحت عنوان (تنازع القوانين من حيث المكان) وذلك في المواد من9-24[3].

2/ أنها قاعدة غير مباشرة

أن قواعد الإسناد تتصف بأنها قواعد غير مباشرة ؛ لأن مهمتها تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المشوبة بالعنصر الأجنبي ولا تنطبق على موضوع النزاع مباشرة إذ أنها لا تجد الحل للنزاع بل تلهم القاضي للمنظومة القانونية اللازم اتباعها للبحث عن الحل للنزاع المعروض أمامه فيها وهي بذلك لا تعطي الحل المباشر للنزاع وهذا ما دعى إلى إعتبارها قواعد غير مباشره، وهذا ما دعى جانباً من الفقه الفرنسي إلى تشبيه قواعد الإسناد بمكتب الاستعلامات في محطة سكة الحديد لأن هذا المكتب مهمته تقتصر على الإشارة إلى رصيف القطار الذي قد يرغب المسافر بأستقلالة كما هي مهمة قواعد الإسناد إذ تقتصر على ارشاد القاضي للقانون الواجب تطبيقه على النزاع المعروض أمامه دون حله[4].

1) خليل ابراهيم محمد خليل،تكامل منهاج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)،ط1،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2015،ص113.
2) أ. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ،مصدر سابق،ص23.
3) لبيك شوقي، تنازع القوانين في عقود الاستثمار، أطروحه لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقأيد،الجزائر،2020،ص51.
4) د.حفيظه السيد حداد، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين، مصدر سابق،ص31.

3/ أنها قواعد مزدوجة الجانب

يُقصد بأن قواعد الإسناد مزدوجة الجانب أو ثنائية الجانب بأنها تجعل الاختصاص أما للقانون الوطني أو للقانون الأجنبي وحسب النزاع المعروض أو المسألة القانونية المعنية بذلك، فهي لا تعطي الاختصاص للقانون الوطني للقاضي المعروض أمامه النزاع بل من الممكن أن تحيل الاختصاص إلى قانون أجنبي يختلف عن قانون القاضي المعروض أمامه النزاع أي أنها لا تقرر ابتداءً القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة الا بعد تكييفها([1]).

وهذا ما جاءت به المادة (18) بفقرتها (1) من القانون المدني العراقي (الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي أليها الشخص بجنسيته) وكذلك احكام المادة (23) بفقرتها (1)والتي أوردت بأن قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته.

وهذا أيضا ما نصت عليه المادة (10) بفقرتها (1) من القانون المدني الجزائري (يسري على الحالة المدنية للاشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم...)[(2)].

وبذلك فأن ضابط الجنسية في الامثلة السابقة يقضي أما بتطبيق القانون الوطني أو قانون آخر أجنبي حسب الحالة وبذلك فأن هذا يعد من مميزات قواعد الإسناد إذ أنها لا تترك فراغاً في مشكلة التنازع إذ أنها تجعل الاختصاص في المسألة المطروحه أمام القاضي أما لقانونه الوطني أو لقانون أجنبي آخر.

4/أنها قاعدة ألزامية

بما أن قواعد الإسناد هي قواعد من وضع المشرع الوطني هدفها تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض والمشوب بعنصر أجنبي فأن لها الزاماً كألزامية بقية القواعد الآخرى التي وضعها المشرع ، ولكن هنالك جانب من الفقه ينكر الصفة الالزامية لقواعد التنازع وهذا ما أخذ به القضاء الأنجليزي ويقول أنها مجرد قواعد تحدد القانون اللازم تطبيقه ولا تضع حلا للمسألة المعروضة وهي بذلك ليست كالقواعد الموضوعية ولكن الرأي الراجح يقر بألزامية قواعد الإسناد [(3)].

1)أ. د. عبدالرسول عبدالرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص267.
2) لبيك شوقي ،مصدر سابق،ص54.
3) د. احمد عبد الكريم سلامه، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 2002، ص568ومابعدها.

5/ قواعد الإسناد قواعد محايده

ويقصد بأن قواعد الإسناد قواعداً محايدة هي أنه عندما يعرض نزاع ما على القاضي وعند إعماله لهذه القواعد فأنه لا يكون على علم بالحل الذي سوف يتوصل اليه لأنه ممكن أن يحيله لقانون آخر غير قانونه وبذلك فأن معرفته للحل للنزاع المعروض أمامه متوقف على معرفته لمضمون القانون المحال اليه ، فقد يكون هذا القانون قانونه الوطني أو قانون آخر أجنبي لا علم له فيه ولكن الفقه الامريكي وصف هذه القواعد بالجمود[1].

ثانياً/ عناصر قاعدة الإسناد

ذكرنا فيما سبق أن قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونيه مصدرها وطني يسترشد بها القاضي لحسم النزاع المعروض أمامه ضمن العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي وتتألف قاعدة الإسناد من ثلاثة عناصر وهي :فكرة الإسناد، ضابط الإسناد، القانون المسند اليه وسوف نشرح هذه العناصر بأيجاز وكما يلي:-

1/فكرة الإسناد

وهي أن يتم تقسيم العلاقات القانونية المختلفة إلى مجموعات أو فئات ويتم إخضاع كل مجموعة أو فئه للقانون الملائم لها عبر قواعد الإسناد ،ويرجع سبب هذا التقسيم لقواعد الإسناد إلى العديد من المجموعات وذلك لصعوبة وضع قاعدة إسناد واحدة تحكم جميع العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، ولذلك يلجأ المشرع الوطني إلى تقسيم المراكز القانونية إلى أصناف أو فئات أو مجموعات متقاربه إذ يضع المشرع الوطني لكل فئه قاعدة إسناد خاصة بها تدور حول محور واحد ، يسمى بفكرة الإسناد أو الفكرة المسندة [2].

وأن فكرة الإسناد تمثل العلاقة أو مجموعة العلاقات القانونية التي عندما تحدد قاعدة التنازع القانون الواجب التطبيق ، والذي يحكم العلاقة القانونية إذ يكشف عن طبيعتها من خلال التكييف وتصنيف العلاقات على شكل أفكار مسنده ، كفكرة الأهلية والزواج والطلاق والميراث والإلتزامات العقدية والغير عقدية [3]. مثال ذلك المادة(25) التي جاءت بفكرة إسناد للإلتزامات التعاقدية وأخضعت جميع الإلتزامات التعاقدية للارادة أولاً ، وفي حال تغيبت إرادة المتعاقدين فيتم اللجوء إلى إسناد العلاقة العقدية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها للموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا،إذ أن الإلتزامات

1) أ. د. عباس العبودي، مصدر سابق،ص28.
2) خليل ابراهيم محمد خليل،تكامل منهاج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص124.
3) د.جمال محمود الكردي،تنازع القوانين، دار النهضة العربية ،القاهرة ،2005،ص380.

التعاقدية تنشأ عن العقود بمختلف أنواعها (عقد البيع،عقد الأيجار،عقود الأستثمار،..وغيرها من العقود) فكرة الإسناد هنا هي حصر الإلتزامات التعاقدية بفئة محددة وتطبيق قاعدة الإسناد عليها الإرادة كضابط أصلي ،والموطن المشترك للمتعاقدين إذا ما كان العاقدين من موطن مشترك كضابط إسناد إحتياطي[1].

كذلك ما ورد في القانون المدني الجزائري في المادة (10) الخاصة بالاهليه إذ حصرت فكرة الإسناد ضمن فئة الأهلية وأخضعتها لقاعدة الإسناد هي الجنسية ، كذلك شكل التصرف القانوني فقد أخضعه المشرع لقانون بلد الإبرام[2].

2/ضابط الإسناد

أن ضابط الإسناد هو المعيار الذي يستند إليه القاضي ، والذي يرشده إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه والمشوب بعنصر أجنبي ، ويُستمد من عناصر العلاقة القانونية مثال ذلك : (الجنسية،الموطن،موقع الشركة،محل إبرام العقد) وهو بذلك يعد الوسيلة الفنية التي من خلالها يتم ربط العلاقة ذات العنصر الأجنبي بالقانون الواجب التطبيق عليها[3].

وبذلك فأن ضابط الإسناد يمثل معياراً يظهر من خلاله المشرع أرادته وبتجرد لتفضيل تطبيق قانون معين دون غيره على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، وهو بذلك يمثل حلقة وصل بين فكرة الإسناد والقانون الواجب التطبيق (ألمسند إليه)[4].

وقد يكون ضابط الإسناد واحد من خلاله يتم تحديد القانون الواجب التطبيق ، وقد يكون هنالك تعدد في ضوابط الإسناد (وهو الغالب) وذلك رغبة من المشرع بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ومثال ذلك المادة (25) بفقرتها الأولى من القانون المدني العراقي إذ وضعت معيار الموطن للإلتزامات التعاقدية ولكن اشترطت لتطبيقه أن يكون المتعاقدين من موطن مشترك في حال تغيب الإرادة الصريحة للمتعاقدين ،أما إذا لم يكون المتعاقدان من موطن مشترك فالمعيار هنا هو البلد الذي يتم إبرام العقد فيه ومع ذلك فأن الإرادة أيضا تلعب دورها إذ سمحت المادة القانونية سالفة الذكر بتطبيق قانون آخر غير مانصت عليه في حال أنه تبين من ظروف العقد أن إرادة الأطراف اتجهت لذلك. أي أن المادة (25) أسندت الألتزام التعاقدي لتحديد القانون الواجب التطبيق للأرادة أولاً، و في حال غياب إرادة العاقدين ألصريحة فيبدأ دور القاضي عن البحث عن الإرادة الضمنية لهم من خلال ظروف العقد ومعطياته ،

1) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
2) القانون المدني الجزائري الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975.
3) د.إعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)،دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص68.
4) أ. د. عبدالرسول عبدالرضا الاسدي،القانون الدولي الخاص،مصدر سابق،ص265.

والضابط الإحتياطي هنا هو الموطن المشترك للمتعاقدين إذا ما اتحدا موطناً ، وفي حال إختلاف الموطن فيتم اللجوء إلى تطبيق قانون البلد الذي تم إبرام العقد فيه.

وهذا أيضا ما جاءت به المادة (18) من القانون المدني الجزائري إذ تنص المادة على أنه (يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون ألمختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن ألمشترك أو ألجنسية المشتركة ، وفي حالة عد إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد).

كما جاء نص المادة (19) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 موافقاً مع موقف كلاً من المشرع العراقي والجزائري في تحديد ضابط الإسناد للإلتزامات التعاقدية.

3/القانون المسند إليه

يتمثل القانون المسند أليه بالقانون الواجب التطبيق في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي وهو الركن الثالث من أركان قاعدة الإسناد ، ويعرف بأنه (القانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد أو أنه النظام القانوني الذي يتعين تطبيقه وإعمال أحكامه الذي ينظر اليه على أنه الأنسب بين القوانين والارجح لحكم المسألة التي يُثار بسببها تنازعاً في القوانين وقد يكون هذا القانون هو القانون الوطني أو قد يكون قانونا أجنبياً وذلك بحسب المعطيات وما جاء به ضابط الإسناد)[1].

وقد يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً شخصياً كما هو في فكرة الإسناد الخاصة بالأهلية مثلاً ، فأن ضابط الإسناد هو الجنسية كما في المادة (18) مثلاً من القانون المدني العراقي، وقد يكون أقليمياً بالنسبة للنزاعات المتعلقة بعقار ، كما في المادة (25) بفقرتها (2) المتعلقة بقانون موقع العقار الذي أُبرم بشأنه التصرف.

والتساؤل الذي يُثار هنا في حال تم نقل أحد المصارف الحكومية من القطاع العام إلى القطاع الخاص وتمت خصخصته وفقاً لآلية معينة فما هو القانون الواجب التطبيق على العمال في هذه المصارف المخصخصة؟ فلا يوجد صعوبة عندما يكون جميع أطراف العلاقة وطنيين أو أن تنفيذ العقد يكون بصفة أساسية في أقليم دولة معينة ، ولكن لو أن هذا المصرف تمت خصخصته من قبل مستثمر أجنبي متمثل بشخص معنوي (مصرف أجنبي) وله عدة فروع في العديد من الدول نتيجة لذلك سوف تتشعب العلاقات

1) د.حفيظه السيد حداد،القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين، مصدر سابق، ص27.

فما هو القانون الواجب التطبيق على علاقة العمل ذات الطرف الأجنبي ؟للإجابة على هذه التساؤلات فأن هنالك العديد من الإتجاهات الفقهية حول هذه المسألة ، أحد الإتجاهات الفقهية يرى برجحان تطبيق قانون البلد الذي أبرم فيه عقد العمل في حين أن إتجاهاً آخر ذهب إلى تطبيق جنسية المتعاقدين وعلى خلاف ذلك اتجه الفقه الفرنسي الحديث في غالبيته، إلى إخضاع عقد العمل إلى قانون دولة محل تنفيذ العمل ، وذلك نظراً إلى أن عقود العمل غالباً ما يتم تنظيمها بقواعد آمرة من قبل الدول [1].

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد عرف منازعات العمل في قانون العمل في المادة الأولى منه الفقرة الخامسة عشر (باب التعريفات) ،بأنه (أي نزاع ينشأ بين عامل أو مجموعة عمال أو منظمة عمال أو مجموعه منها من جهة مع صاحب العمل أو مجموعه منهم أو منظمة أصحاب عمل أو مجموعه منها من جهة آخرى حول حقوق قائمه تتمثل بأحكام هذا القانون أو قوانين آخرى النافذة الخاصة بالعمل والعمال أو حول قضايا تتعلق بآليات تطبيق أو تفسير عقد عمل فردي أو إتفاقية عمل جماعيه نافذه أو قرار تحكيم ، أو نزاعات ناشئة حول مصالح مستقبليه تتعلق بأقتراح تعديل شروط الاستخدام أو إعتماد شروط جديده).

وقد أجازت المادة(11) منه على أحقية العامل باللجوء إلى محكمة العمل عن التعرض لأي مساس بحقوقه ، وأجازت المادة (14) فقرة (3) تطبيق أحكام إتفاقيات العمل العربية و الدولية التي تمت المصادقة عليها ذات صلة بهذا القانون ولكن لم ينص عليها[2].

المطلب الثاني

فاعلية قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصخصة

من المتفق عليه أن المصارف ذات طبيعة خاصة و أن عملية الخصخصة والتحول من القطاع العام إلى القطاع الخاص عملية حساسة جداً وذات طبيعة أستثنائية ،لذا علينا البحث عن قواعد تتناسب مع هذه الطبيعة الأستثنائية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها عندما يكون هنالك نزاعاً قائماً ، وكما هو معروف فأن جميع الأنظمة القانونية استقرت على قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، بمعنى أن يخضع العقد للقانون الذي يكون من إختيار الطرفين ، ذلك لكونها قاعدة الإسناد الأولى في حالة عدم تحديد أطراف العقد لقانون معين يحكم النزاع الناشئ عن تطبيق هذا العقد ،إذ أن النزاع يُثار حول تحديد

1) د.جمال محمود الكردي،التنظيم القانوني للخصخصة في القانون المقارن والقانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص128.
2) قانون العمل العراقي رقم (37) لسنة 2015 .

القانون الواجب التطبيق على مثل هكذا عقود لما لهذه العقود من إعتبارات خاصة تتعلق بالسيادة تمس المصالح العامة لأن المستثمرين الأجانب المتعاقدين مع الدولة كطرف يمثل القطاع العام دائما يحاولون تدويل هذه العقود وآخراجها من حلقة العقود الخاضعة للقوانين الوطنية للدولة المتعاقدة معها[1]،كما سنحاول الإشارة أيضاً إلى القانون الواجب التطبيق في حال كان التعاقد إلكترونيا والمصرف كان من المصارف الإلكترونية ، وهل أن قواعد الإسناد ذاتها ستطبق في حال كان العقد قد تم إبرامه على الواقع الأفتراضي أم أن هنالك قواعد آخرى ذات مميزات معينة يجب تطبيقها لتتناسب مع طبيعة العقود المبرمة لذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نتناول في الفرع الأول قواعد الأسناد الاصلية، والفرع الثاني خصصناه لقواعد الأسناد الأحتياطيه.

الفرع الأول

قواعد الإسناد الأصلية

سوف نتناول هنا كل من القواعد التقليدية الأصلية التي تسمى (قانون الإرادة) بنوعيها الصريحة والضمنية وكما يأتي:-

أولاً/ الإرادة الصريحة

في العقود الدولية كخصخصة المصارف لا توجد هنالك إشكالية في تحديد القانون الواجب التطبيق والبحث عن نية المتعاقدين طالما تم الإشارة صراحة إلى ذلك ضمن العقد،إذ أن العقود الدولية بشكل عام والخصخصة بشكل خاص تخضع لقانون الإرادة إذا ما وجد شرطاً واضحاً في العقد يشير إلى القانون الواجب التطبيق كذلك إذا ما وجد شرطٌ أو أتفاقٌ لاحقٌ يتضمن الخضوع لإرادة المتعاقدين في حل المنازعات الناشئة عن العقد ،كإتفاق أطراف العقد على أنه في حالة حدوث نزاع مآ نتيجة تطبيق هذا العقد فأن القانون الواجب التطبيق على العقد هو أما قانون الدولة المضيفة للإستثمار أو قانون الدولة التي ينتمي أليها المستثمر بجنسيته أو غير ذلك من القوانين ، علماً بأن أغلب التشريعات تتجه نحو تطبيق قانون الإرادة [2].

1) د.بشار محمد الاسعد،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2006، ص92.
2) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1995، ص10.

وقد أكد هذا المبدأ موقف المشرع الجزائري في المادة (18) من القانون المدني والتي تنص على أنه (يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ...) [1].ونستنتج من النص السالف الذكر بأن المشرع الجزائري قد أخذ فعلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدين في الإلتزامات العقدية لكنه قيد هذه الإرادة بضرورة كون هذا القانون المختار والواجب تطبيقه يجب أن يكون ذو صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين .

وهذا ما ذهبت إليه هيأة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية المنازعات ICSID في قضية ATM ضد حكومة الكونغو في 21 فبرأير 1996 ، إذ طبقت هيأة التحكيم إتفاقية حماية وتشجيع الأستثمار بين الولأيات المتحدة والكونغو بوصفة النظام القانوني الذي أختاره الطرفان ليحكم عقدهما[2].

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد نص في المادة (25) الفقرة الأولى من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 بأنه (يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من ظروف العقد أن قانونا آخر يراد تطبيقه)، وهذا أيضاً ماذهب اليه المشرع المصري في المادة (19) منه، يتضح مما سبق أن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية ومنها الخصخصة المصرفية ما يأتي:

1- قانون الإرادة الصريحة :في هذه الحالة يتفق أطراف العقد صراحةً على القانون الذي يحكم عقدهم كان يتفقا على تحديد قانون جنسية المستثمر أو قانون البلد المضيف للإستثمار أو قانون ثالث غيرها ليحكم عقدهم.

2- قانون الإرادة ألضمنية: وفي هذه الحالة يختار أطراف عقد ألخصخصة المصرفية قانوناً معيناً ولكن بشكل ضمني كان يختار الأطراف عملة الدولة المضيفة للإستثمار أو لغتها، وبالتالي ينصرف التفكير لتطبيق قانونها أو قد يتضمن العقد شرط ألثبات التشريعي مما يدل على أنصراف الإرادة إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار[3].

---

1) وهذا أيضا ما أخذ به المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5)لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987 في المادة (19) الفقرة الاولى.

2) د.بشار محمد الاسعد،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص104-105.

3) شرط الثبات التشريعي: هو أداة قانونية يتم من خلالها حمأية المستثمر من مخاطر التشريع والتي تهدف إلى تجميد دور الدولة بصفتها التشريعية وطرف في العقد بنفس الوقت وذلك من خلال منعها من تغيير القواعد القانونية التي كانت نافذة وقت إبرام العقد وبذلك تتعهد الدولة بعدم إصدار تشريعات جديده تسري على العقد المبرم بينها وبين المستثمر والذي يؤدي إلى إلحاق ضرراً بالمستثمر وإخلال التوازن الاقتصادي للعقد.محمد عامر شنجار، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، 2015، ص44.

3- قانون الموطن المشترك لأطراف عقد الخصخصة: أي أنه كل من طرفي العقد والمتمثلين بالدولة المضيفة (القطاع العام) والقطاع الخاص (المستثمر الأجنبي) بأن يكونا مقيمين بوطن واحد على وجه الاعتياد كان يقيمان بالعراق كلاهما فأن القانون الواجب التطبيق هنا هو القانون العراقي لأنه يمثل الموطن المشترك لكليهما.
4- قانون الدولة التي تم فيها العقد: ففي حال تم إبرام عقد خصخصة أحد المصارف الحكومية عقد لخصخصته مع مستثمر أردني وابرم العقد في الامارات فأن القانون الواجب التطبيق هنا القانون الإماراتي لأنه قانون البلد الذي أُبرم فيه العقد.

ولكن على الرغم من أن النص السالف الذكر من المادة (25) قد ذكر الموطن المشترك أولاً، إلا أنه لا يعني ذلك حرفيا ، بل أنه قدم الإرادة الصريحة للأطراف ومن ثم في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية لطرفي العقد ، فيتم إعمال ضابط الموطن المشترك وفي حال عدم اتحاد الموطن فيصار إلى تطبيق قانون البلد الذي قد أُبرم فيه العقد.

أما بالنسبة لقانون الأستثمار العراقي رقم النافذ (13) لسنة 2006، فقد عالج مسألة القانون الواجب التطبيق من خلال المادة (27) الفقرة(1) منه، إذ نصت على :(تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه أجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق).وهو بذلك لم يخرج عن القاعدة العامة التي جاءت بها احكام المادة (25) من القانون المدني.

ولكن بناءً على ما تقدم يُثار تساؤل ما ، وهو :هل أن حرية الأطراف المتعاقدة لخصخصة مصرف ما في تحديد القانون الواجب التطبيق مطلقة أم مقيدة؟ للإجابة على هذا التساؤل فأن هنالك إتجاه من الفقه ومن ضمنه فقهاء أنكلترا يذهب إلى القول بأن حرية المتعاقدين بتحديد القانون الواجب التطبيق يجب أن تكون مقيدة بقيد وهو أن يكون القانون المختار ذا صلة بالعقد[1] أو أن يكون الأوثق صلة بالعقد،وهذا ما رأيناه واضحا في المادة (18) من القانون المدني الجزائري. وتبدو الأهميه أن يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الأوثق صلة بالعقد ، وعدم الاعتداد بالقانون المختار فيما لو اتضح أنه ليس القانون الاوثق صلة بالعقد ومن خلال ذلك يستطيع القاضي إستبعاد تطبيق القانون الذي أختاره أطراف العقد

1) د.هشام علي صادق، مصدر سابق، ص402.

إعمالاً بنظرية التحايل على القانون وإسناد العلاقة القانونية التي نشأ عنها النزاع للقانون الاوثق صلة بالعقد[1].

أما الإتجاه الفقهي الثاني ومن أنصاره القضاء الاميركي والفقه الاوربي ، إذ يقر هذا الإتجاه بالحرية المطلقة للمتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق وليس للقاضي الحق في تغيير القانون المختار في العقد بحجة القانون الاوثق صلة به ؛ لأن أنصار هذا الإتجاه يذهبون إلى الاكتفاء تحقيق مصلحة مشروعه وجديته للمتعاقدين في إختيار القانون الذي يحكم عقدهم بإن لا يهدد مصالح المتعاقدين ولا يمس بتوقعاتهم وهي الاهداف التي يسعى القانون الدولي لتحقيقها وحمايتها[2].

أما بالنسبة لما جاء في اتفاقية واشنطن 1965 في المادة (42) الفقرة الأولى: (تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من الأطراف، وفي حال عدم الاتفاق فأن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة...) ، ويتبين من هذا النص أن الإرادة هي المبدأ الأساس في تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أنه لم يتبين أذا كانت الإرادة صريحة أم ضمنية.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد كان موقفه واضحا من خلال نص المادة(25) السالفة الذكر، بالأخذ بالإتجاه الثاني والذي يؤيد الإرادة المطلقة لأطراف العقد، ومما يجدر بنا ذكره أن المشرع في قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل في نص المادة (297) قد أحال بشكل واضح عقود البيع إلى العقود النموذجية[3].

ونحن نؤيد الرأي الثاني لأن العقود التي تبرمها الدولة لتنفيذ الخصخصة والتحول من القطاع العام إلى القطاع الخاص، كبقية العقود الدولية تخضع لقانون الإرادة وبالتالي يحق للدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي من إختيار القانون الذي يحكم عقدهم والذي يرونه مناسباً لهم تحاشياً لأي مشاكل ممكن أن تُثار بالمستقبل.

---

1) مما يجدر الاشارة إلى أنه الفقيه باتيفول قد أخذ بهذا الاتجاه،حسام الدين برحايلي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، الجزائر،2016، ص14.

2) د. عكاشه محمد عبدالعال، العمليات المصرفيه الدولية- دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، مصر،2012، ص52.

3) نصت المادة(297) من قانون التجارة العراقي على أن : (يجوز للمتعاقدين فيما يتعلق بالشروط التفصيلية للبيع أن يحيلا إلى أحد عقود البيع النموذجية).

ثانياً/ الإرادة الضمنية

إذا لم يعبر أطراف العقد عن القانون المختار صراحةُ وجب على القاضي المعروض أمامه النزاع أستنباط إرادة الأطراف من العوامل المحيطة بالعقد ، ولذلك تسمى أيضاً بالإرادة الضمنية ، وقد أكدت غالبية التشريعات الخاصة بالقانون الدولي الخاص والفقه أيضاً على ضرورة البحث في إرادة المتعاقدين الضمنية ، ذلك لأنها تمثل إختياراً حقيقياً ولكن غير معلن[1]. ويتم إستخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين ضمن عدد من المؤشرات يتفق القضاء والفقه على الإستناد إليها ، التي تفيد أنصراف إرادة المتعاقدين إلى قانون معين كوجود شرط الثبات التشريعي أو شرط اللجوء للتحكيم أو قد يستخدم المتعاقدين لغةً معينة للكتابة تتجه إلى إخضاع عقدهم لقانون الدولة التي تم التعاقد بلغتها، أما المشرع الجزائري وكما أشرنا سلفاً في نص المادة (18) من القانون المدني ، بأنه لا يعتد الا بالإرادة الصريحة لأطراف العقد في إختيار القانون الواجب التطبيق وأشار إلى أن يطبق القاضي الضوابط الإحتياطية المنصوص عليها في المادة اعلاه من دون أن يشير إلى الإرادة الضمنية.

ومن إستقراء التطبيقات والقضايا التحكيمية في هذا النوع من العقود ، يتضح إتجاه المحكمين إلى إعتبار أن بعض الشروط إذا توافرت في العقد فأن نية أطرافها قد اتجهت لتطبيقه كوجود شرط التحكيم، مثلاً فهو يعتبر قرينة على إستبعاد إرادة المتعاقدين لتطبيق القانون الوطني للدولة التي هي طرف في العقد [2]، فلو فرضنا أنه تمت خصخصة أحد المصارف الحكومية ،و تم أدراج شرط التحكيم في حال حصل نزاع ما نتيجة تطبيق العقد إلى مركز التحكيم الدولي في قطر، فذلك يدل على أنصراف إرادة أطراف عقد الخصخصة المصرفية لتطبيق القانون القطري وإستبعاد تطبيق القانون الوطني (العراقي).

وقد ساوى القانون بين الإرادة الصريحة والضمنية بشرط أن يتأكد القاضي المعروض أمامه النزاع من ذلك من خلال وجود القرائن التي تكشف عن نية الأطراف الحقيقية لإختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم[3].وقد ساوت التشريعات الوطنية بين كل من الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين وهذا ما أكدته المادة(25) من القانون المدني العراقي إذ نصت على أنه: (مالم يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه) ،أما بالنسبة لإتفاقية واشنطن لعام 1965 فقد نصت في المادة (42) الفقرة (1) على أنه : (تفصل هيأة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون التي يتفق عليها الأطراف المتنازعة...) وبذلك

1) لبيك شوقي، تنازع القوانين في عقود الاستثمار، مصدر سابق،ص92.
2) د.جمال محمود الكردي، التنظيم القانوني للخصخصة في القانون المقارن والقانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص144.
3)أ. د. عبد الرسول عبدالرضا، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص340-341.

نلاحظ أن نص الإتفاقية جعل من الإرادة مبدأً لتعيين القانون الواجب التطبيق ولكنه لم يحدد أن كان يجب أن تكون إرادة الأطراف صريحة ام ضمنية يمكن استنتاجها من الظروف المحيطة للعقد.

مما يجدر الإشارة اليه أن المسألة لا تختلف من حيث إعمال مبدأ سلطان الإرادة في الخصخصة المصرفية التي تتم إلكترونيا إذ أن العقود التي يتم إبرامها عبر الأنترنيت تخضع لذات الشروط التي تخضع لها العقود التقليدية مع الفوارق[1] .

أن العمل المصرفي له طابع خاص ولأمكانية خصخصته لابد من بيع أسهم المصرف فما هو الطريق القانوني لذلك وما القانون الواجب التطبيق على الأسهم المتداولة؟ .

لقد جرى العمل على خصخصة المصارف في مصر وفرنسا من خلال تحويل شركة القطاع العام المساهمة إلى شركة مساهمة خاصة عن طريق بيع أسهمها ، وهذا ما أكد عليه نص المادة (73) الفقرة الثانيه من قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم (60) لسنة 1971 بأنه: (تتحول شركة القطاع العام إلى شركة مساهمة خاصة اذا اصبح الشخص العام غير مساهم فيها، وذلك بأن يتم بيع أسهمها بعد تحولها للأفراد). هذا النص جاء مشابهاً لما أوردته المادة (25) من قانون قطاع الأعمال رقم (203) لسنة 1991بأن للشركة القابضة بيع كل أو بعض أسهم الشركة التابعة لها بما يؤدي إلى خفض نسبة الشركة القابضة أو الاشخاص الإعتبارية وبنوك القطاع العام في رأسمالها عن 51% ، مما يؤدي إلى تحويل الشركة العامة إلى شركة خاصة ، بالتالي تخضع لأحكام قانون الشركات أو قانون الأستثمار[2].

وهذا فعلاً ما حدث عند خصخصة مصرف الأسكندرية في مصر من خلال طرح اسهمه للبيع فقد أجاز ذلك المشرع المصري رغبة من باللجوء إلى الخصخصة لكن وفقاً لشروط معينة، وقد تملكت شركة ساو باولو الأيطالية في البنك بنسبة 80% من أسهمه. بالتالي التساؤل يثار هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على هذه الأسهم ؟ .

لم تعترض المادة (24) من القانون المدني العراقي [3]، والمادة (18) من القانون المدني المصري الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الاموال سوى للاموال المادية ، وأغفلت بيان قاعدة الإسناد

---

1)هبه ثامر محمود، عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق،جامعة النهرين،2006،ص140-141.

2)احمد محمد محرز، مصدر سابق، ص113.

3) إذ نصت على :(المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى ، وبنوع خاص طرق أنتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يخص العقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الامر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده).

الخاصة بالاموال المعنوية والأسهم ، بذلك نتجه للإجتهادات الفقهية في هذا الأمر، إذ يرى الفقه [1]في هذا الأمر لضرورة التفرقة بين الأسهم الأسمية والأسهم لحاملها ، بالنسبة للأسهم لحاملها تخضع وفقاً للرأي الغالب إلى قانون الموقع الفعلي وقت تحقق السبب الناقل للحق الثابت فيه ،لكن يخرج عن نطاق قانون الموقع هذا العلاقة بين حائز السهم لحامله وبين الشخص المعنوي الذي أصدر السهم لأنه يخضع لأحكام القانون الذي يحكم الشخص المعنوي ذاته.

أما بما يتعلق بالأسهم الأسمية فأنها تختلف عن الأسهم لحاملها في أن الحق الثابت في الأسهم لا يندمج في الورقة فيرى الفقه[2] إخضاعها إلى قانون البلد الذي يوجد فيه مركز إدارة الجهة التي أصدرت السهم أصدرت السهم، إذ أن السهم هو حصة الشريك بالتالي يحكمه القانون الذي يحكم الشركة ذاتها، في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى إخضاعه إلى قانون مركز الإدارة الرئيسي[3].

أما في حالة وجود شركة أو مجموعة شركات ، مثل (بنك باري باس) الذي يمتلك عدداً من الفروع في الخارج ،كسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية، فأن المشتري لأسهم الشركة الأم يملك الرقابة والاشراف على الشركات التابعة لها دون الحاجة إلى إجراء خاص لنقل أسهم الشركات المتفرعة[4] .

ونستنتج مما سبق بأن للأطراف التعبير عن إرادتهم صراحةً أو ضمناً لتحديد القانون الذي يحكم عقدهم فالأصل هو الادارة في تحدي القانون الواجب التطبيق ، ولكن أتضح أن قواعد الإسناد التقليدية الأصلية غير كافية لحل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك لأن عملية الخصخصة المصرفية ذات طبيعة خاصة ولذا سوف نتناول بالبحث قواعد الإسناد الإحتياطية .

1) د. هشام صادق، مصدر سابق، ص822.
2) ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973، ص203.
3) مصطفى ياسين محمد الأصبحي، القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المتصلة بأسواق الأوراق المالية ذات الطابع الدولي، المكتب الجامعي الحديث، صنعاء، اليمن، 2010، ص53.
4) د.جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص118.

الفرع الثاني

القواعد التقليدية الإحتياطية

أقبلت التشريعات على تحديد ضوابط معينة تلجأ لها لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال غياب قواعد الإسناد الأصلية (الإرادة) وهي ضوابط إسناد إحتياطية يجب على القاضي التقيد بها وتحديد القانون الذي يحكم العلاقة العقدية وهي على نوعين:

أولاً/ الموطن المشترك

أشارت المادة (25) فقرة(1) من القانون المدني العراقي الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات العقدية وكذلك المادة (18) من القانون المدني الجزائري و(19) من القانون المدني المصري إلى ضرورة الأخذ بالإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين استناداً لمبدأ سلطان الإرادة ، لكن من ناحية آخرى فقد ألزمت هذه المادة القاضي المعروض أمامه النزاع في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية إلى اللجوء إلى قواعد إسناد إحتياطية على سبيل التدرج إذ نصت على أن : (يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا...) فلو أن مصرفاً حكومياً قد ابرم عقد بيع لجزء من أسهمه إلى مستثمر أجنبي وهذا المستثمر أردني الجنسية ولكن موطنه العراق فأن القانون الواجب التطبيق هنا هو القانون العراقي بإعتبار أنه الموطن المشترك للمتعاقدين ،ويبدو أن سبب إختيار ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين وليس الجنسية مثلاً ؛ لأن الموطن لكلا العاقدين معلوم ومن الممكن بسهولة معرفته وليس كالجنسية التي ممكن أن تكون مجهولة للطرفين ويبدو أيضا أن المشرع قد فرق بين حالتين فقد حصر إختيار ضابط الموطن بشرط أن يتحد العاقدين موطناً فإذا لم يتحدا موطنا فأن هنالك ضابط آخر سوف يتم الإسناد اليه بالتدرج وهو ضابط البلد الذي أبرم فيه العقد (أي محل العقد) ، ومن الجدير بالذكر أن الأخذ بضابط إسناد الموطن المشترك للمتعاقدين لأنه يعد الأكثر إستجابة لحاجة المتعاقدين وبإعتباره المكان الذي يُنشئ فيه الأطراف علاقتهم العقدية ويباشرون معاملاتهم لذا فمن الطبيعي أن يخضع أطراف العقد لقانون البلد الذي هو الموطن المشترك لهم[1].ولكن التساؤل يُثار هنا ما إذا كان عقد الخصخصة المصرفية قد أُبرم إلكترونيا فهل يمكن الأخذ بضابط الموطن المشترك للمتعاقدين؟ .

1) ثامر داوود الشافعي، المعأيير المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة كربلاء،2015،ص57.

أن المشرع العراقي عندما أخذ بمعيار الموطن المشترك للمتعاقدين قد أغفل عن طبيعة العقود الإلكترونية الدولية ، فلو أن عقداً ما قد ابرمه المتعاقدان من الأقليم ذاته فلا اشكالية في ذلك لأنها من الاقليم ذاتهِ فمن المؤكد أن تنصرف إرادتهم لتطبيق قانون هذا الاقليم ، لكن في مجال العقود الإلكترونية نجد من الصعوبة تحديد الموطن المشترك لكلا المتعاقدين لأن هذا الضابط لأيمكننا من تحديد القانون الواجب التطبيق إذا ما كان المتعاقدين من موطنين مختلفين[1].

ثانيا/ ضابط محل إبرام العقد

لقد أخذ المشرع العراقي في المادة (25) الفقرة (1) من القانون المدني العراقي بضابط محل إبرام العقد وكما يأتي : (يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا ما اتحدا موطنا، أما إذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه). وبذلك فأن ضابط محل إبرام العقد يأتي بالمرتبة الثالثة ضمن الترتيب لقواعد الإسناد إذ يبدأ القاضي بإعمال الإرادة العقدية للطرفين سواءً كانت صريحة ام ضمنية ، ومن ثم إذا غابت الإرادة يلجأ إلى إعمال ضابط الموطن المشترك إذا كان المتعاقدين من موطن واحد وإذا لم يتوفر كل ما سبق فيلجأ إلى إعمال هذا الضابط (محل إبرام العقد) ، وهو يوافق أيضا ما جاء به المشرع المصري في المادة (19) وكذلك المشرع الجزائري في المادة (18) من القانون المدني مع فارق أن المشرع الجزائري لا يلجأ إلى البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين بل يكتفي بالإرادة الصريحة ومن ثم إعمال ضابط الموطن المشترك ومن بعدها إعمال ضابط محل إبرام العقد ، ففي حال ابرم مصرفاً (القطاع العام) عقدا لخصخصته مع مستثمر أجنبي أردني الجنسية مقيم في الامارات وقد ابرم العقد هناك فأن لا مشكلة هنا من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد إذ أنه يمكن للقاضي وبسهولة إعمال ضابط إسناد محل إبرام العقد وبذلك سوف يخضع النزاع للقانون الإماراتي لأنه البلد الذي تم إبرام العقد فيه، ولكن المشكلة تُثار عندما يُبرم العقد إلكترونيا هنا يصعب على القاضي تحديد مكان إبرام العقد أو البلد الذي أُبرم فيه العقد ،وذلك لأنه في بعض الاحيأن يكون مكان إبرام العقد مجرد صدفة إذ يلتقي المتعاقدين يقطن كل منهم في دولة مختلفة عن الآخر في مكان ما لإبرام العقد ليس له صلة بتنفيذه ابداً ومن ناحيه آخرى فأن غالبية العقود الدولية يتم إبرامها عن طريق المراسلة وبذلك فأنه من الصعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها لأنه من الصعوبة تحديد مكان إبرام العقد ولاسيما

1)هبه ثامر محمود، عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص142.

مالاحظنا من إختلاف الدول في تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني فمنها من أخذ بدولة ارسال الأيجاب ومنهم من أخذ بدولة مكان القبول ومنهم من أخذ بدولة المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول[1].

والتساؤل الذي يُثار هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصخصة في حال تم بيع أصولها (عقار، منقول)؟ .

أجمع كل من المشرع العراقي في المادة (24) من القانون المدني، والمشرع المصري في المادة (18) على قاعدة خضوع المال لقانون موقعه ،وهذا ما نراه واضحاً فيما يخص العقود التي أُبرمت من قبل بنك الأسكندرية في مصر والذي تمت خصخصته من قبل شركة ساو باولو الأيطالية بإخضاع جميع التصرفات القانونية الواردة على العقارات الموجودة في مصر للقانون المصري بإعتباره قانون موقع[2].

وما نود أن ننوه عنه هو أن ضابط محل إبرام العقد قد لا يلائم الخصخصة المصرفية ؛لأنه قد يكون محل إبرام العقد في دولة ما مختلفة عن مكان تنفيذ العقد وبذلك فمن الاجدر تعديل هذه الفقرة واستبدال ضابط محل إبرام العقد (بلد إبرامه) بمحل تنفيذه ؛ لأن محل الإبرام قد يكون فقط لأنشاء الإلتزامات العقدية دون تنفيذها. بالتالي يتضح لنا بأن قواعد الإسناد الأصلية (الإرادة) والقواعد الإحتياطية (الموطن المشترك،محل إبرام العقد) أو تنفيذه كما اقترحنا، لا تفي بالغرض وذلك لأن الواقع العقدي اختلف فلم تعد العقود تتسم بالتقليدية بالاخص العقود الدولية التي يدخل فيها طرف أجنبي كمستثمر لاسيما إذا ما تم إبرامها عن طريق الأنترنيت فأن هذه الوسيلة قد فتحت الكثير من الافاق التجارية الدولية لا يمكن للقواعد التقليدية الاستجابه لها ومجاراتها.

1) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية، الاسكندرية، دار المعارف، مصر،1995، ص420.
2) على موقع الشبكة المعلوماتية الانترنت www.alexbank.com ، تاريخ الزيارة، 2021/5/1، 9م.

المبحث الثاني

الإتجاهات غير التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخصخصة المصرفية

نتيجةً للتطور الحاصل في العلاقات التجارية الدولية والتغييرات التي طرأت عليها إذ تنوعت وتعددت الأنماط للعقود الدولية ، وأن الخصخصة المصرفية التي يكون طرفها مستثمراً أجنبياً لها طابع خاص ولم يعد لقواعد الإسناد التقليدية أن تتماشى مع هذا التطور ، لذا أصبح من الضروري البحث عن قواعد تسأير هذا التطور الذي لحق العقود الدولية بشكل عام وعقود الخصخصة المصرفية ذات الطرف الأجنبي بشكل خاص ،ونظرية الأداء المميز من النظريات الحديثة في مجال إسناد العقود الدولية الخاصة فهي ظهرت لتضع تصوراً مختلفاً لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية والاوثق صلةً بها ، بعيداً عن قواعد الإسناد التقليدية ، فهو يعد من ضوابط الإسناد الإحتياطية التي من الممكن اللجوء اليها لتحديد القانون الذي يحكم العقد إذا ما غابت إرادة الأطراف عن تحديده ، وسوف نبين فحوى النظرية أيضاً ، كما نبحث في إتجاهات آخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق على الخصخصة المصرفية بإعتبارها عقود لها خصوصيتها، وتعد هذه القواعد (الموضوعية) من القواعد الآمرة ، التي يتوجب على القاضي الذي عرض النزاع عليه أن يتحرى عنها عند تسوية النزاع لأنها من القواعد ذات التطبيق الضروري ، إذ أن لها الأولوية في التطبيق على قواعد الإسناد لكن بشرط أن يكون لها صلةً وثيقةً بالعقد موضوع النزاع، ويرى جانب من الفقه أن تطبيق قوانين الخصخصة على كل عقد مبرم بشأن تنفيذ الخصخصة بشكل مستقل عن القانون الواجب التطبيق على العقد ذاته ، و مما لاشك فيه أن قوانين الخصخصة التي تتعلق بتحديد سعر بيع المشروعات أو الأسهم وما إلى ذلك تندرج ضمن قائمة القواعد الموضوعية [1]، ولتوضيح مدى سلامة هذا الرأي ومدى امكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصخصة من خلال القواعد الموضوعية ، لذا قسمنا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول منه الإتجاهات غير التقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال غياب الإرادة ، والمطلب الثاني خصصناه للقواعد ذات التطبيق الضروري.

1) د.جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص145.

المطلب الأول

الإتجاهات غير التقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال غياب الإرادة

تخضع العقود بالأصل لقانون الإرادة ، أي تخضع للقانون الذي يختاره الأطراف لتطبيقه على العقد المبرم بينهم، وفي حال غياب إرادة المتعاقدين أو إغفال الإرادة العقدية للاطراف وعدم تمكن القاضي أو المحكم الوصول إلى الإرادة الضمنية للعاقدين ، هنالك عدة إتجاهات حديثة يتم اللجوء إليها لتحديد القانون الواجب التطبيق، لذا سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، نتناول في الفرع الأول نظرية الأداء المميز، وفي الفرع الثاني تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار ، وفي الفرع الثالث تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية.

الفرع الأول

نظرية الأداء المميز

أن هذه النظرية تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الخاصة ، وذلك من خلال الإعتماد على توزيع الإسناد وتجزئته[1].

إذ تقوم فكرة هذه النظرية على تفريد معاملة العقد ،إذ يتم تقسيمه إلى طوائف حسب وزن القانون والأهمية الواقعية للأداء أو الإلتزام الجوهري ، ولما كان الأداء الجوهري للعقود الدولية الخاصة يختلف من عقد لآخر ، بالنتيجة سوف يختلف القانون الواجب التطبيق على كل عقد من العقود حسب الإلتزام الجوهري أو المميز له ، وهذا معناه أن يتم تحديد القانون الأكثر صلة بالعقد من خلال عوامل من داخل العقد وليس عوامل آخرى ليست الأوثق صلة به [2].

تتحمور فكرة الأداء المميز على أنه في أي علاقة قانونية يُفرض على أطرافها العديد من الإلتزامات تختلف من طرف لآخر، فكل طرف ملزم بأداء معين يختلف عن غيره ألا أن أحد هذه الأداءات هو الذي يميز هذا العقد أو العلاقة عن غيرها ، فهو يعد الوسيلة الملائمة لربط العقد بمكان معين أكثر ملائمة دون غيره عن طريق تركيز العقد في دولة معينة[3]. بالتالي فأن القانون الواجب تطبيقه على العقد هو قانون الدولة التي يتم تنفيذ الالتزام الرئيسي فيها أو قانون الدولة التي يتم الأداء المميز فيها.

---

1) د.حفيظه السيد حداد، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين، مصدر سابق، ص381.
2) نورس عباس العبودي، الاداء المميز واثره على عملية الاسناد،دار السنهوري،بيروت،لبنان،2016،ص23.
3) ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الاجنبي، مصدر سابق،ص103.

وقد أكد بعض من الفقهاء على عدم أمكانية وضع تعريف لهذه النظرية ، ولايمكن صياغة قاعدة عامة تجمع كل أشكال الأداء المميز ؛ لأن الأمر قائم على تقسيم العقود إلى طوائف بعد تحليلها للوقوف على خصائصها ، ومن ثم تحديد الالتزام الجوهري في كل منها بغية الوصول إلى الأداء الذي يمكن تسميته مميزاً لنبحث عن صاحب هذا الأداء أي المدين به ، ثم نطبق محل إقامته [1]،والمقصود بمحل إقامة الشخص هو موطنه، وقد عرفت المادة (42) من القانون المدني العراقي الموطن بأنه: (المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة دائمية أو مؤقتة...).

ومن الملاحظ على هذا المنهج أنه يتسم بالمرونة ، لأنه يقسم العقود إلى مجاميع ثم يحللها لإستنتاج الأداء الجوهري والمميز الذي ممكن أن يكون أحد أطراف العقد الدولي الخاص مديناً بتنفيذه ، وبالتالي يتم تطبيق قانون محل إقامة هذا الطرف المدين بالأداء المميز ، ومن جانب آخر يلاحظ أنه يضع معياراً واضحاً ومحدداً من خلاله يتم الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي فأنه يخرج بنظام جديد لتحديد القانون الواجب التطبيق يتسم بالمرونة بعيداً عن قواعد الإسناد التقليدية ،ولابد من الإشارة إلى أن منهج الأداء المميز لا يمكن الأخذ به في العقد الدولي الخاص إلا في حال تغيب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين [2].

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد أعترف بالأداء المميز، وذلك أنه جعل من تسليم المبيع في عقد البيع هو الأداء المميز بالتالي أجاز للبائع حبس المبيع إذا لم يتسلم الثمن ، ووضح ذلك من خلال نص المادة (575) الفقرة (2) من القانون المدني العراقي بأن: (ويجب على المشتري أن ينقد الثمن أولاً في بيع السلعة بالنقد إذا احضر البائع السلعة...)[3].يتفق هذا المنهج ما تتبعه المحاكم في الدول الأنجلوسكسونية كوسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي يُثار النزاع بشأنها في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين ،وبالرغم من المرونة التي يتسم بها هذا المنهج والذي يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ،والذي يكون الاوثق صلة بالعقد و من شأنه أن يحقق العدالة لكن اغلب التشريعات لم تأخذ به .

ومثال ذلك تقوم الدولة بإبرام عقدٍ لخصخصة مصرف حكومي مع مستثمر أردني في دولة الامارات فما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة؟

1) د. د. عكاشه عبدالعال، العمليات المصرفية، مصدر سابق، ص71.
2) د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص447.
3) نورس عباس العبودي، مصدر سابق، ص60.

للإجابة على هذه الفرضية لا بد أولاً من الإشارة إلى أنه لا مشكلة تُثار إذا ما أتجهت إرادة المتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق سواءً كانت هذه الإرادة صريحةً ام ضمنية ،ولكن في حال غياب الإرادة للمتعاقدين فهنا يلجأ القاضي إلى إعمال مبدأ الأداء المميز إذ يبحث القاضي في عقد الخصخصة محل النزاع وماهي الصفة التي تميزه فيها عن باقي العقود ، وهنا ما يميز الخصخصة المصرفية كونها محل إستثمار من قبل مستثمر أجنبي ، بالتالي يحدد من هو المدين بهذا الأداء المميز وهو المستثمر الأجنبي (المستثمر الاردني) ، إذ أنه مدين بالأداء المميز للخصخصة المصرفية ويقوم القاضي بتحديد محل أقامة هذا المدين بالأداء المميز ، وكما فرضنا فأن محل إقامته هو الأمارات بالتالي يطبق على هذا النزاع القانون الإماراتي إعمالاً بنظرية الأداء المميز فالامارات هي محل اقامة المدين بلاداء المميز في الخصخصة المصرفية، وكذلك الحال لو كانت الخصخصة المصرفية إلكترونية فأن القانون الواجب التطبيق وفقاً لنظرية الأداء المميز سوف تثير بعض الالتباس حول مدى أمكانية تحديد محل اقامة المدين بالأداء المميز ، فلابد من تحديد ذلك بشكل دقيق وحتى النظريات التي وضعت بهذا الشأن وضعت لتحديد مكان العقد وليس محل اقامة المدين المعتاد.

ومن وجهة نظرنا نفضل إتباع منهج الأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق على الخصخصة المصرفية ، بالرغم من عدم امكانية اغفال الإرادة للمتعاقدين في مثل هكذا عقود تتسم بخصوصيتها وحساسيتها فأن هذا المبدا هو الاجدر بالتطبيق في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية ونرى بأمكانية الخروج من الجمود للقواعد التقليدية للإسناد واللجوء إلى تطبيق المادة (30) من القانون المدني العراقي والتي تنص على : (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الأكثر شيوعاً)،والذي يعتبر الأداء المميز شكلاً من اشكالها.

هذا وقد ظهرت العديد من الإتجاهات الفقهية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الخصخصة المصرفية عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين ، التي تعتبر من قبيل القوانين الأوثق صلة بعقود الخصخصة المصرفية ، سوف نحاول توضيح هذه الإتجاهات .

الفرع الثاني

تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار

يذهب جانب من الفقه إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار على النزاع القائم بسبب خصخصة المصارف حتى في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية عنه ، إذ أن أغلب العقود التي تبرم بين الدول وطرف أجنبي تطبق قانون الدولة المتعاقدة حتى ولو لم تشير إلى ذلك صراحةً ، فهنالك بعض العقود تتضمن شروطاً من خلالها يتضح بأن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المضيفة للإستثمار كشرط الثبات التشريعي أو شرط تجميد العقد ، التي تلزم الدولة بعدم اجراء أي تغيير كأصدار تشريعات جديدة تمس بالعقد ، وبالتالي فأن مثل هكذا شروط لايتم النص عليها إلا في حال كان القانون المطبق على العقد هو قانون الدولة المضيفة للإستثمار[1].

ويمكن أرجاع السبب في ذلك إلى عدد من المبررات وهي:

أن تكييف عقود الخصخصة المصرفية بأنها عقوداً إدارية بالتالي من غير الممكن إخضاعها لغير القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار ؛ لأن أصحاب هذا الجانب من الفقه يستندون إلى مبدأ سيادة الدولة على أقليمها بالتالي لا يمكن تطبيق قانون آخر غير قانونها الوطني وأيضا هنالك مبرر آخر لذلك ، وهو أن الخصخصة المصرفية يتم تنفيذها في اقليم الدولة المضيفة للإستثمار وارتباطها بالأهداف الإقتصادية التي تهدف إلى تحقيقها نتيجة خصخصة مصارفها وأمور آخرى تتعلق بالمصالح العليا للدولة[2].

ومثال ذلك القضية الشهيرة (أرامكو) طرفاها كل من المملكة العربية السعودية ،وشركة Arabian American oil company (Aramco) ، إذ قررت هيأة التحكيم إستبعاد تكييف العقد بأنه أداري مستندة إلى أن القانون السعودي المستمد من القانون الاسلامي لا يعرف فكرة القانون الدولي العام ، ولا القانون الاداري كما هو سائد في القانون الفرنسي ، كما أن عقد امتياز (أرامكو) يعد من طائفة العقود غير المسماة ، ولا يمكن أن يندرج ضمن الطوائف القانونية في العقود[3].

---

1) د.حفيظه السيد حداد، مصدر سابق، ص414.
2) د. بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي الخاص ، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص151.
3) ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الاجنبي،المصدر السابق،ص128.

وقد أيدت إتفاقية واشنطن 1965هذا الإتجاه ، إذ نصت على أن: (تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المتفق عليها من قبل الأطراف في حالة عدم وجود مثل هكذا اتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة...)[1] .

مما يؤخذ على هذا الإتجاه أن الطبيعة القانونية للخصخصة المصرفية ليست واحدة ، فأحياناً يكيفها البعض على أنها من عقود القانون العام كون الدولة طرفاً فيها ، وفي الأحيان الآخرى تُكيف على أنها من عقود القانون الخاص، ولكن في الحقيقه أن الخصخصة المصرفية ذات طبيعة خاصة ليست تابعة للقانون العام وليست أيضا من العقود الخاصة.

الفرع الثالث

تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية

أن لأنصار هذا المذهب رأياً مختلفاً ، فهم لم يجدوا ضالتهم في القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار ،ولا قواعد القانون الدولي العام ، فذهبوا للبحث عن نظام قانوني يحكم النزاع المعروض امام القاضي يكون أكثر ملائمة حسب وجهة نظرهم في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف عقد الخصخصة المصرفية، ويرى اصحاب هذا الإتجاه بأن قواعد قانون التجارة الدولية هو القانون الذي يحكم العلاقة الناشئة عن خصخصة المصارف في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين[2].

وهذا سيكفل المزيد من الحماية لمصالح المتعاقدين ، على إعتبار أن قواعد قانون التجارة الدولية هي مجموعة من القواعد عبر الدولية مستقلة عن القواعد الوطنية (التشريعات الداخليه) ، كذلك مستقله عن قواعد القانون الدولي العام ، مصدر هذه القواعد الاعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي استقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي[3].

وعلى الرغم مما تقدم فأنه على ما يبدو أن قواعد التجارة الدولية غير كافية لتغطية العديد من المسائل الخاصة بالخصخصة المصرفية ، لاسيما أن عملية خصخصة القطاع العام بوجود طرف أجنبي تكون

1) براغثه امنه،العقون نريمان، تسوية منازعات الاستثمار امام المركز الدولي لواشنطن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة 08مأي1945قالمه ،2014،الجزائر، ص86.
2) شيماء محمد شلتاغ،القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة مع الاشخاص الاجنبية ،رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005، ص96.
3) غسان عبيدمحمد، عقد الاستثمار الاجنبي للعقار(دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل،2006، ص132.

بدرجة كبيره من الخطورة والحساسية ، كما أن هذه القواعد لا تنظم اموراً كثير كالاهلية اللازمة للأطراف ، والتقادم المسقط ، والفوائد التاخيريه ، وما إلى ذلك ، بالتالي اللجوء إلى هذه القواعد يعتبر من الحلول السيئة لما لهذه العملية (الخصخصة المصرفية) من خصوصية بالنسبة للدولة الطرف فيها والتي لا يتصور لقواعد التجارة الدولية أن تراعيها[1].

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد عالج ذلك في المادة(49) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 ، إذ نصت على أنه : (1- يسري على النظام القانوني للاشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز الإدارة الرئيسي الفعلي.

1- ومع ذلك إذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيسي في العراق فأن القانون العراقي هو الذي يسري).

يتضح من النص أعلاه بأنه إذا باشر المستثمر الأجنبي نشاطه الأستثماري في العراق فأن قانون الدولة المضيفة للإستثمار هو الذي سيطبق سواءً كان المستثمر شخصاً طبيعياً أم معنوياً ، وسواءً كان مركز إدارة الشخص المعنوي الأجنبي داخل أو خارج العراق لكن هنالك حالات إستثنائية تخرج عن هذه القاعدة إذا ما كان المستثمر الأجنبي يحمل أكثر من جنسية وكما يأتي:

1- إذا كان للمستثمر الأجنبي أكثر من جنسية ولكن من بين هذه الجنسيات ،جنسية الدولة المضيفة للإستثمار ، ففي هذه الحالة سوف نطبق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار والتي تعتبر موطناً للمستثمر .
2- إذا لم يكن المستثمر الأجنبي يحمل من بين الجنسيات المتعددة جنسية الدولة المضيفة للإستثمار، ولو أن نزاعاً قائماً بمسألة متعلقة بأهلية المستثمر ففي هذه الحالة يطبق نص المادة (18) من القانون المدني العراقي الفقرة (1) ، التي نصت على أنه: (الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته).

التساؤل يثار هنا لو أن مصرف ممثلاً القطاع العام (الدولة) أبرم عقدا مع شخص معنوي وهو مستثمر أجنبي ولديه شركة إستثمارية لتنفيذ برنامج الخصخصة عليه ، قد ثار نزاع ما نتيجة لتنفيذه فأن القانون الواجب التطبيق هنا هو القانون العراقي وفقاً للمادة(40)لأنه يعتبر قانون البلد الذي يمارس فيه الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيسي فيها ، ولكن في حال ثار نزاع ما بخصوص

1) د.حفيظه السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية ، دارالفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر،2001، ص813.

مسألة تحديد الأهلية اللازمة للمستثمر الأجنبي فأن القانون الواجب التطبيق عليها هو القانون الذي ينتمي إليه ألمستثمر بجنسيته إعمالا لنص المادة(18) من القانون المدني العراقي.

وهنالك بعض الدول وأيماناً منها باهمية الأستثمار الأجنبي وماله له من دور في جمع رؤوس الاموال وتحقيق التنمية الإقتصادية فأن هذه الدول المضيفة للإستثمار تبادر بمنح جنسيتها للمستثمر الأجنبي ، وبهذه الحالة سوف يطبق قانون البلد المضيف للإستثمار بإعتباره القانون الوطني للمستثمر والتي يطلق عليها مصطلح (الجنسية الإقتصادية) أو (الجنسية الأستثمارية) وهو نظام متبع في تركيا وكندا واستراليا أيضا[1].

وبناءً على ذلك أن المبدأ الأساس في تحديد القانون الواجب للتطبيق هو مبدأ سلطان الإرادة فمتى ما توافرت الإرادة سواءً كانت صريحةً أم ضمنيةً فلا يجوز الأخذ بغيرها ، ولكن في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية يلجأ القاضي إلى طرق آخرى عديدة يتبعها للوصول من خلالها إلى القانون الواجب التطبيق ،الذي يكون أكثر ملائمة وأكثر ارتباطاً بالعقد من خلاله يمكن أن تتحقق مصالح كل من الطرفين دونما المساس بحقوق أي منهما على حساب الآخر، ونحن ومن وجهة نظرنا المتواضعة نرى بأن القانون الأكثر ملائمة لتطبيقه في حال ما حصل نزاع ما نتيجةً لتطبيق أحدى برامج الخصخصة المصرفية هو قانون الدولة المضيفة للإستثمار ؛ لأنه يكون أكثر ارتباطاً بالعقد وحتى في حال كان العقد إلكترونيا فأن إعمال هذا المبدأ (قانون الدولة المضيفة للإستثمار) هو الأنسب وفقاً لرأينا والأكثر ملائمة للمصارف المخصخصة، مع الإشارة إلى ضرورة الأخذ بنظام الجنسية الأستثمارية أو الإقتصادية تشجيعا للإستثمار الأجنبي من جانب وما يعكسه من استقرار في المعاملات من الجانب الآخر في حال قيام نزاع ما وتم عرضه على القاضي الوطني فأنه لا يحصل هنالك ارباك بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق ، وتم تطبيق ذلك عند خصخصة بنك الأسكندرية في مصر فبالرغم من أن شركة ساو باولو الأيطالية تمتلك 80% من أسهمه ألا أن القانون الواجب التطبيق عليه وعلى العمليات المصرفية التي يقوم بها هو القانون المصري وكما سنوضح لاحقاً.

1) أ. د. نظام جبار طالب، احمد محمد فاضل، التنظيم القانوني للجنسيه الاقتصادية، المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي الاول لطلبة الدراسات العليا في كليات القانون، بالتعاون مع جامعة بتسبيرغ، الولايات المتحده الامريكيه،14-15، ت،2020،ص330.

المطلب الثاني

القواعد الموضوعية ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على المصارف المخصخصة

تعرضت فكرة تنازع القوانين والمنهج التقليدي لقواعد الإسناد لهجمة من قبل الفقهاء مبررين ذلك بإفراط هذا المنهج في دوليته ناتجاً المساواة بمعاملته للقانون الوطني والقانون الأجنبي ، فوجدت قواعد تنافس قواعد التنازع ، بل أنها المنافس الوحيد لها وفقاً لرأي بعض الشراح وهي القواعد ذات التطبيق الضروري[1].

أن من المتعارف عليه تسمية هذه القواعد بالقواعد الموضوعية ، وهنالك جانب من الفقه ذهب إلى التسوية بين تسميتها بالقواعد الموضوعية أو المباشرة ، والإختلاف أو التعدد في التسميات جاء نتيجة للقانون الذي أنشأ بسببها ، فالقانون أما موضوعي أو إجرائي ، وعام وخاص أيضاً[2].

وللبحث في مسألة القواعد الموضوعية بشيء من الدقة فقد قسمنا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول منه لبيان مفهوم القواعد الموضوعية، أما الفرع الثاني فنخصصه لبيان مصادر القواعد الموضوعية.

الفرع الأول

مفهوم القواعد الموضوعية

أن للقواعد الموضوعية العديد من التسميات ، منها القواعد ذات التطبيق المباشر أو قوانين البوليس أيضاً ، وهي مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني تكون بالغة الأهمية بالنسبة للدولة التي شرعتها لدرجة أنه لا يمكنها الدخول في منافسة مع القوانين الأجنبية ، لذلك يتعين تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون الحاجة إلى إعمال قاعدة الإسناد دون الحاجة إلى النظر إلى تصنيفها من القانون العام أو الخاص[3].

1) د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص771.
2) ليندا جابر، مصدر سابق،ص166.
3) د. عكاشه عبدالعال،العمليات المصرفية الدولية، مصدر سابق،195.

أولاً/تعريف القواعد الموضوعية

لقد وضعت العديد من التعريفات لتوضيح ما المقصود بالقواعد الموضوعية وعلى قدر تعدد تسمياتها تعددت التعريفات الواردة بشأنها، منها : (أنها مجموعة من القواعد المستقاة من مصادر متعددة ، والتي تتمثل بتنظيم قانوني يشتمل على حلول مباشره وذاتيه لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانوناً مستقلاً عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة)[1].

ومن الواضح من التعريف اعلاه أن هذه القواعد تعطي حلولاً مباشرةً للنزاع دون الحاجه إلى الرجوع إلى قواعد التنازع والبحث في أيهما أكثر ملائمة للنزاع المعروض، فالقواعد الموضوعية تنبثق من عدة مصادر ، لكنها تتميز بكونها تعطي حلولاً خاصةً بها تتميز بها عن غيرها ، التي وضعت خصيصاً لأجل حل النزاعات التي نشأت عن هذه العلاقة بالتحديد[2].

وتُعرف القواعد الموضوعية أيضاً بأنها: (هي مجموعة من القواعد القانونية التي تتكفل بوضع تنظيم مباشر للروابط القانونية يستوي في ذلك الروابط الوطنية أو الدولية)[3].

ونستنتج من ذلك أن القواعد ذات التطبيق الضروري أبرزت بشكل واضح أن نطاق تطبيق بعضاً من القواعد القانونية لا يمكن أن يكون بطريقة مزدوجة كما في المنهج التقليدي لقواعد الإسناد ، إذ أنها تطرح في وقت واحد إمكانية تطبيق قانون القاضي والقانون الأجنبي، ويرجع ذلك إلى أن منهج الأسناد التقليدي لا يمكنه أن يتلائم مع بعض النظم القانونية الحديثة التي لا يسري بشأنها سوى القانون الوطني للقاضي[4].

وقد عرفت الباحثة القواعد الموضوعية بأنها : (هي مجموعةً من القواعد التي وضعها المشرع لتعطي حلولاً فوريةً ومباشرةً للتنازع والتي تعطي حلولاً ذاتيةً مختصة بنظام معين دون غيره ، لها العديد من المصادر الوطنية والدولية ،ولها العديد من التسميات تصب كلها في ذات الفكرة دون الحاجه للجوء إلى قواعد الإسناد).

1) د. احمد عبدالكريم سلامه، مصدر سابق، ص267.
2) محمد عبدالله محمد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنه الثامنة، 2016، ص244.
3) د. بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، مصر، 2016، ص94.
4) د. عكاشه عبدالعال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص535.

ثانياً/ خصائص القواعد الموضوعية

هنالك جملة من الخصائص تتمتع بها القواعد الموضوعية والتي تميزها عن قواعد الإسناد والتي تمثل الجانب الأيجابي لهذه القواعد وهي كالتالي:-

أولاً/ القواعد الموضوعية قواعد مباشرة، وتتصف بذلك كونها تقدم حلولا مباشرة للنزاع المعروض دون الحاجة إلى اللجوء لقواعد الإسناد، مستبعدة الوساطة بين القاضي والقانون الواجب التطبيق، إذ بإمكان الاخير تطبيقها مباشرة وسهولة العلم بها بشكل مسبق ، بالتالي يحفظ التوقعات من قبل الأطراف المتعاقدة بأعتبار أن إحترام توقعات المتعاقدين من الأهم اهداف القانون الدولي الخاص المعاصر[1].

ثانياً/القواعد الموضوعية قواعد وطنية ذات طابع دولي ؛ لأنها أساساً موجوده في النظام الداخلي كقواعد ذات تطبيق دولي وبرز ذلك نتيجة لأنها وضعت خصيصاً لتحكم العلاقات التجارية الدولية وتتلائم معها ، إذ يتم صياغتها بشكل ينسجم مع العلاقة ذات الطابع الدولي ،حتى ولو كانت بعض عناصرها وطنية مادام أحد اطرافها دولياً، ولو كانت أحد اطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام [2]، وتلبي حاجة العقود الدولية التي تتسم بالسرعه والائتمأن وتوقع الحلول ، ومثال ذلك قوانين الأستثمار وقوانين الخصخصة ذات الطرف الأجنبي.

ثالثاً/القواعد الموضوعية قواعد نوعية

تتصف القواعد الموضوعية بكونها نوعيه [3]؛ لأنها تخاطب نوعاً معيناً من الأفراد والمتعاملين ضمن عقود تجارية دولية ، وتتسم بكونها نوعية لأنها تضع حلا لنوع معين من المشكلات التي تنشأ نتيجة للتعاملات التي أحد أطرافها عنصر أجنبي .

1) د.عبدالرسول عبدالرضا، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، العدد2، 2016، ص 245.
2) د. بلاق محمد، مصدر سابق، ص92.
3) د.عبدالرسول عبدالرضا، مصدر سابق، ص245.

الفرع الثاني

مصادر القواعد الموضوعية

أن التطور الذي حدث أثر على العلاقات الدولية ، إذ من خلاله أدى إلى إتساع ونشوء الكثير من العلاقات الجديدة في إطار القانون الدولي الخاص ، ونتيجةً لذلك أصبح القانون الدولي الخاص يشتمل على القواعد الموضوعية إلى جانب وجود قواعد الإسناد ، التي تهدف لحل النزاعات القائمة نتيجة لوجود طرف أجنبي في العلاقة ، وتعدد القوانين التي من الممكن أن تحكمها.

تتناول القواعد الموضوعية وضع حلولاً مباشرةً للعلاقات الدولية ،لكن على الرغم من تعدد مصادر نشوء هذه القواعد ألا أن أساليب نشأتها تنحصر بألاساليب الداخلية والدولية.

ومما لاشك فيه فأن من المصادر الداخلية للقواعد الموضوعية هي التشريعات ، إذ أن المشرع الوطني يقوم بوضع العديد من القواعد الموضوعية التي من شأنها أن تحكم طائفةً من العقود التجارية الدولية ، إضافة لذلك فقد تكون القواعد الموضوعية من صنع القضاء فيكون مصدرها قضائياً.

ومن ناحية آخرى فأن مصادر القواعد الموضوعية لا تنحصر بالمصادر الداخلية ، بل أن لها مصادراً دوليةً تتمثل بالمعاهدات وغيرها وسنوضحه كالتالي:

أولاً/ القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي

أن القواعد الموضوعية وضعت أساساً لمواجهة الحياة الدولية ، ومع ذلك فقد لوحظ أن وضع هذه القواعد من قبل المشرع الوطني فأنه يجعلها تتأثر بالمصالح الوطنية بالرغم من أنها وضعت أساساً لرعاية إعتبارات دولية.

هنالك عدداً من المصادر الدولية للقواعد الموضوعية وهي كما يلي:-

1- ألإتفاقيات الدولية: وتعتبر الإتفاقيات الدولية من الأهم مصادر القواعد الموضوعية في إطار القانون الدولي الخاص ؛ لأنها تهدف إلى وضع تنظيم مباشر للعقود المرتبطة بالتجارة الدولية ، ومن أبرز هذه الإتفاقيات ، إتفاقية جنيف بشأن القانون الموحد المتعلق بالسندات الإذنية عام 1931، والهدف من

هذا التوحيد هو محاولة للتخلص من التنازع بين القوانين ، وإفساح المجال أمام التطور التجاري الدولي[1].

وأن من أبرز الإتفاقيات التي أُبرمت فيما يخص منازعات الأستثمار هي إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الناشئة عن عقود الأستثمار المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية لعام 1965 ، وعكست هذه الإتفاقية ظهور نوع جديد من التحكيم ، من خلال النظر في القواعد التي صدرت نتيجة لهذه الإتفاقية التي تهدف بشكل مباشر إلى تنظيم المنازعات الناشئة عن عقود إستثمار مبرمة بين طرفين أحدهما يمثل الدولة بصفتها العامة ،والطرف الآخر تابع للقانون الخاص عن طريق التحكيم التابع للمركز ، الذي تم أنشاؤه بموجب هذه الإتفاقية للنظـــر في هذه النزاعات[2].

إذ تنص المادة(42) الفقرة(1) من الإتفاقية : (تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الأطراف تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف في النزاع (بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين)، كذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها بهذا الصدد).

يتضح من النص أعلاه أن المبدأ الأساس المتبع هو إعمال سلطان الإرادة ، وبذلك فأنه في حالة إختيار أطراف العقد القانون الذي يحكم عقدهم فأنه يُطبق في حال قيام نزاع ما لاحق على تنفيذ العقد ولكن في حال غياب الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق فأن القانون الواجب تطبيقه هنا هو قانون الدولة المضيفة للإستثمار ومراعية بذلك قواعد القانون الدولي .

كما أنضمت جمهورية مصر لأتفاقية خاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الأستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الآخرى بالقانون رقم 90 لسنة 1971 ، ومن أهم الأمثلة الواردة في هذا الشأن قضية هضبة الأهرام المصرية، إذ خضعت إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات في واشنطن استناداً

1) ليندا جابر، مصدر سابق، ص180.
2) انشئ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ألأكسيد) بموجب اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الاخرى لعم 1965حيث وجد انه من الافضل انشاء مركز للتحكيم يبت في مسائل المنازعات الناشئة عن الاستثمارات وذلك لتطمين اصحاب رؤوس الاموال في الدول المتقدمة والذين يخشون على اموالهم المستثمرة من تأميمها من قبل الدولة المضيفة للاستثمار كما يخشون عرض نزاعاتهم امام المحاكم الوطنية للدول النامية وبالمقابل فأن الاخيرة لا تقبل عرض نزاعاتها على المحاكم الأجنبية التابعة للمستثمر الاجنبي وعلى هذا الاساس فأنه من تاريخ1965/3/18 وتحت اشراف البنك الدولي للانشاء والتعمير تم انشاء مركز التحكيم في واشنطن واطلق عليه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الاخرى. ليناجابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الاجنبي، مصدر سابق، ص183.

إلى نص المادة (7) من قانون الأستثمار المصري ، الذي تم تفسيره على أنه أيجاب بخضوع النزاعات لتحكيم المركز [1].

2- القواعد الموضوعية المستمدة من قواعد القانون التجاري الدولي: تعددت مصادر القواعد الموضوعية المستمدة من القانون التجاري الدولي وكما يلي:

أ- عادات وأعراف التجارة الدولية

هي مجموعة من العادات درج العمل بها في ميدان التجارة الدولية ، هذه العادات أعدتها منظمات أتسمت بالطابع الدولي كغرفة التجارة الدولية، والجمعيات التجارية الدولية، كجمعية تجارة الحبوب وغيرها، ومن الواضح أن هذه الأعراف والعادات تم أنشاؤها من قبل عدد من التجار أو المهنيين لتنظيم نشاطاتهم التجارية والمهنية عبر الحدود [2].

فلا يمكن أنكار دور هذه القواعد في تنظيم العلاقات الدولية وحل المشكلات فيما حصل تفاوت بين القوانين الوطنية وما يعتريها من جمود وعدم مواكبتها للتطور ، لذا ومن هذا المنطلق كانت هنالك حاجه للجوء إلى قواعد جديده أكثر تطوراً وملائمة لطبيعة الخصخصة المصرفية ضمن اطار القانون الدولي الخاص، فالقواعد العرفية الدولية هذه اصبحت تأخذ شكل قواعد موضوعية تتسم بوحدتها لتحكم مجال العلاقات التجارية الدولية الخاصة وسواءً كانت على شكل اتفاقيات أو بصورة قواعد نموذجية ويطلق عليها مصطلح (القواعد العالمية التطبيق)[3].

والتساؤل يُثار هنا عن مدى إمكانية القاضي أو المحكم من تطبيق القواعد الموضوعية المتمثلة بالعادات أو الأعراف التجارية؟ .

يرى جانب من الفقه[4]أن تطبيق هذه الأعراف يجب أن يكون مقيداً بالنطاق القانوني الذي يجوز فيه التطبيق، ويكون ذلك وفقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية، بمعنى أن المحكم الدولي في مجال النزاعات ذات الطابع التجاري يلتزم بتطبيق القانون الذي أختاره الأطراف وفقاً لإرادتهم، وفي حال عدم أختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق فأنه يطبق القواعد الموضوعية الأكثر بالنزاع وفي حال كانت هذه القواعد غير كافية فأنها تكون كمصدر مساعد أو إحتياطي مكمل لمساعدته في تحديد القانون الواجب التطبيق.

1) موقع الشبكة المعلوماتية / الأنترنت eng.com-www.aifa ، تاريخ الزيارة، 2021/5/14، 8 م،
2) د. منير عبدالمجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، مصر، 1995، ص36،37.
3) ليندا جابر، مصدر سابق، ص188.
4) د.منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص38.

ب- العقود النموذجية: تعتبر من المصادر المهمة في مجال العلاقة العقدية الدولية الخاصة ،فالعقد النموذجي هو عباره عن وثيقه تم إعدادها مسبقا وفي الغالب يجوز إعتبارها العقد نفسه ، إذ أن هذه العقود النموذجية تحتوي على مجموعة من القواعد تنظم إلتزامات وحقوق الأطراف وما ينتج عن تنفيذ العقد من إلتزامات وشروط القوة القاهرة وآثارها وأنتقال الملكية وما إلى ذلك إذ يتم تحديدها بشكل مسبق فلا يتعين على الأطراف العقدية سوى ملئ البيانات اللازمة والتوقيع عليها[1].

فالأصل أن أحكام العقود النموذجية لاتسري إلا بأتفاق الأطراف على جعلها هي الواجبة التطبيق ، أي وفقاً لإرادتهم، إذ أن هذه العقود النموذجية تحقق مبدأ الكفأية الذاتية للعقد، فالشروط العديدة والقواعد التفصيلية تجعلها بعيدة عن خطورة التنازع بين القوانين ومشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق[2].

وقد اتسع العمل بهذه العقود في مجالات متعددة ،وأن تكرار التعامل بها والأستقرار على التعامل بها جعل منها عادات مقننة، إذ قامت اللجنة الأوربية التابعة للأمم المتحدة بصياغة شروط قانونية للعديد من العقود ومنها ، عقود الفيديك الذي وضعه (الأتحاد الدولي للمهندسين والأستشاريين) ، وتسمى الشروط العامة والخاصة لعقود الأنشاءات 1999 وعقد التشييد[3].

ت- المبادئ العامة للقانون: هي مبادئ قانونية عالمية تتمثل بالقرارات الصادرة عن الهيئات التحكيمية، ومثال لها ، العقد شريعة المتعاقدين، حسن النية في التعاقد، مبدأ الإثراء غير المشروع، وهناك مجموعة من القواعد أستلهمها قضاء التحكيم ومن هذه القواعد، تحظر الوساطة في العقود التي تبرمها الدول مع المستثمر الأجنبي الخاص، و بطلان الأتفاق على العمولة بين المستثمر واحد كبار مسؤولي الدولة المضيفة للإستثمار[4].

وقد وجهت العديد من الأتفاقيات إلى ضرورة مراعاة هذه المبادئ من قبل المحكم الدولي ومن هذه الإتفاقيات إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الأستثمار 1965 في المادة (42) منها.

1) طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية،ط1،عمان،دار الثقافة للنشر والتوزيع،2001،ص103.
2) د. احمد عبدالكريم سلامه، مصدر سابق، ص59.
3) د. هشام صادق، مصدر سابق، 159.
4) د.هشام صادق، المصدر نفسه ، ص177.

ث- العدالة: هي الإعتراف بحق كل شخص طبيعي أو معنوي ، وهو شعور نفسي يختلف من شخص لآخر [1].

ومن أمثلة إعمال العدالة هي القواعد التي إستلهمها التحكيم بإسم العدالة ، ومنها إعادة التوازن الإقتصادي في عقود التجارة الدولية ذات الاجل الطويل كعقود الأنتاج، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (35) الفقرة الثانية من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على : (لا يجوز لهيأة التحكيم الفصل في النزاع كمحكم مفوض بالصلح أو وفقاً لمبادئ العدالة والأنصاف الإ إذا فوضها الأطراف صراحة ذلك).

ثانياً/القواعد ذات المصدر الوطني

أن المشرع الوطني في كل دولة يضع نظاماً قانونياً يشتمل على مجموعة من القواعد الموضوعية وظيفتها حكم العلاقة القانونية الدولية ، وهذا الأهم ما يميز القواعد الموضوعية عن غيرها من القواعد ويمكن تطبيقها متى ما كانت هذه العلاقة الدولية يتصل أحد عناصرها بالقانون الوطني ، ويمكن أن نجد هذه القواعد في القانون المدني أو التجاري وغيرها، كما ويرى البعض أنها تُغني في حالة تطبيقها عن منهج التنازع مادامت تنتمي لقانون القاضي ، والقواعد الموضوعية الداخلية (الوطنية) قد لا يكون مصدرها الوحيد هو التشريع ، فالقضاء أيضاً يعتبر مصدراً من مصادرها ، إذ التجأ القضاء لوضع مثل هكذا قواعد تتلائم مع طبيعة العقود الأستثمارية.

ولكن يجب الأخذ بعين الإعتبار أن التشريعات الداخلية بشكل عام تهدف إلى تنظيم العلاقات الداخلية والقول بأن هذه التشريعات تهدف إلى وَضعِ نظامٍ شاملٍ للعقود الدولية هو من الفرضيات النادرة وفقاً للواقع العلمي [2].

ومن الملاحظ فأن معظم التشريعات الوطنية ولاسيما في الدول الناميه تسعى إلى وضع قوانين لجلب الأستثمار الأجنبي وذلك من اجل التنمية الإقتصادية داخل اقليمها وكما أنها تقوم بوضع الآليات اللازمة

1) د. احمد عبدالكريم سلامه، مصدر سابق، ص287.
2) ومن الامثله على مثل هكذا تشريعات هو التشريع الخاص بالعقود الإقتصادية الدولية والذي اصدرته ألمانيا عام 1967، لبيك شوقي، تنازع القوانين في عقود الإستثمار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة أبي بكر بلقأيد، الجزائر، ص201.

لفض النزاعات الناشئة عنها بشكل مباشر دون الحاجه إلى اللجوء لقواعد الإسناد في منهج تنازع القوانين التقليدي.

وهذا يبرز جلياً من خلال موقف المشرع العراقي في قانون الأستثمار (13) لسنة 2006 المعدل في الفصل الثالث قد اعطى للمستثمر العديد من المزايا ، ففي المادة (10) الفقرة (ثانياً) والتي نصت على أن : (أ. يجوز تمليك المستثمر العراقي أو الأجنبي الاراضي المخصصه للمشاريع السكنية والعائدة للدولة والقطاع العام بدون بدل على أن لا تحتسب قيمة الارض ضمن قيمة الوحدة السكنية المباعة للمواطن وللمستثمر العراقي أو الأجنبي شراء الارض العائدة للقطاع الخاص أو المختلط لأقامة مشاريع الاسكان حصراً). وكذلك المادة (11)الفقرة (ثانياً) أعطت الحق للمستثمر بالتداول في سوق الاوراق المالية بالاسهم والسندات واكتساب العضويه في الشركات المساهمة الخاصة والمختلطة [1].وبذلك فلا مانع من تملك الأجنبي (المستثمر) أسهم في الشركات المساهمة ، ومن جانب آخر فقد حدد المشرع نسبة مساهمة الأجنبي في رأس مال الشركة المساهمة في التعديل الاخير لقانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 والمعدل بالقانون رقم (17) لسنة 2019في المادة (12) بأن لا يتجاوز الـ (49%) من رأس مال الشركة[2] .

وقد أشار أيضا المشرع العراقي في ضوء قواعد قانون الأستثمار إلى أمكانية اللجوء إلى التحكيم إذ حددت المادة (27) منه الآلية اللازمة لحل النزاعات الناشئة عن العقود الأستثمارية الدولية والتي نصت على : (أولاً: تخضع النزاعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق).

وهو الموقف ذاته الذي اتخذه المشرع الجزائري في المادة(24) من قانون الأستثمار الجزائري رقم09/16 [3].

---

1) نص المادة :(يحق للمستثمر الاجنبي التداول في سوق العراق للاوراق المالية بالاسهم والسندات المدرجة فيه واكتساب العضوية في الشركات المساهمة الخاصة والمختلطة ولا يمنع من ذلك وجود عقارات ضمن موجودات الشركات المذكورة).

2) مادة (12) : (للشخص الطبيعي او المعنوي الاجنبي اكتساب العضوية بصفة مؤسس او مساهم في الشركات المساهمة والمحدودة على ان لا تقل نسبة مساهمه العراقي عن (51%) واحد وخمسون بالمئة من راس مالها).فاروق ابراهيم جاسم،بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ،جامعة النهرين،المجلد23، العدد 2، 2021،ص12.

3) نصت المادة على انه: (يخضع كل خلاف بين المستثمر الاجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر او يكون بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة اقليميا الا في حاله وجود اتفاقيه ثنائيه او متعددة الاطراف ابرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم او في حاله وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص).

وقد أصدر المشرع المصري قانوناً خاصاً لخصخصة المصارف ، وهو القانون رقم (155) لسنة 1998 الخاص بتنظيم مساهمة القطاع الخاص في رؤوس أموال بنوك القطاع العام، ولم يذكر صراحة القانون الواجب التطبيق على النزاعات القائمة بهذا الشأن ، لكن أحال هذا القانون في المادة(4) منه كل ما لم يرد بشأنه نص إلى قانون البنوك والإئتمان وقانون رقم (120) لسنة 1957 للبنك المركزي المصري والجهاز المصرفي[1].

ومن خلال الأستقصاء في القوانين المصرية ، فقد عالج المشرع المصري مسألة النزاعات المعنية بتطبيق القوانين المتعلقة بالنشاط المصرفي في المادة (223) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم (120) لسنة 1957 كما يأتي: (ينشأ مركز مستقل للتحكيم والتسوية في المنازعات التي تنشأ بسبب تطبيق أحكام هذا القانون والقوانين ذات الصلة بالمعاملات المصرفية وغيرها من الأنشطة التي تباشرها الجهات المرخص لها، وتكون لهذا المركز شخصية أعتبارية ميزانية مستقلة ، ويكون مقره محافظة القاهرة، ويمثل المركز رئيس مجلس إدارته أمام القضاء والغير،.... ويجوز لإطراف المنازعة اللجوء إلى هذا المركز إذا ما أتفقوا إبتداءً أو لاحقاً على تسوية النزاع عن طريق التحكيم،... وذلك مع مراعاة أحكام القوانين المصرية المنظمة للتحكيم وتسوية المنازعات)[2].

وكما قلنا سابقا فأن القواعد الموضوعية لا ينحصر مصدرها بالتشريع بل ممكن أن يكون مصدرها القضاء أيضاً إذ أن إجتهاد القاضي لوضع حلول تتماشى مع واقع التجارة الدولية أو في حالة وجود فراغ تشريعي في القانون الذي يحكم النزاع يمثل أيضا مصدرا للقواعد الموضوعية ومثال تلك القواعد (أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم في العقود التجارية الدولية حتى عند عدم وجود نص يشير إلى ذلك، وقاعدة استقلال البند التحكيمي عن العقد الذي يتضمنه)[3].

وليس ببعيد فقد جاء القانون العراقي وفقاً لاحكام القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية والمرقم(111) لسنة2010 مؤكداً أن الغاية والهدف الأساسي من المرفق العام هو تقديم الخدمات العامة لجمهور الناس تحقيقاً للمصلحة العامة شرط أن لا يتسبب تقديم هذه الخدمة إلى حدوث أخطاء أو مخاطر تهدد حياتهم يتوقع حدوثها في أي لحظه ،ويشترط التحكيم في حل هذه المنازعات[4].ويظهر النص السالف الذكر بجواز اللجوء للتحكيم لحل المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة والطرف الآخر هو مستثمر أجنبي يخضع لقواعد القانون الخاص .

---

1) ينظر المادة (49 من قانون رقم (155) لسنة 1998 .
2) منشور في الجريدة الرسمية ، العدد 37، في 15 سبتمبر، 2020.
3) ليندا جابر، مصدر سابق، ص173.
4) قرار صادر من محكمة التمييز الاتحادية ، قرارات محكمة التمييز العراقية ، التعويض الاتفاقي، الحكم مدني،2010.

ومما يجدر الإشارة اليه أنه في حالة قيام نزاع ما على القاضي أن يبحث عن الإرادة أولاً وفي حال غيابها يطبق القواعد الموضوعية ولكن تطبيق هذه القواعد يجب أن يكون لها صلة بالعلاقة التي يثار بشأنها النزاع وفي حال عدم وجود صلة مثل هذه فأنها تخضع لقواعد الاختصاص الذي يحدد نطاق طبيعتها من حيث المكان[1].

ولا بد من القول بأن موقف المشرع العراقي بدا واضحاً برغبته للأنفتاح على العالم وتشجيع الأستثمارات الأجنبية وتشجيعه على اتباع التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الناشئة عن العقود الدولية الخاصة والذي يعتبر من الأهم الضمانات لتشجيع الأستثمار وذلك من خلال أنضمامه إلى العديد من الإتفاقيات كانضمامه إلى إتفاقية الامم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول رقم (25) لسنة(2020) والتي تمت المصادقة عليها في [2]. وكذلك أنضمامه إلى إتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958) وفقاً لقانون رقم (14) لسنة2012 [3].

ولكن التساؤل الذي يُثار هنا هو مدى إمكانية القاضي الوطني من تطبيق النصوص الواردة في قوانين الخصخصة بوصفها قواعد موضوعية ، وهل يمكن تطبيق تطبيق نصوص الخصخصة الأجنبية إذا ما كان لها ذات الوصف؟ .

مما لاشك فيه أنه في حال أختار اطراف النزاع المتعلق بخصخصة المصارف ذات الطابع الدولي ، القانون الوطني لتطبيقه ، ذلك يجعل هذا القانون واجب التطبيق واجب التطبيق دون مزاحمة لقوانين آخرى، أما اذا كان اختيار أطراف العقد لقانون أجنبي لتطبيقه على عقدهم، فأنه يجب إعمال قانون الإرادة وتطبيق هذا القانون على العقد ولكن بشرط أن يكون ذو إتصال معها ولا تمس بأحكام القواعد الموضوعية لها[4].

ولكن التساؤل يُثار هنا في حال خصخصة أحد المصارف العراقية مثلاً مع وجود مستثمر أجنبي ، وفي حال غياب القواعد الموضوعية المنظمة للخصخصة، في حين ينظم القانون الأجنبي قواعداً منظمة لهذا الأمر ، فهل يجوز تطبيق القانون الأجنبي أم لا؟ .

---

1) د.جمال محمود الكردي، مصدر سابق،ص165.
2) تم النشر في جريدة الوقائع العراقيه،العدد 4615،شباط،2021.
3) تاريخ الزيارة 2021/2/2، www.uncitral.org.10:05 للاطلاع على معلومات تخص الاتفاقيه .
4) د. د. عكاشه عبدالعال، القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفيه، مصدر سابق، ص181.

أن الفقه التقليدي[1]عدم امكانية تطبيق القواعد الموضوعية الأجنبية من قبل القاضي الوطني ، مستنداً إلى عدم أمكانية تطبيق هذه القواعد الا على إقليمها داخل الدولة التي أصدرتها، تأييداً لذلك فقد رفضت محكمة بيزانسون في فرنسا ، في حكمها الصادر بتاريخ 14 مايو 1959، تطبيق القانون السويسري بشأن صندوق التأمين الإجتماعي في حقوق المصاب قبل المؤمن عليه استناداً إلى أن الأمر يتعلق بالقانون العام.

بينما يشير الفقه الحديث [2] إلى إمكانية تطبيق القواعد الموضوعية الأجنبية مقتصراً تطبيقها على الحالات التي رسمها المشرع لها وحسب مضمونها وأهدافها، ولا يمكن إعمال فكرة الإسناد الإجمالي بشأن هذه الفرضيه[3].

نتيجة لما سبق يتضح أن القواعد الموضوعية بأختلاف مصادرها، تحتل أهتماماً كبيراً ، وتأخذ حيزاً مهما في المجال التطبيقي فيما يخص مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق.

1) نقلاً عن د.جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص160.
2) نقلاً عن د. عكاشه عبدالعال، مصدر سابق، ص183.
3) الإسناد الإجاملي: أن قاعدة الإسناد الوطنية عندما تشير إلى تطبيق قانون لحكم النزاع المعروض فلا يتخير القاضي في تطبيق جزء من القانون دون الأخر.

الفصل الثالث

وسائل حل المنازعات الناشئة عن خصخصة المصارف

الفصل الثالث

وسائل حل المنازعات الناشئة عن خصخصة المصارف

أن مسألة وجود منازعات في اطار التعاملات الأستثمارية أمرٌ طبيعيٌ لاسيما في عقود الخصخصة وأن هذه العقود تبرم بين دولة، وبين مستثمر من القطاع الخاص (المستثمر الأجنبي) ، قد يكون شركة تحمل جنسية الدولة المضيفة للإستثمار أو جنسية دولة آخرى غيرها ، هذا ما يثير العديد من الخلافات او النزاعات ففي الغالب أن الدول المضيفة للإستثمار ، هي طرف في عقد الخصخصة المصرفية تتمتع بمركز سيادي إذ يجعلها في مركز قانوني أقوى من المستثمر ، يؤدي إلى أن هذه الدول تحاول ممارسة سلطاتها وفرض إمتيازاتها على مرافقها العامة بما يحقق الصالح العام للمجتمع في حين نجد أن الطرف الآخر ، هو (المستثمر) سوف يكون في مركز أضعف من الدولة ولا يتمتع بأية سيادة بالرغم من قوته الإقتصادية، ومن جانب آخر نرى أن التشريعات الوطنية تسعى لجذب رؤوس الاموال من خلال الأستثمارات الأجنبية التي لها دور أساسي في التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة للإستثمار.

إذ تتعدد وسائل حل المنازعات الناشئة عن خصخصة المصارف ولكن هنالك تساؤل يُثار هنا هو هل أن هذه الوسائل كافية لحل المنازعات الناشئة عن الخصخصة المصرفية وهل يصلح القضاء الوطني العادي لحل هذه النزاعات بالرغم من الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها ؟ .

أم أن الحاجة تظهر لأيجاد نوع آخر من المحاكم تتبع لوائح وأنظمة خاصة توازي المحاكم الوطنية والقوانين الوطنية ومدى قدرة هذه المحاكم على أصدار قرارات ملزمه وقابلة للتنفيذ لحل هذه المنازعات، وهل هنالك وسائل آخرى يمكن اتباعها لتجنب مثل هكذا منازعات؟ .

وبناءً على ما تقدم سوف نقسم الفصل إلى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول منه الوسائل الوقائية والقضائية لحل النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف، والمبحث الثاني خصصناه للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن الخصخصة المصرفية.

المبحث الأول

الوسائل الوقائية والقضائية لحل النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف

عادةً يسعى المستثمر الأجنبي في معرض إجراء العقد الأستثماري عامة والخصخصة المصرفية خاصةً إذ تكون فيها الدولة المضيفة للإستثمار طرفاً في العقد للأحاطه بجميع الضمانات التي توفر له الحماية الكافية من ممارسات الدولة بإعتبارها طرفا بالعقد من جهة ،وسلطة عامة من جهة آخرى ، وفي كثير من الاحيأن ترفض الدولة هذه تطبيق قانون آخر على العقد غير قانونها وهذا ما قد يلحق ضرراً بالمستثمر ، لذلك فالاخير يسعى دائماً إلى محاولة لمنع الدولة للقيام بمثل هذه الاجراءات التي تؤدي إلى الاخلال بالتوازن العقد ، وهذه المحاولات هي محاولات وقائية تهدف لمنع أو محاولة تجنب قيام نزاع ما أثناء تطبيق الخصخصة المصرفية ، ولكن في حال قيام نزاع ما فأنه يتم اللجوء إلى المحاكم الوطنية بالأخص نحن في صدد علاقة الدولة المضيفة للإستثمار طرفا فيها ترى من الاحقيه للقضاء الوطني النظر في النزاعات الناشئة عنها ولذلك سوف نبحث نوعين من الوسائل التي يتم اللجوء إليها فيما يخص المنازعات الناشئة عن العقود الأستثمارية ، وتعتبر الخصخصة المصرفية شكلاً من أشكالها. لذا سوف نقسم المبحث إلى مطلبين ، خصصنا الأول منه للوسائل الوقائية لفض النزاعات ، والمطلب الثاني خصصناه للوسائل القضائية لفض المنازعات.

المطلب الأول

الوسائل الوقائية لفض المنازعات الناشئة عن خصخصة المصارف

تختلف الوسائل الوقائية التي تمنع من وقوع نزاع في مجال الأستثمار الأجنبي للمصارف في مختلف التشريعات وذلك حسب إخلاف نظرتها للإستثمارات الأجنبية وتبنيها للسياسات الإقتصادية المختلفة ومدى أنفتاحها في هذا الجانب وسعيها لجذب رؤوس الاموال الأجنبية ، وهنالك العديد من الوسائل لتحقيق الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي في أطار عقود الخصخصة المصرفية ، إذ تمثل ألضمانات التي يقدمها البلد المضيف للإستثمار لتشجيع المستثمر الأجنبي للإستثمار عنده، وهذه الضمانات تتمثل بوسائل عديدة منها وسائل موضوعية وأخرى أجرائيه ، لذا نحاول بيان لمحة عن تلك الوسائل كونها واسعة جدا تحتاج لبحوث خاصة بها،ولكن رغبة منا بالإشارة اليها لما لها من الأهميه في أطار موضوع بحثنا، سنحاول في هذا المطلب شرح هذه الوسائل وذلك من خلال تخصيص الفرع الأول لشرط الثبات التشريعي لما له من الأهميه الواضحة على عقود الأستثمار الأجنبي كوسيلة من

الوسائل الوقائية بعدم حصول المنازعات التي قد تنشأ عن خصخصة المصارف،إذ خصصنا الفرع الأول لشرط الثبات التشريعي ، والفرع الثاني نخصصه للضمانات االموضوعية والأجرائية للخصخصة المصرفية.

الفرع الأول

ماهية شرط الثبات التشريعي

من أجل بيان ماهية شرط الثبات التشريعي نرى من الضروري تسليط الضوء على تعريفه وأنواعه والتكييف المناسب له، وذلك بعدة نقاط وحسب الآتي:-

أولاً/ تعريف شرط الثبات التشريعي

يُعَرّف شرط الثبات التشريعي بأنه : (أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع، من ناحية تعديل العقد بسن تشريع جديد عبر تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد والذي يحد من سلطاتها التشريعية ولكن لا يجرده منها)[1].

كما قد يُعرّف أيضاً بأنه: (تلك الشروط التي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد وفي الوقت نفسه بمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامها أذ تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم أصدار تشريعات جديده تسري على القعد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها ولكن لا يجردها منها)[2].

ونرى من خلال التعريفات أعلاه بأن الهدف الأساس من وضع هذا الشرط هو عدم الأضرار بمصلحة المستثمر ، ويمكن تحققه من خلال ما جاء به هذا الشرط ، وهو تجميد الدور التشريعي للدولة ولكن مايقصد بالدور التشريعي هو فقط ما يخص التشريع موضوع العقد او ذلك الذي ينظم العقود الأستثمارية التي تكون الدولة طرفاً فيها ، والمستثمر الأجنبي هو الطرف الآخر.

1) د.حفيظه السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية، مصدر سابق، ص322.
2) د.بشار محمد الاسعد،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص293.

كما أن هنالك من يرى بأن هذا الشرط لا يمكن تفعيله إلا من خلال إتفاقية ثنائية او إقليمية ترقى إلى مستوى التشريع تكون معها سلطات الدولة مقيدة من خلال منعها من أصدار أي تشريع او لائحة من شأنها أن تؤثر على العلاقة العقدية[1].

وبذلك نستنتج بأن هذا الشرط من الوسائل المهمة التي وضعت كضمان للمستثمر الأجنبي بصدد تنفيذ العقود الأستثمارية إذ تكون الدولة طرفا فيها ولاسيما خصخصة المصارف لأنها من القطاعات الإقتصادية المهمة التي تؤثر على الصالح العام بشكل مباشر ، إذ أن مثل هكذا عقود لابد أن تطول الفترة الزمنية لتنفيذها ، وأنطلاقاً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومن خلاله يحدد الأطراف المتعاقدين إلتزاماتهم وحقوقهم، فأنه يحق لأي من الأطراف إدراج أي من الشروط التي تلزم تنفيذ العقد وتحد من قيام النزاعات التي ُتثار بمناسبة تنفيذ العقد بشرط أن لا تكون هذه الشروط مخالفة للنظام العام والاداب العامة ، وهذا الشرط (الثبات التشريعي) يمثل تطبيقا لما ذكرناه سابقا والذي أجتهد ولايزال الأطراف الإجتهاد في التعامل معه.

عادة ما يلجأ المستثمر إلى تضمين العقد لشرط الثبات التشريعي عندما يتعذر عليه إقناع الدولة الطرف في العقد على تطبيق قانون آخر غير قانونها(القانون الوطني) على العقد ، فيعمل على تجميده زمنياً، وقد يقتصر على بعض منها كالنظام الكمركي أو الضريبي وما إلى ذلك ، إذ لا يجوز تعديل الضرائب وغيرها[2].

أما بالنسبة لموقف التشريعات من هذا الشرط وبحسب اطلاعنا فأنه لم يرد تعريفا صريحاً لهذا الشرط ولكن تمت الإشارة أليه ضمن الضمانات الممنوحة للمستثمرين الأجانب ، ومن التشريعات العربية التي أقرت بمبدأ الثبات التشريعي ، فقد ورد في قانون ضمانات وحافز الأستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997 ، إذ نصت المادة الثانية منه على أنه : (لا تخل أحكام هذا القانون بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة وقت العمل به، وتظل هذه الشركات والمنشآت محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدد الخاصة بها وذلك طبقاً للتشريعات والإتفاقيات المستمدة منها)[3].

---

1)غسان عبيد محمد، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، المجلد الاول، العددالثاني،2009، ص172.

2) د.جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق،ص251.

3) أضيفت هذه المادة إلى قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصري رقم (8) لسنة (1997) بموجب القانون رقم (17) لسنة 2015 المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (11) في 12 مارس 2015.

أما قانون الأستثمار الجزائري (2007) في المادة (15) منه ، إذ نصت على أنه: (لا تطبق المراجعات والإلغاءات التي تطرأ في المستقبل على الأستثمارات المنجزة في إطار هذا الامر إذا طلب المستثمر ذلك صراحةً)، ويتضح من النص السالف الذكر قد أكد على أنه لا يحق للدولة طرف في العقد أن تجري أية تعديلات أو إلغاءات على الأستثمارات المنجزة ضمن إطار هذا التشريع ألا إذا طلب المستثمر ذلك صراحةً.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي في قانون لإستثمار رقم (13) لسنة 2006 فقد نصت المادة (26) على أنه: (يستمر أي مشروع جرت الموافقة عليه بمقتضى احكام القانون السابق في الاستفادة من الاعفاء التي منحت له بموجب ذلك القانون حتى أنقضاء مدة الإعفاء وبشروطه).

ويلاحظ على نص المادة(26) أنه جاء عاماً لجميع الأستثمارات ولم يحدد ذلك بحيث تشمل نوع محدد من الأستثمارات ، ونقصد بها تلك الأستثمارات التي يكون طرفاها كل من الدولة والمستثمر الأجنبي.

ثانياً/ أنواع شرط الثبات التشريعي

أتضح أن شرط الثبات التشريعي يرد على العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها والمستثمر الأجنبي طرفاً آخر للعقد يهدف إلى تثبيت القانون من حيث الزمان ، الفكرة في ذلك هو أن المتعاقدين حين اختاروا القانون الذي يحكم عقدهم فأن هذا الإختيار كان لقواعد قانونيه كانت سارية وقت إبرام العقد، وهي على نوعين :

1-الشروط الإتفاقية: وتسمى أيضاً بالتعاقدية، وهي الشروط التي تدرج في متن العقد يتفق عليها طرفا العقد (الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي) ، ينص وبشكل صريح على أن القانون الذي يسري على العقد هو القانون النافذ وقت إبرامه مع إستبعاد أي تعديل من الممكن أن يطرأ لاحقا على تنفيذه، وقد أقرَّ بذلك مجمع القانون الدولي سنة 1979 إذ يهدف إلى تجميد العقد زمنياً بحيث في حال ما أجري أي تعديل على القانون المختار الذي يحكم العلاقة القانونية القائمة فأنها لا تؤثر على العقد[1].

1) محمد ساره،الاستثمار الاجنبي في الجزائر(دراسة حالة اوراسكوم)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينه، الجزائر،2010، ص12.

ومن الامثلة العملية على ادراج شرط الثبات التشريعي العقد المبرم بين تونس واحدى الشركات الامريكية نص في أحد بنوده بأن القانون التونسي هو القانون الواجب التطبيق والنافذ وقت إبرام العقد وقضى بأن يفصل المحكمون وفقاً لمبادئ العدالة والقانون التونسي وفقاً لتاريخ الإتفاق الحالي، ومن الملاحظ على الإتفاق المشار اليه اعلاه بأنه من العقود المبرمة بين الدولة ومستثمر أجنبي الذي تضمن نصاً صريحاً على شرط الثبات التشريعي لكي يمنع أي من الإجتهادات التي قد تجهدها المراكز التحكيمية في المستقبل لحماية الامتيازات يتمتع بها المستثمر والممنوحة له من قبل الدولة المضيفة للإستثمار وتمنع أي تعديل ممكن أن يطرأ على القواعد القانونية بما لا يتناسب مع مصلحة المستثمر[1].

2-الشروط التشريعية: وهي تلك النصوص التي تندرج في صلب قانون الدولة المضيفة للإستثمار التي تكون طرفاً في العقد مع مستثمر أجنبي سواءً كان طبيعياً او معنوياً والذي تتعهد بمقتضاه بأن لا تلغي ولا تعدل أي قانون واجب التطبيق على العقد وقد تكون عامة على كامل التشريع او خاصة ببعض المجالات دون الآخرى مثال ذلك مجال الأستثمار في البترول او المصارف وغيرها، كما وقد يكون هذا التعهد مطلقاً فلا يمكن للدولة تطبيق أي قانون جديد على العقد او قد يكون هذا التعهد نسبي ، ويتمثل بعدم تطبيق الدولة لأي قانون من شأنه أن يضعف دور المستثمر وأن يجعل من التزامه عسيراً ويعرض مصالحه للخطر[2].

نص قانون ضمانات وحوافز الأستثمار المصري في المادة الثانية إذ جاء فيها : (مع مراعاة أحكام المادة 18 من القانون المرافق لا تخل أحكامه بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشآت المحتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدد الخاصة بها، وذلك طبقاً للتشريعات والإتفاقيات المستمدة منها).

وفقاً للنص المتقدم يتبين بأن المشرع المصري عمد إلى الحفاظ على المزايا والإعفاءات الضريبية وكافة الضمانات التي تتمتع بها الشركات وقت العمل بهذا القانون إلى نهاية مدة المشروعات الأستثمارية .

مثال ذلك أيضاً ما ذكرناه في المادة (15) من قانون الأستثمار الجزائري لسنة2007.

---

1) صالح مهدي كحيط، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الاجنبي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء،2011، ص21.

2) كسال ساميه،دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حمأية المستثمر الاجنبي _عقود البترول أنموذجا)،مقال منشور في مجلة الحقوق والحريات،العددالثالث،ديسمبر،2016،ص180.

إذ أشارت المادة أعلاه إلى عدم تطبيق أي تعديلات او الغاء أي من الإمتيازات التي تطرأ في المستقبل عليها ، وقد رهنت ذلك بطلب صريح من المستثمر.

أما قانون الأستثمار العراقي النافذ فقد نصت المادة (26) منه على أنه: (يستمر أي مشروع جرت الموافقة عليه بمقتضى أحكام القوانين السابقة في الإستفادة من الإعفاء التي منحت له بموجب ذلك القانون حتى أنقضاء مدة الإعفاء وبشروطه). ومن النص المتقدم نرى أن المشرع العراقي قد عالج بشكل واضح هذا الشرط وبين مضمونه.

أما المادة (13) من القانون نفسه جاء فيها : (أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه). بذلك نرى أن موقف المشرع العراقي واضحاً في الحفاظ على المراكز القانوني للمستثمر الأجنبي ، إذ لا يجوز حرمانه من الضمانات التي منحها له المشرع والمزايا التي يضمنها له القانون.

ثالثاً/ التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي

هنالك عدة اراء وردت بشأن تحديد التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي او الطبيعة القانونية له وهي كالآتي:

1- شروط تحويلية لطبيعة القانون:- أن جانباً من الفقه [1] يرى بأن التعديلات التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد لا يمكن أن تنطبق على العقد لأن القانون وفقاً لرأيهم يندمج في العقد ، إذ يصبح بنداً من بنوده بالتالي فأن شرط التجميد الزمني سوف يمارس أثراً تحويليا إذ يحول طبيعة القانون المختار لتنظيم العقد ، ولابد لنا من القول بأن هذا التحويل نابع من إرادة الأطراف مستنداً لمبدأ سلطان الإرادة والحرية في إبرام العقود فأن لأطراف العقد الدولي إضافة إلى إستبعاد بعض القوانين الداخلية من تطبيقها عليها لهم الحق بصهر تلك القوانين بالعقد ذاته بإن لا تكون لها القوه إلا من خلال إرادة الأطراف لأنفسهم وقد تم التعبير عن ذلك بقول (أن قانون سلطان الإرادة قد أضحى ملكا للمتعاقدين فهو لا يستمد من سيادته لا سلطة إبطال تعهدهم ، ولا سلطة تعديله دون رضالأهم)[2].

ويتضح مما تقدم بأن تكييف شرط الثبات التشريعي كونه ذا طبيعة تحويليه لايمكن أن ينطبق الا على الشروط التعاقدية إذ لا يمكن أن تتوفر الا في حال كان هنالك تعبير صريح عن الإرادة

1) د. احمد عبدالكريم سلامه، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص107.
2) غسان عبيد محمد، مصدر سابق، ص176.

بإختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم وأندماج هذا الشرط ضمن العقد مستنداً لإرادة الأطراف أنفسهم ، أما في حال غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد فأن القاضي سوف يبحث عن القانون الواجب التطبيق لذا فأن فكرة الأندماج لا تتوفر في هذه الحالة، ولكن القول بأن تعتبر هذه الشروط تحويليه تحول العقد من قاعدة إلى شرط تعاقدي ، وإعتبار هذه الشروط وسيلة لافلات العقد من أي قانون مما يؤدي إلى الوصول لنظرية العقد الطليق[1].

2- شرط الثبات التشريعي شرط توقيفي لقوة سريان القانون

يكون شرط الثبات التشريعي شرطاً توقيفياً لقوة سريان العقد عنما يتفق الأطراف على سريان هذا الاحكام القانونية النافذة وقت إبرام العقد الدولي دون أي تعديلات من المحتمل أن تطرأ على ذلك القانون في وقت لاحق على إبرام العقد، بالتالي فأن عمل هذا الشرط سوف ينحصر في منع سريان أي تعديلات جديده في القانون الذي يحكم العقد وبالتالي فأنه لأيؤدي إلى تغيير طبيعة القانون وتحويله إلى شرط من شروط العقد لذا أن القاعدة القانونية تظل محتفظة بالمعنى الفني لها[2].

بذلك أن في هذه الحالة شرط الثبات التشريعي يمثل استثناءً على مبدأ سريان القانون الجديد بشكل مباشر او فوري من تاريخ أقراره.

ومثال على ذلك الإتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة اوراسكوم تليكوم القابضة المتصرفة بأسم ولحساب اوراسكوم تليكوم الجزائر ، إذ نصت المادة2/6 على أنه : (إذا تضمنت القوانين والتنظيمات المستقبلية للدولة الجزائريه نظام إستثمار افضل من النظام المقرر في هذه الإتفاقية يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقيه). لذا فأن الدولة الجزائرية تلتزم تجاه المستثمر الأجنبي بعدم تطبيق قوانينها الجديدة على الأستثمارات التي تمت المباشرة بتنفيذها وعدم المساس بأحكام العقد وهذا مايدل على السعي وراء التنمية الإقتصادية ويبرز القوه الممنوحة للمستثمر الأجنبي نظراً للقوه الإقتصادية التي يتمتع بها[3].

لذا لا يمكننا القول غير أن شرط الثبات التشريعي يكفل الطمانينة للطرف الأجنبي اثناء تنفيذه للعقد الأستثماري ولكنه في بعض الاحيان لا يحقق مصالح الدولة المضيفة للإستثمار فالتفاوت بين

1) د.حفيظه السيد حداد، مصدر سابق، ص341.
2) ليندا جابر، مصدر سابق، ص59.
3) كسال ساميه، مصدر سابق، ص184.

مصالح المتعاقدين الدولة من طرف إذ تحاول ممارسة سيادتها وتحقيق مصالحها والمستثمر الأجنبي من طرف الذي يضع امواله لإستثمارها في اراضي الدولة المضيفة يحاول منع سريان التعديلات التي تطرا على القانون الذي يحكم العقد التي تقوم بها الدولة بأرادتها المنفردة ، لذلك نرجح الشرط التشريعي إذ يمثل تعهداً من قبل الدولة للمستثمر بالتعويض العادل الذي يتناسب مع خسارته نتيجة للتعديل او الإلغاء التشريعي.

ففي حال ابرمت الدولة العراقية عقداً لخصخصة مصرفاً من مصارفها الحكومية مع مستثمر أجنبي وإعمالاً لنص المادة (26) فأن أي أخلال بالإتفاق يصدر من طرف الدولة المضيفة للإستثمار سوف يلزم القاضي المعروض أمامه النزاع بإعادة التوازن العقدي والحكم بالتعويض العادل الذي يتناسب مع خسارة المستثمر ، ومن هنا يدعو الباحث المشرع العراقي إلى إدراج شرط الثبات التشريعي بشكل تفصيلي أكثر أسوة بالمشرع الجزائري لما له دور فعال كضمانه من ضمانات الأستثمار لتشجع المستثمر الأجنبي إلى نقل إستثماراته للعراق.

رابعا/القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ نتيجة الاخلال بشرط الثبات التشريعي

هنالك عدة إتجاهات تحكم هذا النزاع فمنهم [1]من اتجه إلى تطبيق احكام القانون الدولي في حال عدم إتفاق الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق إذ يذهب إلى القول بأن تلك العقود بمثابة معاهدات لا يجوز الاخلال بها وأن إدراج هذا الشرط هو قرينة على تدويل العقد وبالتالي فأن إتجاه القاضي إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار يؤدي إلى تغيير قانون العقد بأرادتها المنفردة مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي[2].

أما الإتجاه الثاني[3] فيذهب إلى تطبيق القانون الوطني وفقاً لإرادة الأطراف، استناداً إلى مبدأ فاعلية الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد لكن هنالك من ميّز بين الإختيار الصريح للعقد ولإختيار الضمني ففي الحالة الأولى وجب على القاضي احترام إرادة الأطراف وتطبيق القانون المختار أما في الحالة الثانية فيمكن قبول تركيز العقد من قبل القاضي او المحكم الدولي لتحديد القانون الذي يحكم النزاع [4]. وبالنسبة لموقف المشرع العراقي بشأن هذه الشروط

1) د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص330.
2) طارق كامل عجيل، القيمه القانونيه لشرط الثبات التشريعي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنه الثالثه، العددالثالث، 2011، ص13.
3) تزعم هذا الأتجاه الفقيه باتيفول ، ذهب إلى أن قدرة الأرادة تمثل بتركيز الرابطة العقدية لإختيار قانون العقد، نقلاً عن د. احمد عبدالكريم سلامه، مصدر سابق، ص170.
4) ليندا جابر، مصدر السابق، ص66-67.

فلم نجد موقفا صريحا له ولكن من خلال إعمال نص المادة (25) من القانون المدني العراقي نجد أنها تركت للأطراف المتعاقدة حرية الإختيار في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم[1].

وهنالك من لجأ لتطبيق القانون الوطني استناداً إلى الإتفاقيات الدولية ومثال ذلك إتفاقية واشنطن إذ نجد أنها نحت منحى التشريعات الوطنية وذلك استناداً لما جاء في نص المادة (1/42)[2].

وهنالك من يرى أن من الاصلح تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية في حال ما أصرت الدول الطرف في العقد الأستثماري على اجراء تعديلات تشريعية على قانونها او أصدار قانون جديد يعارض القانون المنظم للضمانات القانونية للمستثمر الأجنبي، في حين يرى الإتجاه الآخر[3] بضرورة تطبيق المبادئ العامة للقانون والتي تمثل مجموعه من الأنظمة تتبناها الدولة المتمدنة والتي تتمثل بمبادئ العدالة والمساواة وحسن النيه في العلاقات العقدية[4].

لذا فأن وجهة نظر الباحثة تذهب إلى أدراج شرط الثبات التشريعي في العقد وفي حال حصل نزاع لتحديد القانون الواجب التطبيق على شرط الثبات التشريعي فمن الافضل اللجوء إلى تطبيق قواعد القانون الدولي؛ لأن وجود هذا الشرط في العقد دلالة على إرادة المستثمر التخلص من تطبيق قانون الدولة طرف العلاقة العقدية وبذلك فأنه يعد من الضمانات الممتازه التي تمنحها الدولة المضيفة للإستثمار للمستثمر الأجنبي.

1) نص الماده (25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951: (يسري على الالتزامات التعاقديه قانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا فأذا اختلفا يسري قانون البلد الذي ابرم فيه العقد هذا مالم يتفق العاقدان او تبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه).
2) نص الماده (1/24) من اتفاقيه واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار 1956: (تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا للقواعد القانونية المتفق عليها من قبل الاطراف وفي حال عدم وجود هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقده الطرف في النزاع بما في ذلك قواعدها المختصه بتنازع القوانين وقواعد القانون الدولي القابله للتطبيق في نفس الموضوع).للمزيد من التفصيل ينظر شيماء شلتاغ، مصدر سابق، ص74.
3) عبدالله عبدالجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الامرة في القانون الدولي ، ط1، 1986، ص140.
4) محمد ساره، مصدر سابق، ص52.

الفرع الثاني

ضمانات موضوعية وإجرائية

أن عدداً من الوسائل تقدمها الدول الجاذبه للإستثمار لتشجيع المستثمرين وجلب رؤوس الأموال والخبرة إلى البلد المضيف للإستثمار فلا يعتبر شرط الثبات التشريعي هو فقط من الضمانات الوقائية لنزاعات العقود الدولية وتكون أحد أطرافها الدولة، بل هنالك أنواع آخرى من الضمانات سوف نذكرها تباعاً:

أولاً/ضمانات موضوعية: تتمثل الوسائل القانونية لحماية المستثمر الأجنبي لدى معظم الدول المضيفة للإستثمار بالتشريع الداخلي والأنضمام إلى الإتفاقيات والمعاهدات سعياً منها لتوفير البيئه الأستثمارية الملائمة من خلال أعطاء المزايا وتوفير المزيد من الضمانات ومنها:

1- التأمين ومبدأ المعاملة الوطنية:- يعتبر التأمين من الأهم الوسائل القانونية التي تضمن للمستثمر الأجنبي كافة المخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها[1] ، وقد عرّف المشرع العراقي عقد التأمين في المادة(983) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 بأنه: (عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له او إلى المستفيد مبلغاً من المال أو أيرادا مرتباً أو أي عوض مالي آخر، في حال وقوع حادث للمؤمن ضده وذلك مقابل اقساط او أي دفعة مالية آخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن ويقصد بالمؤمن له الشخص الذي يؤدي الإلتزامات القابلة للمؤمن ويقصد بالمستفيد الشخص الذي يؤدي اليه المؤمن قيمة التأمين وإذا كان المؤمن له هو صاحب الحق في قيمة التأمين كان هو المستفيد). ويتحدد هذا المفهوم من خلال توفير الحماية للمستثمر ضد أي اخطار تتعرض لها شركاته ولكن رغم ذلك فأن هذه الوسيلة لا توفر الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي والتي يطمح بالحصول عليها لأن الخطر المحدق الذي ممكن أن يتعرض له المستثمر الأجنبي قد يكون من خلال الدولة المضيفة للإستثمار وهي طرف في العقد (صاحبة جهة التأمين) ، لذا فأن الدولة التي يستثمر فيها هي ذاتها مصدر الخطر المؤمن منه ، إذ أن التأمين غالباً ما يكون من قبل جهات وطنية ودولية تكون ذات صفة تقليدية وتجارية في الغالب[2].

1) عمار محمد خضير، ضمانات الاستثمار الاجنبي في العراق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية، لبنان، 2014، ص37.

2) حسين محمود محمد الهنداوي، النظام القانوني لمشاريع البنيه الاساسية ان التمويل الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006، ص72-73.

وبعد مراجعة قانون الأستثمار رقم (13) لسنة2006 للبحث عن موقف المشرع العراقي فقد وجدنا أنه منح المستثمر حق التأمين على مشروعه في المادة (11) الفقرة (رابعاً) والتي نصت على: (يحق للمستثمر الأجنبي التأمين على مشروعه الأستثماري لدى أي شركة تأمين وطنية او أجنبية يعتبرها ملائمة)وفي المادة (10) الفقرة أولاً قد عامل المستثمر الأجنبي معاملة مميزة بمنحه ذات المزايا التي يمنحها للمستثمر العراقي من ضمانات وتسهيلات تحفز المستثمر للإستثمار في العراق فأنه أقر مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمر الأجنبي أسوة بالمستثمر العراقي[1].

2- التصرف برأس المال المُستثمر:- أن للإستثمار الأجنبي الأهمية كبيره ولذلك تسعى الدول إلى اجتذاب رؤوس الاموال الأجنبية لها فقد تعتمد على رأس المال الآتي من مصادر خارجية لتمويل جزء كبير من إستثماراتها ولتجنب التضخم الاقتصادي وتوفير بيئة إستثمارية مناسبه وتشجيع المستثمر الأجنبي على المساهمة برأس ماله لذلك فقد ذكرت بعض التشريعات نوعية رأس المال إذ نصت بهذا الصدد على:

أ- النقود والاوراق التجارية الأجنبية المحولة إلى البلاد.

ب- الآلات والمعدات والمستلزمات السلعية القادمة من الخارج.

ت- الحقوق المعنوية، كبراءات الاختراع والعلامات التجارية وغيرها.

ث- أرباح ومكاسب رأس المال الأجنبي المسُتثمر إذا زُيّد بها رأس مال الأجنبي أو تم توظيفها بمشروعات جديدة ، ومن هذه التشريعات المشرع الجزائري في المادة (31) من الامر01-03 والمتعلق بتطوير الأستثمار إذ تنص على : (تستفيد الأستثمارات المتجزة أنطلاقاً من المساهمة في رأس المال بواسطة عمله صعبه حره التحويل يسعرها بنك الجزائر بأنتظام ويتحقق من أستيرادها قانوناً من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه كما يشمل هذا الضمان المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية حتى وأن كان هذا المبلغ اكبر من الرأسمال المستثمر من البداية) [2].

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد برز دوره من خلال تأييده للمستثمر الأجنبي من خلال بتوفير الدعم الكامل من خلال تمتعه بالعديد من المزايا تحفظ رأس المال ففي المادة (11) من قانون الأستثمار العراقي سالف الذكر أعطت الحق للمستثمر: (أولاً-آخراج رأس المال الذي ادخله

1) قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة (2006) المعدل، الفصل الثالث(المزايا والضمانات)، الماده (10/أولا) : (يتمتع المستثمر العراقي او الاجنبي بجميع المزايا والتسهيلات والضمانات ويخضع للألتزامات المنصوص عليها في هذا القانون).

2) بندير خديجه، الضمانات القانوني للأستثمار الاجنبي في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة احمد درايه أدرار، الجزائر، ص28.

المستثمر الأجنبي وعوائده وفق احكام هذا القانون وتعليمات البنك المركزي وبعمله قابله للتحويل بعد تسديد ديونه وإلتزاماته كافة للحكومة العراقية وسائر الجهات الآخرى.ثانياً- يحق للمستثمر الأجنبي:أ.التداول في سوق العراق للاوراق المالية بالاسهم والسندات المدرجة فيه وأكتساب العضوية في الشركات المساهمة الخاصة والمختلطة ولا يمنع من ذلك وجود عقارات ضمن موجودات الشركات المذكورة .ب. تكوين المحافظ الأستثمارية في الاسهم والسندات .ج. فتح فرع لشركته الأجنبية في العراق وفقاً للقانون .د. تسجيل براءة الاختراع لمشروعه الأستثماري وفقاً للقانون).

ثانياً/ ضمانات أجرائية :

تعد الضمانات الإجرائية أحد الأهم الأسس التي يستند عليها المستثمر الأجنبي وهي كالاتي:

1- نزع الملكية للمنفعه العامة :غالباً ما تتعرض الأستثمارات الأجنبية لنزع الملكية إذ يحد من فاعلية الأستثمارات الأجنبية بالاخص وينعكس سلباً عليها وبالتالي فأن المشرع العراقي عند أصداره لقانون الأستثمار الحالي حرصاً على حماية المستثمر الأجنبي من هكذا إجراء ويستشف ذلك من خلال نص المادة (12) الفقرة (ثالثاً/ أ،ب):(أ.عدم المصادرة او تأميم المشروع الأستثماري بأستثناء ما يتم بحكم قضائي بات. ب. عدم نزع ملكية المشروع الأستثماري الا للمنفعة العامة كلاً او جزءاً وبتعويض عادل)[1].

وقد عرّف الفقه القانوني نزع الملكية بأنه: (أجراء تتخذه الدولة او أحدى هيئاتها لنزع ملكية الاموال العقارية مقابل تعويض يمنح لمالكيها)، وبالتالي فأن نزع الملكية يكون لصالح الدولة المستضيفة للإستثمار لأنها ذات سلطة على أقليمها وبالتالي تؤدي إلى أضرار المستثمر الأجنبي مما ينعكس سلباً على الأستثمار وبالتالي فأن من واجبات الدولة أن لا تعيق عمل المستثمر ولا تتخذ هذا الاجراء الا وفقاً لشروط محدده وهي:

أ- أن يكون هذا الاجراء مبنياً على أسس منصفة تحقق من خلالها نزع الملكية منفعةً عامة وهذا ما اشارت اليه المادة(12/ثالثاً/ب) تم ذكرها اعلاه.

---

1) التأميم:هو عقد يتفق به طرفان، الاول المستثمر الاجنبي والطرف الثاني هو الدولة المستضيفه للأستثمارأو من خلال معاهده ثنائية . مروه موفق مهدي، الضمانات والحوافز القانونية التي تقررها قوانين الاستثمار العربيه للأستثمارات الأجنبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2007، ص92.

ب- أن يكون نزع الملكية للمنفعه العامة قائما وفق أساس دستوري وكذلك الحال بالنسبة لصدور قرار تأميم للمشروع وهذا أيضا قد أكدته المادة (12/ثالثاً/أ) إذ فرضت عدم مصادره المشاريع الأستثمارية او تأميمها الا بعد صدور حكم قضائي بات بذلك، وعلى الرغم من كل ما ذكر من ضمانات للمستثمر الأجنبي فأنه يقع دائما تحت طائلة المخاوف من التأميم[1].

2- التحكيم: يعد التحكيم من الأهم الضمانات التي أقرتها التشريعات الجاذبة للإستثمار والتي من ضمنها العراق لأنه يمثل ضمانه للمستثمر الأجنبي بالاخص عند أقرار الدولة المضيفة له، وقد ذهب العديد من الدول إلى أصدار تشريع خاص بالتحكيم كالمشرع المصري [2]، بينما نصت عليها الدول الآخرى ضمن تشريعاتها، فقد كرس المشرع الجزائري التحكيم التجاري الدولي في قانون الاجراءات المدنية والإدارية08-09 والذي تضمن طرق واجراءات التحكيم الداخلي والخارجي وأكد ذلك قانون الأستثمار16-09 والمتعلق بترقية الأستثمار وذلك من خلال مأنصت عليه المادة(24)بأنه: (يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون سبب اجراء اتخذته الدولة الجزائريه في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة أقليمياً، الا في حالة وجود إتفاقيات ثنائيه او متعددة الأطراف أبرمتها الجدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود إتفاق مع المستثمر ينص على بند تسويه يسنح للطرفين بالإتفاق على التحكيم الخاص)، ووفقاً لهذا النص فقد يمنح المستثمر الحق في اللجوء للتحكيم وفقاً للإتفاقيات الثنائية او متعددة الأطراف وكذلك في حالة إبرام عقد مع المستثمر الأجنبي أحد أطرافه الدولة المستضيفة للإستثمار فله الحق باللجوء إلى التحكيم في حال ما أدرج المتعاقدأن شرط خاص بالتحكيم عند إبرام العقد وهو ما يسمى بشرط التحكيم او تم الإتفاق عليه بعد نشوب النزاع ويسمى مشارطة التحكيم[3].

وقد نظم المشرع العراقي أحكام التحكيم في قانون المرافعات رقم(83) لسنة 1969المعدل في المواد من (251-276) والتي نظمت احكام التحكيم ، ولكن هنالك إختلاف في الفقه حول امكانية تطبيق القانون الأجنبي في التحكيم فمنهم من قال بأنه لا مانع من تطبيق احكام القانون الأجنبي

1)عمار محمد خضير، مصدر سابق، ص53-54.
2) أصدر المشرع المصري قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم (27) لسنة 1994 المعدل، وانشأ مركزاً تحكيمياً ، وهو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

بشرط أن لا تخالف النظام العام والقواعد الآمرة [1]، وهذا ما أكدته المادة (32) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 إذ نصت على أنه: (لا يجوز تطبيق احكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الاحكام مخالفه للنظام العام أو الاداب العامة في العراق).

أما إذا حصل نزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق فسوف نشرحه بشكل أكثر تفصيلاً من خلال تخصيص المطلب الثاني للمبحث الثاني لهذا الفصل له وكما سنرى لاحقاً.

1) د.جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص166.

المطلب الثاني

الوسائل القضائية لحل النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف

أن العقود الدولية التي تكون الدولة المضيفة للإستثمار طرفاً فيها مع المستثمر الأجنبي غالباً ما يختار أطرافها القانون الذي يحكم عقدهم سواءً كان ذلك صراحةً او ضمناً ، لذا فأنه في حال قيام نزاع ما فأن دور القاضي يحتم عليه إعمال ارادة المتعاقدين أما في حال غياب الإرادة العقدية فأنه يلجأ إلى عدد من ضوابط الإسناد ليتوصل من خلالها إلى القانون الواجب التطبيق على العقد لذا فأن اللجوء إلى القضاء هي من الوسائل التي يلجأ اليها الأطراف في حال قيام نزاع ناتج عن خصخصة المصارف ويختص القضاء الوطني بالنظر في هذه المنازعات إذا ما كان القانون الواجب التطبيق عليها هو القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار وغالباً ما تحرص على تطبيقه الدول النامية بإعتباره من مظاهر سيادتها ، ولا تقتصر الوسائل القضائية على القضاء الوطني بل تتعداه إلى القضاء الدولي ، وكما سنبين ذلك في هذا المطلب إذ قسمناه لفرعين خصصنا الأول للقضاء الوطني والثاني للقضاء الدولي.

الفرع الأول

القضاء الوطني

أن اللجوء للقضاء الوطني يثير عدة تساؤلات منها ما مدى أمكانية أطراف العلاقة في المصارف المخصخصة باللجوء إلى القضاء الوطني لتسوية النزاعات الناشئة عن الخصخصة المصرفية أطرافها كل من (الدولة والمستثمر الأجنبي)، وما هو موقف التشريع العراقي والمقارن من ولاية القضاء الوطني في هذا النوع من العقود، وأخيراً تقييم القضاء الوطني بإعتباره أحدى وسائل حل المنازعات الناشئة عن مثل هكذا عقود.

1- لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني: أن الإتجاه السائد في هذه العقود إذ تسعى الدول المضيفة للإستثمار إلى تطبيقه هو القانون الوطني لها وبالاخص الدول النامية بإعتباره من مظاهر فرض السيادة بالنسبة لها، ولكن التساؤل الذي يُثار هنا هو مدى أنطباق مبادئ القضاء الوطني على هذه العقود؟

إذ أن تطبيق قواعد القانون الوطني من قبل القاضي يلزمه بأتباع جميع القواعد الأجرائيه والمتعلقة بالنظام العام والواردة في قانون المرافعات المدنية والمتعلقة بكافة الحقوق من حيث احترام المواعيد القضائية واجراءات سير الدعوى وأنقطاع الخصومة وما إلى ذلك وكذلك الالتزام بقواعد الإثبات المعمول بها[1]، أما بالنسبة للقواعد الموضوعية يجب على القاضي الالتزام بها فهي غالباً على نوعين:

أ- الإتفاقيات التي تنضم أليها الدولة المضيفة للإستثمار، وهي على مجموعتين، أحدهما تتضمن قواعد موضوعية تسري على العقود الدولية دون العقود الداخلية والاثر المترتب عليها لا يلغي تطبيق القانون الوطني على العقد وأنما يحدد نطاق سريانه في داخل حدود الدولة وعلى المعاملات الداخلية إذ تقوم الدولة المضيفة للإستثمار بأدخالها في تشريعاتها كما فعلت ذلك مصر بصدد تنفيذ إتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع[2]، أما المجموعة الآخرى من الإتفاقيات تتضمن كل من القواعد الموضوعية والماديه بشكل موحد وتسري على كل من المعاملات الداخلية والدولية ومثال لها إتفاقية جنيف 1930 بشأن الكمبيالة والصك[3].

ب- تشمل القواعد القانونية العامة كالقانون المدني والتجاري وقانون الأستثمار والعمل والجمارك وغيرها ، و بدورها تشتمل على نوعين من القواعد القانونية منه الآمرة ومنها المكملة، فالآمرة لا يجوز للأطراف الإتفاق على خلافها أما المكلمة فتلك التي يجوز لأطراف العلاقة العقدية الإتفاق على مخالفتها ، فأنها تترك سلطة واسعة للقاضي في حال سكوت الأطراف المتنازعة عنها[4].

ثانياً/موقف التشريعات من تطبيق القضاء الوطني:

أن معظم التشريعات في البلدان النامية تسعى إلى جلب المستثمر الأجنبي فأنها تقدم العديد من الضمانات لجذب المستثمرين من خلال أصدارها تشريعات تنظم عملية الأستثمار وأنضمامها إلى معاهدات وإتفاقيات ضمن هذا المجال، وقد نصت المادة (27) من قانون الأستثمار العراقي على ولاية القضاء العراقي في المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون الأستثمار، والقانون العراقي هو

1) عمارمحمدخضير، مصدر سابق، ص120.
2) غسان محمد عبيد، عقد الاستثمار الاجنبي للعقار، مصدر سابق، ص149-150.
3) صفوت احمد عبدالحفيظ، دور الاستثمار الاجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعيه، الاسكندرية، 2005، ص445.
4) غسان محمد عبيد، مصدر سابق، ص150.

القانون الواجب التطبيق على النزاع ، كما واجازت للطرفين المتعاقدين باللجوء للتحكيم وفقاً لما يتفق عليه أطراف العقد[1].

وقد سار المشرع الجزائري بالأتجاه ذاته [2]،إذ أقّر بأن الجهات القضائية في الجزائر هي صاحبة الاختصاص للنظر بمنازعات الأستثمار ، و من خلال المادة (17) من قانون الأستثمار لسنة 2001 أكدت على أن كل خلاف يثار بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائريه يخضع للجهات القضائية في الجزائر ألا في حالة وجود إتفاقية تتعلق بالصلح او التحكيم او وجود إتفاق خاص ينص على تسويه او إتفاق خاص لإخضاع النزاع للتحكيم الخاص.

ثالثاً/ أمكانية اللجوء إلى القضاء الوطني: والسؤال الذي يُثار هنا هو هل أن القضاء الوطني كافٍ لحكم النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف ؟ وماهي الحالات التي أوردها المشرع إذ تكون فيها المحكمة الوطنية هي المختصة بالنظر في النزاع ؟ .

1- إذا كان المدعى عليه عراقي الجنسية او أجنبي موجود في العراق

في أطار الخصخصة المصرفية فأن المدعى عليه اما المستثمر الأجنبي او الدولة كطرف في العقد وبما أن المستثمر الوطني ليس ضمن مجال بحثنا ولكن يجب أن نميز فيما إذا كان المستثمر وطنياً او أجنبياً ففي حال أن المستثمر يحمل جنسيات متعدده من بينها جنسية الدولة المضيفة للإستثمار فالمستثمر يقاضى امام المحاكم الوطنية وأن كان مقيما خارج أقليم الدولة تطبيقاً لمبدأ سيادة الدولة على رعاياها ، طبقاً لما جاء به نص المادة (14) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة(1951) أكدت على أنه: (يقاضى العراقي امام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ في الخارج). هذا أيضاً ما أكدته المادة (10) من قانون الجنسية العراقي رقم (26) لسنة (2006)[3].

وتبين من النصوص اعلاه بأن المستثمر حامل الجنسية العراقية يقاضى امام المحاكم العراقية وذاك بغض النظر عن موطن المدعى او المدعى عليه او موقع المال محل النزاع او مكان نشوء الالتزام

1) نص الماده (27/أولا) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) سنة 2006 المعدل : (تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق احكام هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه أجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق).
2) نص الماده (17) من قانون الاستثمار الجزائري لسنة 2001 منشور على موقع الشبكة المعلوماتية ، تاريخ الزيارة 2021/5/1، 8 م.
.https://www.joradp.dz/TRV/Alnv.pdf
3) المادة(10/ثانيا) من قانون الجنسية العراقي رقم 26 لسنة 2006 على ان : (تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية الدولة الاجنبية).

او مكان تنفيذه[1].من الملاحظ على نص المادة(14) أعلاه بأنه جاء بأختصاص عام مطلق لم يستثني المنازعات المرتبطة بعقار كائن خارج اقليم الدولة بصورة صريحة[2]، ولذا فأن هنالك أنتقاداً وجه لهذا الضابط بأنه يتعارض مع مصالح المتوطنين في الخارج لما يحلقهم من ضرر نتيجة اجبارهم على الامتثال امام المحاكم العراقية وكما أنه يتعارض فيما إذا كان موضوع الدعوى عقار او منقول في خارج اقليم الدولة ففي هذه الحالة ينتفي اختصاص المحكمة سواءً كان المدعى عليه عراقي او أجنبي متوطناً ام غير متوطناً في العراق[3].

ومن الجدير بالذكر أن المادة (14) أوردت مبدأً عاماً وهو اختصاص المحكمة العراقية بالدعاوي التي يكون فيها المدعى عليه عراقيا ،أما ما جاء في نص المادة(7) من قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية رقم(30) لسنة (1928) بما يخرج عن هذا المبدأ كما يأتي: (تعتبر المحكمة الأجنبية ذات صلاحية إذا تحقق أحد الشروط التالية :

أ.كون الدعوى متعلقة بأموال منقوله او غير منقولة كائنه في البلاد الأجنبية.

ب.كون الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الأجنبية أو كان يقصد تنفيذه هناك كله او قسماً منه يتعلق به الحكم.

ج.كون الدعوى ناشئة عن إعمال وقع كلها او جزء منها في البلاد الأجنبية.

د.كون المحكوم عليه مقيم عادة في البلاد الأجنبية أو كان مشتغلا بالتجارة فيها في التاريخ الذي أقيمت فيه الدعوى.

ه.كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى بإختياره.

و.كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه.

بالتالي فأن الفقرة (ب) من المادة سالفة الذكر أعطت الاختصاص القضائي لمحكمة البلد الذي ابرم فيه العقد، أما المادة (15) من القانون المدني العراقي عالجت حالة كون المدعى عليه أجنبي موجود في العراق إذ أنها نصت على: (يقاضى الأجنبي امام محاكم العراق إذا وجد في العراق).

1) د. عكاشه عبدالعال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعه، بيروت، ص441.
2) د.عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقيه وتنفيذ الاحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، بغداد، 2007، ص11.
3) أ. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2015، ص287.

ويتضح مما ورد أعلاه بأن هذه المادة جعلت المحاكم العراقية هي ذات الاختصاص للنظر في الدعاوى التي يكون فيها المدعى عليه أجنبياً موجوداً في العراق سواءً كان وجوده دائميا او مؤقتا وهذه المادة تعبر عن تطبيق مظهر من مظاهر سيادة الدولة على اقليمها فلا يخضع المدعى عليه الأجنبي لولاية المحكمة الوطنية إذا كان مقيماً خارج العراق، أما بالنسبة للشخص المعنوي(شركة مثلاً) يكون عراقياً إذا كان مركز الإدارة الرئيس فيه او كان للشخص المعنوي عدة فروع أحدها في العراق فأن القضاء العراقي هو المختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بهذا الفرع الموجود على اقليمها إذ تقام الدعاوى التي تقع في دائرتها مركز إدارة الشركة او المحل الذي نشأ فيه الالتزام او محل التنفيذ او المحل الذي اختاره أطراف العقد[1].

التساؤل يُثار هنا إذا ما تمت خصخصة أحد المصارف العامة من خلال إبرام عقد مع مستثمر أجنبي الجنسية فلأي إختصاص ممكن أن يخضع النزاع كون المدعى عليه هو المستثمر الأجنبي؟

إعمالاً لنص القانون اعلاه فأنه إذا ما كان المستثمر الأجنبي مقيماً في العراق فأنه يمثُل امام المحاكم العراقية ، أما إذا لم يكن مقيماً في العراق بل كان مقيما في الخارج فأن له أن يخضع لاختصاص محاكم الدولة الأجنبية ذات الاختصاص.

ولكن لو فرضنا بأن الدولة أبرمت عقد الخصخصة مع المستثمر الأجنبي في مقر شركته في الأمارات و لديها فرعاً في العراق على أي محكمه يقع اختصاص النظر في الدعوى؟

أن الاصل فيما يخص الاختصاص القضائي للشخص المعنوي هو مركز إدارته الرئيسي ولكن نحن فرضنا بأن لها فرعاً في العراق لذا فأن أي دعوى تقام بخصوص تنفيذ إعمال فرع الشركة او إلتزاماتها فأن المحاكم العراقية هي ذات الاختصاص للنظر فيها.

1) أ.م. غالب الداووي، أ.د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص264.

2- مكان إبرام العقد او تنفيذه او حادثه وقعت في العراق

يعطى الاختصاص للمحاكم العراقية بالنظر في الدعاوى الناشئة عن إبرام عقود في العراق أو تم تنفيذه فيه من قبل شخص أجنبي ويشمل بذلك جميع الدعاوى التي ترفع على الأجنبي حتى في حال لم يكن محل أقامته العراق وقت النزاع[1].

بالتالي فأن المحاكم العراقية تعد ذات اختصاص للنظر في المنازعات الناتجة عن المسؤولية العقدية والتقصيرية أيضا وقد اشارت المادة (15) من القانون المدني بفقرتها(ج) نصت على: (يقاضى العراقي أمام المحاكم العراقية في الاحوال التاليه...ج.إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ او كان التقاضي عن حادثه وقعت في العراق)، وبغض النظر عن جنسية المدعى عليه .

وبالاضافه لذلك ينعقد الاختصاص للقضاء العراقي في حالة الخضوع الارادي من قبل المستثمر الأجنبي لولاية القضاء العراقي كان يتفق طرفا العقد على قبول ولاية قضاء الدولة العراقية وقد يكون هذا القبول صريحاً في حال تم ذكره في العقد او ضمنياً من خلال ملابسات وظروف العقد، في حال سكوت المدعى عليه عن الدفع بأيقاف اجراءات الدعوى المرفوعة ضده امام المحاكم العراقية[2].

أما عن موقف قانون الأستثمار العراقي فقد نظمت المادة(27) منه الاختصاص القضائي الدولي

أما بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي فقد أعلن مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه إزاء تطبيق نصوص المشرع في الخصخصة ، وذلك بقراره في الطعن المقدم من السيد bollon والسيد Toxe بتاريخ 7 فبرأير 1987، وتتلخص القضيه في أن كل من وزير الأقتصاد والمالية ووزير الصناعة أصدرا قراراً مشتركاً بتاريخ 25 سبتمبر1986 ويتضمن تنازل مؤسسة الابحاث والأنشطة البترولية عن حصتها لشركة الوطنية S.N.E.A بنسبة 11% من رأس مالها، وبذات الوقت قرر مجلس إدارة شركة sena زيادة رأس مالها ، بأصدار 40 الف سهم قيمة السهم الواحد خمسة الالاف دولار امريكي، وقد تم تنبيه المؤسسة بعدم الأكتتاب في هذه الأسهم وتم التنازل عن مليون ومائتي ألف سهم تملكه في شركة sena لصالح عمالها وفروعها.

1) أ.م. غالب الداودي،أ. د. حسن الهداوي، مصدر سابق ، ص248.
2) حسنين ضياء الموسوي، الإرادة ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي(دراسة في القانون العراقي والمصري)، بحث منشور في مجلة ابحاث ميسان، المجلد8، العدد16، 2012، ص399.

فقد حاول مجلس الدولة الفرنسي بيان طبيعة هذه القرارات وهل هي من قبيل الخصخصة أذ أن المؤسسة مازالت تملك أكثر من نصف رأس المال، مع الاخذ بعين الإعتبار أن هذا المشروع من المشاريع المدرجة في قائمة المشروعات القابلة للخصخصة ضمن المادة (4) من قانون 2 يوليو 1986، فقد تم الإعتراض عليها بحجة ما هو الأساس القانوني لها؟ أجاب المجلس بأنه أذا كان هذا المشروع ضمن القائمة المعدة استناداً للمادة (4) فهو ليس إلا تنفيذاً للقانون ، ولا حاجة لصدور مرسوم بذلك.

نحن نعتقد بأن تسوية النزاعات أمام القضاء الوطني ليست من أفضل الوسائل لحل النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف لأسباب عديدة منها الشك في حياد القضاء الوطني حيال الدعاوى التي تكون الدولة طرفا فيها أضافة إلى أن الاجراءات القضائية امام المحاكم الوطنية غالباً ماتتسم بالبطء الشديد وهو ما لا يناسب الدعاوى القائمة نتيجة تنفيذ مثل هكذا عقود كما أن القضاء الوطني في البلدان النامية يفتقر للخبرات الفنية اللازمة للنظر في مثل هكذا دعاوى[1].

الفرع الثاني

القضاء الدولي

من المتفق عليه أن معظم الدول تحاول فرض قانونها على المستثمر الأجنبي وبالتالي يقع اختصاص النظر في النزاعات للمحاكم الوطنية ، إذ أن الإتجاه السائد في معظم بلدان الدول النامية هو تطبيق قانون الدولة المضيفة وبالتالي محاكمها الوطنية هي ذات الاختصاص للنظر في الدعاوى ، لكن التساؤل الذي يُثار هنا هو هل بأمكان المستثمر الأجنبي أن يقاضي الدولة المضيفة للإستثمار طرف بالنزاع أمام القضاء الدولي في حال إخلالها بالإلتزامات؟ وماهي الآلية المتبعة في ذلك؟

1- إخلال الدولة المضيفة للإستثمار بإلتزاماتها تجاه المستثمر

أن مجرد الاخلال بالالتزام العقدي من قبل الدولة المضيفة للإستثمار طرف بالعقد لا يؤدي إلى قيام مسؤوليه دولية ، لأن جانباً من الفقه يضع شرطاً من خلاله يمكن أن تتحقق المسؤولية الدولية ألا وهو أن يكون هنالك خطأ تعسفياً أو جسيماً إضافة إلى أن ما يحرك هذه المسؤولية ليس الاخلال

1)غسان عبيد المعموري،عقد الاستثمار الاجنبي للعقار، مصدر سابق، ص154.

بالعقد أنما القيام بفعل آخر غير مشروع فأن ذلك يدل على أن قيام المسؤوليه الدولية مرهون بالقيام بفعل غير مشروع ترتكبه الدولة المضيفة للإستثمار [1].

والسؤال هنا في حال قيام المسؤولية أعلاه فما هي الالية التي من خلالها تطبيق القضاء الدولي؟

2-آلية تطبيق القضاء الدولي

عندما نذكر القضاء الدولي فأن اول ما يتبادر إلى الاذهان هو محكمة العدل الدولية وتعنى بمقاضاة أشخاص القانون الدولي فيما بينهم وهذا ما أكدته المادة (1/34) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية : (أن الدول وحدها هي التي يمكن أن تكون طرفاً في القضايا التي تنظر فيها المحكمة)[2].

ولكن الفرد لا يمكنه اللجوء بشكل مباشر إلى المحكمة الدولية بل بأمكانه اللجوء إلى الدولة التي يحمل جنسيتها لتقوم الاخيره عن طريق وسائل دبلوماسية تجاه الدولة المتسببة بالضرر للتعويض عنه وفي حال رفضت تقوم الدولة التي ينتمي اليها الفرد بجنسيته باللجوء إلى المحكمة من اجل الدفاع عن مصالح افرادها[3].

وقد أكدت المادة (34) من النظام الأساسي للمحكمة بأن الدولة وحدها من يحق لها أن تكون طرفاً في الدعاوى التي ترفع أمام المحكمة لذا فأن الدولة وحدها يحق لها ذلك دون سائر اشخاص القانون الدولي العام.

نتيجةً لذلك يمكننا القول بأن المستثمر لا يمكنه اللجوء إلى المحكمة الدولية إلا من خلال الدولة التي ينتمي اليها المستثمر بجنسيته ولكن التساؤل الذي يُثار هنا هو في حال تعددت جنسيات المستثمر سواءً كان شخصاً طبيعياً او معنوياً فما هو الأساس الذي يتم اللجوء اليه لتحديد أي الجنسيات هي التي تربط المستثمر بالدولة التي تتقاضى بصفته امام المحكمة الدولية؟

أستقر الفقه على الاعتداد بالجنسية الفعلية وذلك وفقاً لعدد من المعايير الأهمها:

---

1)غسان عبيد المعموري،مصدر سابق ، ص157.
2) النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية على الشبكة المعلوماتية(الانترنت)، تاريخ الزيارة 7/5/ 2021، 1صباحاً، https://www.un.org/ar/about-us/statute-of-court-international-justice.
3) حسناوي العارم، محكمة العدل الدولية كهيئة قضائيه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد خضير، 2015، ص28.

1. معيار جهة التأسيس إذ يسجل الأستثمار كشخص معنوي.
2. مركز الأستثمار إذ يمارس لمستثمر أنشطته.
3. جنسية الاشخاص القائمين على إدارة الأستثمار[1].

ومن الجدير بالذكر فأنه لا يكفي وجود جنسية فعليه تربط المستثمر بالدولة لكي يتمكن الاخير من التقاضي أمام المحكمة الدولية بل لابد من أستنفاذه لكافة وسائل التقاضي فعليه أولاً اللجوء إلى القضاء الداخلي للدولة التي الحقت الضرر به، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية من ضرورة استنفاذ السبل القضائية في دولة الأستثمار قبل لجوء المستثمر لدولته لطلب حمأيتها دبلوماسياً[2].

ومما يجدر الإشارة اليه بأن النظام القضائي للدولة المضيفة يترك الفصل في هذه المنازعات إلى القضاء العادي (محكمه البداءة) أو قد يناط بها لمحاكم مختصه بنظر هذه المنازعات اختصاصاً دقيقاً ففي العراق مثلاً تشكلت محكمة بداءه متخصصه بالنظر في الدعاوى التجارية إذا كان أحد أطراف العقد من غير العراقيين[3]،وقد أضاف مجلس القضاء الاعلى اختصاصاً آخراً لها وهو النظر في عقود المقاولاًت التي يكون أحد أطراف النزاع فيها طرفاً حكومياً[4].

وأخيراً لابد من القول بأن القضاء الدولي من الوسائل المهمة والتي لها دور في حل النزاعات الناشئة عن العقود الأستثمارية بين المستثمر والدولة المضيفة للإستثمار ولكنها ليست الافضل إضافة إلى وجود التحكيم والذي يعتبر الافضل بالنسبة للمستثمر الأجنبي والأكثر تطوراً ، إضافة إلى أن اللجوء إلى القضاء الدولي لا يمكن أن يكون مباشراً ،لكن يجب أن يتم من خلال الدولة التي ينتمي اليها المستثمر بجنسيته وفي حال تعدد الجنسيات فالجنسية الفعلية مما يسبغ عليها صفة التعقيد لأنها لابد أن تمر بعدة مراحل ولكن ذلك لا يمنع من القول بأن هنالك اليات قدمت فائدة بلاشك ولكنها لا ترقى إلى مستوى التحكيم كما سنوضح لاحقا.

1)غسان عبيد المعموري، مصدر سابق، ص158.
2)عطوي خالد، دور محكمة العدل الدولية في تطوير اختصاصها القضائي، مقال منشور في مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد8، المجلد الاول، ديسمبر،2017، ص164.
3) تشكلت هذه المحكمة ببيان من رئيس مجلس القضاء الاعلى بتاريخ 2010/11/1.
4) كانت دعاوى المقاولات تنظر من قبل محكمة البداءة قبل تشكيل هذه المحكمة أما الان فتم نقل الاختصاص اليها اذا كانت الدعوى تجاريه احد اطرافها أجنبي او اذا كانت دعوى مقاولات في حال كان احد اطرافها الدولة.

المبحث الثاني

التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن خصخصة المصارف

لقد أخذ التحكيم صدى واسعاً كوسيلة بديلة لحل المنازعات الناشئة بين الدولة المضيفة للإستثمار كطرف في العقد والمستثمر الأجنبي ، لأسباب عده سوف نستعرضها تباعاً،إذ وجد أطراف العلاقة فائدتهم من هذه الوسيلة لما توفر لهم من امكانية إختيار المحكمين الذين يفصلون في النزاع المُثار أمامهم ، لأن اراداتهم تلعب دوراً كبيرا من خلال هذه الوسيلة (التحكيم) ، والتي تتضح من بداية إختيارهم لهذا الطريق والى تحديد نطاقه وبيأن الموضوعات التي تحل عن طريقه وما إلى ذلك .

أن المستثمر الأجنبي عادةً لا يرغب للخضوع أمام المحاكم الوطنية للدولة المضيفة وما يصاحبها من أحتمالية الخضوع لقانونها الوطني أيضاً، لذا يفضل اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء الوطني، وكما نعلم بأن التحكيم يبدأ من بدأية إتفاق الأطراف في العلاقة العقدية وينتهي بأصدار القرار التحكيمي من ثم تنفيذه في الدولة التي ممكن أن ينفذ فيها الحكم هنالك بعض المبادئ اللازم تحققها لضمان سير عجلة التحكيم بصورة صحيحة ، وفقاً لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم التحكيم في المنازعات الناشئة عن الخصخصة المصرفية ، وفي الثاني ضمان فاعلية التحكيم في منازعات عقود الأستثمار.

المطلب الأول

مفهوم التحكيم في منازعات الخصخصة المصرفية

غالباً ما يرغب الطرف الأجنبي في النزاع داخل أطار عمليات الخصخصة المصرفية باللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي قد تنشأ عنها ، ذلك لما يتمتع به من مزايا تجعله الأسلوب الأمثل لتسوية هذه المنازعات ولتحديد مبررات اللجوء إلى التحكيم ، سوف نقسم المطلب إلى فرعين، الأول نتناول فيه ماهية التحكيم ، والثاني أسباب اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات.

الفرع الأول

ماهية التحكيم في منازعات الخصخصة المصرفية

لقد حظي التحكيم بأهتمام كبير على الصعيد الدولي وساهمت الكثير من المنظمات والدول في أرساء قواعده الخاصة وسوف نوضح ذلك كما يأتي.

أولاً/تعريف التحكيم :لم تضع معظم التشريعات تعريفاً للتحكيم ولكن عملت الأجتهادات الفقهية على ذلك إذ يُعرف التحكيم بأنه (سلطة الفصل في النزاع بواسطة محكم او أكثر يختاره الأطراف ينزلون على ما يصدر من أحكام ملزمه)[1].

وعرف أيضاً بأنه: (نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص او أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من إتفاق أطراف النزاع)[2].

وعرف أيضا بأنه: (الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ من العقد عن طريق طرح النزاع، والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم أسم المحكم أو المحكمون دون اللجوء إلى القضاء)[3].

ويمكن تعريف التحكيم التجاري الدولي بأنه : (إتفاق بين طرفي علاقة خاصة دولية يلتزمان بمقتضاه على النزول عن حقهم في الإلتجاء إلى القضاء العادي مع إلتزامهم بطرح نزاعاتهم القائمة أو المستقبلية على فرد أو أفراد(المحكمون) ليفصلو فيها بحكم ملزم لهم)[4].

وعموماً توجد العشرات من التعريفات الآخرى للتحكيم ولكن كلها تتفق على مبدأ واحد في أن التحكيم هو وسيلة رضائيه الهدف الأساس منها هو النأي بالعلاقة التعاقدية عن الاشراف القضائي للمحاكم الوطنية للدولة وذلك بأختيار الفرد و الهيأة التي تفصل في النزاع القائم بصدد هذه العلاقة العقدية.

---

1) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي،ط1، دار الشرق، القاهره،2002، ص88.
2) فتحي والي، قانون التحكيم في النظريه والتطبيق،المعارف،الاسكندرية، ط1،2007،ص13.
3)أ. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مطبعة جامعة بغداد، العراق، 1992 ، ص17.
4) حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الجزائر، 2005، ص160.

وقد نظم المشرع الجزائري قواعد التحكيم عام 2008 للمواد من (1006-1061) من قانون الاجراءات المدنية الجزائريه رقم 09/08 تاريخ 2008/2/25 .

وأصدر المشرع المصري قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (27) لسنة 1994 المعدل[1].

ونجد أن قانون المرافعات العراقي قد نظم أحكام التحكيم في المواد من (251-276) فلم يضع المشرع تعريفاً للتحكيم وقد خصت هذه المواد احكام التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي ألا أن القانون أعلاه اجاز الإتفاق على التحكيم.

ولم يشير قانون الأستثمار أيضا المرقم (13) لسنة 2006 المعدل إلى التحكيم ولكنه اجاز للأطراف المتنازعة من اللجوء إلى التحكيم من خلال نص المادة (27) الفقرة (4) وكما يأتي:(يجوز لأطراف النزاع الالتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي...).

أما فيما يخص مشروع التحكيم التجاري العراقي فقد عرف التحكيم في المادة(1/ أولاً) والتي نصت على أن التحكيم هو:(أسلوب يختاره أطراف النزاع لحله من محكم أو أكثر بدلا من اللجوء إلى القضاء).

ومما يجدر الإشارة له بأن التطور التكنولوجي واستخدام وسائل التقاضي الإلكترونية فلا بد لنا من تعريف التحكيم الإختلاف وهو:(ذلك التحكيم الذي يتفق فيه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت في الغالب الأعم بوسائل ألكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستنده ومستمده من إتفاق أطراف النزاع وبأستخدام وسائل اتصال حديثه تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي)[2].

وبذلك نستطيع وضع تعريف خاص بالتحكيم في عقود الخصخصة المصرفية بأنه:(هو إتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم الخاص بالعلاقة الناشئة عن الخصخصة المصرفية التي يكون طرفاها كل من الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي سواءً كان بالطرق التقليدية او الإلكترونية).

---

1) اصدر المشرع القطري قانوناً للتحكيم رقم (2) لعام (2017)،وأيضا نظم المشرع الإماراتي التحكيم من خلال المواد(203-218) من قانون الاجراءات المدنية رقم (11) لسنة 1992 والمعدل بالقانون رقم (30) لسنة 2005.
2) د.شهاب فاروق عبدالحي عزت، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكه بين القطاعين العام والخاص، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2014، ص191.

ثانياً/صور التحكيم :للتحكيم صورا عديدة منها الوطني ومنها الدولي وكما يأتي:

1- التحكيم الوطني/ يسمى التحكيم وطنياً إذا ما كان النزاع بجميع عناصره وطنيةً ، إذ يفصل فيه محكمون وطنيون ويصدر الحكم التحكيمي داخل الاقليم وفقاً للقوانين الوطنية له .
2- التحكيم الدولي / وهو التحكيم الذي يتم على صعيد المعاملات التجارية الدولية [1].إذا أرتبط أحداً من عناصره بعنصر أجنبي سواءً كان هذا في موضوع النزاع أو أطراف النزاع او القانون الواجب التطبيق على النزاع او مكان اجراء التحكيم .

لم يتضمن التشريع العراقي على أي نص ينظم التحكيم الأجنبي أو الدولي سواءً في القوانين او الإتفاقيات التي صادق عليها لحد الأن[2]،وكذلك لم ينص قانون التنفيذ على ما ينظم احكام المحكمين الاجانب ولا على احكام التحكيم الوطني التي تنظم إلتزامات وعقود دولية [3]،ولا يكفي لإضفاء المشروعية على احكام التحكيم الأجنبية الاعتراف بالقرارات وتنفيذها بل لابد من صدور تشريع او الأنضمام إلى إتفاقية دولية تُلزم ذلك.

أن التحكيم هو أداة أو وسيلة يلجأ اليها أطراف النزاع بإرادتهم وهذ الإرادة التي تضع هذا الشرط يكون نتيجتها أن يكون للشرط صورتين حسب وقت إتفاق الارادات المتنازعة ،أما قبل النزاع وفي ذات وقت إبرام العقد او بعد قيام النزاع وكما يأتي.

أ- شرط التحكيم: ويرد على صورة شرط يدرج ضمن العقد الأستثماري ويقضي بأنه في حال حوث نزاع بخصوص تنفيذ العقد فأنه تتم تسوية هذا النزاع عن طريق التحكيم ، معنى ذلك أن هذا الشرط يتم وضعه قبل قيام النزاع ، وهو مبدئياً لا يتضمن تعيين المحكمين أو المسائل المتنازع عليها في عقد التحكيم الذي تم إبرامه وهذا الشرط غالباً ما يدرج ضمن العقد الاصلي المبرم بين الأطراف ولكن ذلك لا يمنع من الإتفاق عليه لاحقاً في وثيقه مستقله والتي تعد بمثابة ملحق للعقد الاصلي[4].

---

1) د. صباح عبدالكاظم شبيب الساعدي،النظام القانوني لعقد تطوير والانتاج النفطي في العراق،ط1،الدار العربيه للعلوم،ناشرون،بيروت،لبنان،2015،ص248.
2) قانون المرافعات المدنية النافذ رقم (83) لسنة 1969.
3) قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية رقم (30) لسنة 1928.
4) د.حميد لطيف نصيف، التحكيم متعدد الاطراف في منازعات عقود التشييد ،ط2، دار ميزوبزتاميا، بغداد،2013،ص20.

ب- مشارطة التحكيم: تتحقق مشارطة التحكيم عندما يتفق الأطراف في العلاقة العقدية بعد قيام النزاع،إذ يتفق أطراف المنازعه التي وقعت بالفعل إلى التحكيم وعليه فأن معيار التمييز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم هو الوقت الذي تم الإتفاق به على هذه الوسيلة لفض النزاع فأن كان الإتفاق سابقاً لوقوع النزاع سُمي (شرطاً تحكيمياً) اما إذا كان لاحقا على قيام النزاع سُمي (مشارطة التحكيم)[1].

وبالنسبة للمشرع العراقي فقد أجاز الإتفاق على كلا الصورتين ولم ينص على تحديد موضوع معين للنزاع في إتفاق التحكيم وهذا ما جاء به نص المادة(251) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 ، قضت بأنه :(يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين).

وهنالك بعض الآراء تميز بين كل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم ، إذ ذهبت إلى حصر مشارطة التحكيم بنزاعات معينة [2]،ونحن لا نتوافق مع هذا الرأي فلا يوجد مبرر مقبول للتفرقة بين الشرط والمشارطة في التحكيم وكان من الافضل اعطائهم حكماً واحداً حتى لو لم تحدد مواضيع النزاع في مشارطة التحكيم.

ويمكن التمييز بين نوعين من التحكيم في النزاعات القائمة نتيجة عقود الأستثمار بصدد الاجراءات المتبعة له كما يلي:

أولاً- التحكيم الخاص أو الحر/ وهو أسلوب لتسوية المنازعات الأستثمارية يقوم بتحديد آليته أطراف النزاع عند قيام نزاعهم دون اعطاء الفرصه لأي مركز تحكيمي او مؤسسه للبت فيه وبالتالي هم يحددون هيأة التحكيم ومكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع والاجراءات المتبعة والتي تطبق على التحكيم[3].

وبالتالي فأن التحكيم الخاص هو عباره عن آليه لتسوية النزاعات يجري اعداده من قبل الأطراف المتنازعة لحالة خاصة بعينها ويحددون كل من هيأة التحكيم والقواعد والاجراءات التي تطبق عليها.

---

1) احمد ابو الوفا،التحكيم الاختياري،مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونيه والاقتصادية،العددان الاول والثاني،السنة السادسة ،ص1.
2) احمد ابو الوفا ،التحكيم الاختياري، مصدر سابق، ص3.
3) د.يوسف يعقوب صرخوه، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، 1996، ص68.

1- التحكيم المؤسسي أو النظامي/ هو التحكيم الذي يختار أطراف النزاع فيه أحدى المؤسسات التحكيمية والتي يكون لكل منها نظام خاص بها ، وكانت الأهمية التحكيم المؤسسي في تزايد على الرغم من أنه ليس الاسبق في الظهور ومن الأهم المؤسسات التحكيمية المركز الدولي لحل المنازعات الأستثمارية (واشنطن) وغرفة التجارة الدولية في باريس كذلك مركز سنغافوره الدولي للتحكيم ومركز التحكيم في مركز دبي المالي العالمي ، ومركز القاهرة الأقليمي للتحكيم التجاري الدولي [1].

وقد أصدر المشرع المصري قانوناً خاصاً لخصخصة المصارف ، وهو القانون رقم (155) لسنة 1998 الخاص بتنظيم مساهمة القطاع الخاص في رؤوس أموال بنوك القطاع العام، ولم يذكر صراحة القانون الواجب التطبيق على النزاعات القائمة بهذا الشأن ، لكن أحال هذا القانون في المادة(4) منه كل ما لم يرد بشأنه نص إلى قانون البنوك والإئتمان وقانون رقم (120) لسنة 1957 للبنك المركزي المصري والجهاز المصرفي[2].

ومن خلال الأستقصاء في القوانين المصرية ، فقد عالج المشرع المصري مسألة النزاعات المعنية بتطبيق القوانين المتعلقة بالنشاط المصرفي في المادة (223) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم (120) لسنة 1957 كما يأتي: (ينشأ مركز مستقل للتحكيم والتسوية في المنازعات التي تنشأ بسبب تطبيق أحكام هذا القانون والقوانين ذات الصلة بالمعاملات المصرفية وغيرها من الأنشطة التي تباشرها الجهات المرخص لها، وتكون لهذا المركز شخصية أعتبارية ميزانية مستقلة ، ويكون مقره محافظة القاهرة، ويمثل المركز رئيس مجلس إدارته أمام القضاء والغير،.... ويجوز لإطراف المنازعة اللجوء إلى هذا المركز إذا ما أتفقوا إبتداءً أو لاحقاً على تسوية النزاع عن طريق التحكيم،... وذلك مع مراعاة أحكام القوانين المصرية المنظمة للتحكيم وتسوية المنازعات)[3].

1) شيماء محمد شلتاغ، مصدر سابق،ص111.
2) ينظر المادة (49) من قانون رقم (155) لسنة 1998 .
3) منشور في الجريدة الرسمية ، العدد 37، في 15 سبتمبر، 2020.

والتساؤل الذي يُثار هنا ما هو موقف المشرع العراقي من التحكيم كآلية لتسوية المنازعات الناشئة عن خصخصة المصارف؟

لا يوجد قانون محدد ينظم عملية الخصخصة عموماً والخصخصة المصرفية تحديداً ،أما بالنسبة للخصخصة في المصارف فلم يشهد العراق ابداً هذه التجربة ولكن بالرجوع إلى قانون الأستثمار فلقد أجاز اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تنشأ نتيجة تنفيذ العقود الأستثمارية طرفاها كل من الدولة والمستثمر الأجنبي في المادة (27) منه[1]،وقد صادق العراق في عام (2012)على إتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول ومواطني الدول الآخرى (إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار1965 وقد أنشأت هذه الإتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار(الأكسيد) ضمن مجموعة البنك الدولي [2]،والغرض من أنشاء هذا المركز هو لتسوية المنازعات الناشئة بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الآخرى (المستثمرين الاجانب) من خلال التوفيق والتحكيم وعليه فأن هذه الإتفاقية يمكن أن تكون الأساس لحل النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف ولكن مع نص المادة (29) من قانون الأستثمار العراقي الفقرة (ثانياً) ، أستثنت الأستثمار في المصارف فلا يمكن اللجوء إلى التحكيم وجعل قانون الأستثمار هو الأساس في ذلك لأنه لم يجزه أصلاً واستخرج الأستثمار المصرفي من الخضوع لأحكامه.

إذاً لكي يترتب على التحكيم آثاره فلا بد من أن يُقر الأستثمار في المجال المصرفي أولاً ،بالرغم من أن قانون المرافعات أجاز إتفاق التحكيم ، ولم يحدد النزاعات التي من الممكن أن يتم الإتفاق على التحكيم فيها [3]،فأنه يمكن الإستناد اليه في إتفاق التحكيم لحل النزاعات الناشئة عن خصخصة المصارف.

---

1) المادة (27) من قانون الاستثمار رقم (13) لسنة (2006)المعدل:(تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم ووجهته والقانون الواجب التطبيق).

2) اتفاقية واشنطن 1956 هي اتفاقيه لتسوية المنازعات الاستثماريه بين الدول ورعايا دول اخرى ،جاء في مقدمتها:(على الدول المتعاقده النظر إلى الحاجه إلى التعاون الدولي من اجل التنميه الاقتصادية ودور الاستثمار الدولي الخاص فيه واضعة في اعتبارها احتمال ان من وقت لاخر قد تنشأ نزاعات في اتصال مع مثل هذه الاستثمارات بين الدول المتعاقده ورعايا الدول الاخرى مع اعتراف بأن مثل هذه النزاعات تخضع عادة لعمليات قانونيه وطنيه وقد يكون من المناسب تعليق اهميه خاصة على توافر التسهيلات للتوفيق والتحكيم...).

3) المادة (251) من قانون المرافعات رقم (83) لسنة 1969:(يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين .كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشا عن تنفيذ عقد معين).

الفرع الثاني

أسباب اللجوء إلى التحكيم في منازعات خصخصة المصارف

يلعب التحكيم دوراً مهما في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الأستثمار إذ يعد التحكيم من الأهم الموضوعات المعاصرة ليس على الصعيد الوطني بل يتعدى ذلك إلى كافة الدول والشعوب وغالباً يفضل الأطراف هذه الوسيلة لتسوية النزاع لعدة أسباب نلخصها بما يأتي:

أولاً/مزايا التحكيم تتلائم مع الطبيعة الخاصة للخصخصة المصرفية

يتمتع التحكيم بعدة مزايا تميزه عن غيره من وسائل تسوية المنازعات التي يكون طرفاها كل من الدولة والمستثمر الأجنبي ممكنا يجعلها بديلاً ناجحاً لها ، إذ غالباً تكون المدة طويله لتنفيذ هذه المشاريع وذات كلفه عالية نظراً لضخامتها ، لذلك فأن التحكيم هو السبيل الافضل لحل النزاعات الناشئة عنها وكما ياتي:

1- أن عملية التقاضي تستهدف الرقابة على المجتمع لذلك فأن اجراءاتها تتسم بالعلانية وعلى خلافها فأن التحكيم يتسم بالسرية ، فهي وسيلة لفض النزاعات السرية لا يمكن للمجتمع الاطلاع عليها فحرية التجارة والأستثمار تجعل من اولويات التحكيم هي أن يتمكن الأطراف من الحفاظ على الاسرار التجارية والصناعية وهذه الامور تحتل المرتبة الأهم لدى الشركات الكبيره ذات رؤوس الأموال الضخمة والتي تهدف إلى المحافظة على هذه الأسرار[1].لذا فأن التحكيم في هذه المنازعات يحقق الهدف الذي تسعى اليه أطراف النزاع وهو السرية التامة ،وعلى هذا السياق يحق للأطراف إخفاء بعض المعلومات عن المنافسين والعملاء أيضاً ومن هذا المنطلق يرغب الأطراف المستثمرون باللجوء إلى التحكيم في منازعاتهم الأستثمارية ويفضلونه على القضاء العادي[2].

2- مما لاشك فيه أن مشاريع خصخصة المصارف ينتج عنها نزاعات نتيجة لتعدد العلاقات الناتجة عنها ، تلك المنازعات قد تكون تقنية خاصة بتنفيذ المشروع ذاته وتتعلق بالبنية الأساسية له وبما أن التحكيم لا يشترط شروطاً معينة في إختيار المحكم فبالتالي يمكن للخبير أن يعين

1) جعفر كاظم جبير، أهمية ودور التحكيم التجاري الدولي في الحياة الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، م جلد10، العدد20، 2008، ص221.
2) د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية،2007، ص66.

المحكم لتولى مسألة الفصل في النزاع معتمداً على خبرته الفنية في هذا الموضوع(موضوع النزاع) وبالتالي فأن تسوية النزاع تتم بشكل أكثر سرعه وبأنتظام وأكثر عدالةً[1].

3- من أسباب اللجوء إلى التحكيم أيضاً هو السرعة في الاجراءات المتخذة لتسوية النزاعات المعروضة وتلك السرعة في الغالب غير متوفرة في الأنظمة القضائية الوطنية ، لأنها مقيدة ببعض النصوص القانونية التي تحكم الاجراءات لسير الدعوى والمدد القانونية الواجب إتباعها[2].

ويرى البعض [3]أنه يمكن أن يعزى السبب وراء سرعة التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الأستثمار إلى أن المحكمين متفرغين لتسوية منازعة واحدة مما يجعل بالامكان الأسراع في حسمها بأسرع وقت ممكن ، على العكس من ذلك فالقضاء الوطني والذي يكون فيه للقاضي عدة دعاوى بالتالي يحتاج لوقت أكثر للبت فيها ، لكن قد نرى أن هنالك اجراءات للتحكيم تكون طويله نسبياً ويعزى سبب ذلك إلى مماطلة أطراف النزاع او إختيار محكم غير كفوء وما إلى ذلك.

ثانياً/التحكيم أحد الضمانات الإجرائية لتشجيع الأستثمار الأجنبي

أن التحكيم يعد من الأهم الضمانات المقدمة من قبل الدول لتشجيع الأستثمارات خاصة في مشروعات البنيه الأساسية ، و يستغرق تنفيذها مده زمنيه طويلة ،إذ أن جذب الأستثمار يعتمد بشكل أساس على المقومات التشريعية للدولة لذا فأن القوانين المنظمة للإستثمار والنزاعات القائمة نتيجة تنفيذ المشاريع الأستثمارية من الأهم العوامل التي تهم المستثمر ومن الأهم هذه القوانين هو التحكيم [4]،لذلك يعد التحكيم ضماناً من الضمانات الاجرائية والتي تهدف إلى تشجيع المستثمرين على الأستثمار في الدول التي تهدف إلى ذلك ، وهنالك قول مأثور بهذا الجانب هو أن رأس المال جبان يحتاج إلى تطمينات وضمانات لكي يعالج الأرهاصات النفسية والشكوك التي تجول في نفس المستثمر عندما يقرر توظيف أمواله في الدولة المضيفة غالباً ما تُطمئن المستثمر للتحكيم الذي اصبح هو الوسيلة الطبيعية في هذا المجال[5].

---

1) د.شهاب فاروق عبدالحي عزت، مصدر سابق، ص352-353.
2)حميد لطيف نصيف، دراسات في التحكيم(دراسة تحليليه لنصوص التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي، ط2، مؤسسة مصر مرتضى للكتاب العراقي، بغداد،2015، ص10-11.
3) يوسف يعقوب صرخوه، مصدر سابق، ص56-57.
4) د.شهاب فاروق عبدالحي عزت، مصدر سابق ، ص353.
5) د. بشار محمود الاسعد، الفاعليه الدولية للتحكيم في المنازعات عقود الاستثمار الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2009، ص23.

المطلب الثاني

ضمان فاعلية التحكيم في المنازعات الناشئة عن خصخصة المصارف

أن فاعلية التحكيم في المنازعات الأستثمارية الناشئة عن خصخصة المصارف تعتمد على عدد من المبادئ القانونية والأسس الواجب توافرها لضمان تحقيق الهدف أعلاه ، لذا سوف نتعرض إلى الأهم المبادئ الواجب توافرها والمتعلقة بفاعلية التحكيم كوسيلة لحل المنازعات ، كذلك الإشارة إلى فاعلية تنفيذ الحكم التحكيمي وهو يمثل المرحلة الاخيرة والهدف النهائي من نظام التحكيم بالكامل.

ولذلك سوف نقسم المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول نبحث فيه المبادئ اللازمه لضمان فاعلية التحكيم في المنازعات الناشئة عن خصخصة المصارف، والفرع الثاني لضمان تنفيذ أحكام التحكيم.

الفرع الأول

المبادئ اللازمة لضمان فاعلية التحكيم في المنازعات الناشئة عن خصخصة المصارف

أن التحكيم يعتبر من الوسائل الفعّالة والمفضلة لدى المستثمر ، ويعتبر كضمانة له في حال حدوث نزاع اثناء تنفيذ العقد الأستثماري ، وأن أساس فاعلية التحكيم في إطار هذه العقود مرتبط بوجود عدد من المبادئ والتي سوف نقوم بتناولها كالآتي:

أولاً/مبدأ استقلال إتفاق التحكيم عن العقد الاصلي

يقصد بمبدأ أستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الاصلي و النظر إلى شرط التحكيم الوارد في العقد على أنه عقد بحد ذاته بالرغم من كونه شرطاً في العقد أي أنه جزءً من العقد او بنداً من بنوده وهذه الإستقلالية التي يتمتع بها إتفاق التحكيم تستند إلى النظرة اليه بإعتباره عقداً مستقلاً ولكن ضمن العقد الاصلي أي أنه عقد يعادل العقد الأساسي[1].

وأن فكرة الاستقلاليه هذه قائمه على أساس أن محل كل من العقدين يختلف ، أي أنه بالرغم من وجود التحكيم في العقد الاصلي لكن الإتفاق التحكيمي يتميز عنه بمحله وهو متمثل بعمل إجرائي بحت يتعلق بحسم النزاعات الناشئة عن العقد الاصلي ، إذ أن الاخير يهدف إلى تحديد إلتزامات وحقوق أطراف العقد الموضوعية[2]. وقد أكد المشرع المصري على هذا المبدأ ، إذ نص عليه

1) د.شهاب فاروق عبدالحي عزت، مصدر سابق، ص213.
2) د. بشار محمود الاسعد، الفاعليه الدولية للتحكيم في المنازعات عقود الاستثمار الدولية، مصدر سابق، ص76.

صراحة في المادة (23) من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994على أنه : (يعتبر شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الآخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو أنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته).

أما موقف المشرع الفرنسي الذي يأخذ بمبدأ (الإستقلالية) في المجال الدولي بينما يرفضه في مجال التحكيم الداخلي[1].

ويترتب على هذا المبدأ نتيجتين مهمتين وهما:

1- أمكانية إختلاف مصير إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي :وبذلك فأن وجود إتفاق التحكيم لا يتأثر بمصير العقد الأصلي إذ يبقى الأختصاص معقوداً لهيأة التحكيم للفصل في حقوق وإلتزامات أطراف العقد الأصلي حتى وأن كان العقد الأصلي باطلاً أو لا أثر له[2].
2- الاستقلال القانوني لإتفاق العقد عن العقد الاصلي: والمقصود بالاستقلال القانوني لإتفاق التحكيم عن العقد الاصلي هو خضوع إتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يخضع له العقد الاصلي ، لذا يمكن القول بأن استقلال إتفاق التحكيم يؤدي إلى عدم خضوع الأخير للقواعد ذاتها التي تحكم العقد الاصلي[3].

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي من إتفاق التحكيم وأستقلاليته عن العقد الاصلي ،فلم ينظم هذا المبدأ ضمن أحكام التحكيم في المواد الخاصة بالتحكيم ضمن احكام قانون المرافعات رقم (83) لسنة(1969) المعدل ويعد ذلك نقصاً تشريعياً يجب أن يتم تلافيه،أما بالنسبة لمشروع قانون التحكيم العراقي لعام (2011) فقد أشار المشرع إلى هذا المبدأ في المادة (8) نصت على:(يعد شرط التحكيم إتفاق مستقل عن شروط العقود الآخرى ولا يترتب على أنقضاء العقد او بطلانه أو فسخه أو أنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان شرط التحكيم صحيحاً في ذاته مالم يتفق الطرفان على غير ذلك).[4]

---

1) د. ساميه راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة(اتفاق التحكيم)، منشأ المعارف، الاسكندرية،1984، ص106.
2) د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص208.
3) د.حميد لطيف نصيف، مصدر سابق، ص10.
4) القانون الفيدرالي الامريكي تبنى مبدا أستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الاصلي وقد اكدت ذلك المحكمة العليا الفيدراليه فالاصل هو ضرورة النظر إلى شرط التحكيم كحقيقة قانونيه مستقله حتى ولو كان العقد الاصلي محل اعتراض من حيث عدم صحته وبما إن القانون الفيدرالي هو الذي يطبق عادة في مسائل التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، أما دولة الامارات العربيه المتحدة قضت محكمة تمييز دبي بإن بطلان العقد المتضمن شرط التحكيم او فسخه او إنهائه لأيعني ذلك إن يؤثر بشرط التحكيم فلا يمنع ذلك الاخير من البقاء سارياً ومنتجاً لأثاره مالم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم ذاته ،وكذلك ذهب القضاء القطري إلى عدم بطلان إتفاق التحكيم على الرغم من عدم وجود أساس تشريعي لذلك.

ثانياً/سلطة المحكم في تحديد أختصاصه:

ويسمى أيضاً بمبدأ الأختصاص بالأختصاص ، والمقصود به هو سلطة هيأة التحكيم في تقرير ما إذا كان النزاع المعروض أمامها يدخل ضمن أختصاصها أم لا؟ فلا يحق لأي من الجهات أن تتدخل في عمل الهيئه هذه لأنها هي صاحبة الاختصاص في النظر بالنزاع المعروض أمامها، فهيأة التحكيم هي المختصه بالنظر في النزاع المعروض أمامها وأصدار الحكم به وإعطائه القوة التنفيذية أيضا[1].

يترتب على هذا المبدأ أثران أيجابي وسلبي ،فالاثر الأيجابي بتمثل بالسماح للمحكم أن يبت في الاختصاص المعروض أمامه دون أن ينتظر من القضاء الوطني منحه ذلك الأختصاص، أما الاثر الثاني يتمثل في أمتناع أطراف النزاع عن عرض نزاعهم للقضاء الوطني وكما يمتنع القضاء الوطني بالبت في النزاع ذاته[2].

وقد أخذت بهذا المبدأ إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار (1956) في المادة (41) والتي نصت على: (1- هيأة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها.2-أي اعتراض من جانب أحد طرفي النزاع على أساس أن النزاع ليس من أختصاص المركز أو لأسباب آخرى يقع في أختصاص المحكمة وتقرر المحكمة أن كانت ستعالجه كمسألة مبدئية منفصلة أو تقرر ضمه إلى موضوع النزاع).

أما بالنسبة للمشرع العراقي وبالرجوع إلى نصوص أحكام التحكيم ضمن قانون المرافعات رقم (83) لسنة (1969) المعدل لم نجد أنه أشار إلى مبدأ الأختصاص بالأختصاص ، ويعد ذلك نقصاً تشريعياً يجب تداركه بالاخص أن هذا المبدأ يتناسب مع كون التحكيم ضمانة فعاله لجذب الأستثمارات الأجنبية.

ويتضح أن هذا المبدأ أصبح واقعاً معترفاً به من قبل التشريعات والمنظمات الدولية ذات الأختصاص لأنه ينسجم مع فاعلية التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عن الخصخصة المصرفية وهو أيضاً يساهم بشكل فعال بأضفاء صفة السرعة في فصل النزاعات للتحكيم ، التي تعد الأهم أسباب اللجوء أليها من قبل المستثمرين الأجانب .

---

1) د.شهاب فاروق عبدالحي عزت ، مصدرسابق، ص221.

2 ابراهيم اسماعيل ابراهيم،ماهر محسن عبود، التحكيم ضمانه اجرائيه لتسوية منازعات الاستثمار(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونيه والسياسية، مجلد3،الاصدار2، 2011، ص79.

ثالثاً: عدم أمكانية الرجوع بالإرادة المنفردة عن قبول التحكيم في المنازعات الناشئة عن خصخصة المصارف:يتجسد هذا المبدأ عندما يحاول أحد أطراف النزاع الأنسحاب من عملية التحكيم بعد الموافقه عليها والقصد من ذلك هو التهرب من الحكم ، فالدولة تدفع بعدم حصانتها السيادية التي تقضي بعدم مثولها أمام قضاء آخر غير القضاء الوطني ، أو قد تدفع الدولة بعدم أهليتها لإبرام الإتفاقيات التحكيمية في قانونها الوطني نتيجة لذلك فقد اقتضت الضرورة وضع بعض القيود على أطراف النزاع لضمان فعالية التحكيم والمتمثلة بعدم أمكانية الأطراف من الأنسحاب من إتفاق التحكيم بعد الموافقة عليه وإعتماداً على مبدأ حسن النية في الإتفاق التحكيمي فأن ذلك ينتج عنه عدم أحقية الطرف العام بالدفع بعدم الأهلية بعد ما وافقت على اللجوء التحكيم لتسوية النزاع التي هي طرفاً فيه[1].

أكدت المادة (25) الفقرة (1) من إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات عقود الأستثمار ، إذ نصت على :(يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين الدولة المتعاقدة واحد رعايا الدولة المتعاقدة الآخرى والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الأستثمارات بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز ومتى ابدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فأنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفردة).

ويتضح من النص أعلاه أنه لا يجوز لأطراف النزاع من الرجوع عن التحكيم أمام المركز بإرادتهم المنفردة إذا عبّر كل منهم عن موافقته الكتابية بعرض النزاع أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار.

الفرع الثاني

ضمان تنفيذ الحكم التحكيمي

أن ثمرة نظام التحكيم تتمثل بتنفيذ الحكم الصادر من المحكمين في هذا النزاع ولضمان فاعلية التحكيم كأحد أساليب تسوية النزاعات الناشئة عن العقود الأستثمارية التي يكون طرفاها كل من الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي ، كضمانة من ضمانات الأستثمار وجلب المستثمرين مسألة تتوقف على مدى أمكانية تنفيذ الأحكام الصادرة من الهيأة التحكيمية ، وقد نظمت معظم

1) د.بشار محمد الاسعد، مصدر سابق،ص91.

التشريعات والإتفاقيات الدولية موضوع تنفيذ الحكم التحكيمي ، مثال ذلك إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار (1956) ،فقد ألزمت أطراف النزاع احترام الحكم وتنفيذه وذلك من خلال نص المادة (53) :(يكون الحكم ملزماً للطرفين ولا يجوز الطعن به ألا في الحالات الواردة في هذه الإتفاقية ويجب على كل طرف أن يحترم الحكم وينفذه الا إذا اوقف تنفيذه طبقاً لاحكام هذه الإتفاقية).

كذلك فقد ألزمت هذه الإتفاقية الدول المتعاقدة احترام الحكم والاعتراف به وتنفيذه وفقاً لاحكام هذه الإتفاقية وهذا ما نصت عليه المادة:(54) الفقرة (1) :(تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناءً على أحكام هذه الإتفاقية وتضمن تنفيذ الإلتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكماً نهائياً صادراً من محكمة محلية وعلى الدولة المتعاقدة التي تتبع النظام الفيدرالي ضمان تنفيذ الحكم عن طريق محاكمها الفيدرالية وأن تلتزم هذه المحاكم بمعاملة هذا الحكم كحكم نهائي صادر من محاكم أحدى الدول الفيدرالية).

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد نظم المسائل الخاصة بالتحكيم في المواد (251-276) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة (1969) المعدل ولكن بعد الاطلاع عليها لم نجد إشارة صريحة على سريان الاحكام المذكوره على التحكيم الوطني أم على حكم التحكيم الوطني أو الأجنبي، ولذلك سوف نتطرق إلى تنفيذ الأحكام الوطنية ومن ثم إلى تنفيذ الأحكام الأجنبية كالاتي:

1- تنفيذ حكم التحكيم الوطني: لقد نص قانون المرافعات على اجراءات معينة يجب اتباعها لتنفيذ الحكم التحكيمي الوطني وهي كالاتي:

أ- أيداع حكم التحكيم: نصت المادة (271) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل على أنه: (بعد أن يصدر المحكمون قرارهم على الوجه المتقدم يجب عليهم اعطاء صورة منه لكل من الطرفين ويسلم القرار مع اصل إتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصه بالنزاع خلال الثلاثة أيام التالية لصدوره وذلك بوصل يوقع عليه كاتب المحكمة).

ويتضح من هذا النص اعلاه بأن حكم التحكيم لكي يتم تنفيذه فلابد من أيداع هذا الحكم مع اصل إتفاق التحكيم لدى محكمة البداءة المختصة للنظر في هذا النزاع خلال ثلاث أيام من تاريخ صدور الحكم وأيداعه واستلام وصل بهذا التسليم ويوقع هذا الوصل من قبل المحكمة وفي حال تم أيداع الوصل في الوقت المحدد قانوناً وفي حال عدم الأيداع يحق للمتضرر طلب تعويض عن ذلك ويحق

للمحكمين الحكم لـه بـالتعويض نتيجـة لهذا الفعل علـى إعتبـار أن الأخـلال هنـا هو أخـلال بواجـب قانوني[1].

ب- تصديق حكم التحكيم

أن عدم أيداع الوصل الخاص بالحكم من قبل المحكمين يلزمهم المضرور عن ذلك ولكن بالوقت ذاته فأن أيداعه لا يعني أن محكمة البداءة المختصـة بـذلك سوف تباشره بتصديقه تلقائيـاً إذ أن هذا الأيداع لا يجعل من هذا الحكم قابلاً للتنفيذ في مديريات التنفيذ لذا يتوجب علـى أحد الطرفين تقديم طلب تصديق للحكم ومنحه القوه التنفيذيه، وقد أكدت ذلك المـادة (272) الفقرة الأولـى نصـت علـى أنه:(لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواءً كان تعيينهم قضاء أو إتفـاق مـا لـم تصـادق عليـه المحكمة المختصه بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة).

وبناءً على ذلك يتضح بأن الحكم التحكيمي يجب أن يخضع للمحكمة المختصة وهي التـي تمنحـه القوه التنفيذيه ، ويتم ذلك بعد أن يتم أبلاغ الأطراف من قبل المحكمـة وتعيين موعد للمرافعـة وفـي حال عدم وجود اعتراض من قبل الأطراف علـى الحكم التحكيمـي وعدم وجـود رغبـة لأبطالـه فـأن المحكمة تقوم بتصديق هذا الحكم بعد التأكد من توافر الشروط الشكلية اللازمة فيه[2].

وللمحكمة سلطة واسعة في تصديق الحكم التحكيمي،فقد اعطـى المشرع العراقـي فـي المـادة (274) من قانون المرافعات سلطة واسعة للمحكمة لمراقبة الحكم التحكيمي حتى أنها تستطيع أن تترك حكم التحكيم جانباً وهي التي تفصل بالنزاع وفي حال أن الحكم التحكيمي كان صحيحاً شكلاً وموضـوعاً فأن المحكمة تصدر قراراً بتصديقه [3]،ومن الجدير بالذكر أن هذا القرار لا يقبل الأعتراض ، وأنما يقبـل الطعـن بـالطرق القانونيـة كالاسـتئناف والتمييـز وإعـادة المحاكمـة واعتـراض الغيـر وتصـحيح القرار التمييزي[4].

2- تنفيذ الأحكـام الأجنبيـة فـي العراق: أن قرار التحكيم لا يمكـن تنفيذه فـي العـراق ألا بعد أن يتم اضفاء الصفة التنفيذية عليه من قبل المحكمة المختصه بذلك، ولكن التسـاؤل الـذي يُثـار هنـا هل

1) د.فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص317.
2) د.فوزي محمد سامي، المصدر نفسه ، ص370.
3) الماده(274) من قانون المرافعات رقم (83) لسنة (1969):(يجوز للمحكمة ان تصدق قرار التحكيم او تبطله كلا او بعضا ويجوز لها في حالة الابطال كلا او بعضا ان تعيد القضيه إلـى المحكمين لأصـلاح ماشاب قرار التحكيم أو تفصـل في النزاع بنفسها اذا كانت القضيه صالحه للفصل بها).
4) الماده (275) من قانون المرافعات (83) لسنة (1969): (الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة وفقاً للمـادة السـابقة غير قابل للأعتراض وانما يقبل الطعن بالطرق الاخرى المقرره قانوناً).

يكون ذلك بالنسبة للقرارات التحكيمية الصادره في العراق أم أنه يشمل القرارات التحكيمية الأجنبية ، والتي قد تصدر من مؤسسات أو مراكز التحكيم الدولية بهدف تنفيذها في العراق؟

للإجابة على ذلك فأن هنالك عدة ارآء فقهية قيلت بهذا الصدد منها :

الرأي الأول / يرى الفقه [1]وفقاً لهذا الإتجاه بأن المشرع العراقي بسكوته عن تنظيم هذا الموضوع فأنه يذهب بإتجاه عدم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية مطلقاً وبالتالي فلا يمكن أستخلاص ذلك بطريقة ضمنية من بين النصوص التي سكتت عن تنظيمه.

الرأي الثاني/ يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن احكام التحكيم الأجنبية [2]،يجب أضفاء الصفة التنفيذية عليها كالأحكام التحكيمية الوطنية فلا يمكن تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق الا بعد أن يتم إعطائها الصفة التنفيذيه وفقاً لأحكام قانون المرافعات، ويتم ذلك وفقاً لآلية معينة حددت أحكامها المادة (272) من قانون المرافعات والتي قد أشرنا أليها فيما سبق، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى احكام التحكيم التي نظمها قانون المرافعات بالقول بأنها جاءت مطلقة فلم يحدد المشرع ماهي صفة قرارات التحكيم التي يقصدها هل هي القرارات التحكيمية الوطنية أم القرارات التحكيمية الأجنبية وبما أن النص جاء مطلقاً فبالتالي المطلق يجري على اطلاقه وفقاً لنص المادة (106) من قانون المدني رقم (40) لسنة (1951) إذ نصت على : (المطلق يجري على أطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالةً) ،إذ أن سكوت المشرع يمكن إعتباره سياسه عامة مطلقة، بالتالي فأن الحكم التحكيمي لا يمكن تنفيذه مباشرةً ألا بعد أن يتم التأكد من تحقق الشروط المطلوبه لصحته من قبل المحكمة المختصة بذلك[3].

ونحن نذهب للتفسير الواسع للنصوص القانونية بغية شمول الحكم التحكيمي الأجنبي أسوة بالحكم القضائي الأجنبي.

مما تقدم أنه بالأمكان تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية داخل العراق وذلك من خلال إعمال نص المادة (272) من قانون المرافعات المدنية رقم(83) لسنة (1969) ، وهناك قرار حكم صادر من محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية عدده (179/ب/2012) :(اطلعت المحكمة على قرار التحكيم بنسخته المترجمة إلى اللغة العربية والصادر من المحكم الأجنبي (روبرت غسفورد)

1) علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، دار الثقافة، عمان ، 2005، ص185.
2) أحكام التحكيم الاجنبية هي كل القرارات التحكيمية الصادرة خارج حدود العراق وفق قانون المرافعات المطبق في تلك الدولة وتشمل أيضاً القرارات الصادرة داخل حدود العراق ولكن اذا ما استندت إلى أحكام قانون مرافعات الأجنبي، وعليه فأن انه حتى احكام التحكيم الصادره من مراكز التحكيم داخل العراق تعتبر أحكام تحكيميه أجنبيه طالما انها لا تخضع لاحكام قانون المرافعات العراقي.
3) ينظر إلى نص الماده (106) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951).

في القضية التحكيمية المعروضة عليه حسب شرط التحكيم بعقد أيجار بآخرة بالفقرة (1) من المادة (26) والتي نصت على :(أن العقد يحكم بالقانون الأنجليزي وأي نزاع ينشأ عن العقد يحال إلى التحكيم في لندن بواسطة محكم واحد يعين من قبل الأطراف)...، وأن المقتضى القانوني بأعطاء القوه التنفيذيه لقرار المحكمين هو أقامة دعوى من قبل الأطراف لدى محكمة البداءة المختصة بطلب الحكم بتصديق قرار المحكمين حسب ما نصت عليه المادة(1/272) من قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة (1969) المعدل والذي جاء فيها:(لأينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواءً كان تعيينهم قضاءً أو إتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين بعد دفع الرسوم المقررة) عليه ولكل ماتقدم من اسباب تكون دعوى المدعي حَرّيةً بالرد لذا قررت المحكمة الحكم برد الدعوى وتحمل المدعى مصاريفها القضائية)[1].

والسؤال هنا إذا كان هذا هو موقف قانون المرافعات من تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية فما هو موقف قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (30) لسنة (1928) من ذلك؟

لقد نظم المشرع العراقي المسائل المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (30) لسنة (1928) ومن خلال إستقراء نصوصه نرى بأن المشرع عند تنظيمه لهذا القانون قد حصر نطاق تطبيقه بالاحكام الأجنبية الصادره من المحاكم الأجنبية [2].

فقد عرفت المادة (1) منه الحكم الأجنبي بأنه:(الحكم الصادر من محكمه مؤلفه خارج العراق)

بالتالي فأنه لا يمكن تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية وفقاً لاحكام هذا القانون وقد أكد ذلك نص المادة(11) من تنفيذ الأحكام الأجنبية :(يطبق هذا القانون على الاحكام الصادره من محاكم أجنبية تعين بأنظمه خاصة تصدر من وقت لآخر كلما صارت احكام المحاكم العراقية قابله للتنفيذ في البلاد الأجنبية بمقتضى إتفاق خاص مع الدولة العراقية او بمقتضى قوانين المرعية في تلك البلاد سواءً كان ذلك بأصدار قرار التنفيذ او بإجراءات أخرى مماثلة من حيث النتيجة).

ولكن هنالك طريق آخر لأمكانية تطبيق احكام التحكيم الأجنبية عن طريق حصول طالب التنفيذ على حكم قضائي يصدر من الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي يقضي هذا القرار بالأعتراف به بالتالي يمكن أن يعامل الحكم التحكيم معاملة الحكم القضائي الصادر من محكمة أجنبية ، فأنه يمكن

1) تمت المصادقة على هذا القرار من قبل محكمة التمييز الاتحادية بموجب قرارها المرقم (1260/الهيأة المدنية /منقول/2012)في (2012/7/15)، غير منشور.
2) أ.م. غالب الداوودي، أ.د.حسن الهداوي، مصدر سابق، ص282.

فـي هـذه الحالـة فقـط تنفيـذه مـن خـلال تطبيـق احكـام قـانون تنفيـذ الاحكـام الأجنبيـة رقـم(30) لسنة(1928)[1].

وهنالك تساؤل آخر يُثار هنا ،هل يمكن للإتفاقيات والمعاهدات التي أنظم العراق اليها إضفاء الصفة التنفيذية على الحكم التحكيمي؟

الجـواب هـو نعـم يمكـن للإتفاقيـات أن تعطـي الصـفة التنفيذيـة لحكـم التحكيـم الأجنبـي ، ومـن هـذه الإتفاقيـات إتفاقيـة واشـنطن لتسـوية المنازعـات الناشـئة عـن عقـود الأسـتثمار بـين الدولـة المضـيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي (1956) وقد أنضم العراق اليها بموجب القانون(64) لسنة (2012) في المادة (45) منها والتي نصت على :(1- تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بنـاءً علـى احكام هذه الإتفاقية وتضمن تنفيذ الإلتزامـات الماليـة التـي يفرضـها الحكـم كمـا لـو كـان حكمـاً نهائيـاً صادراً من محكمة محلية ...

2-على الطرف الذي يرغب بالحصول على الأعتراف بالحكم وتنفيذه على ارض الدولة المتعاقدة أن يقدم صورة طبق الاصل معتمده من السكرتيرالعام إلى المحكمة الوطنيـة المختصـه أو الجهـات التـي تحددها لهذا الغرض وبكل التغييرات التي تطرأ بهذا الشأن.

3- ويحكم تنفيذ الحكم القوانين السـائده الخاصـة بتنفيذ الاحكـام القضـائية فـي الدولـة التـي يُنفذ فيهـا الحكم).

ومـن الإتفاقيـات الأخـرى التـي اقـرت بـالاعتراف بـالحكم التحكيمـي الأجنبـي هـي إتفاقيـة التعـاون القضائي رقم (110) لسنة 1983.

وأيضـا الإتفاقيـة الثنائيـه الدوليـة بـين العـراق واتحـاد الجمهوريـات السـوفيتيه المصـادق عليهـا بالقانون(104) لسنة(1973) والتي وضعت الاحكام المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين[2].

وكذلك الإتفاقية التي ابرمها العراق مع الولأيات المتحدة الامريكيه المصادق عليها بالقانون (110) لسنة (2012)[3].

1) صباح عبد الكاظم، مصدر سابق، ص265.
2) تم النشر في جريدة الوقائع العراقيه ،العدد(2278) في 1973/9/16.
3) تم النشر في جريدة الوقائع العراقيه،العدد(4276)،في 2013/5/13.

ويجب القول أن من الأهم الإتفاقيات الخاصة بتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية هي (إتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية لعم 1958) وقد أنضم اليها العراق منذ فترة قصيرة وفقاً للقانون المرقم (14) لسنة (2021) والتي بموجبها أقرّ العراق بالأعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية مع بعض التحفظات التي أشارت اليها المادة (1) من قانون الإتفاقية وهي:

(1-أن لا تسري احكام هذه الإتفاقية تجاه جمهورية العراق على قرارات التحكيم الصادرة قبل نفاذ القانون .

2-أن لا تطبق الإتفاقية بالنسبة للاعتراف بالقرارات الصادرة في اراضي دولة متعاقدة آخرى وتنفيذها الا على أساس المعامله بالمثل.

3-أن لا تطبق الإتفاقية من جمهورية العراق الا على الخلافات الناشئة عن العلاقات القانونية التعاقدية والتي تعد تجارية بموجب القانون العراقي)[1].

وكذلك الأنضمام إلى إتفاقية الامم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول بموجب القانون رقم (25) لسنة 2020 ،والتي جاء في الاسباب الموجبة لها بأن الغاية منها هو تطبيق قواعد الشفافية لتسوية منصف للمنازعات الأستثمارية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول...[2].

وأخيراً يمكن القول بأن قرار التحكيم لا يمكن أن تكون له قيمه الا إذا واجه قانوناً وطنياً لا يعترف به إذا لم تكن الدولة عضواً في الإتفاقيات الخاصة بالتحكيم الدولي.

ويلاحظ بعد كل ما تقدم بأن للمشرع العراقي محاولاًت حثيثة في مجال تشجيع الأستثمار من خلال سعيه إلى تأمين بيئة تشريعية آمنه للمستثمر الأجنبي وأتضح ذلك جلياً من خلال أنضمامه إلى الإتفاقيات التي تهدف إلى الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية ، و تعتبر من الضمانات المهمة لجذب الأستثمار الأجنبي وتحقيق التنمية الإقتصادية ، كذلك فقد تم البدء بعمل نظام النافذة الواحدة لتأسيس الشركات الوطنية والأجنبية أنطلاقاً من مبدأ العمل بالنظم الألكترونية الحديثة بأتجاه الحكومة الألكترونية، وبمناسبة ذلك نحن ندعو إلى الأسراع بأقرار قانون التحكيم العراقي لأنه يعتبر من الضمانات التي تحفز المستثمر لإستثمار رؤوس أموالهم في العراق .

1) تم النشر في جريدة الوقائع العراقيه، العدد(4633)، في2021/5/31.
2) تم النشر في جريدة الوقائع العراقيه ، العدد(4615)، في 2021/2/1.

الخاتمة

الخاتمة

أحمد الله وأثني عليه وأشكره على توفيقهُ وعونهُ وتسديده، بما هيأه لي من أسباب لأتمام هذا العمل لأرسم خاتمته بالأتي :-

أولاً : الأستنتاجات/

1. تعريف الخصخصة ألمصرفية، وهي :(سياسة أقتصاديةً تتبعها الدولة لأصلاحات مصرفية أو لأهداف هي تبتغيها عن طريق نقل ملكية المصارف أو إدارتها كلاً أو جزءاً من القطاع العام الى القطاع الخاص ألمتمثل بالمستثمر الأجنبي وسواءً كان المصرف تقليدياً ام ألكترونياً وفقاً للقوانين والأنظمة والتعليمات النافذة) ،علماً بأن مفهوم الخصخصة من دولة لآخرى،وذلك حسب السياسة المثبتة من قبل الدولة التي تتبع تطبيق الخصخصة المصرفية، وعلى الرغم من تعدد الأساليب والصور لتطبيق سياسة الخصخصة الأ أن التشريعات لم تنظم الا شكالاً واحداً من اشكال الخصخصة وهوه خصخصة (الناقلة للملكية) .

2. أجاز الدستور العراق الدائم لعام 2005 أعتماد سياسة الخصخصة والتي شجع فيها على الأستثمار وفقاً للأسس الأقتصادية الحديثة ،وأجاز التصرف في أموال الدولة وفقاً لشروط وضمن أطار يرسمه له القانون وذلك من خلال ما ورد في نص المادة (25) في الباب الثاني الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماية والثقافية بأنه: (تكفل الدولة إصلاح الإقتصاد العراقي وفق أسس إقتصادية حديثة وبما يضمن إستثمار كامل موارده وتنويع مصادره، وتشجيع القطاع الخاص وتنميته).
3.
4. توقيع العراق وأنضمامه للعديد من الاتفاقيات المشجعة للأستثمار والتي تعتبر ركناً أساسياً من اركان المناخ الأستثماري الجاذب ومنها اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958 وفقاً للقانون رقم (14) لسنة

(2021) ، وكذلك الأنضمام لاتفاقية الامم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول بموجب القانون رقم (25) لسنه(2020).

5. تعتبر الخصخصة المصرفية للمرافق العامة والتي طرفها كل من الدولة والمستثمر الأجنبي ذات طبيعة قانونية خاصة فلا يمكن أن تخضع لنظام القانون العام (أي من العقود الأدارية) ولا للقانون الخاص بصوره مطلقة ، ولكنها تميل للقانون الخاص بشكل أكبر بسبب دخول الدولة بالأستثمار بإعتبارها شخصاً عادياً بعد أن قل وهج نظرية السيادة.
6. أن أرادة طرفي العلاقة العقدية لتنفيذ الخصخصة المصرفية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق عليه في الاصل ، فلهم الحق في أختيار القانون الذي يحكم نزاعاتهم ، لكن اغلب العقود التي يكون طرفها كل من الدولة والمستثمر الأجنبي تتضمن شرط اللجوء الى التحكيم ، لذا يتم أحالتها الى المحكمين الذين لهم السلطة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ، أما في حالة سكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق، فعلى القاضي الوطني أن يحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه وفقاً لقواعد الأسناد الموجودة في القانون الوطني .
7. أن القاعدة العامة في اغلب المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود أطرافها كل من الدولة والمستثمر الأجنبي هي خضوعها للقضاء الوطني للدولة المضيفة للأستثمار، الا في حال تضمن العقد شرط نقل الأختصاص لقانون دولة آخرى فيلجأ القاضي الى تطبيقه.
8. أن محكمة البداءة ذات الاختصاص بالدعاوى التجارية هي المختصة في النزاعات الناشئة عن تطبيق العقود التي اطرافها كل من الدولة والمستثمر الأجنبي.
9. أخضع قانون الأستثمار العراقي جميع المنازعات لأختصاص القضاء العراقي حصراً ، لكن أجاز لأطراف النزاع أختيار آلية النزاع الذي يحكم عقدهم والقانون الواجب التطبيق عليه إذ نصت المادة (27) بفقرتها أولاً على أنه: (تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء

العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق).

10. يعد منهاج ألاداء المميز من المناهج المتبعة في تحديد القانون الواجب التطبيق ، إذ يهدف إلى تصنيف العقود الى طوائفها الأساسية من ذات الموضوع الذي يحدد من خلاله الألتزام الرئيسي لكل طائفة لكي يتم القياس عليها ضمن الطائفة الواحدة وتحديد ألاداء المميز في الحالات الآخرى بسهولة.

11. أختلفت ألاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب ألارادة لطرفي العقد وألاتجاه الغالب ذهب ألى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للأستثمار طرف العقد وكل ذلك يعتمد على أعتبارات سياسيه وأيديولوجيه أكثر من كونها قانونيه.

ثانياً: التوصيات/

1- نوصي ألمشرع العراقي بأصدار قانون خاص ينظم فيه أحكام ألخصخصة المصرفية لكونها أحدى الوسائل الاقتصادية أسوة بالمشرع المصري، التي من خلالها يمكن أنقاذ القطاع المصرفي من التعثر وتحقيق التنمية ،ومن الممكن أن تتم عبر وسائل ألكترونية وتقليديه، أو من خلال اجراء تعديلات على القوانين المعنية بهذا الشأن، أو أصدار تعليمات أو أنظمه تنظم ذلك بما يتوافق ويحقق ألاهداف المرجوة منها نظراً للخصوصية التي تتمتع بها المصارف وتلافياً لما قد يحدث في المستقبل من مشاكل بهذا الخصوص.

2- يمكن تلافي ألتخوّف من اللجوء الى الخصخصة المصرفية ودخول الأجانب كطرف فيها من خلال تحديد النسبة التي يمكن للأجنبي تملك الأسهم من خلالها ، وقد عمل المشرع العراقي بذلك إذ حدد نسبة مساهمة الأجنبي في الشركات العراقية المساهمة والمحدودة ب49% فقط من رأس المال، ويمكن أيضاً تحديد أمكانية دخول الأجنبي كطرف للخصخصة في المصارف بأشتراط ضخ أستثمارات جديدة والمساعدة في عمليات التحديث والتطوير الهيكلي.

3- الدعوة إلى الأنفتاح على مفهوم الخصخصة الحديث من خلال الأخذ بأساليب الخصخصة الآخرى وعدم حصرها بأسلوب نقل الملكية فقط (فأسلوب الادارة وغيرها) من الممكن أن يؤدي الاغراض التي أعدت من أجلها.

4-وضع أحكام جديدة على قوانين التوقيع الألكتروني والمعاملات الألكترونيه رقم (78) لسنة (2004) ، وأقتراح بعض التعديلات على نص المادة الثالثة من قانون هذا القانون وإضافة بند ضمن الفقرة أولا كالتالي :(أمكانية الأكتتاب بأسهم ألشركات ألكترونياً وفقاً للأمكانيات التي تتيحها وسائل الأتصال الحديثة وفقاً لأحكام هذا القانون)، ورفع كل نص ممكن أن يتعارض مع هذا البند ضمن الفقرة الثانية من المادة ذاتها.

6- التركيز على أصدار تشريعات قانونيه جاذبة للأستثمار من خلال أعادة النظر في التشريعات النافذة ومنها قانون الأستثمار العراقي المعدل ولاسيما فيما يتعلق باللجوء للتحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات القائمة بين الدولة المضيفة للأستثمار والمستثمر الأجنبي بالأخص ، مع أقتراح تعديل نص المادة (29) منه، بأزالة الفقرة الثانية منه ،التي تستثني الأستثمار في النشاط المصرفي من أحكام هذا القانون،وكذلك أعادة النظر بالقوانين الآخرى ذات الصلة بالموضوع كقانون المصارف العراقية ، وقانون الشركات ،وقانون المرافعات المدنية.

7- التهيئة القانونية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية والادارية والأمنية والمصرفية اللازمة لإستيعاب النشاطات الإقتصادية كالخصخصة ،والأشخاص المتجنسين على أساس أقتصادي والتعاقد مع شركات عالمية للترويج لها،وأصدار قرارات في مجلس الوزراء تنظم منح الجنسية الأقتصادية وتعليمات تفصيلية عن شروط وضوابط إكتسابها، إذ يشترط لنجاح عملية الخصخصة أن يكون لها اساساً تشريعياً أولاً ، ومن ثم تبين اسلوب الخصخصة بشكل تدريجي ، وتطبيقه على المصارف الأقل ربحية من غيرها ، لمنح الفرصة لإستيعاب هذا البرنامج والحرص على كفاءة الأدارة القائمة على هذه العملية .

8- ضرورة الاسراع في اقرار مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لسنة (2011) وبالتالي ألغاء القواعد الخاصة بذلك في قانون المرافعات المدينة رقم (83) لسنة (1969) المعدل .

9- ضرورة النص على شرط الثبات التشريعي بشكل صريح في أحكام قانون الأستثمار وذلك من خلال أعادة صياغة المادة (13) منه بحث كما يأتي : (أن أي تعديل حاصل في القوانين ذات الصلة بموضوع الأستثمار لا يرتب أي أثر يؤدي الى المساس بالضمانات والاعفاءات والحقوق الممنوحة للمستثمر) .

10- نقترح على المشرع أدراج نص قانوني صريح في قانون الأستثمار يقضي بعدم جواز نزع ملكية المصارف المخصخصة محل الأستثمار الا للمصلحة العامة ومقابل تعويض عادل كان يكون: (لايجوز نزع ملكية المشاريع الإستثمارية محل الخصخصة المصرفية ، إلا إذا كانت لأغراض تحقيق المصلحة العامة، ومقابل تعويضٍ عادلٍ) .

11- ضرورة أضافة مادة قانونية لحصول المستثمر على تعويض نتيجة للضرر الذي قد يلحقه جراء العمليات الارهابية التي يتعرض لها اثناء تنفيذه للمشروع الأستثماري والتي تعتبر من الضمانات المهمة التي تهدف الى تشجيع الأستثمار وجلب رؤوس الاموال الأجنبية بأن يكون النص كالآتي:(تلتزم الحكومة العراقية بدفع التعويض العادل لجبر الضرر الذي قد يطال المشاريع الإستثمارية أثناء مدة تنفيذه جراء أعمال الإرهاب، ويتم ذلك بناءً على تقييم لجان مختصة تقوم بتشكيلها الجهات ذات العلاقة).

12- دعوة المشرع الى أتباع منهج الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق ، من خلال تبني معيار القانون الأوثق صلة بالعقد في اسناد العلاقات العقدية محل الدراسة ، وذلك من خلال تعديل نص المادة (25) كما يلي :(يسري على ألالتزامات التعاقدية القانون الذي اختاره الاطراف صراحةً أوضمناً من خلال إستخلاصه من ظروف أو بنود العقد ، وأن لم يوجد فأنه يطبق القانون الأوثق صلة

بالعقد ، والمتمثل بموطن المدين بالأداء المميز فبالنسبة للشخص المعنوي يكون مركز أدارته الرئيسي) .

وآخر دعوانا أن الحمدلله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وأهل بيته الطاهرين عليهم السلام أجمعين...

المصادر

المصادر

- **القرآن الكريم**

أولاً : الكتب

1. د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين، دار النهضة العربية ،2002.
2. أحمد طلال عبد الحميد ، النظام القانوني لأموال الدولة الخاصة ، ط ١ ، دار التراث والكتب ، بغداد ٢٠٠٨.
3. أحمد هليل الشمري، معوقات الاستثمار الأجنبي في الدولة العربية (العراق، مصر، السعودية ، الاردن، الجزائر، اليمن)، دار الايام للنشر والتوزيع، عمان ، الاردن، ط1، 2016.
4. إعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)،دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
5. د. أليـاس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية عقد ألبوت، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006.
6. د. بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي الخاص ، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
7. د.بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها-القانون الواجب التطبيق عليها-وسائل تسوية منازعاتها)،ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت، لبنان.
8. _____، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2006.
9. _____، الفاعلية الدولية للتحكيم في المنازعات عقود الاستثمار الدولية،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،لبنان،2009.

10. د. بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2016.
11. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية ،القاهرة ،2005.
12. _____، التنظيم القانوني للخصخصة في القانون المقارن والقانون الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
13. د. حفيظه السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
14. د. حفيظه السيد حداد، 1- العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر،2001.
2- القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2002.
15. حميد حنون خالد ، قراءة في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية دراسة دستورية عراقية حول موضوعات اساسية للدستور العراقي الجديد ، المعهد الدولي القانون حقوق الإنسان ، كلية الحقوق جامعة دي بول ، ٢٠٠٥.
16. د. حميد لطيف نصيف، دراسات في التحكيم(دراسة تحليليه لنصوص التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي، ط2، مؤسسة مصر مرتضى للكتاب العراقي، بغداد،2015.
17. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الشرق، القاهره،2002 .
18. د. خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل منهاج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، حميد لطيف نصيف، التحكيم متعدد الاطراف في منازعات عقود التشييد، ط2، دارميزوبزتاميا، بغداد،2013.
19. دانيال أرنولد ، ترجمة عبد الأمير شمس الدين ، تحليل الأزمات الاقتصادية للأمس واليوم ، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠١.

20. د. رفعت عبد الحميد الفاعوري، تجارب عربيه في الخصخصة المنظمة العربية للتنمية الادارية، القاهرة ، 1995.

21. د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة(اتفاق التحكيم)، منشأ المعارف، الاسكندرية،1984.

22. د. شهاب فاروق عبدالحي عزت، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص ،ط1،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2014.

23. د. صباح عبد الكاظم شبيب الساعدي، النظام القانوني لعقد تطوير والانتاج النفطي في العراق،ط1،الدار العربية للعلوم،ناشرون،بيروت،لبنان،2015.

24. د. صفوت احمد عبدالحفيظ، دور الاستثمار الاجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005.

25. د. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنلوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

26. د. ضياء مجيد الموسوي ، الخصخصة والتصحيحات الهيكلية آراء واتجاهات ، ط ٣ ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2005 .

27. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية،ط1،عمان،دار الثقافة للنشر والتوزيع،2001.

28. أ. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2015.

29. أ. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، احكام التنازع الدولي للقوانين،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان،2012.

30. عبدالله عبدالجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الامرة في القانون الدولي ، ط1، 1986.

31. د. عبد محمد فاضل الربيعي، الخصخصة واثرها على التنمية بالدول النامية، ط1،المطبعة الذهبية، القاهرة ، 2004.

32. د. عصام احمد البهجي، عقد البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، مصر،2008.

33. د. عكاشة عبدالعال،1- القانون الدولي الخاص، دار الجامعة، بيروت، 1995.

2- العمليات المصرفية الدولية- دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، مصر،2012.

34. علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، دار الثقافة، عمان ، 2005.

35. علي يوسف شكري ، د . محمد علي الناصري ، دراسات حول الدستور العراقي ، ط ١ ، مؤسسة آفاق للدراسات والأبحاث العراقية ، بغداد ، ٢٠٠٨.

36. د. عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، بغداد، 2007.

37. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المعارف، الاسكندرية، ط1،2007.

38. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مطبعة جامعة بغداد، العراق، 1992.

39. فالح ابو عامرية ، الخصخصة وتأثيراتها الاقتصادية ، ط1، الأردن، 2008.

40. د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة ، دار الكتب للطباعة والنشر ، 1999

41. ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.

42. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الاداري(دراسة مقارنه)،1996.

43. محمد إبراهيم العوضي ، فكرة الخصخصة ومدى توافقها مع الحماية الدستورية للمشروعات العامة، دار النور، بغداد ، ٢٠١٠.

44. د. محمد بهجت، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

45. محمد توفيق سعودي، تغيير الشكل القانوني للبنوك، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة،٢٠١٠.

46. د. مروان محي الدين، طرق خصخصة المرافق العامة(دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

47. د. مصطفى ياسين محمد الأصبحي، القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المتصلة بأسواق الأوراق المالية ذات الطابع الدولي، المكتب الجامعي الحديث، صنعاء، اليمن، 2010.

48. ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973.

49. د. منير عبدالمجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، مصر، 1995.

50. د. مهند أبراهيم علي فندي، النظام القانوني للتحول إلى القطاع الخاص الخصخصة (دراسة مقارنه)، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، 2008.

51. د. ميادة عبد القادر أحمد، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العامة بين الواقع والمأمول(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.

52. نورس عباس العبودي، الاداء المميز واثره على عملية الاسناد، دار السنهوري،بيروت،لبنان،2016.

53. د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف،الاسكندرية،2007.

54. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1995.

55. د. يوسف يعقوب صرخوة، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، 1996.

ثانياً الأطاريح والرسائل

1. احمد محمد الكندري، الجوانب القانونية المنظمة لعلاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة لها- دراسة مقارنة، رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون ،جامعة الامارات العربية المتحدة،2018 .
2. براغثة امنة، العقون نريمان، تسوية منازعات الاستثمار امام المركز الدولي لواشنطن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة 08ماي1945قالمة ، الجزائر،2014.
3. بوذراع اميره حرم بصاح، شركات مساهمات الدولة بين خصخصة التسيير والخوصصة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة منتوري، الجزائر، 2009.
4. بندير خديجه، الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة احمد دراية ، الجزائر.
5. ثامر داوود الشافعي، المعايير المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة كربلاء،2015.
6. حسام الدين برحايلي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، الجزائر،2016.
7. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الجزائر، 2005.
8. حسناوي العارم، محكمة العدل الدولية كهيئة قضائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد خضير، 2015.
9. حسين محمود محمد الهنداوي، النظام القانوني لمشاريع البنية الاساسية ان التمويل الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006.

10. خلاف محمد أمين، كافي أسماعيل أسامه، البنوك الالكترونية، رسالة ماجستير مقدمه إلى كلية حقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2018.

11. خلفاوي توفيق، عقد الامتياز التجاري، مذكره لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي ،أم البواقي، الجزائر، 2015 **.**

12. سبع عبدالرحمن، تفويض المرفق العام في ظل قانون274/15، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجفله، الجزائر،2017.

13. شيماء محمد شلتاغ، القانون الواجب التطبيق على العقود الدولة مع الاشخاص الاجنبية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005.

14. صالح مهدي كحيط، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الاجنبي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء،2011.

15. عائشة علي سالم ،الجوانب القانونية للشركات ذات الاقتصاد المختلط في دولة الامارات العربية المتحدة، رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة الامارات المتحدة،2020.

16. عبدالمجيد خليلي، محمد صلاح الدين بوعتبه، تسوية منازعات عقود تفويضات المرفق العام، رسالة ماجستير في القانون الاداري، كلية الحقوق، جامعة احمد درايه ادرار، الجزائر، 2020.

17. عمار محمد خضير، ضمانات الاستثمار الاجنبي في العراق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية، لبنان، 2014.

18. غسان عبيد محمد، عقد الاستثمار الاجنبي للعقار(دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل،2006.

19. كسال سامية، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الاجنبي - عقود البترول نموذجاً، مقال منشور في مجلة الحقوق والحريات، العدد الثالث، ديسمبر،2016.

20. لبيك شوقي، تنازع القوانين في عقود الاستثمار، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد،الجزائر،2020.

21. محمد سارة، الاستثمار الاجنبي في الجزائر(دراسة حالة اوراسكوم)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر،2010.
22. محمد عامر شنجار، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار(دراسة مقارنه)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، 2015.
23. محمد توفيق سعودي، تغيير الشكل القانوني للبنوك، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2008.
24. محمود شحماط ، قانون الخوصصة في الجزائر ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق، جامعة منتوري، الجزائر،2007 .
25. مروه موفق مهدي، الضمانات والحوافز القانونية التي تقررها قوانين الاستثمار العربية للاستثمارات الأجنبية، رسالة ماجستير ،كلية الحقوق، جامعة النهرين،2007.
26. مصطفى ابراهيم، نظام التمويل الذاتي وتطبيقه ، أطروحة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٢.
27. هبه ثامر محمود، عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين،2006.
28. يعقوب صرخوه، الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2008.
29. يوسف عبد الفتاح احمد شفيع، التنظيم القانوني لعقود المشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص في ضوء احكام القانون القطري، رسالة ماجستير مقدمه إلى كلية القانون القسم الخاص، جامعة قطر،2020**.**

ثالثاً : البحوث

1. ابراهيم اسماعيل ابراهيم، ماهر محسن عبود، التحكيم ضمانه اجرائية لتسوية منازعات الاستثمار(دراسة مقارنة)،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،مجلد3،الاصدار2، 2011.

2. أبو القاسم الطبولي ، استشراق دور القطاع الأهلي في التنمية الاقتصادية ، مجلة البحوث الاقتصادية ، يونيو ٢٠٠٣ ، بنغازي ، ٢٠٠٣.
3. إحسان خضر ، خصخصة البنية التحتية ، المعهد العربي للتخطيط ، العدد ١٨ ، يونيو ، الكويت ،2003.
4. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الاول والثاني، السنة السادسة، 1952-1945.
5. ألهام فاهم نغيش، دور المادة (30) من القانون المدني العراقي في حل تنازع القوانين، مقال منشور في مجلة اوروك للعلوم الانسانية، العدد الاول، المجلد الرابع ،كلية القانون، جامعة القادسية،2021.
6. باسم محمد صالح، العقود التجارية (الاسس النظرية والعملية للأبرام والتنفيذ)،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد8،العدد201، 1989.
7. جعفر كاظم جبير، اهمية ودور التحكيم التجاري الدولي في حياة الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين،مجلد10،العدد20، 2008.
8. حسن علي كاظم ،قواعد الاسناد وآليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت، العدد20،2016.
9. حسنين ضياء الموسوي، الإرادة ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي(دراسة في القانون العراقي والمصري)، بحث منشور في مجلة ابحاث ميسان، المجلد8، العدد16، 2012.
10. حمديه عبود كاظم، الخصخصة المصرفية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية عشر، العدد الثاني، 2020.
11. حميد نايف عبود، خصخصة المرافق العامة الاقتصادية بحث منشور في مجلة الكوفة، عدد44، م1، 2019.
12. دوفي قرميه، طرق واجراءات خوصصة البنوك والاثار الناجمة عنها(دراسة تجربة فرنسا-مصر-الجزائر)، بحث منشور في مجلة الاقتصاديات المال والاعمال، العدد6، 2018.

13. طارق كامل عجيل، القيمة القانونية لشرط الثبات التشريعي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنه الثالثة، العدد الثالث، 2011.
14. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، العدد2، 2016.
15. عبد الرسول عبد الرضا، خير الدين كاظم عبيد، تأثير الصفة الاجنبية في قانون الاستثمار العراقي رقم(13) لسنة (2006)،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي، جامعة بابل، المجلد1،الاصدار1،2009.
16. عبدالمنعم سيد علي، تجربة العراق مع القطاعين العام والخاص ومستقبل التجربة، بحث مقدم إلى ندوة القطاع العام والخاص في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية والصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي، بيروت، 1990.
17. عطوي خالد، دور محكمة العدل الدولية في تطوير اختصاصها القضائي، مقال منشور في مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد8، المجلد الاول، ديسمبر،2017.
18. عقيل مجيد كاظم، الاساس القانوني للخصخصة في ضوء التشريع العراقي(دراسة مقارنة)،بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية ،المجلد الخامس، العدد الرابع انساني، كانون الثاني،2007 .
19. غسان عبيد محمد، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، المجلد الاول، العددالثاني،2009.
20. فاروق ابراهيم جاسم، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ،جامعة النهرين،المجلد23، العدد 2، 2021.
21. كريم مزعل شبي، مفهوم قواعد الاسناد وخصائصها، مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث، العدد الثالث عشر، كانون الاول،2005.
22. كمال أمين ، الخصخصة والأداء الاقتصادي في الدول العربية ، مجلة كلية القانون للبحوث العلمية ، جامعة بغداد، المجلد ٤٩ ، العدد ١ ،٢٠١١.

23. كوثر محمد دهيم، الخصخصة ودورها في تطوير القطاع المصرفي في العراق، بحث منشور في مجلة الكوت للعلوم الاقتصادية والادارية ، كلية الادارة والاقتصاد، جامعة واسط، العدد24، 2016 .
24. محمد عبدالله محمد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنه الثامنة، 2016.
25. منذر جابر محمد، الخصخصة والاقتصاد في العراق، بحث منشور في مجلة القادسية للعلوم الادارية والاقتصادية، جامعة القادسية، المجلد11 ، العدد3، بغداد، العراق، 2009.
26. مهدي اسماعيل، الجوانب القانونية للخصخصة ،بحث منشور في مجلة الحقوق ،جامعة تكريت ،العدد4، 1995.
27. أ. د. نظام جبار طالب، احمد محمد فاضل، التنظيم القانوني للجنسية الاقتصادية، المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي الاول لطلبة الدراسات العليا في كليات القانون، بالتعاون مع جامعة بتسبيرغ، الولايات المتحدة الامريكية،14-15، ت،2020.

رابعاً : القوانين

❖ **القوانين العراقية**

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
2. قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969المعدل.
3. قانون المصارف العراقية رقم (94) لسنة 2004.
4. قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة (2006) المعدل.
5. قانون الجنسية العراقي رقم 26 لسنة 2006.
6. قانون العمل العراقي رقم (37) لسنة 2015.

7. قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنه 1997 ألمعدل بالقانون رقم (17) لسنة (2019).
8. قانون الشركات العامة العراقي رقم (22) لسنة (1997).

❖ **القوانين العربية**

1. القانون المدني الجزائري الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975.
2. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5)لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987.
3. قانون خوصصة المؤسسات العمومية الجزائري رقم 22-95 لعام 1995.
4. قانون التخاصية الاردني رقم(25) لسنة 2000.
5. قانون الأجراءات المدنية الجزائري رقم 09/08 تاريخ 2008/2/25.
6. قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم (120) لسنة 1957.
7. قانون تنظيم مساهمة القطاع الخاص في رؤوس أموال بنوك القطاع العام رقم (155) لسنة 1998.
8. قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة (1997) بموجب القانون رقم (17) لسنة 2015.
9. قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم(27) لسنة (1994) المعدل.

خامساً: المواقع

1- موقع الشبكة المعلوماتية، www.almaany.com ، تاريخ الزيارة 2021/5/1،5م.
2- شبكة قوانين الشرق الاوسط ، منشور على موقع الشبكة المعلوماتية. www.site.eastlaws.com .
3- موقع الشبكة المعلوماتية الانترنت www.alexbank.com ، تاريخ الزيارة، 2021/5/1.

4- النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية على الشبكة المعلوماتية(الانترنت)، تاريخ الزيارة 2021 /5/7،
https://www.un.org/ar/about-us/statute-of-the-court-of-international-justice

5 -موقع الشبكة المعلوماتية الأنترنت www.aifa-www.com-eng ، تاريخ الزيارة، 2021/5/14.

6- للاطلاع على معلومات تخص الاتفاقية، تاريخ الزيارة 2021/2/2 www.uncitral.org .

Abstract

At the present time, the success of the economic system of any country depends on the extent of the effectiveness and success of the banking system in that country, in addition to the multiple banking services it provides, as competition without any doubt stems from the multiplicity of banks and the multiplicity of services they provide first.

In addition to the entry of the private sector through privatization into the field of banking, and whenever the banking system develops, it is followed by a development in the form and the economic system followed. An occasion to achieve its goals and direct its activity, for example, the experience of privatizing the banking sector in Egypt and the UAE, and the positive results it has resulted in improving the banking reality, and because Iraq is one of the countries that suffers from its banking system with many shortcomings and problems, and with the economic need to privatize banks to meet the needs of the Iraqi economic reality, which suffers from indebtedness Privatization is one of the means of reducing the burden of indebtedness, especially since one of the methods of privatization is the sale of state-owned economic units to the parties to the private sector. Here the issue appears clearly and accurately, by defining the applicable law. Is it the rule? The national nun and the extent of its sufficiency, especially since Iraq still depends on the attribution approach and the rules contained in the Iraqi civil law in Articles (14-33), which no longer meet the requirements of economic work in today's world, which resulted in the global economic trinity (International Monetary Fund, World Bank for construction and development - world trade organization.

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Karbala college of Law

Conflict of laws arising from the privatization of banks

(A Comparative study)

A letter submitted To the Council of the College of Law - University of Kerbala

It is part of the requirements for obtaining a master's degree in private law

by the student

Tabiark Amer Ahmed

Supervisor By

Prof. Dr. Hassan Ali Kazem

1443 A.H. **2022 A.D.**