

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل

كلية القانون

التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

دراسة مقارنة

رسالة تقدمت بها

هدى سعدون لفته

الى مجلس كلية القانون في جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص

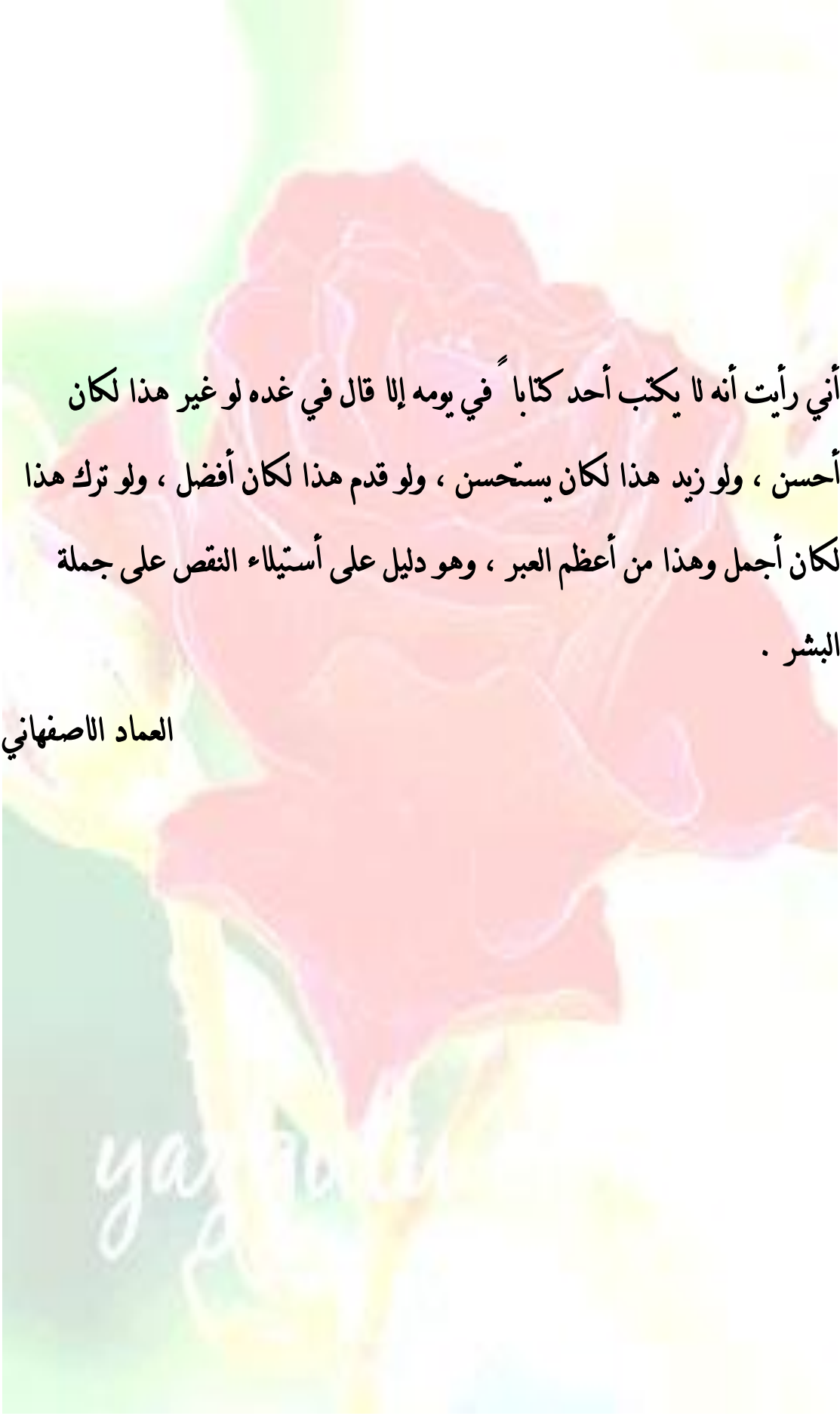
بإشراف

الدكتورة ذكري محمد حسين الياسين

مدرس القانون التجاري

2009 م

1430 هـ



أني رأيت أنه لا يكتب أحد كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان
أحسن ، ولو زيد هذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا
لكان أجمل وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة
البشر .

العماد الاصفهاني

yaznani

شكر وتقدير

الحمد لله غير مقنوطٍ من رحمته ، ولامخلو من نعمته ، ولاميؤوس من مغفرته، ولامستكن من عبادته ، الذي لا تبح منه رحمه ولا تفقد له نعمه .

أما بعد . . لايسعني وأنا اخط آخر سطور هذه الرسالة إلا أن أتوجه بشكري العميق لكل من مد لي يد العون في انجاز هذه الرسالة وأولهم بعد الله سبحانه وتعالى الدكتور ذكري محمد حسين التي تفضلت بقبول الإشراف على هذه الرسالة وما كابدته معي من عناء البحث وما أبدته من آراء قيمة وتوجيهات سديدة فجزاها الله عني خير الجزاء .

كما أتوجه بشكري العميق الى الأستاذ الأب الدكتور أبراهيم أسماعيل أبراهيم لمساعدتي في اختيار موضوع الرسالة ومواكبتها منذ أن كانت فكرة ومساعدتي في إعداد خطة الرسالة فجزاه الله عني خير الجزاء .

كما أقدم بقاتك الشكر والتقدير للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الذين سأتشرف بالوقوف أمامهم يوم مناقشة هذه الرسالة اعترافاً مني بفضلهم لكل ما سيبدونه من ملاحظات قيمة تغني هذه الرسالة وتثريها .

كما انحني خجلاً أمام الجهود التي آزرني بصدق فكانت لي عوناً في انجاز هذه الرسالة فشكري للدكتور ايمان طارق الشكر والدكتور عبد الرسول كريم والدكتور عمار حبيب و الأستاذ غسان محمد المعموري والأستاذ أسعد فاضل مندیل الذين تفضلوا عليه بتزويدي بالمصادر العربية والفرنسية التي أغنت علمية هذه الرسالة .

كما اقدم شكري وتقديري الى موظفات مكتبة كلية القانون في جامعة بابل وقسم الدراسات العليا في الكلية لكل ما قدموه لي من مساعدة اعانتني في اكمال هذه الرسالة .

واخيراً أقدم شكري وتقديري لكل من توجه لنا بالكلمة الطيبة آملاً لنا بالتوفيق ، ولكل من شاركنا
مخلصاً هموم البحث ومتابعه .
والله الموفق

الإهداء

الى فلذة كبدي هادي الامه ، وقرّة عين سيد الائمة ، وأم السادة العصمه ،
وشفيّعتي يوم الغمة، الى سيدتي ومولاتي الزهراء فاطمة (عليها السلام) .
الى الذي يعطي ولم يمن... أبي الغالي .
الى التي جعل الله تحت أقدامها الجنة... أمي الحنون .
الى من افتخر به دوماً وكان لي عوناً... أخي محمد .
الى الشموع المتألّاة التي تنير لي طريقي... اخوتي .
اهدي هذا الجهد المتواضع

هدى

أني رأيت أنه لا يكتب أحد كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان
أحسن

ولو زيد هذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان
أجمل وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على أستيلاء النقص على جملة البشر .

العماد الاصفهاني

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿قَالُوا سُبْحَنَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾

صدق الله العظيم

"سورة البقرة الآية 32"

محتويات الرسالة

7-4	المقدمة
22-7	التمهيد : التعريف بعقود الاستثمارات الأجنبية
69-23	الفصل الأول: ماهية التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
53-23	المبحث الأول: مفهوم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
37-24	المطلب الأول: تعريف التحكيم وإطرافه في عقود الاستثمارات الأجنبية
29-24	الفرع الأول: تعريف التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
37-29	الفرع الثاني: أطراف التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
53-37	المطلب الثاني: أنواع التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
40-37	الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري
43-40	الفرع الثاني: التحكيم بالقانون والتحكيم طبقاً لقواعد العدل والإنصاف
47-44	الفرع الثالث: التحكيم الحر، والتحكيم المؤسسي
53-47	الفرع الرابع: التحكيم الدولي، والتحكيم الداخلي
69-53	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وتمييزه عما يشته به من أوضاع
62-53	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
56-54	الفرع الأول: الطبيعة الاتفاقية للتحكيم
58-56	الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم
60-59	الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم
62-60	الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم
69-63	المطلب الثاني: تمييز التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية مما يشته به من أوضاع
64-63	الفرع الأول: تمييز التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية عن القضاء
67-65	الفرع الثاني: تمييز التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية عن الصلح
68-67	الفرع الثالث: تمييز التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية عن الوكالة
69-68	الفرع الرابع: تمييز التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية عن الخبرة
133-70	الفصل الثاني: إجراءات التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
94-70	المبحث الأول: الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
80-71	المطلب الأول: المقصود باتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
75-71	الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
80-75	الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
94-80	المطلب الثاني: آثار اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
84-81	الفرع الأول: اختصاص المحكمين بالفصل بالنزاع مبدأ الاختصاص بالاختصاص
89-84	الفرع الثاني: عدم اختصاص القضاء الوطني
94-90	الفرع الثالث: أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة المضيفة للاستثمار
116-94	المبحث الثاني: اختيار المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية
106-96	المطلب الأول: شروط المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية
98-96	الفرع الأول: أن يكون المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية شخصاً طبيعياً

101-98	الفرع الثاني: أن يكون المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية محايداً ومستقلاً
103-102	الفرع الثالث: أن يكون عدد المحكمين فردياً
105-104	الفرع الرابع: تخصص المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية
116-106	المطلب الثاني: طرق تعيين المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية
110-106	الفرع الأول: اختيار المحكم عن طريق الأطراف
113-110	الفرع الثاني: اختيار المحكم بواسطة المحاكم الوطنية
116-114	الفرع الثالث: اختيار المحكم من المراكز التحكيمية
133-116	المبحث الثالث: السير في عملية التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
128-117	المطلب الأول: القانون الذي يحكم عملية التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
121-118	الفرع الأول: خضوع المحكم لقانون إرادة الأطراف
125-121	الفرع الثاني: حرية المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق
128-125	الفرع الثالث: تطبيق المحكم لقانون التجارة الدولية
133-128	المطلب الثاني: الشكلية اللازم اتباعها في التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
178-134	الفصل الثالث: آثار التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
162-135	المبحث الأول: حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
142-135	المطلب الأول: ماهية حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
138-136	الفرع الأول: أعداد حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
142-139	الفرع الثاني: إصدار حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
151-142	المطلب الثاني: الصيغة القانونية لحكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
149-143	الفرع الأول: شكل حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
151-149	الفرع الثاني: آثار حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
162-152	المطلب الثالث: الطعن بحكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وأسباب بطلانه
155-145	الفرع الأول: الطعن بحكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
162-156	الفرع الثاني: أسباب بطلان حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
178-162	المبحث الثاني: تنفيذ حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
173-163	المطلب الأول: معنى تنفيذ حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
164-163	الفرع الأول: أنواع تنفيذ حكم التحكيم
168-165	الفرع الثاني: شروط تنفيذ حكم التحكيم
173-169	الفرع الثالث: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم
178-173	المطلب الثاني: أساليب تنفيذ حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
175-173	الفرع الأول: أسلوب المراجعة
178-176	الفرع الثاني: أسلوب المراقبة
181-179	الخاتمة
194-181	المصادر
	Abstract

المقدمة

أولاً : موضوع البحث

درجت الدول التي يقصر الادخار الوطني فيها وعائدات ثرواتها الطبيعية عن الوفاء بالحاجات المتعاضمة لرؤوس الاموال التي تستلزمها خططها التنموية ، على انتهاج سياسات من شأنها العمل على تحفيز وتشجيع الاستثمارات الأجنبية وذلك بتوفير وتهيئة المناخ المناسب الذي تتحقق فيه اوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية والاقتصادية.

ولاشك ان شرط التحكيم الذي يرمي الى تسوية المنازعات التي تثور او التي يمكن ان تثور بمناسبة تنفيذ عقود الاستثمار ، يحتل مكاناً هاماً وبارزاً في مجال هذه الضمانات ، إذ ان الاستثمارات الأجنبية تمثل عصباً رئيسياً لأقتصاديات الدول وخصوصاً النامي منها، ومن ثم كان من الطبيعي ان يكون توفير الامكانات المناسبة لجذب وتشجيع هذه الاستثمارات محل اهتمام هذه الدول وهدفاً أساسياً تدور حوله جل سياستها ، على اعتبار أنه القناة الرئيسية التي يتدفق عبرها رأس المال والخبرة العلمية والفنية ، لذلك تقرر الدول الضمانات التي تشجع المستثمرين في الاستثمار داخل أقاليمها لكونها ترتبط بحركة تداول رؤوس الأموال واستغلالها داخليا وخارجيا. وقد أكدت أهمية اللجوء الى التحكيم ايضاً بعد صدور قوانين الاستثمار في كثير من الدول النامية ، فقد حرصت هذه الدول على تضمين هذه القوانين مجموعة من المزايا والضمانات الكفيلة بتشجيع وجذب المستثمرين الاجانب ، إلا ان هذه المزايا او تلك الضمانات التي ينص عليها قانون الدولة المضيفة تصبح نظرية محضة ، ومجرد وعود من جانب الدولة وآمال من جانب المستثمر ، في غياب وسيلة فعالة كالتحكيم .

وهكذا فإن ارادة حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة لاتشكل نهاية المطاف او الهدف الوحيد ، فهي ليست الا وسيلة لتحقيق سياسات التنمية الاقتصادية للبلاد ، فهذه الاخيرة يجب ان تحظى بأهتمام لا يقل عن سابقتها،أخذاً بهذه الاعتبارات ، فأن وضع التحكيم وتوظيفه في خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية يجب ان لا تقتصر فحسب على تشجيع الاستثمار الخاص الأجنبي وانما يجب ان يتم من منظور المصلحة المتبادلة للطرفين وهو ما يقتضي الأخذ في الاعتبار الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار .

ثانياً : . أهمية الموضوع

يعد التحكيم من الوسائل المهمة التي يلجأ إليها المتعاقدون في كافة العقود وعلى الأخص في عقود الاستثمارات الأجنبية لحل المنازعات التي يمكن أن تثار ، إلى الحد الذي يمكن أن نقول بأن التحكيم أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، ويرجع هذا إلى المميزات التي يتميز بها والتي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار ، فمن جانب يقلل من مخاوف المستثمرين من الاقترب من قضاء الدولة المضيفة وما يترتب على ذلك من ضمان حيادية القرار المتخذ لحسم النزاع وعدم ترجيح مصلحة الدولة المضيفة للاستثمار على المستثمر الأجنبي، ومن جانب آخر ما

تتميز به سرية، الأمر الذي يؤدي إلى تجنب المساس بمركزهم وبسمعتهم لمجال النشاط الاقتصادي ، هذا فضلاً عن السرعة في البت في النزاع مما يؤدي إلى توفير الوقت وغير ذلك حسب النقاط الآتية:-

1. إن مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمارات الأجنبية نظراً لكون هذه العقود تتمتع بطبيعة خاصة ناجمة عن أطراف العقد "الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي" من جهة وإلى محل عقد الاستثمار الأجنبي، إذ يتعلق بمشروع ضخم يستغرق سنوات عدة لتنفيذه ويكلف مبالغ طائلة من جهة أخرى هذا فضلاً عن ما تتطلبه هذه العقود من خبرات فنية عالية ، وتشمل هذه المزايا :

- أ - اختصار الوقت والاقتصاد بالنفقات .
- ب - التيسير على أطراف النزاع وذلك عن طريق رفع العناء الذي تقتضيه إقامة الدعوى.
- ج - السرية التي تنفق وحاجة المعاملات التجارية التي تتضمن أسرار يحرص الخصوم في عقد الاستثمار الأجنبي على بقائها طي الكتمان.
- د - اطمئنان أطراف النزاع وقناعتهم بأن الفصل في النزاع سيكون عادلاً بثقتهم بحياد المحكمين ونزاهتهم، لأنه تم اختيارهم من الخصوم أنفسهم.
2. يعد التحكيم أهم وسيلة يرغب المتعاملون في الاستثمار الأجنبي والتجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم ، إذ يتمسك المستثمر الأجنبي بالتحكيم نظراً لخصوصية عقود الاستثمار من حيث الأطراف فعلى الرغم من أن الدولة المضيفة للاستثمار مجرد طرف متعاقد في العقود المبرمة بينها وبين الطرف الأجنبي، إلا أنها مع ذلك طرف غير عادي من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تمكنها فضلاً عن إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد الإخلال أيضاً بالحياد الذي يجب أن يتوفر للسلطة القضائية الوطنية التي يمكن عرض النزاع عليها في حالة نشأته ، هذا من جهة ومن جهة أخرى يتمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم بسبب تخوفه من تمسك الدولة بالحصانة القضائية، إذ تتمتع الدولة بما لها من استقلال وسيادة تجعلها على قدم المساواة مع الدول الأخرى، بالحصانة القضائية التي تغل يد القضاء الوطني لأي دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيه.

ثالثاً : . أسباب اختيار الموضوع

- من أهم الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار موضوع البحث هي :
- 1- أهمية الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الاقتصادية في البلدان الأخذة بالنمو، إذ أن الدول تتنافس فيما بينها من أجل جذب الاستثمارات إلى أراضيها وخصوصاً في العراق بعد سقوط النظام السابق وظهور الفراغ الكبير في جانب الاستثمار، وتخوف الدول المتقدمة من الاستثمار فيه بسبب المشاكل الأمنية .
 - 2- أهمية التحكيم بالنسبة لعقود الاستثمار الأجنبي، إذ أنه أصبح في الوقت الحاضر البديل الناجح للنظام القضائي في حسم منازعات الاستثمار .
 - 3- عدم وجود قانون خاص يعالج التحكيم بوصفه وسيلة لحل منازعات الاستثمار، على الرغم من أهميته في هذه العقود.
 - 4- التزايد المستمر في عدد المنازعات القانونية الاستثمارية وتنوعها.

رابعاً : . منهجية البحث

سننتج في دراستنا موضوع البحث الموسوم بالتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية منهج الدراسة المقارنة، وستكون القوانين التي نركز دراستنا فيها القانون الفرنسي ، والسويسري، و

الهولندي من القوانين الأجنبية والتي تمكنا من الحصول عليها ، والقانون المصري والعراقي ، هذا من دون إغفال بقية القوانين العربية. وكذلك سنعالج موضوع البحث من خلال الاتفاقيات الدولية المختصة بمجال التحكيم في الاستثمار الأجنبي، كاتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 ، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية لعام 1950 ، و الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1974 ، وكذلك الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم الدولي كاتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958 ، والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961.

التهديد

التعريف بعقود الاستثمارات الأجنبية

لتحديد التعريف بعقود الاستثمارات الأجنبية، فإنه يجدر بنا البحث في مسائل ثلاث أولها بيان المقصود بالاستثمارات الأجنبية وتعريف عقودها ، وثانيها الشكل القانوني لعقود الاستثمارات الأجنبية ، ونفرد المسألة الثالثة للخصائص التي تمتاز بها هذه العقود ، وعلى النحو الآتي:-

أولاً : تعريف عقود الاستثمارات الأجنبية .

الاستثمار لغةً ، مصدر أستثمر يستثمر وهو للطلب بمعنى طلب الاستثمار، وأصله من الثمر وله معانٍ عدة منها ما يحمله الشجر وينتجه ، ومنها الولد إذ يقال ، الولد ثمرة القلب ، ومنها انواع المال ، ويقال ثمر (بفتح الميم) الشجر ثموراً أي ظهر ثمره. وثمر الشيء أي نضج وكمل ويقال ثمر ماله أي كثر ، وأثمر الشجر أي بلغ أو ان الثمار ، وأثمر الشيء أي أتى نتيجته ، وثمر ماله (بضم الميم) كثر ، وأثمر القوم : أطعمهم الثمر ، ويقال أستثمر ماله أي أستخدمه في الانتاج¹.

وإذ أن الاستثمار الأجنبي يعد عملية مركبة من عناصر اقتصادية وأخرى قانونية، لذلك نلاحظ أنه كان محلاً لأهتمام فقهاء الاقتصاد والقانون على حدٍ سواء ،تعريفاً وبياناً ً، فقد وردت تعريفات عدة للاستثمار الأجنبي ، وذلك بحسب المفهوم الاقتصادي من جهة والمفهوم القانوني من جهة أخرى ، ومما عرف به الاستثمار الأجنبي وفقاً للمفهوم الأول أنه " العملية الناشئة عن تدخل إيجابي لأحد الافراد بهدف إيجاد تجهيزات دائمة تؤمن خدمات عاجله"².

أو يقصد به " انتقال رؤوس الاموال بين بلدان بقصد توظيفها في عمليات اقتصادية مختلفة كشراء أوراق مالية، أو اموال منقولة تدر ربحاً ،أو امتلاك عقارات تعطي ريعاً ،أو بقصد توظيفها في عمليات أنتمانية مثمرة كالأقراض ،أو في عمليات غير مثمرة كحفظ النقود في مصرف، أو بيت للإيداع تفادياً للأخطار التي قد تتعرض لها في ظروف التوتر السياسي والاقتصادي"³.

أو هو " اضافة جديدة الى الاصول الانتاجية الموجودة في المجتمع بقصد زيادة الناتج في

¹ ابن منظور ، معجم لسان العرب،المجلد الأول ، دار بيروت للطباعة ، لبنان ، 1956ص273 .

² د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2005 ، ص18.

³ د.محمد علي رضا الجاسم ،القواعد الاساسية في الاقتصاد الدولي ،ط2،بيت الحكمه،بغداد، 1967،ص63 .

الفترة التالية¹، وهناك من يعرفه بأنه "الاتفاق على الإضافات الجديدة الى السلع الإنتاجية بأنواعها، كالمواد الأولية، والمكائن، والآلات، والمعامل، ودور السكن، وغيرها، مما يشكل جزءاً من الثروة الوطنية وهو مجموعه يمثل الإضافات الصافية الى تخزين رأس المال الحقيقي في البلاد"².

ونلاحظ على التعاريف الاقتصادية أعلاه أنها لم تعرف الاستثمار الأجنبي وفق نطاق معين ومحدد، إذ أنها تجمع على تعريفه بنطاقه الواسع، بمعنى ان الاستثمار كما يرى البعض هو "توظيف للنقود لأي أجل، وفي أي أصل، أو ملكية، أو ممتلكات، أو مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال، أو تنميته، سواء أرباح دورية أم زيادات في قيمة الاموال في نهاية، المدة أو بمنافع غير مادية"³.

أما على صعيد المفهوم القانوني فقد عرف الاستثمار الأجنبي فقهاً على أنه "انتقال رؤوس الاموال من الخارج الى الدولة المضيفة بقيمة تحقيق ربح المستثمر الأجنبي، وبما يكفل زيادة الانتاج والتنمية في الدولة المضيفة"⁴.

أو "أنه تحركات رؤوس الاموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر"⁵. وكذلك عُرف بأنه "تقديم الاموال المادية أو المعنوية والاداءات من شخص طبيعي، او معنوي لا يحمل جنسية الدولة المستقبلة للمساهمة المباشرة، وغير المباشرة في مشروع قائم، أو سيتم أنشائه للقيام بنشاط اقتصادي ما خلال مدة معقولة من الزمن"⁶.

وبالرجوع الى أغلب متون القوانين والتشريعات ونصوصها نلاحظ ان بعضها قد عرف الاستثمار الأجنبي من خلال وضع بيان تفصيلي للمال المستثمر المراد استخدامه في مجالات الاستثمار كقانون ضمانات وحوافز الاستثمار الأجنبي المصري رقم 8 لعام 1997 في المادة (1) منه التي حددت مجالات الاستثمار بصورة تفصيلية واعطى في م(2) من القانون ذاته صلاحيات الى مجلس الوزراء بأضافة المجالات التي يراها مناسبة لخطة التنمية الاقتصادية أي أنه أعتق مفهوماً موسعاً لتحديد مجالات الاستثمار⁷.

ومما يؤخذ على هذه الطريقة أنها تعيق التطور الاقتصادي والتقدم العلمي على اعتبار ان الاستثمار الأجنبي يعد من الادوات القانونية المستخدمة في نقل التكنولوجيا الى الدولة المضيفة للاستثمار⁸.

كما ان التعداد الحصري للأموال المستثمرة الخاضعة لأحكام التشريع لا ينسجم مع الواقع ولا مع المرونة التي ينبغي أن يكون عليها تحديد المال المستثمر لمواكبة التطور العلمي والتكنولوجي، فضلاً عن ذلك أن المشرع مهما كان حذقه وفطنته لا يستطيع ان يحيط بصور وأنواع الاموال

¹ د.هنا عبد الغفار السامرائي، الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية، بيت الحكمة، بغداد، 2002، ص13.

² د.عبد المنعم سيد علي، اقتصاديات النقود والمصارف في النظم الرأسمالية والاشتراكية، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجامعة المستنصرية، ط2، 1986، ص280.

³ ينظر د.صفوت أحمد عبد الحفيظ، مصدر سابق، ص20.

⁴ د.أبو العلا علي أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسية التشريعية المصرية في مجال الاستثمار، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص8.

⁵ نقلاً عن د.دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات، ط1، بيروت، 2006، ص50.

⁶ د.جميل الشرفاوي، المقاصد الاساسية لقوانين الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص23.

⁷ ينظر نص المادة (1-2) من القانون اعلاه، وهو النهج ذاته الذي انتهجه قانون استثمار رؤوس الاموال الأجنبية الليبي رقم 5 لسنة 2006 في م(8) منه، وكذلك القانون الكويتي للاستثمار رقم 8 لسنة 2001 في م(1،2) منه. ينظر هذه القوانين منشورة على شبكة الانترنت

<http://www.Arifonet.dataladil.investment countries.htm>.

⁸ يقصد بالتكنولوجيا "أنها مجموعة المعارف اللازمة لتحويل عناصر الانتاج الى سلع وخدمات التي تستمد من العلم المجرد وتنبثق من عمليات البحث و التطوير والتي تستهدف ادماج المعارف المحددة في الانتاج بمعناه الواسع". ينظر د.أنس السيد عطية سليمان، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا، جامعة عين شمس، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1956، ص27.

المستثمرة كافة.

لهذا فيلاحظ أن البعض الآخر من التشريعات قد تجنبت ذكر بيان تفصيلي للأموال المستثمرة وأُعتمدت في تعريفها للاستثمار على وضع معيار عام للمال المستثمر الذي يخضع لأحكام القانون¹.

أما بالنسبة للقانون العراقي فيلاحظ أنه لم يحدد مجالات الاستثمار في قانون الاستثمار العربي الملغي رقم 62 لسنة 2002 ، بمعنى أنه أعتنق المفهوم المرن في تعريف الاستثمار²، في حين أنه وبموجب الأمر الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة المرقم (39) في 12 أيلول 2003 قد بين أن المقصود بالاستثمار الأجنبي هو "الاستثمار في أي أصل من الأصول المتواجدة في العراق بما في ذلك الملموسة، وغير الملموسة، وحقوق الملكية المتعلقة بها، والأسهم، وغيرها من أشكال، وصكوك المشاركة في الكيان التجاري، كما تعني حقوق الملكية والخبرة التقنية"³، كما أنه وفي الوقت ذاته قد حدد مجالات هذا الاستثمار⁴. أما قانون الاستثمار النافذ رقم 13 لسنة 2006 فقد عرف الاستثمار بمعناه العام من دون حصره بالأجنبي منه ومن دون اللجوء إلى تحديده من خلال مجالاته، وذلك في م(1) ف(ن) منه على أنه "توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروع على البلد"⁵.

ومما تقدم يتبين لنا أن القانون العراقي قد اخذ بالتحديد المرن للاستثمار وهو أمر يبدو أنه ناجم عن رغبته في أفساح المجال أمام المستثمرين الأجانب في الاستثمار بكافة المجالات من دون قيود، شريطة أن تكون غير مخالفة للنظام العام، أو الآداب ، وذلك من أجل رفع عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتطويرها وجلب الخبرات التقنية، والعملية، وتنمية الموارد البشرية

3 كالمشرع الفلسطيني في قانون تشجيع الاستثمار رقم (1) لسنة 1998 حسب نص م(1) منه، وكذلك المشرع القطري في قانون تنظيم رأس المال الأجنبي رقم 13 لسنة 2000 حسب م(2) منه. ينظر مجموعة التشريعات الاستثمارية العربية منشورة على شبكة الانترنت <http://www.Arifonet.dataladil.investementcountries.htm>

² صدر هذا القانون عن مجلس قياده الثوره المنحل بتاريخ 2002/11/22 ونشر في الوقائع العراقيه بالعدد 3959 في 2002/12/2 ولقد الغي بموجب الماده 35 من قانون الاستثمار النافذ رقم 13 لسنة 2006 .

³ ينظر ف(3) من القسم الأول من الأمر رقم 39 الصادر عن سلطة الائتلاف والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 3980 في إذار سنة 2004 .

⁴ ينظر القسم السادس من الأمر أعلاه ، ولا يفوتنا القول الى ان هذا الأمر قد الغي بموجب الماده 35 من قانون الاستثمار النافذ رقم 13 لسنة 2006.

⁵ نشر في الوقائع العراقية في العدد 4031 في 17 كانون الثاني 2007 ، وتجدر الاشاره الى ان قانون الاستثمار في أقليم كردستان رقم 4 لسنة 2006 قد بين معنى الاستثمار من خلال تحديد المجالات أو الاموال التي يمكن ان يقع عليها الاستثمار وذلك في الماده (2) منه والتي نصت على (تطبق أحكام هذا القانون على المشاريع التي توافق عليها الهيئة في أحد القطاعات الآتية :-

- 1- الصناعات التحويلية، والكهرباء، والخدمات المرتبطة بهما .
- 2- الزراعة بشقيها النباتي، والحيواني، والغابات ، والخدمات المرتبطة بهما .
- 3- الفنادق ، والمشاريع السياحية ، والترفيهية، ومدن الألعاب .
- 4- الصحة ، والبيئة .
- 5- الأبحاث العلمية، والتكنولوجية ، وتكنولوجيا الاعمال .
- 6- النقل، والاتصالات الحديثة .
- 7- البنوك ، وشركات التأمين، والمؤسسات المالية الأخرى .
- 8- مشاريع البنية التحتية، ومنها مشاريع البناء ، الأعمار ، الاسكان ، الطرق ، الجسور ، سكك الحديد ، المطارات ، والري والسدود .
- 9- المناطق الحرة، والأسواق التجارية المعاصرة ، والخدمات الاستشارية المرتبطة بها .
- 10- التعليم بجميع مراحله في اطار السياسة التعليمية للأقليم .) إلا أنه نص في ف(11) من المادة نفسها على "أي مشروع في أي قطاع آخر يقرر المجلس الموافقة على شموله بأحكام هذا القانون " وهذا يعني امكانية الاضافه الى هذه المجالات .

، وإيجاد فرص عمل للعراقيين بتشجيع الاستثمارات، ودعم عملية التأسيس الاستثماري في العراق، وتوسيعها، وتطويرها على مختلف الأصعدة الاقتصادية .
ولما كان الاستثمار الأجنبي يمثل في حقيقته أنقلاً لرأس المال ، والخبرة الفنية، والتكنولوجيا عبر الحدود ، فقد أبرمت اتفاقيات عديدة لضمان الاستثمار ولتسوية المنازعات الناجمة عنه، ولقد تضمن البعض من تلك الاتفاقيات تعريفاً مباشراً للاستثمار إذ عرفت م(6) من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الصادره في 1950 الاستثمار بأنه " استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي ، أو تحويله إليها لذلك الغرض، وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية " .

في حين ذهب البعض الآخر منها الى تعريفه من خلال بيان ما يمكن الاستثمار فيه ، أما بأيراد تحديد تفصيلي للأموال المستثمرة الخاضعة لأحكامها القانونية كما في اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي أعدها البنك الدولي، والتي تقرر بان الاستثمار الدولي يشمل حقوق الملكية والقروض المتوسطة، و الطويلة الأجل التي يقدمها ، أو يضمونها المشاركون في ملكية المشروع المعني فضلاً عن صور الاستثمار المباشر المختلفة¹.

وكذلك اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والصادرة سنة 1952 التي نصت على ان مصطلح الاستثمار يشمل الاستثمارات المباشرة كالمشروعات ، وفروعها، ووكالاتها، و ملكية الحصص، والعقارات، كما يشمل الاستثمارات غير المباشرة مثل الاكتتاب في الاسهم، والسندات، وكذلك القروض التي يتجاوز أجلها 3 سنوات²، وأيضاً اتفاقية تشجيع انتقال رؤوس الأموال والاستثمارات بين الكويت ومصر م(1)³، أو بوضع معيار عام للأموال المستثمرة الخاضعة لأحكامها القانونية كالاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية التي حددتها في م(1)ف(5) منها بأنها "كل مال يمكن تقويمه بالنقد من حقوق مادية ومعنوية بما في ذلك الودائع المصرفية والاستثمارات المالية " ⁴.

وبين هذا وذاك حاولت بعض الاتفاقيات الدولية إعطاء مفهوم شامل للاستثمار الأجنبي من خلال الجمع بين المعيارين المتقدمين في تحديد الأموال المستثمرة المشمولة بأحكامها فتضع معياراً عاماً لتلك الأموال ثم تعد الأمثلة ، كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية تشجيع حماية الاستثمارات بين العراق والسودان سنة 1999 التي نصت المادة الثالثة منها على أنه "تعني كلمة استثمار جميع الأصول التي يملكها أحد مستثمري طرف متعاقد، ويستثمر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر في وقت لاحق لدخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ والذي يقترن بقبول هذا الطرف الاخير لكونه استثماراً وفقاً لقوانينه وأنظمتة، ويشمل مصطلح الاستثمار بوجه خاص وليس على سبيل الحصر :

أ - حقوق الملكية المنقولة، وغير المنقولة كذلك الضمانات المتعلقة بها، كالرهون العقارية، والامتيازات والرهون الأخرى .

ب - قيم، وأسهم، وحصص، وسندات الشركات .

ج - المطالبات بأموال أو أي قيمة اقتصادية متعلقة بالاستثمار " ⁵.

وهناك من ترك للأطراف في اتفاق الاستثمار سلطة تقديرية واسعة في تقرير ما إذا كانت معاملة ما ، أو صفقة تمثل استثماراً من عدمه، كما هو الحال لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار

¹ ينظر نص م(1) من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي تم التوقيع عليها في 1953/9/7 .

² ينظر م(15) من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تم التوقيع عليها في 1953/9/7.

³ ينظر نص م(1) من اتفاقية تشجيع انتقال رؤوس الأموال والاستثمارات بين الكويت ومصر المعقودة في 1966/2/12.

⁴ ينظر نص م (1) من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية التي تم التوقيع عليها في عام 1974 .

⁵ أشار إليها د.بريد السامرائي ، مصدر سابق ، ص45.

في المركز الدولي في واشنطن الصادرة عام 1965¹. ويتضح مما تقدم أن معظم الاتفاقيات الدولية تتجه نحو التوسع في تحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي وبما لا يقصره على الاستثمارات النقدية، أو المادية، بل يشمل كل إسهام في مشروع عن طريق تقديم أصول فيه سواء أكانت تلك الأصول مادية ملموسة أم معنوية كالمعرفة الفنية والتكنولوجية وبراءات الاختراع، وهو اتجاه نعتقد بدقته لما يمثلته المفهوم الواسع من تغير وتطور، وذلك تبعاً للظروف والأوضاع الاقتصادية على المستوى الدولي، فهو قد يضيق وقد يتسع حسب ظروف الدولة السياسية والاقتصادية.

وإذا كان أمر بيان الاستثمار الأجنبي تعريفاً، قد تجاذبه اتجاهان بين النص على تعريفه مباشرة وبين تحديده من خلال ما يمكن أن يقع عليه أو ما يمثل محلاً له، فإن ما يماثل ذات الأمر يمكن تلمسه فيما خص العقود التي تنظم هذه الاستثمارات، مع فارق في اختلاف مواطن هذا التجاذب فقد تعددت الآراء واختلفت المضامين المعطاة لهذه العقود من أجل تحديد ماهيتها، وذلك نظراً للخلط الذي وقع فيه البعض بينها وبين عقود الدولة الأخرى²، كما أن عدم وجود عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار كان دافعاً كافياً لعد فكرة هذه العقود أقرب ما تكون إلى كونها فكرة وضعية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوفر فيها خصائص معينة. فتعرف أنها "عقود للقيام باستعمال الأموال في الانتاج اما مباشرة كشراء الآلات والمواد الأولية، او بطريقة غير مباشرة كشراء الاسهم، والسندات لأجل تحقيق ربح يتم توزيعه على الأطراف بحسب النسب المتفق عليها"³.

ومن ثم فقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريفها بأنها "تلك العقود المبرمة بين الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار"⁴.

أو أنها "كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من اشخاص القانون الخاص الأجنبي التي تتعلق بمباشرة الأنشطة والتي تدخل في اطار التنمية الاقتصادية للبلاد"⁵.

ويلاحظ على التعاريف اعلاه أنها قد قصرت الطرف المستثمر بالطرف الخاص في حين أنه يمكن أن يكون طرفاً عاماً وخاصاً، لأنه لا يشترط في التعاقد مع الدولة المضيفة أن يكون شخصاً من اشخاص القانون الخاص؛ ومن ثم عدم جواز أن تدخل الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها في عقد الاستثمار الأجنبي لكون الدولة شخصاً عاماً، إذ قد يكون الطرف الأجنبي شخصاً خاصاً وشخصاً عاماً أيضاً، وذلك لأن هناك الكثير من عقود الاستثمار وخصوصاً الاستثمارات الكبيرة تقوم بها الدولة؛ وامثلة ذلك نجدها في عقود البترول التي تشكل جانباً مهماً من الاستثمارات المباشرة.

هذا ويعرف عقد الاستثمار النفطي بوصفه من اهم أنواع عقود الاستثمارات الأجنبية؛ بأنه:- "ذلك العقد الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث، أو التنقيب عن الموارد النفطية الكامنة في أقليمها أو جزء منه، والحق في استغلال هذه الموارد والتصرف فيها،

¹ ينظر م (5) ف (1) من هذه الاتفاقية على الموقع الالكتروني

[http://www.law.berkely.edu/faculty-ddcaron-documents-RPID20 documents/rpo40، 12.h](http://www.law.berkely.edu/faculty-ddcaron-documents-RPID20%20documents/rpo40%20h).

² إذ يخلط البعض بين مصطلح عقود الاستثمار ومصطلح عقود الدولة بمعناها الواسع، فعلى الرغم من كون عقود الاستثمار تمثل الموضوع الاصيل لعقود الدولة الا ان عقود الدولة لا تقتصر على الاستثمار فقط فقد تتعاقد الدولة مع شخص طبيعي في مجال معين وهو ما لا ينطبق عليه وصف عقود الاستثمار. ينظر د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1993، ص3 ود. علي ابراهيم، العلاقات الدولية وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص317.

³ أحمد حسين جلاب، النظام القانوني لعقد الاستثمار، اطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهرين، 2006، ص11.

⁴ د. عصام الدين القصبي، مصدر سابق، ص6.

⁵ د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص12.

وذلك خلال فترة زمنية معينة مقابل حصول هذه الدولة على فرائض معينة".¹ وهناك من يعرفه على أنه "العقد الذي بواسطته تمنح الدولة مشروعاً أجنبياً حقاً مطلقاً له في البحث في أقليمها عن النفط وأستخراجه واستغلاله، وذلك خلال فترة زمنية محددة".²

كما عرفه آخر بأنه "عقد يبرم بين سلطة عامة ومشروع ما، يكون في الغالب أجنبياً، يعطى بموجب هذا الأخير حق أستثمار مرفق النفط لحسابه الخاص، مع حق التملك للآبار التي يكتشفها مقابل بعض العائدات التي يتوجب عليه دفعها للدولة".³

في cavin كما تعرضت بعض أحكام التحكيم لتحديد المقصود بهذه العقود إذ وصف المحكم ضد شركة النفط الوطنية الإيرانية سنة 1967 عقد sapphire تحكيم شركة النفط الكندية الأستثمار بأنه "عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام، وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، ومحل هذا العقد يختلف عن العقود التجارية المعتادة أي العقود المبرمة بين اشخاص القانون الخاص، إذ أنه يمنح الشركة الأجنبية حق أستغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة، ويلزم الشركة الأجنبية بإقامة أستثمارات ضخمة، ومنشآت بها طابع الدوام، وكذلك يربط بين شركة وطنية تخضع للقانون العام من ناحية، وشركة تجارية أجنبية تخضع للقانون الخاص من ناحية أخرى".⁴

وعليه يمكننا القول ان عقود الأستثمارات الأجنبية هي " تلك العقود التي تبرمها الدولة المضيفة للأستثمار مع طرف آخر أجنبي طبيعياً، أم معنوياً خاصاً، كان، أو عاماً، والتي من شأنها ان تنهض بعملية التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للأستثمار وتحقق عوائد مجزية للمستثمر الأجنبي".

ثانياً : الشكل القانوني لعقود الأستثمارات الأجنبية.

يقصد بالشكل القانوني لعقود الأستثمارات الأجنبية الصيغة التي يمكن أن تتم هذه العقود بمقتضاها إذ تتصف اشكال عقود الأستثمارات الأجنبية بالتعدد والتباين وذلك تبعاً الى تعدد المعايير المستخدمة في تطبيق هذه الأستثمارات وتباين تفصيلات واختيارات الدولة المضيفة من ناحية والطرف المستثمر سواء أكان دولة أم شخص معنوي أم طبيعي من ناحية أخرى، ذلك أن هذه العقود تتحدد في شكلها بالمحل الذي تنظمه، وهو الأستثمار الأجنبي ذاته.⁵

وإذا كان الأستثمار الأجنبي ينقسم من الناحية الاقتصادية على أستثمار منتج، وغير منتج تبعاً لمجموع قيمة الخدمات والسلع المنتجة؛ خلال مدة من الزمن فيما إذا كانت أعلى أو أدنى من الكلفة المباشرة، فإنه ينقسم من حيث الأمد على أستثمار قصير الأجل ان كانت المدة تقل عن سنة، وأستثمار متوسط الأجل، وهو ما زاد على سنة، وقل عن خمس سنوات، والأستثمار طويل الأجل، الذي يزيد على خمس سنوات، ومن حيث القائم عليه فيقسم على أستثمار خاص وهو الذي يقوم به فرد خاص سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، وأستثمار عام وهو الذي تقوم به الدولة أو أحد أجهزتها العامة، أو جهاز ذي كيان دولي، وأستثمار مختلط وهو الذي يحوي النوعين السابقين معاً.⁶ وقد يقسم تبعاً لمن يملك السيطرة والتحكم في الأستثمار ان كان المستثمر الأجنبي ذاته، ام الدولة المضيفة الى أستثمار مباشر، وغير مباشر، وذلك لأنه، واستناداً الى تعاريف الأستثمار الأجنبي سالف الإشارة إليها، يمكن ان يعد معياراً أو تقسيماً تذوب أو تنصهر

¹ Leboulanger Philip :Les contract enter etats et enter ،Paris ،1985 ،P. 14 .

² د.حفيظه السيد الحداد،العقود المبرمه بين الدولة والاشخاص الأجنبية،ط1،دار النهضة العربية،1996، ص175 .

³ وسن مقداد عبد الله الشاهين،التزامات الاداره في عقود الأستثمارات النفطية،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة الموصل سنة 2005،ص13.

⁴ وسن مقداد ، مصدر سابق ، ص23.

⁵ د.صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص32.

⁶ د.بريد محمود السامرائي ، مصدر سابق ، ص60.

فيه المعايير أو التقسيمات السابقة اعلاة ، إذ أن المهم من ابرام عقد الاستثمار الأجنبي ليس مدته او الشخص القائم به بقدر ما يمكن ان يترتب عليه من ضمان لأدارة وتوجيه المستثمر للمشروع الاستثماري¹، ومن ثم فإن ابرز ما تتخذه هذه العقود من اشكال يتجلى لكونها اما عقود استثمارات أجنبية مباشرة، أو غير مباشرة، وهذا ما سنتناوله تباعاً وذلك في نقطتين.

1. عقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة .

يقصد بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر "هو ذلك العقد الذي يستلزم الاستثمار بموجبه السيطرة والاشراف على المشروع"² ، أو " هو عقد يقوم فيه مشروع أجنبي بممارسة نشاط اقتصادي على اقليم دولة ما"³.

وكذلك عُرف بأنه " عقد يتم به انتقال رؤوس الأموال الأجنبية مقترنة بعنصري التنظيم والادارة الى الدولة المضيفة للاستثمار، بحيث يترتب عليه انشاء مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجانب ملكية وحصص تمكنهم من السيطرة ، وادارة هذه المشروعات أو تعطيهم حق المشاركة في الادارة "⁴.

اما صندوق النقد الدولي فقد عرفه بأنه " عقد الاستثمار الذي يتم للحصول على مصلحة مستثمرة في مشروع يقوم بعمليات في اطار اقتصادي؛ خلاف اقتصاد المستثمر الذي يستهدف المستثمر به الحصول على الحق في القيام بدور فعال في ادارة المشروع "⁵.

وهناك من يعرفه بأنه "العقد الذي ينصب على عمليات شراء، او خلق، أو توسيع لمحال تجارية، أو منشآت فردية، أو فروع، أو مشروعات ذات طابع شخصي؛ وعلى كل العمليات التي يمكن ان يكون الهدف منها السماح لشخص، أو أشخاص عدة بالسيطرة، أو تدعيمها على شركة تمارس أنشطة صناعية، أو زراعية، أو تجارية، أو مالية، يشترط أن يكون القائم بها شخصاً من غير المقيمين، او شركة تحت سيطرة اجنبية"⁶.

ويلاحظ من هذه التعريفات أنها تدور جميعاً حول مفهوم معين لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر هو ضمان سيطرة المستثمر الأجنبي على ادارة وتوجيه المشروع الاستثماري، إذ يقوم المستثمرون عادةً بالاستثمار المباشر من خلال ايجاد فروع لشركاتهم المتعددة الجنسية، او مشروعات مشتركة، وبما يؤدي الى انتقال رأس المال الى الدول المضيفة لأستثمار عن طريق هذه الشركات⁷.

2. عقود الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة

لا ينطوي هذا النوع من الاستثمار على حق للمستثمر بالقيام بمهمة الاشراف والرقابة والادارة المباشرة؛ إذ ليس له إمكانية اتخاذ القرارات الاستثمارية إذا كانت نسب مساهمته في المشروع الاستثماري لا تتيح له ذلك.

ويعرف هذا النوع من عقود الاستثمار الأجنبي بأنه " ذلك العقد الذي يتخذ محله شكل قروض

¹ ينظر د. هشام خالد ، معيار دولية التحكيم التجاري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2006 ، ص393 .

² محمد فوزي دباس العبادي ، التسهيلات الاستثمارية واثرها على الاستثمار الأجنبي المباشر، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس المعهد العالي للدراسات السياسية والدولية في الجامعة المستنصرية، 2004، ص14.

³ د.صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص33.

⁴ د.بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص40.

⁵ نقلاً عن د.صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص33.

⁶ د. سامي عبد الباقي أبو صالح ، الاطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر ، دار النهضة العربية ، مصر، 2003، ص4.

⁷ يقصد بالشركات المتعددة الجنسيات "مشروعات ضخمة تتكون من شركات وليده تزاوّل نشاطها في دول متعددة وتتمتع كل منها باستقلال قانوني عن الأخرى ولكنها تخضع في ممارستها لنشاطها لسيطرة وهيمنة شركة أم تتولى ممارسة الرقابة عليها لتحقيق استراتيجية واحدة " للمزيد ينظر د.عوني محمد فخري ، مصدر سابق ، ص8 .

مقدمة من الافراد، أو الهيئات، أو الشركات الأجنبية، أو يكون في شكل اكتتاب في الأسهم والسندات الصادرة من الدول المستقطبة لرأس المال، أو هيئاتها العامة، أو الشركات التي تنشأ فيها على أن لا يكون للمستثمر الأجنبي من الأسهم ما يخوله حق ادارة الشركة والسيطرة عليها"¹.

أو أنه "عقد استثمار في الأسهم و السندات الخاصة أو العامة من اجل الافادة من ارباح تلك الأسهم والسندات عن طريق المضاربة في اسواق الدول المضيفة له، أي ان تقوم دولة معينة في شراء أسهم وسندات في الدولة المضيفة للاستثمار بقصد المضاربة، وتتم عادة من مؤسسات التحويل كالبنوك وشركات التأمين"².

أو هو " عقد شراء الاوراق المالية بهدف الحصول على الارباح الموزعة والعوائد المجدية لرأس المال"³.

ويمكن ان تتخذ عقود الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة صوراً عدة منها :-

1. شراء السندات الدولية، وشهادات الايداع المصرفية الدولية المقدمة بالعملات الأجنبية، وشهادات الايداع في سوق العملات الدولية .

2. شراء سندات الدين العام، أو الخاص .

3. شراء القيم المنقولة.

4. الايداع في البنوك المحلية.

5. شراء الذهب والمعارف النفيسة.

6. قروض الحكومات الأجنبية العامة، والخاصة سواء أكانت طويلة أم متوسطة الاجل⁴.

ومن ثم فإن الأساس الذي نستطيع أن نميز بموجبه بين عقود الاستثمار المباشر، وغير المباشر، هو السيطرة والتحكم في الاستثمار ، فأولاً يتميز بإمكانية المستثمر الأجنبي بالرقابة والسيطرة، وامتلاك الأصول الحقيقية، في حين أن الثاني لا يترتب عليه اي نوع من انواع السيطرة، أو الرقابة ، فهو ليس الا ظاهرة مالية، وتحويل لملكية الموارد من يد الى أخرى . فالمستثمر في عقد الاستثمار غير المباشر لا يستطيع استثمار امواله، الا من خلال دراسة مستفيضة للعوامل الاقتصادية، القانونية، والاجتماعية، والسياسية، في البلد الذي يروم الاستثمار فيه، فالربح المبتغى في عملية الاستثمار لا يتحقق، الا بتحقيق عوامله الأولية التي تتأثر بالعوامل الاقتصادية، والقانونية، والاجتماعية، والسياسية، السابقة الذكر او اللجوء الى وكالات متخصصة لتشجيع الاستثمار، وهذه الوكالات بمثابة وكالات دولية تستوفي اتعاها على صورة عمولات بالتوفيق بين عروض طلب المال، أو المشورة الفنية، والعروض التي تمنح تلك الاحتياجات⁵.

ثالثاً:- خصائص عقود الاستثمارات الأجنبية.

تتميز عقود الاستثمارات الأجنبية بخصائص وسمات تعطيها طبيعة خاصة ، فضلاً عن الى الخصائص العامة من حيث كونها من العقود الرضائية ومن العقود الملزمة للجانبين، ومن عقود المعاوضة والمدته⁶، هناك خصيصتان أساسيتان تميزها عن سائر العقود وهما :-

¹ د.دريد محمود السامرائي، مصدر سابق، ص66.

² د.هنا عبد الغفار السامرائي ، مصدر سابق ، ص17.

³ محمد فوزي ، مصدر سابق ، ص14.

⁴ للمزيد حول صور الاستثمار غير المباشر ينظر د.صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص46 وما بعدها .

⁵ أحمد حسين جلاب ، مصدر سابق ، ص67 .

⁶ يقصد بالعقود الرضائية " هي تلك العقود التي يكفي مجرد الرضا في انعقادها أي اقتران الايجاب بالقبول " ، اما بالنسبة للعقود الملزمة لجانبين فيقصد بها " هي تلك العقود التي تنشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين " ، اما عقود المعاوضة فهي " العقود التي يأخذ فيها المتعاقد مقابلاً لما اعطى " ، اما عقود المدّة فهي "تلك العقود التي يكون الزمن فيها عنصراً جوهرياً " . ولمزيد من التفصيل في بيان معنى هذه الخصائص ينظر

- 1- أن عقود الاستثمارات الأجنبية هي عقود دولية.
 - 2- ان الباعث من ابرام هذه العقود هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.
- وهذا ما سنتناوله تباعا :

1. أن عقود الاستثمارات الأجنبية هي عقود دولية .

تتكون عقود الاستثمارات الأجنبية من عناصر اساسية ثلاثة هي أطراف هذه العقود ، و موضوعها ، وهدفها او وظيفتها. ف أطراف هذا العقد هم المستثمر الأجنبي، والدولة المضيفة للاستثمار ، وموضوع هذا العقد هو الاستثمارات الصادرة من إحدى الدول والآتية لدولة أخرى ، ووظيفة أو الهدف منه هو دفع حركة رأس المال الأجنبي وتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة ، إذ ان عقد الاستثمار الأجنبي يبرم من إذ الأصل بين طرفين ينتمي كل منهما الى نظام قانوني مختلف عن الآخر، الدولة من جهة و الشخص الأجنبي التابع لدولة أخرى من جهة ثانية¹. مما يترتب معه عد عقد الاستثمار الأجنبي عقداً دولياً².

والدولة بوصفها شخصاً سيادياً (أي تمتلك حق السيادة على إقليمها برمتها) ستكون متمتعة بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الطرف الآخر ما يترتب عليه وجوب ان يكون لدى المستثمر الأجنبي ضمانات تساعد على حماية نفسه من احتمال ضياع حقوقه، أو اختلال التوازن التعاقدى على اعتبار ان الدولة تستطيع ان تمارس نفوذها على كافة المستويات سواء أكانت تشريعية أم تنفيذية أم قضائية³.

والضمانات التي يمكن تصورهما في هذا الصدد التي يطلق عليها شروط الثبات التشريعي⁴، والتي بمقتضاها ينص الأطراف صراحةً على ان قانون الارادة الذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون المختار بأحكامه وقواعد النافذة فقط وقت ابرام العقد مع استبعاد تطبيق أي تعديل يطرأ عليه في وقت لاحق ، وبموجبه تتعهد الدولة المضيفة للاستثمار بوصفها سلطة

د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص1139 وما بعدها ود. جميل الشراوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، التصرف القانوني والارادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، 1974 ، ص53 وما بعدها .

¹ د. بشار محمد الأسعد ، مصدر سابق ، ص66.

² يعرف العقد الدولي بأنه "العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً سواء تعلق هذا العنصر بأطرافه أو هدفه أو محل أبرامه أو بموضوعه أو بمكان تنفيذه " ينظر د. هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار الأجنبي ، مؤسسة شباب الجامعة ، 1988، ص25.

³ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001، ص8 .

⁴ لقد تعرضت بعض أحكام المحكمين لهذا الموضوع منها حكم المحكم في قضية Sahbire ضد الحكومة الإيرانية إذ ذهب المحكم في الحكم الصادر في 15 مارس 1963 الى أنه " بمقتضى الاتفاق المبرم بين الطرفين ، فإن الشركة الأجنبية Sahbire قدمت لأيران مساعدات مالية وفنية واستثمارات تتضمن مسؤوليات ومخاطر واسعة ومن ثم يبدو من الضروري ان تتم حمايتها ضد التعديلات التشريعية التي يمكن ان تؤثر في حقوق الأطراف والتزاماتهم ، وان يكفل لها الأمان القانوني ، وهو ما يصعب تحقيقه إذا تم التطبيق الخالص والبسيط للقانون الإيراني ، الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية ان تعدله " . اشارت له وسن مقداد ، مصدر سابق ، ص101 . وكذلك الحكم الذي صدر في قضية Liamco في 12 ابريل 1977 بشأن النزاع بين الشركة الأجنبية والحكومة الليبية فقد ذهب المحكم الى " لغرض تعزيز الطبيعة التعاقدية في امتياز ليامكو وغيره من الالتزامات المشابهة ، بالنظر لكون أحد المتعاقدين هو الدولة ، فقد وجد أنه من الضروري لضمان حماية معينة للحقوق التعاقدية لأصحاب الامتياز ، إذ أن من المعتاد ان يكون المستثمرون الأجانب الذين قبلوا المخاطرة باستثمار مبالغ طائلة من المال ، واعداد كبيرة من العمال لتشغيل امتيازاتهم ، حريصين على الحصول على ضمان كافٍ من اجل احترام مبدأ قدسية العقد ، ولغرض ضمان مثل هذه الحماية ، جرى ادخال نص بعينه بهذا المعنى في البند 16 من اتفاقية الشركة المذكورة ، يدخل هذا البند في نطاق ما اصطلح عليه بشرط الثبات، وعدم جواز خرق العقود ، وهو شرط ملزم قانوناً بموجب قواعد القانون الدولي " . اشار اليه د. بشار محمد الأسعد ، مصدر سابق ، ص169 .

تشريعية في ذات الوقت بعدم اصدار اية تشريعات جديدة على نحو يؤدي الى الاخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والاضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها¹. والضمانة الأخرى هي توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ من هذه العقود². ويترتب على أتصاف هذه العقود بالدولية نتائج عدة أهمها:

أ- افلات العقد من نطاق تطبيق قانون وطني محدد كان سيطبق عليه تطبيقاً مباشراً من دون حاجة للرجوع الى قواعد الأسناد لو لم تتوفر له الصفة الدولية.
ب - أخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الخاص سواء ما كان منها معتبراً من قواعد تنازع القوانين ام لا ، ومن ثم منح الأطراف مكنة اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع إذا كان النزاع مطروحاً أمام القاضي الوطني ، وعلى الموضوع والأجراءات إذا كان النزاع مطروحاً أمام المحكم ، ام كانت هذه القواعد ذات صبغة مادية لا سيما تلك المستمدة من أصل اتفاق دولي³.

2. أن الباعث من ابرام هذه العقود هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة .

يقصد بالتنمية الاقتصادية زيادة الطاقة الانتاجية بحيث يزداد تبعاً لها الدخل القومي ومتوسط الدخل الفردي وتتحق تلك الزيادة عن طريق الارتقاء بالانتاج وعناصره ، وتعد هذه الخصيصة من الخصائص المميزة لعقود الأستثمارات الأجنبية ، إذ أنها ليست كبقية العقود والعلاقات الاقتصادية التي تستهدف تحقيق الربح فقط، وذلك لما ترومه من تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للأستثمار عن طريق ما تقدمه بحكم طبيعتها الى الاقتصاد المتلقى من أصول متنوعة منها رأس المال ، والتكنولوجيا ، والقدرات ، والمهارات الإدارية، وهذه الأصول يمكن أن تقوم بدور هام في تحديث الاقتصاد الوطني وفي الاسراع بوتيرة النمو الاقتصادي⁴.

وعلى المستثمر الأجنبي وان كان يسعى لتحقيق أهداف ومصالح أخرى خاصة به ، أن يقبل الإشتراك في عملية التنمية للدولة المضيفة والحصول على الارباح الناجمة عن تلك المساهمة، الأمر الذي يستلزم معه التعاون المستمر والوثيق بين الأطراف في الأنشطة المطلوب أدائها ، إذ يتعهد المستثمر الأجنبي بأمداد الدولة بأفضل المواد واكثرها مناسبة للمشروع محل التعاقد وأيضاً استخدام التكنولوجيا المتطورة ومقابل ذلك تتعهد الدولة بتقديم التسهيلات اللازمة المتمثلة بتسهيل الحصول على تراخيص الانشاء، أو التجهيزات من الخارج ، أو تملك الأرض التي يقام عليها المشروع ، وغيرها من التسهيلات اللازمة لعقد الأستثمار⁵.

وهذا ما اكدته صراحة الأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965 ، وذلك من خلال التقرير المقدم من المديرين التنفيذيين وعلى وجه الخصوص في البند(9) الذي ينص على " ان المديرين التنفيذيين ، وهم يقدمون الاتفاقية المرفقة للحكومات ، فأنهم مدفوعون بالرغبة في تقوية الشراكة بين الدول من أجل التنمية الاقتصادية وإنشاء مؤسسة

¹ د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية ، مصدر سابق ، ص324 .

² ينظر د.جلال وفاء محمددين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2001، ص5 وما بعدها .

³ د.بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص76.

⁴ د.دريد محمود السامرائي ، مصدر سابق ، ص83

⁵ في حكم صادر من إحدى هيئات التحكيم المشكلة في اطار نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس في 5 فبراير 1985 في قضية يتلخص موضوعها في اتفاق الحكومة الكاميرونية مع شركة امريكية على قيام الأخيرة بتوريد محطة ارضية للاتصال بالاقيمار الصناعية وتركيبها، وبعد الانتهاء من ذلك تبين أن المحطة لا تعمل بالكفاءة المطلوبة، الأمر الذي أثار النزاع بين الطرفين، والذي تم عرضه على هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس والتي قضت بموجب حكمها المشار اليه اعلاه الى ان" المستثمر الأجنبي قد أخل بالتزامه باحترام القواعد الفنية في المجال محل التعاقد إذ ان العقد يحتوي على شرط بأن تقوم الشركة المذكورة بتوريد المحطة وتركيبها وجعلها تؤدي العمل المطلوب، الأمر الذي يتوجب معه على المستثمر تعويض الدولة". أشار اليه د.بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص69.

تهدف الى تسوية منازعات الاستثمار ، يمكن ان تكون خطوة هامة على طريق خلق مناخ اساسه الثقة المتبادلة ، ومن ثم تشجيع الاستثمار في الدول التي تسعى لجذبه اليها ¹ . وكذلك يتضح من خلال المقدمة للاتفاقية التي ورد فيها مايتي:- " تقديراً لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية ، ولأهمية الدور الذي تؤديه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال " ².

وقد اوضحت هيئة التحكيم في قضية شركة Amco ضد الحكومة الاندونيسية ان تحكيم المركز الدولي ليس في مصلحة المستثمر وحسب، وانما ايضاً الدولة المضيفة ، وانتهت قائلة " ومن ثم فإن الاتفاقية تهدف الى حماية المستثمر، وكذلك الدولة المضيفة بالدرجة والحماس نفسه مدركة لحقيقة ان حماية الاستثمار في الأصل يعني حماية المصلحة العامة للتنمية بالدول المضيفة " ³.

الفصل الأول

ماهية التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية .

للتحكيم دوراً هاماً في حسم المنازعات التي يمكن ان تثيرها عقود الاستثمارات الأجنبية ، الى درجة يمكن عده القضاء الطبيعي في هذا المجال ، إذ يفضل الأطراف في هذه العقود اللجوء الى التحكيم في حسم منازعاتهم ، ويرجع ذلك الى أسباب عدة يتعلق بعضها بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات هذه العقود، كما يتعلق البعض الاخر بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء الى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار ، وعليه ومن اجل بيان ماهية التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، فإن الأمر يتطلب منا تقسيم هذا الفصل على مبحثين سنتناول في المبحث الأول منهما مفهوم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، في حين سنحدد في المبحث الثاني الشكل القانوني للتحكيم في هذه العقود ⁴.

¹ مشار الى هذا التقرير في مؤلف د. جلال وفاء محمدين ، مصدر سابق ، ص 45 .

² ينظر المقدمة منشورة على الموقع الالكتروني

<http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/Dccumonts/RPID%20documents/rpo42.h>

³ مشار اليها في مؤلف د. جلال وفاء محمدين ، مصدر سابق ، ص 12 .

⁴ تجدر الإشارة الى اننا سنعتمد في تحديد ماهية التحكيم في هذه العقود فيما خص القانون الداخلي للدولة المستضيفة على القوانين التي نظمت أحكامه العامة كقوانين المرافعات المدنية وقوانين التحكيم ، وذلك لأن اغلب قوانين الاستثمار التي اجازت اللجوء اليه بوصفها وسيلة لحل المنازعات الناشئة عن العقود الاستثمارية قد نصت صراحةً على الرجوع الى قانون تلك الدولة الداخلي الذي ينظم مبادئ التحكيم العامه ، من دون تخصيص او افراد له فيما يتعلق بهذه المسألة ضمن طيات تلك القوانين الاستثمارية .

المبحث الأول

مفهوم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية.

من أجل الوقوف على مفهوم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، سنجعل المطلب الأول لأستجلاء معنى التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وسيكون الثاني معقوداً لبيان أنواعه في هذه العقود.

المطلب الأول

معنى التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

للاحاطة بمعنى التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية ، إرتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعين ، سنخصص الفرع الأول لأيضاح تعريف التحكيم في هذه العقود، في حين سنتطرق في الفرع الثاني منه لتحديد أطرافه وعلى التفصيل الآتي :

الفرع الأول

تعريف التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

التحكيم لغةً يعني التفويض في الحكم و مصدره (حَكَمَ) . يقال حَكَمْتُ فلاناً في مالي تحكيمياً أي إذا فوضت إليه الحكم فيه فأحتكم عليه في ذلك، وحَكَمُوهُ فيما بينهم ،أمروه أن يحكم في الأمر أي جعلوه حكماً فيما بينهم¹ .

قال تعالى " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم"² . أما مصطلح التحكيم فقد وردت بشأنه تعريفات عدة، نلاحظ فيها تركيزها على جوانب معينة فيه، فمن جانب الفقه فقد ركز البعض منهم على الوظيفة التي يقوم بها التحكيم، إذ أنه لديهم يعني " احالة النزاع أو الخلاف القائم بين شخصين على الأقل من أجل حسمه بعد سماع المتنازعين بطريقة قضائية وذلك بواسطة اشخاص ليسوا من قضاة المحاكم "³ .

¹ العلامة أبين منظور، مصدر سابق، ص 688.

² سورة النساء الآية (65).

³ Gill(w.h)•The Law of Arbitration 2nd•Edeition، 15

نقلاً عن د. هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية. 200، ص 36

وهناك من يعرفه بأنه : "هيئة تمتلك سلطة خاصة تهدف من خلالها حل نزاع مستبعد من سلطة القضاء".¹

أو هو "نظام للقضاء الخاص تعفى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، ويعهد بها إلى أشخاص عاديين يختارون للفصل فيها".²

في حين هناك من أعطى أهمية كبيرة لاتفاق التحكيم عند تعريفه ، ومن ثم فإنه يرى بأن التحكيم هو " وسيلة تهدف الى إعطاء حل مسألة تهم العلاقات بين أشخاص عدة عن طريق واحد أو أكثر يسمى محكماً أو محكمين ، يستمدون سلطتهم في اتفاق خاص و يقضون بمقتضى هذا الاتفاق من دون أن تمنحهم الدولة هذه المهمة".³

أو أنه "اتفاق الأطراف على طرح خلافاتهم على أشخاص عاديين يختارونهم".⁴
أو هو "نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة الى الاشخاص أو شخص من الغير، بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم و يتمتع بحجية الأمر المقضي به".⁵

أو " أنه اتفاق الأطراف المعنية على أخضاع خلافاتهم لحكم أفراد تختارها هذه الأطراف".⁶
وهناك من نظر الى الغرض الذي من أجله يتم اللجوء الى التحكيم كأساس لتعريفه إذ يرى أنه " إنشاء قضاء خاص بواسطته يتم سحب المنازعات من القضاء العام بغرض حسمها بواسطة أشخاص يتمتعون بسلطة القضاء في حالة قضية معينة".⁷

أو أنه " مكنة أطراف النزاع بأقصاء منازعاتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبق القانون، لكي تحل عن طريق اشخاص يختارونهم".⁸
أو أنه "الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع و البت فيه أمام شخص ،أو أكثر يطلق عليهم أسم المحكم ،أو المحكمون من دون اللجوء الى القضاء".⁹

وأن كانت مسألة وضع تعريف للتحكيم قد أوجدت خلافاً فقهيّاً، فإن هذا الخلاف يمكن تلمسه أيضاً في القوانين التي عالجت أحكام التحكيم في مدى تعريفها له من عدمه.¹⁰

¹ Bertrand Moreu EtThierry Bernard ، Droit Interen Et Droit Interratio Del arbitrage (2em) Edition ، Parise ،1985 ،P،15 .

² د. سعيد يوسف ، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2004 ،ص226.

³ Rene David، Larbitaytion Le Comere Intrnatial Economica،1982، Parise،P9.
نقلاً عن غسان محمد المعموري ، عقد الأستثمار الأجنبي للعقار ،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة بابل سنة 2006،ص164 .

⁴ Foucharrd،Larbitrage Commerca lInternatinal Dalloze ،Parise ،1965 ،P،62

⁵ د.قحطان الدوري ، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والوضعي ، ط1 ، مطبعة الخلود، بغداد ، 1985 ،ص20.

⁶ المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى أقامة الدعاوي ، المكتبة القانونية ، بغداد،2006 ، 215 .

⁷ Jean Robert ،Arbitrage givil Et commercial en droit interne et intrnatinal Prive ، Iemeedition،Dalloz،Paris،1967 ،p،98.

⁸ د.صادق محمد جبران ،التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006، ص19.

⁹ د.هشام خالد ، القانون القضائي الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 ،ص522 .

¹⁰ تنقسم قوانين الدول من إذ تنظيمها أحكام التحكيم على قسمين، قسم منها نظم هذه الأحكام في قانون المرافعات المدنية والقسم الآخر نظمها في قانون مستقل ومثال القسم الأول قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 في المواد (1442-1507) منه، وقانون المرافعات الهولندي لسنة 1986 الذي نظمته في م(1020-1076) ، والقانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1978 الذي نظم التحكيم في المواد (199/179) منه، وقانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 الذي تناوله في المواد (251-276) منه ، والقانون السوري إذ نظمها في الباب الرابع من قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر في 1952/9/28 في المواد(506-534) منه، والقانون الاماراتي الذي نظمها في قانون الاجراءات المدنية رقم 11 لسنة 1992 في الباب الثالث في المواد(203-218)، والقانون البحريني في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 9 لسنة 1994 في المواد

ومن القوانين التي وضعت تعريفاً للتحكيم قانون التحكيم المصري إذ ذهب الى أنه "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بأرادتهما الحرة ، سواء أكانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم أم لم يكن كذلك".¹

وكذلك قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993 إذ نصت المادة(1) منه على ان التحكيم هو "طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من حياة التحكيم، يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم".

وقد عرفت المادة(1) من مشروع قانون التحكيم السوري لسنة 2006 بأنه "أسلوب اتفاقي لحل النزاعات عن طريق التحكيم بدلاً من القضاء سواء أكانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم".²

أما قانون المرافعات الهولندي فقد بين المقصود بالعقد التحكيمي حسب نص م(1020) ف(2) منه التي نصت على " أن عبارة العقد التحكيمي تعني الاتفاق التحكيمي الذي يلتزم الأطراف بموجبه على احالة خلاف ناشيء فيما بينهم على التحكيم " .³

في حين نهجت قوانين أخرى منهجاً مغايراً، إذ لم تورد أي تعريف للتحكيم ، وإنما اكتفت ببيان جواز لجوء الأطراف بالاتفاق عليه كطريق لفض المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ بينهم كقانون المرافعات الفرنسي⁴، والقانون الدولي الخاص السويسري⁵، وقانون المرافعات العراقي⁶.

وإذا كنا قد تطرقنا الى الجانب التشريعي والفقه في تعريف التحكيم فإنه من المحتتم علينا، هنا التطرق الى الجانب القضائي في هذا الأمر، على اعتبار أن سوح القضاء هي المجال الحقيقي لتطبيق نصوص القانون وبث الروح فيها، وهي السبيل لتحديد ما يمكن أن يفهم من هذه النصوص بشكل عملي لانظري ، وشأنها شأن آراء الفقهاء في تحديدهم للمقصود بالتحكيم فقد ذهبت الأجهادات القضائية الى تعريفه بصورٍ عده منها :- ما ذكرته المحكمة الدستورية العليا المصرية من أنه "عرض النزاع المعين بين الطرفين على محكم من الأغيار يعين بأختيارهما أو بتقويض منهما على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائباً عن شبهة الممالأه ، مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"⁷. وأيضاً المحكمة الادارية العليا المصرية في إحدى القضايا التي فصلت فيها والتي أعطت مفهوماً للتحكيم إذ ذهبت الى أنه يعني " اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص

(243-330)، ، واما القسم الثاني فقد تناوله في قانون مستقل كالقانون المصري الذي تناوله في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 . والقانون الاردني في قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 ، وكذلك قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993 ، وقانون التحكيم السعودي رقم 46 لسنة 1983 .

¹ ينظر م(4) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .
² ينظر م(1) من المشروع السوري في مؤلف الدكتور عبد الحميد الأحديب ، وثائق تحكيميه ، مصدر سابق ص126.

³ ينظر القانون الهولندي على الموقع الالكتروني على شبكة الانترنت
http://www.Jus.uio.no/lm/nather_gands_arbitration_act.1986/doc .

⁴ ينظر م(1445) من قانون المرافعات الفرنسي ينظر قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 منشور باللغة الانكليزية على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني

http://www.jus.uio.no/lm/france_arbtration.code.of.civil.procedure.1981/do
⁵ ينظر(179) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1978 على الموقع الالكتروني

<http://www.admin.com>

⁶ ينظر م(251) من قانون المرافعات العراقي .
⁷ الدعوى الدستورية جلسة 18 / 1 / 1994 ، الطعن رقم 886 أشار اليه د. هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص46 .

معينين ليفصلوا فيه بصور من دون المحكمة المختصة¹ .
وقد ذهب القضاء السوري الى بيان أن المقصود بالتحكيم هو "ولاية استثنائية شرعها قانون أصول المحاكمات المدنية لحل كل الخلافات وهي ترفع يد القضاء عن النظر فيها"²
اما بالنسبة لقوانين الاستثمار فلم تعالج هذه المسألة، إذ لم تبين سوى إمكانية حل المنازعات الاستثمارية بالتحكيم المنظم وفق قوانين خاصه فيالرجوع الى نص المادة(7) من قانون الاستثمار المصري رقم 8 لسنة 1997 التي نصت على أنه "يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بأحكام هذا القانون وفقاً لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 " وكذلك بالنسبة للقانون العراقي إذ بين في القانون رقم 13 لسنة 2006 في المادة 27 ف(4) منه على "يجوز لأطراف النزاع اللجوء الى التحكيم وفقاً للقانون العراقي...."³ . اما بالنسبة الى الاتفاقيات الدولية فنلاحظ أنها قد تنص على رجوع الأطراف الى التحكيم في المنازعات الاستثمارية حتى في الاحوال التي لا يبرم فيها المستثمر مع الدولة المضيفة للاستثمار، أي اتفاق تحكيمي للدلالة على الأهمية الكبيرة له ، ويعد الحكم الصادر في النزاع بين شركة المنتجات الزراعية المحدودة AAPL وجمهورية سيريلانكا اول حكم يؤسس اختصاص هيئة التحكيم استناداً الى وجود نص في اتفاقية استثمارية يحيل الى المركز الدولي لمنازعات الاستثمار ، فقد تقدمت الشركة المذكورة من هونغ كونغ (التي كانت مؤجرة لانكلترا في ذلك الوقت) بطلب تحكيم الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 8 يوليو 1987 من اجل الزام جمهورية سيريلانكا بدفع تعويض عن الاضرار التي اصابتها من جراء الدمار الذي وقع للمنشآت الخاصة نتيجة العمليات العسكرية التي قامت بها القوات السيريلانكية ضد المتمردين ، وقد اسست شركة AAPL طلبها في اللجوء الى تحكيم المركز على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المتحدة وسيريلانكا سنة 1980 والتي نصت في المادة (8) ف (1) منها على أنه " على كل دولة متعاقدة الموافقة على احالة أي نزاع قانوني ينشأ بين أي طرف متعاقد ورعايا، او شركة تابعة لطرف المتعاقد الاخر بشأن استثمار الأخير في اقليم الطرف الأول الى التحكيم وفقاً لقواعد المركز " .

وقد انتهت هيئة التحكيم الى قبول اختصاصها بنظر النزاع إذ عد المحكمون انفسهم مختصين على الرغم من عدم ابرام أي اتفاق تحكيمي بين المستثمر ودولة سيريلانكا ، واسسوا حكمهم على اتفاقية الاستثمار التي تضمنت موافقة الدولة العضو في الاتفاقية على اللجوء الى التحكيم وفقاً لقواعد المركز الدولي ، وهو ما يمثل ايجاباً من الدولة بالموافقة على تحكيم المركز التقى بقبول المستثمر الأجنبي لهذا الإيجاب بتقديمه لطلب التحكيم مما يتكون معه الرضاء المتطلب لانعقاد الاختصاص لهيئات تحكيم المركز⁴ .

وقد تم تأكيد هذا الاتجاه في الحكم الصادر عن المركز في قضية AMT في 21 فبراير 1982 بشأن النزاع بين المؤسسة الأمريكية للتصنيع والتجارة AMT ضد جمهورية الكونغو ، وتتلخص وقائع هذه القضية في ان افراداً من الجيش الزائيري هدموا ونهبوا شبكة معامل عائدة لشركة امريكية ، ومن ثم تقدمت هذه الشركة بطلب تحكيم لدى المركز الدولي لمنازعات

¹ المحكمة الادارية العليا رقم 13 جلسة 17 / 12 / 1994 أشار اليه د. عصمت الشيخ ، التحكيم في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 32 .

² الطعن رقم 132 لعام 1972 ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا السورية ص 21 . أشار اليه د. هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري ، مصدر سابق ، ص 60 .

³ ينظر بهذا الخصوص م(26) من قانون الاستثمار السوري الصادر في 25 / 4 / 1991 ، وم(40) من قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني رقم (1) لسنة 1998 ، وم(12) من قانون تنظيم استثمار راس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي القطري رقم 13 لسنة 2000 ، وم(17) من قانون الاستثمار الجزائري رقم (22) لسنة 2001 ، وم(16) من قانون رقم 8 لسنة 2001 في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي الكويتي .

⁴ ينظر القضية منشورة على الموقع الالكتروني

الأستثمار للمطالبة بدفع تعويض عن الأضرار التي أصابتها ، وقد عد المحكمون انفسهم مختصين للنظر في النزاع على اساس اتفاقية حماية الأستثمار المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية زائير والمبرمة سنة 1984 إذ تنص الفقرة الثانية من المادة السابعة من الاتفاقية المذكورة على أنه " يوافق على احوالة منازعات الأستثمار الى المركز الدولي لمنازعات الأستثمار لتحسم عن طريق التوفيق والتحكيم "، إذ اعلنت هيئة التحكيم " بما أنه من العودة الى الاتفاقية الأستثمارية (التي تحيل الخلافات الأستثمارية الى المركز الدولي) يتبين بوضوح ان الولايات المتحدة وجمهورية زائير قد توافقتا على ان الخلافات مثل تلك المعروضة على الهيئة التحكيمية يمكن عرضها أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار ، فيكون كل طرف من جهته قد وافق على اختصاص المركز¹ .

وعليه فيمكننا القول بأن التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية هو :
"اتفاق الأطراف المتعاقدة في عقود الأستثمارات الأجنبية على أستبعاد قضاء الدولة المضيفة للأستثمار أو أي دولة أخرى في حل النزاع القائم أو المحتمل الوقوع بينهما واختيار اشخاص او منظمات ذات خبرة في مجال العلاقة الأستثمارية في حل ذلك النزاع ، على ان يتمتع قرارهم بصفة الالتزام".

الفرع الثاني

أطراف النزاع التحكيمي في عقود الأستثمارات الأجنبية

أن أطراف التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية هم ذاتهم أطراف هذه العقود ، فهذه العقود تبرم بين طرفين غير متكافئين أحدهما طرف وطني وهو الدولة، أو إحدى الشركات، أو المؤسسات، أو الهيئات العامة التابعة لها؛ وثانيهما الطرف الاقوى من الناحية الاقتصادية الطرف الأجنبي الذي يتمثل بالمستثمر الأجنبي، لهذا فقد أقتضى هذا الأمر تقسيم هذا الفرع على نقطتين يحدد في الأولى الطرف الوطني في عقود الأستثمارات الأجنبية ، في حين تكون الثانية مخصصة لتحديد الطرف الأجنبي فيها .

أولا : الطرف الوطني في عقود الأستثمارات الأجنبية .

يتمثل الطرف الوطني عادة أما بالدولة ذاتها عن طريق الحكومة ، أو في إحدى الشركات، أو المؤسسات ، أو الهيئات العامة التابعة لها، إذ تبرم الدولة في سعيها الى تحقيق تنميتها الاقتصادية العديد من العقود اللازمة لذلك مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية، و قد تقوم بأبرام هذه العقود بطريقة مباشرة ؛ وذلك بقيام من يمثلها "رئيس الدولة ، رئيس الوزراء، أحد الوزراء" بأبرامها، او بطريقة غير مباشرة عن طريق قيام إحدى المؤسسات ، أو

¹ ينظر القضية بالتفصيل منشورة على الموقع الالكتروني

http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob/csob_decision.pdf.

الهيئات العامة التابعة لها بذلك¹.

ولا تثار أي صعوبة فيما يتعلق بتحديد الطرف الوطني في هذه العقود في الفرض الذي تتولى فيه الدولة ذلك مباشرة عن طريق من يمثلها ، بيد أن الصعوبة قد تثار في الفرض الذي لا تتولى فيه الدولة هذا الأمر مباشرة مع الطرف الأجنبي؛ وإنما يتم بواسطة أحد الشركات ، أو المؤسسات التابعة لها التي على الرغم من تمتعها بشخصية معنوية ، وذمة مالية مستقلة عن الدولة إلا أنها في الوقت نفسه، ترتبط معها بعلاقة تبعية ، فهل تعد الدولة في هذه الحالة طرفاً في هذا العقد أم لا ؟

للأجابة على هذا التساؤل نلاحظ ان هنالك معيارين أساسيين يمكن اللجوء اليهما لمعرفة مدى أنصراف اثار العقد الذي تبرمه مؤسسة ، أو هيئة عامة تابعة الى الدولة ذاتها ، ومن ثم عدّها طرفاً مباشراً فيه من عدمه ، أحدهما اقتصادي ، والآخر قانوني.

وبموجب المعيار الاقتصادي فإن تمتع الهيئات ، أو المؤسسات العامة بالشخصية القانونية لا يحول من دون القول أنها تمثل الدولة على المستوى القانوني ، بمعنى ان الدولة التي تعمل المؤسسة أو الهيئة العامة في أطرها تعد طرفاً في هذه العقود، وذلك بالنظر الى الرابطة الاقتصادية المتينة التي تربط بين الدولة ، وهذه المؤسسة ، او الهيئة العامة على الرغم من الاستقلال القانوني الذي للأخيرة².

أما بالنسبة للمعيار القانوني فإنه يعتمد على العملية المادية للتوقيع بمعنى أنه طالما أن المؤسسة ، أو الهيئة التي أبرمت العقد تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة؛ فيجب ان تتحمل المسؤولية الكاملة لتعاقداتها من دون ان تشاركها الدولة في هذه المسؤولية، ومن ثم لا تعد الدولة ذاتها طرفاً في العقود التي تبرمها هذه المؤسسات المتمتعة بشخصية قانونية مستقلة³. وقد أستند القائلون بهذا المعيار على اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الأستثمار الصادرة

¹ غسان محمد المعموري ، مصدر سابق ، ص 84.

² من أحكام التحكيم التي اخذت به الحكم الذي أصدرته إحدى هيئات التحكيم في اطار مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم 51 لسنة 1994 . وذلك بشأن النزاع بين إحدى شركات المقاولات = الافريقية ووزير الاسكان وبجهاز حكومي افريقي خاص بالصرف الصحي التي تتلخص وقائعها في أنه قد تم الاتفاق على أن تقوم شركة المقاولات بتنفيذ مشروع للصرف الصحي بحساب لجهة الحكومة الافريقية ، ولما كانت م(2) من الاتفاق تنص على أنه يحق للمقاول المطالبة بالتعويض في حالة حدوث عقبات لم يكن من الممكن توقعها عند حدوث العطاء، وكان قد اعترض تنفيذ الاعمال المتعلقة بالمشروع عدة عقبات خارجة عن ارادة الشركة فقد لجأت الشركة، الى التحكيم للمطالبة بتعويضها عن الاضرار التي لحقت بها، وجاء دفاع المحتكم ضدهما بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة، إذ ورد به أن العبرة هي بالعقد الذي هو أساس مطالبة الشركة في التحكيم فلا توجه الدعوى إلا من أحد أطراف العقد ولا توجه الا للطرف الآخر في العقد فلا يجوز تبعاً لذلك أن توجه المطالبة الى من لم يكن طرفاً في التعاقد، و من لا يتحمل بالالتزامات الناشئة عنه طالما ان المطالبة هنا أساسها هو العقد الذي يكون حجة قاصرة على أحد طرفيه من دون أن يمتد ليشمل من لم يكن طرفاً فيه، و إذ ورد من الثابت أن العقد الذي أقامت الشركة المحتكمة دعواها الراهنة على هدى من أحكامه وأسست طلباتها على ما تضمنه من التزامات تعاقدية تحكم طرفية لم يوقع بين الجهاز التنفيذي للصرف الصحي والشركة، وأن ذلك الجهاز لم يكن طرفاً فيه فلا يجوز توجيه هذه المطالبة اليه، وهو ما يؤدي الى عدم قبول طلب التحكيم الراهن لتقديمه ضد من هو ليس بصاحب صفة، وقد انتهت هيئة التحكيم في حكمها الذي اصدرته في 23 مارس 1996 الى أنه" لما كانت اعتمادات الجهاز التنفيذي للصرف الصحي للعاصمة قد ادرجت ضمن موازنة الجهاز المركزي للتعمير، وذلك من موازنه 81 / 1982 حتى 84 / 1985 ، كما تم إدراج أعمداتاته ضمن موازنة قطاع الاسكان ضمن موازنة 85 / 1986 الأمر الذي يؤكد أن الجهاز أضحي واجهة الدولة التي تهيمن على مشروع الصرف الصحي تحت مظلة الجهاز المركزي للتعمير ثم بعده وزارة الاسكان، ومن ثم فإن الدولة تعد طرفاً في هذا العقد" . ينظر د.محي اسماعيل علم الدين ، أحكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم (1982-2000 ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 45 .

³ ينظر في هذا المعيار د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص 38 . وغسان محمد المعموري ، مصدر سابق ، ص 87 ، و خليل ابراهيم محمد خليل ، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، سنة 2005 ، ص 55 .

في عام 1965 إذ نصت م(25) ف(1) منها على أن "يختص المركز بنظر، المنازعات القانونية الناشئة بين إحدى الدول المتعاقدة، أو إحدى الهيئات العامة، أو الأجهزة التابعة لها التي تقوم الدولة بتحديدتها للمركز"¹.

ويبدو ان المعيار الاقتصادي هو اقرب للدقه ؛ وذلك لأن الدولة تتأثر بالعقود التي تبرمها الهيئات والمؤسسات التابعة لها على المستوى الاقتصادي والاجتماعي، هذا فضلاً عن ان الأخذ بالمعيار القانوني يؤدي الى تضيق النطاق في الضمان والالتزام للمستثمر الأجنبي الذي كان هدفه وراء اللجوء الى التحكيم، هو الزيادة في الضمان والالتزام ، ويمكن تلمس ما يؤيد ذلك فيما نصت عليه أغلب القوانين الوطنية من إمكانية عد الدولة، أو إحدى الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها طرفاً في اتفاقيات التحكيم عموماً ، والاتفاقيات التحكيمية المتعلقة بالعقود الاستثمارية على وجه الخصوص كقانون التحكيم الانكليزي لعام 1997 ؛ الذي قرر في م(7) منه تطبيق أحكام قوانين التحكيم الانكليزي على اتفاقات التحكيم التي تكون الدولة طرفاً فيها². ولكن القانون الفرنسي لم يتضمن نصاً بشأن أهلية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم فعلى الرغم من أن م (1004) من قانون المرافعات الفرنسي القديم كانت تقضي بعدم جواز أبرام الاتفاقات التحكيمية بصدد المنازعات التي كان القانون يشترط ابلاغها للنياحة العامة، إذ حددت م(83) من هذا القانون المنازعات وذكرت من بينها المنازعات التي تكون أحد أطرافها الدولة، أو البلديات ، أو المؤسسات العامة ، ومن ثم فإن الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة يحظر عليها أبرام اتفاقات التحكيم بنوعها سواء أكانت شرط أم مشاركة³.

ألا أن هذه القاعدة قد قلبت رأساً على عقب عن طريق القضاء الذي قرر من دون نص خصوصية هذه القاعدة التشريعية للاتفاقات التحكيمية الداخلية ؛ بحيث لا يمتد المنع للدولة والأشخاص المعنوية العامة الى الاتفاقات التحكيمية الدولية، فقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 10 ابريل 1985 فيما يتعلق بأهلية الدولة في الخضوع للتحكيم " ان الحظر او المنع المقرر على الدولة في ابرام اتفاق التحكيم يكون قاصراً على العقود في القانون الداخلي، ولا يطبق على الاتفاقات ذات الطابع الدولي " ، و عليه فلا يمتد أثر هذا المنع الى عقود الأستثمار الأجنبي على اعتبار أن العقود المذكورة من العقود الدولية وهذا ما معمول به في

¹ ومن أحكام التحكيم في مجال الأستثمارات الأجنبية التي أخذت بهذا المعيار الحكم الذي أصدرته إحدى هيئات التحكيم في اطار نظام التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس في 24 يوليو 1985 ، وتتلخص وقائع هذه القضية ان دولة أسيوية اتفقت مع شركة أوروبية على إنشاء مصنع للوقود النووي في الدولة الاسيوية وذلك لأغراض سلمية، وتم الاتفاق على ان يقوم هذا المصنع بكافة مراحل صناعة هذا الوقود مع الخضوع لاشرف الوكالة الدولية للطاقة الذرية ، وقد أشتمل العقد على تقديم الآلات والمواد والمستندات والخبرات الفنية والتدريب السكاني للدولة الاسيوية ، وقد اثار الاتفاق عاصفة من الاعتراضات في دولة أوروبية أخرى خوفاً من استخدام المصنع لأغراض عسكرية ما دفع الدولة الأوروبية التابعة لها الشركة الى الامتناع عن الموافقة لها على نقل المعدات والأسرار وهو ما أضطر الشركة الأوروبية الى أخطار الدولة الاسيوية بقرار الحظر، وأنه يعد قوة القاهرة تجعل تنفيذ التزاماتها مستحيلة فلجأت الدولة الأسيوية الى التحكيم وقد ذهبت هيئة التحكيم الى "أن القوة القاهرة تعني وجود حادث خارج عن سيطرة الشركة؛ وهذا الحادث هو قرار الحظر ، ولما كانت الشركة لا تعد جزءاً من الحكومة؛ وان لها الشخصية المعنوية المستقلة وتستطيع اتخاذ القرارات بمفردها؛ فان هذا القرار يعد عملاً من أعمال الحكومة، او اعمال السيادة التي تعد بالنسبة للشركة الأوروبية قوة القاهرة "وهو ما يعني أن هيئة التحكيم أستندت الى تمتع المشروع العام بالشخصية القانونية المستقلة لتقرير عدم انصراف الآثار التي ترتبها تعاققاتها الى الدولة من دون النظر الى اعتبارات أخرى ينظر في هذا المعيار د.محي الدين أسماعيل ، منصف التحكيم التجاري الدولي ، ج 1 ، من دون مكان نشر، 1986 ، ص224 ود. شريف محمد غنام ، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص299 .

² ينظر م(7) من قانون التحكيم الانكليزي منشور على شبكة الانترنت على الموقع

<http://www.Jus.uio.no/Englandarbitration.act/1996.com> .

³ ينظر د.عصام الدين القسبي ، مصدر سابق ، ص18 وما بعدها .

الوقت الحاضر¹. وايضاً محكمة باريس سارت في الاتجاه نفسه إذ قررت في الحكم الصادر في يوليو عام 1987 " أن الحظر او المنع يكون قاصراً على العقود الداخلية ولا يطبق على الاتفاقات ذات الطابع الدولي، كما أن الحظر لا يتعلق بالنظام العام الدولي".²

اما بالنسبة للقانون المصري فقد نصت (7) من قانون الاستثمار المصري "يجوز تسوية المنازعات الاستثمارية بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في اطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو وفقاً لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 "، وهذا يعني ان قانون الاستثمار المصري قد احال الموضوع الى قانون التحكيم وبالرجوع الى هذا القانون نجد ان م(1) منه قد نصت على ان "مع عدم الاخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من اشخاص القانون العام، أو الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع".

أما بالنسبة للقانون العراقي فقد نصت م(27) ف(5) من قانون الاستثمار النافذ على ان "المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أي جهة حكومية، وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة أحكام هذا القانون، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على ان ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الأطراف ". وهذا يعني ان قانون الاستثمار العراقي قد أجاز للدولة، أو اشخاص القانون العام ابرام اتفاقات التحكيم إذ ان عبارة المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أي جهة حكومية أخرى تدل على امكانية ابرام اتفاق التحكيم من قبلهم³، اما قانون المرافعات العراقي النافذ فقد خلا من أي نص بشأن أهلية الدولة والاشخاص العامة في ابرام اتفاق تحكيم، ولما كان الأصل هو جواز اللجوء الى التحكيم، فليس هناك ما يمنع الدولة أو اشخاص القانون العام من ابرام اتفاقات التحكيم لتسوية ما قد ينشأ من منازعات بشأن العقود الدولية الخاصة التي تبرمها.

وإذا امعنا النظر على الاتفاقيات الدولية ذات الصلة لوجدنا أن معظمها أشار الى امكانية تطبيقها، أياً كان أطراف اتفاق التحكيم، سواء اشخاص القانون الخاص أم من اشخاص القانون العام فأتفاقيات نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958 وأن لم تنص صراحة على هذه المسألة إلا أنها حددت في م (1) منها نطاق تطبيقها بقولها " تطبق الاتفاقية على القضايا

¹ وفي حكمها الصادر في 17 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة Catoil ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول ببطالان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإيرانية، التي تتلخص وقائعها في ان الشركة المذكورة قد دفعت بعدم اختصاص هيئة التحكيم استناداً الى بطلان شرط التحكيم بسبب عدم أهلية الشركة الوطنية الإيرانية للبترول لقبول شرط التحكيم من دون الترخيص المسبق من البرلمان الإيراني، وذلك وفقاً للمادة 139 من دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية، إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع واصدرت حكماً جزئياً بنظر النزاع ثم اصدرت بعد ذلك حكماً نهائياً بالزام الشركة برد المبالغ التي احتجزتها الى الشركة الإيرانية. فطعننت الشركة على الحكمين المتقدمين أمام محكمة استئناف باريس والتي اعلنت أنه " بالنسبة للعقود الدولية المبرمة لحاجة المعاملات الدولية وطبقاً لشرطها ومقتضياتها يعد الاتفاق على التحكيم متمشياً مع النظام العام الدولي الذي يحظر على المشروع العام أن يتمسك بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من اجل التنصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقاً بين الأطراف، كذلك فان الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام لا يمكنه ان يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام الى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع ". اثار اليه د. بشار محمد الاسعد، مصدر سابق، ص 377.

² اثار اليه د. هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص 44.

³ اما بالنسبة لقانون الاستثمار الكوردستاني رقم 4 لسنة 2006 فقد أحالت م(17) منه الى القانون الذي عالج التحكيم إذ نصت على أنه "تحل منازعات الاستثمار وفق العقد المبرم بين الطرفين، وعند عدم وجود فقرة بهذا الخصوص تحل بطريقة ودية وبتراضي الطرفين وفي حالة تعذر الحل الودي يجوز للطرفين اللجوء الى التحكيم المبينة أحكامه في القوانين المرعية في الاقليم، او وفقاً لأحكام تسوية المنازعات الواردة في الاتفاقيات الدولية، او الثنائية التي يكون العراق طرفاً فيها".

المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الناشئة عن المنازعات بين الاشخاص الطبيعية والمعنوية " وهذا النص من العموم مما يمكن القول معه بأنه يشمل جميع الاشخاص المعنوية بيد أن الاتفاقية تركت لكل دولة حرية تقرير أهلية حكومتها، و مؤسساتها العامة، و الشركات التابعة لها في الاتفاق على التحكيم" ¹.

فيما نصت الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي صراحة على أهلية الأشخاص المعنوية العامة في الاتفاق على اللجوء الى التحكيم فقد نصت م(2) ف(1) منها على أنه " يكون للأشخاص المعنوية التي تعد وفقاً للقانون الواجب التطبيق عليها من اشخاص القانون العام القدرة على ابرام اتفاقات تحكيم صحيحة ".

بينما اعطت ف(2) من المادة المذكورة للدولة الحق في تقييد هذه القدرة ،وذلك عند إعلان الدولة انضمامها الى الاتفاقية، وبذلك يكون المبدأ العام هو الجواز للدولة ولأشخاص القانون العام الاتفاق على التحكيم ،ألا إذا تحفظت الدولة عند انضمامها للمعاهدة على تقييد نطاق هذا المبدأ بأقتصارها مثلاً على اشخاص القانون الخاص من دون أشخاص القانون العام" ².

وكذلك فقد اجازت اتفاقية واشنطن لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965 أن تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها طرفاً في النزاع.³

ثانياً : الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار الأجنبية.

أن المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار قد يكون شخصاً طبيعياً ،أو معنوياً ، أو مجموعة من الاشخاص، و قد يكون الطرف الأجنبي كياناً موحداً، أو عدد من الكيانات الذاتية التي تشترك في النشاط التجاري، او الصناعي، وأحياناً يكون بينها مؤسسات مالية لتمويل المشروع برأس المال الكافي لأتمام ممارسة نشاطه التجاري، أو الصناعي ، و كثيراً ما يكون المستثمر الأجنبي شركة تجارية ،وقد يكون قبولها مشاركة الوطنيين بدافع توسيع نشاطها الاستثماري الخارجي، أو تأمين مصادرها بالمواد الأولية ،أو لأن المشاركة هي الطريقة الوحيدة لإنشاء هذا المشروع في الدولة المضيفة للاستثمار⁴.

هذا ولا يؤثر في طبيعة عقود الاستثمارات أن يكون الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة شخصاً طبيعياً طالما ان محل العقد و مضمونه يتعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة في تطورها ،ولقد جاءت تشريعات الاستثمار المعاصرة في معظم البلدان العربية بالنص صراحة على إمكانية أن يكون المستثمر شخصاً طبيعياً⁵.

والسؤال الذي يمكن أن يثار ، هنا كيف يمكن أن يتم التمييز بين الشخص الوطني والأجنبي ؟

¹ ينظر اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958 في مؤلف د. عبد الحميد الأحمد ، وثائق تحكيمية ، مصدر سابق ، ص 561 وما بعدها.

² ينظر الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961 على الموقع <http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.genev.1961/doc>.

³ ينظر بهذا الخصوص م(25) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 .

⁴ أحمد حسين جلاب ، مصدر سابق ، ص 29 .

⁵ ينظر م(1) ف(ط) من قانون الاستثمار الكوردستاني العراقي النافذ رقم (4) 2006 فقد عرف المستثمر في المادة (1) ف(9) منه بأنه " الشخص الطبيعي، أو المعنوي الذي يستثمر أمواله في الأقليم وفق أحكام هذا القانون وطنياً أم اجنبياً". وقد عرفت المادة (2) من قانون الاستثمار السوري الصادر في 1991 المستثمر "هو الشخص الطبيعي ،أو المعنوي الذي يحصل على ترخيص بأقامة مشروع وفق أحكام هذا القانون "، وبالشئ نفسه أخذ القانون الليبي للاستثمار رقم 5 لسنة 1996 في نص المادة (3) منه وكذلك قانون رقم 1 لسنة 1998 بشأن تشجيع الاستثمار في المادة (2) ، وم(2) من قانون تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي القطري رقم 13 لسنة 2000 رقم 13 لسنة 2000 ، وقانون رقم 8 لسنة 2001 في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي الكويتي رقم 8 لسنة 2001.

للأجابة نلاحظ ان المعيار السائد¹ في الوقت الحالي هو معيار الجنسية². فالجنسية هي المعيار أو الضابط الواجب الاتباع في تحديد مدى تمتع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية بالصفة الأجنبية أو الوطنية³، وأستناداً لهذا المعيار يمكن القول بأن الشخص الطبيعي، أو المعنوي المتعاقد يعد اجنبياً عندما لا يتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة معه، ويعد وطنياً عندما يحمل جنسيتها، بمعنى يمكن أن تلحق الصفة الأجنبية بكل شخص طبيعي، أو معنوي لا يتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة⁴. ولكن كيف يمكن أن تحدد وطنية الشخص الطبيعي، أو المعنوي المتعاقد مع الدولة المضيفة للأستثمار، أو أجنبيته إذا كان هذا الشخص يتمتع بأكثر من جنسية، وكانت إحدى الجنسيات التي يحملها هي جنسية الدولة المتعاقدة، فهل يعد أجنبياً بالنسبة لهذه الدولة ؟ يبدو أن الأجابه على هذا الأمر وبحسب القواعد العامة، أنه لا يمكن أن يعد الشخص أجنبياً في دولة يحمل جنسيتها لمجرد أنه يتمتع بجنسية دولة أخرى، ذلك ان من المستقر عليه أن تعدد الجنسيات يحمل الدولة على تغليب جنسيتها عما سواها⁵.

المطلب الثاني

أنواع التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

الأصل أن التحكيم لا يتخذ نوعاً واحداً، وإنما يتخذ أنواعاً متعددة، وذلك بحسب الزاوية التي ينظر منها اليه، فمن حيث مدى حرية الأطراف في اللجوء اليه من عدمه يمكن تقسيم التحكيم على أختياري، وأجباري، ومن حيث مدى سلطة المحكمين في الفصل في النزاع المطروح عليهم يقسم على تحكيم بموجب القانون، والتحكيم طبقاً لقواعد العدل والانصاف، ومن إذ كيفية إدارته يمكن أن يكون تحكيمياً حراً، ومقيداً "مؤسسي"، ومن إذ النظام القانوني الذي ينتمي اليه فيتحدد بالتحكيم الداخلي، والتحكيم الدولي . ولأستيضاح هذه الانواع مع بيان نوعية التحكيم المتفق عليه بصدد عقود الأستثمارات الأجنبية سنقسم هذا المطلب على فروع أربعة سنخصص الفرع الأول للتطرق الى التحكيم الاختياري

¹ إذ يكون المعيار المتبع في تحديد اجنبية الشخص هو الموطن، أو الإقامة، أو محل وجود الشخص وقت حصول النزاع. ينظر د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ج1، ط1، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ص32 وما بعدها.

² تعرف الجنسية أنها "رابطة قانونية وسياسية ينتمي بمقتضاها الشخص لدولة معينة" د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، المواطن، مركز الاجانب) مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982، ص31.

³ أخذ بهذا المعيار د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، ط1، بغداد، بيت الحكمه، ص40، ود. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الاجانب وأحكامها في القانون العراقي، ط3، بغداد، من دون مكان طبع، 1973، ص13، ود. منصور فرج السعيد، النظام القانوني للأستثمار الأجنبي، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون، 2003، ص278.

⁴ ينظر اتفاقية واشنطن 1965 إذ نصت م(25)ف(2) منها على ان: برعايا الدول الأخرى المتعاقدة :-

يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع.

يحوز جنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع.

⁵ ينظر المادة (3) وم(12) من قانون الجنسية العراقي رقم (26) سنة 2006.

والتحكيم الاجباري وسنعد الفرع الثاني لتناول التحكيم بالقانون، والتحكيم طبقاً لقواعد العدل والانصاف، أما الفرع الثالث فسنبين فيه التحكيم الحر، والتحكيم المؤسسي، وأخيراً في الفرع الرابع سنحدد التحكيم الداخلي، والتحكيم الدولي

الفرع الأول

التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري في عقود الاستثمارات الأجنبية

عادةً يكون اللجوء الى التحكيم إختياريًا، ومن ثم للأطراف الخيار بين اعتماد التحكيم طريقاً لفض النزاع، أو طرحه على القضاء المختص وهذا ما يسمى بالتحكيم الاختياري إذ يكون التحكيم اختياراً إذا لم يكن اللجوء اليه أمراً مفروضاً على الأطراف المحتكمين "أطراف عقد الاستثمار الأجنبي" أي إذا كان اللجوء اليه يتم بأرادتهم¹.

فالتحكيم الاختياري هو "طريقة، أو وسيلة ودية لفض المنازعات وتتمثل بطرح النزاع على محكمين مختارين من الأطراف المتنازعة"².

والأصل أن التحكيم إختياري، وليس إجباري إذ يجب على الدولة أن لا تتخلى عن القيام بوظيفتها القضائية وتوجب على الأطراف اللجوء في حل منازعاتهم الى التحكيم؛ لأن ذلك يعد تنصلاً منها من القيام بواجبها في استتباب الامن وتحقيق العدل بين مواطنيها.³

ومن ثم فإن التحكيم لا يوجد للفصل في منازعات الأفراد والجماعات كأساس عام؛ الا بموجب اتفاق، وذلك أعمالاً لمبدأ سلطان الارادة سواء تمثل هذا الاتفاق في عقد وطني أو عقد دولي و هذا النوع من انواع التحكيم يقوم على دعاميتين اساسيتين وهما:

1- الارادة الذاتية للأطراف المحتكمين "أطراف الاتفاق على التحكيم".

2- أقرار الأنظمة القانونية الوضعية و على أختلاف مذاهبها و اتجاهاتها لهذه الارادة⁴.

أما التحكيم الاجباري فهو الذي ينص المشرع على الالتزام باللجوء اليه بوصفه طريقاً لحل النزاع وهو غالباً ما تسبقه إجراءات للتفاوض نص عليها القانون حتى إذا تعذرت التسوية الودية تعين طرح النزاع على هيئة التحكيم التي نص القانون على تشكيلها والتي تصدر أحكاماً يجري لتنفيذها بالطرق الجبرية بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها.⁵

هذا ويعد التحكيم الاجباري طريقاً واجباً سلوكه للخصوم بحيث لا يجوز لهم إطلاقاً اللجوء الى القضاء العادي بخصوص النزاع، الا بعد طرحه على هيئة التحكيم التي نص عليها المشرع⁶، بمعنى أنه ليس للأطراف خيار فيه ولا يتولد عن اتفاقهم ولا ينبع عن أرادتهم، أو رغباتهم، وانما هو مقرر بنص في القانون ملزم للأطراف ومجبرين على أتباعه⁷.

وبالرجوع الى قوانين الاستثمار نلاحظ أنها قد جعلت التحكيم إختياريًا للأطراف وهذا ما اخذت

¹ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، ط 5، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988، ص 39.

² د. شعيب أحمد سليمان، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية، من دون اسم مطبعة، بغداد، 1981، ص 12.

³ د. سراج حسين، التحكيم في منازعات البترول، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 144.

⁴ د. محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001، ص 76.

⁵ د. علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والاجباري في المنازعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 20.

⁶ خالد عزت المالكي، التحكيم، مؤسسة النوري للطبع والنشر، دمشق، 2003، ص 125.

⁷ د. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف الاسكندرية، 2003، ص 76.

به م(27)ف(5) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006¹ . وكذلك نصت م(7) من قانون الاستثمار المصري على أنه "يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر ، أو وفقاً لأحكام قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994...."

بمعنى أن التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية يعد من إذ الأساس من قبيل التحكيم الاختياري؛ وذلك لأنه لا يفرض على الطرفين ، ولا يتم اللجوء اليه ما لم تتجه ارادتهم اليه، وذلك في اتفاق التحكيم سواء أكان في صورة شرط أم مشاركة للتحكيم. ولكن على الرغم من ذلك قد نصادف بعض الحالات التي يكون فيها التحكيم إجبارياً في اطار منازعات الاستثمار مثل ما نصت عليه م(40) من الشروط العامة لدول (الكوميكون) عام 1968 على أن " كل المنازعات التي تنجم عن العقد أو تتولد بمناسبة يجب عرضها على التحكيم مع استبعاد اختصاص المحاكم القضائية العادية بذلك، أو يكون عرضها أمام محكمة التحكيم المنشأة للنظر في هذه المنازعات في بلد المدعى عليه أو في بلد ثالث عضو في المعونة الاقتصادية المتبادلة متى أُنقِط أطراف النزاع على ذلك"²

الفرع الثاني

التحكيم بالقانون والتحكيم طبقاً لقواعد العدالة والانصاف.

يستند هذا النوع من التحكيم على مدى تقييد المحكم عند فصله في النزاع بقواعد القانون الساري في دولة التحكيم، أو عدم تقييده به ، فإذا كان ملزماً بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون فأننا نكون بصدد تحكيم بالقانون، وعندما يكون المحكم معفوفاً من أتباع القانون فنكون أمام تحكيم طبقاً لقواعد العدالة والانصاف.

وعادةً يكون الفصل في النزاع على اساس أحكام القانون التي تحكم موضوعه فيمارس المحكم سلطة القاضي في تطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه، ويلتزم بالحدود المرسومة لهذه السلطة وتحقيقاً لذلك يتقدم كل من الطرفين بادعاءته أمام المحكم ، الذي يتحقق بادیء ذي بدیء من مدى صحة الادعاءات من خلال التعرف على وقائع النزاع و أنزال حكم القانون على ما ثبت لديه منها ورفض ما عداه، وادراج كل ذلك في حكمه بصرف النظر عن تقديره لمدى عدالة النتائج التي توصل إليها، كما يفعل القاضي³، فالتحكيم بالقانون هو الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد الاجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، كما يتصور اخضاع كل مراحل التحكيم لقانون واحد، فمن الممكن ايضاً اخضاع كل مرحلة من مراحل لقانون مختلف، وذلك حسب ارادة المحتكمين⁴.

اما التحكيم طبقاً لقواعد العدل والانصاف فهو الذي يعفي المحكم فيه من التقييد بأحكام القانون ويفصل في النزاع، وفقاً لما يراه محققاً للعدالة وصولاً الى حكم يحفظ التوازن بين مصالح

¹ ينظر بالاتجاه ذاته م(26) من قانون الاستثمار السوري، وم(24) من قانون تنظيم رأس المال الأجنبي الليبي ، وم(40) من قانون رقم 1 لسنة 1998 بشأن تشجيع الاستثمار في فلسطين ، وم(11) من قانون تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي القطري رقم 13 لسنة 2000 ، وم(17) من قانون الاستثمار الجزائري، وم(16) من قانون رقم 8 لسنة 2001 في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي الكويتي .

² أشار إليها ، د.سراج حسين ، مصدر سابق ، ص145.

³ د.عبد القادر الطورة ، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية ، المطبعة الفنية الحديثة، مصر ، 1988، ص66 ، 67.

⁴ د.مهناذ أحمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 ، ص47.

المحتكمين حتى لو كان في هذا الحكم مخالفة للأحكام القانون التي تحكم وقائع النزاع والتي يلتزم القاضي بتطبيقها فيما لو عرض النزاع عليه ، ألا أنه مقيد في ذلك بالالتزام بالمبادئ الأساسية في التقاضي وأهمها احترام حقوق الدفاع¹.

وسواء أكان التحكيم بالقانون أم طبقاً لقواعد العدل والإنصاف، فإن قرار المحكم يتمتع بقوة إلزامية في مواجهة المحتكمين وهو بالوقت نفسه مقيد بمقتضيات النظام العام². هذا وقد أجازت معظم التشريعات المتعلقة بالتحكيم كلا النوعين كقانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 فبعد أن نص في م(1496) على أن يفصل المحكم في النزاع طبقاً لقواعد القانون المختار بوساطة الأطراف، أو تلك التي يرى المحكم أنها مناسبة في حالة عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق نص في م(1497)، على أنه "يفصل المحكم كمحكم مفوض بالصلح إذا ما اتفق الأطراف على ذلك"³.

وكذلك القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1978 في م(187) منه إذ نصت ف(1) منها " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي اختارها الأطراف أو في حال أنتفاء هذا الخيار وفقاً لقواعد القانون الأكثر ارتباطاً بالقضية " أما ف(2) فقد نصت على أنه " يجوز للأطراف أن يفوضوا هيئة التحكيم بالبت بالنزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف"⁴.

وعلى النهج نفسه سار المشرع الهولندي في قانون المرافعات المدنية الهولندي لسنة 1986 حسب نص م(1036) منه⁵.

أما قوانين الاستثمار فنلاحظ أن أغلبها قد أخذت بالتحكيم طبقاً لأحكام القانون ، كقانون الاستثمار العراقي النافذ 2006 في م(27)ف(5)⁶ والقانون المصري للاستثمار إذ نصت المادة (7) منه على "يجوز تسوية منازعات الاستثمار وفقاً لأحكام التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 ..."⁷.

كما أخذت بكلا النوعين من التحكيم بعض الاتفاقيات الدولية كالاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي إذ بينت م(7) ف(1) من هذه الاتفاقية أن " للأطراف حرية تحديد

¹ د.محسن شفيق ، القانون التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997، ص85 .

² د.مصطفى محمد الجمال ، د.عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط1 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1988، ص109 .

³ ينظر قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 منشور باللغة الانكليزية على شبكة الانترنت على الموقع

الالكتروني <http://www.jus.uio.no/lm/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981/do>

⁴ ينظر القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1978 على الموقع الالكتروني

<http://www.admin.com>

⁵ ينظر م(1036) من قانون المرافعات الهولندي .

<http://www.jus.uio.no/IM/netherLands.arbitration.act.1986/doc> .

⁶ وعلى النهج نفسه ذهب قانون الاستثمار لأقليم كردستان في م(17). أما قانون المرافعات العراقي النافذ فقد نصت م(265) منه على أنه " يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والأجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين صراحة أو وضع أجراءات معينة يسير عليها المحكمون " .

⁷ ينظر الأمر ذاته في م(24) من قانون تنظيم رأس المال الأجنبي الليبي ،وم(40) من قانون رقم 1 لسنة 1998 بشأن تشجيع الاستثمار في فلسطين ،وم(26) من قانون الاستثمار السوري ،وم(11) من قانون تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي القطري رقم 13 لسنة 2000 ،وم(17) من قانون الاستثمار الجزائري ،وم(16) من قانون رقم 8 لسنة 2001 في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي الكويتي . أما بالنسبة لقانون التحكيم المصري النافذ فيلاحظ أنه بعد أن نص في م(39) ف(2،1) على أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان أو القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى هيئة التحكيم أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجب التطبيق على موضوع النزاع ، نص في ف(4) من المادة نفسها على أنه "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرف التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف من دون التقييد بأحكام القانون".

القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع وأنه في حالة تخلف أي بيان من الأطراف عن هذا القانون يطبق المحكمون القانون المعين بواسطة تنازع القوانين التي يرونها ملائمة في القضية". في حين نصت ف(2) من المادة نفسها على أنه "يفصل المحكمون في النزاع بوصفهم محكمين مفوضين بالصلح إذا رغب الأطراف في ذلك وكان القانون الذي يحكم التحكيم يجيز ذلك"¹.

وكذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار إذ نصت م(42) ف(1) منها "أن هيئة التحكيم تفصل النزاع طبقاً لقواعد القانون المتبناة من الأطراف، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف تطبق المحكمة قانون الدولة الطرف في النزاع، وكذلك مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص"، ونصت ف(3) من المادة نفسها على أنه "يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدل والانصاف، إذا ما اتفق الأطراف على ذلك"².

هذا وإن الوضع الغالب أن أطراف عقود الاستثمارات الأجنبية يتفقون على اللجوء الى التحكيم طبقاً لقواعد القانون ويستفيد ذلك من أمرين :

الأول: أن اتفاق الأطراف على اللجوء الى التحكيم بصدد هذه العقود قد يأتي مطلقاً من دون أن يقترن بتفويض المحكمين صراحةً سلطة الفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدل والانصاف ، وإذا أن الأصل في التحكيم أن يكون طبقاً لقواعد القانون ، وأن التحكيم طبقاً لقواعد العدل والانصاف هو الاستثناء، ومما يقتضي معه لزوم اتفاق الأطراف صراحةً على الأخذ به، والا عد التحكيم المتفق عليه تحكيمياً بموجب قواعد القانون³. والثاني: قد يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مما يترتب عليه عده تحكيمياً طبقاً لقواعد القانون.

ولكن هذا لا يعني أن التحكيم طبقاً لقواعد العدل والانصاف لم يعرف طريقه الى عقود الاستثمار الأجنبي فهناك بعض العقود قد نصت صراحةً على تفويض المحكمين سلطة الفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدل والانصاف، ومثال ذلك العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والمؤسسة الفرنسية للأبحاث والاستكشافات البترولية عام 1966 إذ بينت م(41) منه على إمكانية لجوء المحكمين الى قواعد العدل والانصاف⁴. وكذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في عام 1994 في قضية تتلخص وقائعها في أن الشركة الفرنسية impex قد قامت بتصدير كميه من الحبوب الى أربع شركات إيطالية على أساس تصوير العملية على أنها بيع الى البرتغال ، وسويسرا ، ومنها الى إيطاليا وذلك للافاده من المزايا المقررة من السوق الأوروبية المشتركة في حالة التصدير لدول أخرى خارج السوق، مما دعا السلطات الفرنسية الى رفض تراخيص التصدير على أساس الغش . وقد أثيرت مسألة العقود المبرمة مع الشركات الإيطالية على أساس أن الاستعانة بدول أخرى خارج المجموعه الأوروبية يشكل خرقاً للقانون الفرنسي ، وأخيراً أنتهت المحكمة الفرنسية الى أن بطلان العقود الأصلية لعدم مشروعيتها بسبب الغش لا يؤثر على صحة حكم المحكم بموجب مبادئ العدل والانصاف استناداً الى شرط التحكيم الوارد في هذه العقود الذي يتعين النظر اليه أستقلالاً⁵.

¹ <http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/documents/rpid%20documents/rpo4012>

² ينظر اتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار على الموقع الالكتروني <http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.genev.1961/doc>

³ ينظر بذات الاتجاه م(18) من العقد المبرم بين موريتانيا وشركتي planet oil et universal corporation اشار اليها د. بشار الاسعد ، مصدر سابق ، ص78 .

⁴ ينظر د. بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص79 .

⁵ أشار اليها د. أشرف عبد العليم الرفاعي ، التحكيم في العلاقات الخاصه الدوليه، دار الكتب القانونيه، مصر، 2006، ص58.

الفرع الثالث

التحكيم الحر، والتحكيم المؤسسي

ينقسم التحكيم من إذ الجهة التي تقوم به على تحكيم حر و مؤسسي، ويقصد بالتحكيم الحر هو " التحكيم الذي يعهد به الخصوم الى محكم، أو محكمين تم تعيينهم خصيصاً لمناسبة نزاع معين "1.

ويعد هذا النوع من التحكيم هو النوع التقليدي الذي بموجبه يعهد الأطراف في الحدود التي يسمح بها القانون لشخص من الغير بحسم نزاع ناشيء فيما بينهم وفيه يتم تحديد الإجراءات والقواعد التي تنطبق على النزاع .²

أما المؤسسي فيقصد به " أن يعهد الى هيئة التحكيم، او منظمة ،او مركز من مراكز التحكيم الدائمة بمهمة التحكيم وفقاً لقواعد وأجراءات موضوعة سلفاً بهذه الإجراءات"³، إذ يتم من خلال مؤسسة متخصصة لها قواعدها الخاصة بها في هذا المجال، إذ يتم في هذه الحالة وفقاً للقواعد التي تتبعها المؤسسة وهذه القواعد هي التي تحدد كيفية اختيار المحكمين وغالباً ما تعد المؤسسة قائمة تشتمل على اسماء اشخاص متخصصين لهم خبرة ومعرفة بالمعاملات والقوانين وللأطراف المتنازعة أن تختار من تشاء من بين تلك الاسماء، ولها ايضاً ان تختار ذلك من خارج القائمة الخاصة بتلك المؤسسة والأمر متروك لحرية الطرفين .⁴

وعلى الرغم من ان التحكيم الحر قد سبق في الظهور المؤسسي منه، ألا أنه قد قلت أهميته ولم يعد له إلا دوراً قليلاً في الفصل في المنازعات إذ أصبح الأخير هو القاعدة في مجال المعاملات الدولية خاصة، وذلك لعدم وجود أشرف أو رقابة من منظمة للتحكيم الحر، الأمر الذي قد يؤدي الى عدم دقة الأحكام الصادرة منه⁵.

ونظراً لأهمية التحكيم المؤسسي في مجال المعاملات الدولية فقد نشأت العديد من المراكز والمؤسسات ذات الطابع الدولي وأهمها المحكمة الدولية للتحكيم، وغرفة التجارة الدولية بباريس وهيئة التحكيم الدولي في لندن، والمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن، والمركز الاقليمي للتحكيم التجاري بالقاهرة .⁶

هذا وقد أقرت أغلب القوانين الوطنية التحكيم بنوعيه المؤسسي والحر، من دون ادنى تفرقة بينهما إذ أخذ بكلا النوعين قانون المرافعات الفرنسي 1981 في م(1451) منه. وكذلك القانون

¹ د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 22 .

² د. نبيل اسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، 2004، ص 30 .

³ د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص 127.

⁴ د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، ط1 ، بيت الحكمة ، بغداد ، 1994 ، ص 137.

⁵ د. أبو زيد رضوان ، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1971 ، ص 22 .

⁶ د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص 355.

الدولي الخاص السويسري في م(167) ف(3) منه ، وقانون المرافعات الهولندي الذي أجاز ذلك في م(1023) منه.

ولقد اخذ القانون المصري للاستثمار بكلا النوعين في م(7) إذ أنه نص بجواز اللجوء الى التحكيم؛ وذلك وفقاً لأحكام قانون التحكيم المصري، أو أمام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وهذا يعني أنه أجاز اللجوء الى التحكيم الحر والمؤسسي استناداً لما قرره م(4) ف(1) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 التي نصت على " ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم الذي يتفق عليه أطراف النزاع بأرادتهما الحرة سواء أكانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين ،منظمة أم مركز دائم للتحكيم أم لم يكن كذلك " ¹.

وكذلك بالنسبة لقانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 إذ أنه بين في نص م(27) ف(5) جواز حل النزاعات عن طريق التحكيم وفقاً لأحكام القانون العراقي ، وعند الرجوع الى أحكام قانون المرافعات العراقي نلاحظ أنه قد اجاز اللجوء الى التحكيم بكلا نوعيه وذلك بحسب م(251) منه.

هذا ولقد اقرت معظم الاتفاقيات الدولية التحكيم بنوعيه المؤسسي والحر من دون تمييز بينهما في المعاملة، وفي هذا الصدد نذكر منها اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية عام 1958 فقد نصت م(1) ف(2) من هذه الاتفاقية على " يقصد بأحكام التحكيم ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة، بل ايضاً الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم الدائمة"

وهو ما اخذت به الاتفاقية الأوروبية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1961 ، إذ نصت م(1) ف(2) منها على ان "يقصد بالتحكيم تسوية المنازعات ليس بوساطة محكمين معينين للفصل في حالات محددة ، بل ايضاً بوساطة محكمين معينين بوساطة هيئات التحكيم الدائمة " . هذا ويحتل التحكيم المؤسسي أهمية كبيرة ترجع الى المزايا التي يحققها للمحكّمين والتي تتمثل بما يأتي :

1- ان هيئات ومنظمات و مراكز التحكيم الدائمة لديها قوائم بأسماء المحكمين، أو المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات، ومن ثم يستطيع المحكّمون اختيار محكميهم منها، وهذا ما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب خاصة إذا ما تعلق الأمر بمسائل فنية يحتاج فهمها الى خبرة خاصة لا تتوفر على نطاق واسع.

2- أملاك هذه الهيئات والمنظمات لوائح معدة بالأجراءات التي تجري التحكيم لديها على أساسها وهي عادة إجراءات بسيطة، وسريعة، وغير مكلفة تسير مسيرة التحكيم من دون أن تخل بأساسيات التقاضي، وهذا ما يجنب المحكّمين مؤنة الاتفاق على الإجراءات الواجبة الاتباع أمام المحكم.

3- أن المنظمة أو المركز المختص بالتحكيم يجري التحكيم في مقره ما لم يبين أنه بحاجة الى اختيار مكان آخر بالنظر لظروف النزاع ، وهذا ما يكفي المحكّمين عبء الاتفاق على مكان التحكيم ، ومن ثم يجنبهم تنازع القوانين، ولا يخفي ما قد يكون للمكان المختار من أثر على التحكيم باعتبار أن قضاء البلد الذي يتم فيه التحكيم يكون مختصاً في الفصل في العوارض التي تقابله ، وذلك عند الطعن بحكمه ².

ومما تجدر الاشارة اليه أنه على الرغم من هذه المزايا التي يمتاز بها التحكيم المؤسسي الا أنه

¹ ينظر بالاتجاه ذاته م(11) من قانون تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي القطري رقم 13 لسنة 2000 ، وم(17) من قانون الاستثمار الجزائري، وم(24) من قانون تنظيم رأس المال الأجنبي الليبي ، وم(26) من قانون الاستثمار السوري.

² لزيادة في التفصيل عن مزايا التحكيم المؤسسي ينظر د. فوزي محمود سامي ،مصدر سابق ،ص143 ود. نبيل أسماعيل محمد ،مصدر سابق ،ص128 ود.مصطفى محمد الجمال ود .عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ،ص127.

لم يكن السبيل الوحيد الذي يحتكم اليه أطراف العلاقة الاستثمارية، وإن كان هو الوضع الغالب عندهم ، وهو ما يمكن ملاحظته من نص البعض من العقود الاستثمارية صراحةً على اللجوء الى التحكيم المؤسسي في حالة نشوء أي نزاع بخصوصه كالعقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الاسبانية المصرية للغاز " سيجاس " سنة 2001 لإنشاء وتشغيل وإعادة تسليم رصيف بحري بترول في ميناء دمياط بنظام b.o.t الذي نص في البند الثاني عشر منه على ان "المنازعات الناشئة عن هذا الترخيص يتم تسويتها طبقاً لقواعد التحكيم المعمول بها في مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة ، ويعد قرار المحكمين ملزماً ونهائياً للطرفين، ويتم التحكيم باللغة الانكليزية وتنطبق أحكام القانون المصري ويكون عدد المحكمين ثلاثة يعين كل طرف محكماً عنه ، وإذا لم يقر المدعى عليه كتابةً بأخطار أسم المحكم الذي عينه خلال 30 يوماً من استلام أخطار المدعي قبله فيقوم المركز ببناء على طلب المدعي بتعيين المحكم الثاني"¹. وكذلك ما نصت عليه م(42) ف(2) من العقد المبرم بين المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيلبس الأمريكيه عام 1963 من أن " أي نزاع ينشئ بين فيلبس والمؤسسة يقوم بالفصل فيه ثلاثة محكمين طبقاً للائحة التحكيم والمصالحة الخاصة بالغرفة التجارية الدولية "². في حين اتبعت عقود أخرى ألاخذ بأسلوب التحكيم الحر لحل ما ينشأ عنها من نزاعات كالعقد المبرم بين الحكومة اللبنانية ، وأحدى الشركات الفرنسية الخاصة في 18/11/1994 من اجل تنفيذ ما يسمى الاتوستراد العربي الذي ورد فيه من أن فض الخلافات الناشئة عنه يكون خاضعاً للتحكيم، وفقاً لدفتر الشروط وملاحقه، مع تطبيق أحكام نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسترال) على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية، وعلى ان يطبق القانون اللبناني في اساس الموضوع³.

الفرع الرابع

التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي

ان لتحديد نوعية التحكيم فيما إذا كان تحكيمياً دولياً أو داخلياً أهمية كبيرة لما يترتب عليه من نتائج بالغة الخطورة في نواحي عدة ، أولها أنه يتوقف على نوع التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق إذ ان وصفه بأنه داخلي يستتبع بالضرورة تطبيق أحكام القانون الداخلي ، الأمر الذي يختلف عنه في التحكيم الدولي الذي يقتضي البحث عن القانون الواجب التطبيق⁴، كما ان تحديد المحكمة القضائية المختصة بنظر بعض المسائل المتعلقة بالتحكيم يتوقف على تحديد ما إذا كنا بصدد تحكيم داخلي أو دولي⁵.

ومن ناحيه أخرى فإن مجال اعمال فكرة النظام العام تختلف اختلافاً كبيراً فيما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم داخلي أو دولي، وذلك لما لهذه الفكرة من مجال أضيق في النوع الثاني عنه في الأول⁶، كما أن تنفيذ أحكام التحكيم التي تعد اهم مرحلة من مراحلها تتم وفقاً لأجراءات معينة

¹ أشار إليها د. بشار الاسعد ، مصدر سابق ، ص 363 و 364 .

² أشار إليها د. سراج حسين ، مصدر سابق ، ص 179 .

³ أشار إليها د. بشار الاسعد ، مصدر سابق ، ص 36.

⁴ د. إبراهيم أحمد أبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، ط 2 ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1997 ، ص 43 و 42 .

⁵ ينظر م (9) ف(1) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

⁶ فعلى سبيل المثال قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم يمكن أن لا تكون مبرراً لعدم تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن بالحكم مساس واضح وجدي بالنظام العام وذلك بصدد أحكام التحكيم الأجنبية، ويرجع ذلك أنه ليست كل

وهذه الإجراءات تختلف من دولة الى أخرى كما أنها تختلف في الدولة الواحدة فيما إذا كانت تتعلق بتحكيم داخلي أو دولي، فضلاً عن ان هناك اتفاقيات دولية تحكم تنفيذ أحكام التحكيم الدولي من دون الداخلي¹.

وبطبيعة الأمر فقد قادت النتائج أعلاه الى ان ينال تحديد المعيار الذي يمكن بموجبه وصف التحكيم بكونه تحكيمياً دولياً أو داخلياً، أهتمام الفقه الذين أتجه البعض منهم الى القول بأن المعيار الذي ينبغي اعتماده لتحديد هذا الأمر، هو معيار قانوني وفقاً له تعد العلاقة دولية عندما تنطوي على عنصر اجنبي او اكثر². فالعقد الدولي هو الذي يشمل عنصراً اجنبياً مهما كان هذا العنصر كأن يكون أحد الأطراف اجنبياً، أو أن يكون العقد ابرم في الخارج أو أن يتم تنفيذه في دولة غير الدولة التي تم فيها العقد، فكل علاقة قانونية عناصر ثلاثة، الأول سبب العلاقة، والثاني هو موضوع العلاقة، والثالث أطرافها، واي عنصر من هذه العناصر إذا تطرقت اليه الصفة الأجنبية كان العقد دولياً³. وعلى ضوء ذلك ووفقاً لهذا المعيار فإن العلاقة في عقود الاستثمارات الأجنبية تعد دولية وذلك بسبب لكون المستثمر الاجنبي من جنسية تختلف عن جنسية الدولة المضيفة للاستثمار. وفي المعيار القانوني فإن العلاقة تعد دولية مهما كان العنصر الذي يتخلل العلاقة سواء أكان فعال أم غير فعال، وغير مؤثر.

ولقد انتقد هذا المعيار لكونه يؤدي الى تطبيق القانون بشكل آلي وجامد، إذ يطبق بموجبه القانون الاجنبي كلما ارتبط بعنصر من عناصر العلاقة، في حين أن العنصر الاجنبي قد يكون امراً عارضاً لا علاقة له بالتجارة الدولية أو مصالحها، إذ قد يكون تطرق الصفة الأجنبية للعلاقة العقدية ذات طابع نسبي، فما يكون مؤثراً في عقد قد لا يكون كذلك في عقد آخر⁴.

وهناك من ذهب الى معيار القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأجراءات الخاصة بالتحكيم، فإذا كان هذا القانون هو القانون الداخلي فإن التحكيم يعد داخلياً أما إذا كان القانون اجنبياً، أو إذا كانت هذه الإجراءات مستمدة من نصوص اتفاقيات دولية أو أجنبية عندها يعد التحكيم دولياً⁵. ولكن للانتقادات العديدة التي وجهت الى هذا المعيار، ومنها ان احتمال سير إجراءات التحكيم في دول عدة سيقود الى تعدد القوانين التي تحكم أجراءاته نتيجة لتنقل المحكمين بين دول عدة، ومن ثم كيف سيتمكن تحديد دوليته من عدمه بالنسبة للمحكم الذي طبق قانون بلده مع القوانين الأخرى⁶.

ولهذا اتجه آخرون الى تحديد هذا المعيار لمعرفة صفة التحكيم بمكان صدور قرار التحكيم فإذا صدر داخل الدولة يعد داخلياً، أما إذا صدر خارج الدولة فيعد دولياً⁷. وان كان قد أخذ على هذا القول عدم دقته، خاصة في الحالات التي يعين الأطراف فيها مكاناً للتحكيم ويطبقون قانون آخر

قاعدة أمرة تتعلق بالنظام العام في القانون الداخلي، تعد من النظام العام في مجال العلاقات الدولية. ينظر د. سراج حسين، مصدر سابق، ص 155.

¹ د. ابراهيم أحمد ابراهيم، مصدر سابق، ص 47

² ينظر د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1992، ص 20 ود. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 419.

³ ينظر د. أحمد عبد الكريم سلامه، المختصر في قانون العلاقة الدولية، ط 1، دار النهضة العربية، 1987، ص 16. ود. فريد فتیان، تنازع القوانين من إذ المكان، بحث منشور في مجلة القضاء، صادرة عن نقابة المحامين في بغداد، العدد الثاني والثالث، السنة الحادية عشرة، كانون الثاني، 1953، ص 19.

⁴ ينظر في هذه الانتقادات خليل ابراهيم خليل، القانون الواجب التطبيق على سند الشحن في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل، سنة 2005، ص 67.

⁵ من القائلين بهذا المعيار د. ابراهيم أحمد ابراهيم، مصدر سابق، ص 60، ود. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 1، الجنسية والمواطن وتمتع الاجانب بالحقوق، ط 1، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص 160.

⁶ د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 37.

⁷ ينظر د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص 75. ود. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في القانون الواجب التطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 61.

غير قانون دولة المكان المختار وعندها يعد التحكيم أجنبياً بالنسبة للدولة التي جرى على أقليمها التحكيم بسبب تطبيق القانون الأجنبي.¹

في حين أخذ البعض بمعيار جنسية الأطراف أو محال اقامتهم أو جنسية المحكمين لتحديد صفة التحكيم إذ يعد التحكيم دولياً إذا ما اختلفت جنسية الخصوم، أو محال اقامتهم، أو جنسية المحكمين، وعلى العكس من ذلك يكون التحكيم داخلياً، إذا ما توافقت جنسية الخصوم، أو محال اقامتهم، أو جنسية المحكمين.²

وأخيراً ذهب جانب من الفقه الى عد التحكيم داخلياً متى ما كانت كل عناصر موضوع النزاع الذي يحل بالتحكيم وطنية، ويخضع هذا التحكيم للقانون الوطني وحده، أما التحكيم الدولي فهو التحكيم الذي يهدف الى حل المنازعات المالية ذات الطابع الدولي، أي المنازعات التجارية المشتعلة على عنصر أجنبي.³

ولقد أخذ قانون المرافعات الفرنسي بالاتجاه الأخير إذ عد التحكيم دولياً إذا ما تعلق بالمصالح التجارية الدولية، وهذا ما نصت عليه م(1492) منه بأنه "يعد دولياً التحكيم الذي يضع في ميزانه مصالح التجارة الدولية".⁴ واعمالاً لهذا النص قضت محكمة أستئناف باريس في حكمها الصادر في 5 ابريل لسنة 1990 بأنه لكي يكون التحكيم دولياً "يكفي في هذا الصدد أن تتضمن العملية الاقتصادية انتقالاً للأموال، أو الخدمات، أو لمصالح عبر الحدود، وفي المقابل فإن جنسية الشركات المعنية والقانون الواجب التطبيق على العقد أو التحكيم وكذلك مكان التحكيم لا يكون له اي أثر في هذا الشأن".⁵ وفي قضية أخرى هي قضية (mardele)، التي تتلخص وقائعها في عقد بيع أبرم بين فرنسيين موضوعه تصدير كمية من القمح من دولة تشيلي الى فرنسا، وقد تضمن العقد شرط تحكيم يقضي بأن يحل النزاع وفقاً لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب، ألا ان محكمة باريس قررت بطلان شرط التحكيم الذي يقضي بأن يحل النزاع وفقاً لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب بحجة أن العقد لا يعد دولياً لكونه قد أبرم في فرنسا وأن أطرافه يحملون الجنسية الفرنسية، ومكان الدفع والتنفيذ هو فرنسا ومن ثم فإنه يخضع لأحكام القانون الفرنسي، ولا يمكن أن يتحرر من القواعد الأمرة فيه التي تقرر بطلان شرط التحكيم الوارد في العقود الوطنية، بيد ان محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم السابق وقضت بصحة شرط التحكيم لكونه وارداً بصدد

¹ د. حسني المصري، مصدر سابق، ص 46.

² د. أشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص 221 ود. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 52.

³ للزيادة في الاطلاع حول هذه المعايير ينظر د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص 300 وما بعدها ود. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص 188 وما بعدها.

⁴ قبل صدور قانون المرافعات الفرنسي الحالي لسنة 1981 كان السائد الاكتفاء بتوافر العنصر الأجنبي في العلاقة الأصلية التي أبرم الاتفاق بصدها سواء أكان هذا العنصر متأثراً من اختلاف جنسية المتعاقدين أم مواطنهما أم واقعتها المنشأة أو مكان وجود المال ليعد التحكيم دولياً، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام 1980 في قضية tradieu poul والتي تتعلق وقائع النزاع فيها بعقد أبرم في باريس في 8 يوليو 1977 بين شركة فرنسية (bourdun) والسيد (trdieu) الفرنسي الجنسية وبموجبه أوكلت الشركة للأخير بأن يمثلها لغرض بيع منتجاتها في كولمبيا، وقد أدرج في هذا العقد شرط تحكيم يشير الى اختصاص محكمة غرفة التجارة الدولية في باريس لفض الخلافات التي قد تنشأ عن هذا العقد، بيد أن الشركة تجاهلت هذا الشرط و رفعت الأمر الى القضاء الفرنسي مما دعى السيد (trdieu) الى الدفع بعدم اختصاصها أستناداً الى شرط التحكيم الوارد في العقد، وقد قبلت المحكمة هذا الدفع وقررت عدم اختصاصها لكون العقد يعد دولياً وأن شرط التحكيم الوارد بضمينه يعد صحيحاً تبعاً لذلك، ألا أن الشركة طعنت بهذا الحكم أمام محكمة الاستئناف التي نقضت الحكم بحجة أن الحكم لا تتوفر له الصفة الدولية لكون العقد قد أبرم في فرنسا وأن طرفيه يحملان الجنسية الفرنسية وأنهما أقرا خضوع النزاع للقانون الفرنسي، كما أن عملة الوفاء هي الفرنك الفرنسي واللغة التي كتب بها العقد هي الفرنسية و من ثم فإن الشرط يعد باطلاً لوروده بصدد علاقة وطنية وأن الاختصاص بنظر النزاع المترتب عن العقد يدخل في اختصاص محكمة باريس الابتدائية".

أشار اليه حميد فيصل، مصدر سابق، ص 14.

⁵ أشار اليه د. سراج حسين، مصدر سابق، ص 166.

عقد دولي ، وأستندت في تقريرها الدولية أنه يتصل بمصالح ومقتضيات التجارة الدولية¹.

وهذا ما اخذت به ايضاً بعض أحكام التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية كالحكم الصادر في 4 تموز 1972 المتعلق بإقرار صحة شرط التحكيم في عقد ابرم في هولندا بين شركة هولندية وفرنسي الجنسية ، اصبح وكيلاً لها في فرنسا لتسويق منتجاتها وقد اعتمدت هيئة التحكيم على ارتباط العلاقة بالتجارة الدولية لعد التحكيم دولياً. وفي حكم آخر في قضية شركة نفط كاليفورنيا الآسيوية وشركة نفط تكساس عبر الحدود الليبية في عام 1981 عندما قال المحكم " من غير المشكوك في كون عقود الامتياز محل النزاع عقوداً دولية سواء من الناحية الاقتصادية او القانونية لأنها تمس مصالح التجارة الدولية، ولأنها تتضمن عناصر ارتباط بدول مختلفة"².

وهو النهج ذاته في القانون المصري³، الذي عد التحكيم دولياً إذا ارتبط أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية بالصفة الأجنبية ، وذلك حسب نص م(3) من قانون التحكيم المصري النافذ⁴.

أما بالنسبة للقانون العراقي فالبرجوع الى قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 الذي نص في م(27) ف(4) منه على "إذا كان أطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها اللجوء الى التحكيم، وفقاً للقانون العراقي، أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً". يتضح أنه قد أخذ بالنوعين معاً ، فعبارة (أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً) تعني أنه يجوز اللجوء الى التحكيم الدولي لغرض حل النزاع الاستثماري، اما قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ فنلاحظ أنه خصص ست وعشرين مادة من م(251-276) لتنظيم امور التحكيم من الاتفاق عليه لحين صدور الحكم وتنفيذه من دون ان توجد اي اشارة الى التحكيم الدولي، وإنما تقتصر تلك الأحكام على التحكيم الذي يجري في العراق وأن كان بين أطراف اجانب، إذ أنه حتى وأن كان موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية وكان كلا

¹ Francois Rigaux، Droit Intrational prive، Brouxelles، 1987، p.138

وقد اتبعت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 9 تشرين الثاني 1984 النهج نفسه حينما انتهت الى دولية العقد المبرم في السويد بين شركة سويدية وفرنسي تم بمقتضاة تحويل هذا الاخير الحق في تسويق منتجات الشركة في فرنسا بوصفه وكيلاً عنها واستندت المحكمة في تقرير دولية العقد الى كونه قد ابرم في الخارج مع شركة اجنبية ، وهو ما يفيد توافر المعيار القانوني المستمد من العناصر الأجنبية التي تتضمنها العلاقة الاستثمارية و اشارت المحكمة في معرض تأكيدها لدولية العقد ايضاً الى ما ستؤدي اليه العملية العقدية من تشجيع التصدير الى فرنسا لبضائع تم انتاجها في دولة اجنبية وهو ما يعني تحقق مصالح التجارة الدولية . اشار اليه د. هشام خالد ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص 93-94 .

² اشار اليها خليل ابراهيم خليل ، مصدر سابق ، ص 71 .

³ ينظر الأمر ذاته في قانون التحكيم التجاري الدولي رقم 9 لسنة 1994 البحريني م(1) وم(48) من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993 وم(458) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم 93 لسنة 1993 وم (1) من مشروع قانون التحكيم السوري لسنة 2006 .

⁴ تنص م(3) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على "يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الاحوال الآتية:-"

=1- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت ابرام اتفاق التحكيم فإذا كان لأحد الطرفين مراكز عديدة ، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم و إذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل اقامته المعتاد .

2- إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء الى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية او خارجها.

3- إذا كان موضوع النزاع الذي يشملته اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة.

4- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت ابرام اتفاق التحكيم وكان أحد الاماكن الآتية واقعا خارج هذه الدولة:-

أ - مكان اجراء التحكيم كما يعينه اتفاق التحكيم و اشار الى كيفية تعيينه .

ب - مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة الى العلاقات التجارية بين طرفين . ج

- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع .

أطراف النزاع أو أحدهم من الأجانب فإن القانون العراقي يعد التحكيم داخلياً ما دام يتم في العراق¹.

أما بالنسبة لاتفاقيات التحكيم فقد نصت م(1) من اتفاقية نيويورك لعام 1958 لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أن أحكام الاتفاقية تطبق على قرارات المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب منها الاعتراف وتنفيذ الأحكام على إقليمها، أي أن الاتفاقية قد اخذت بمكان صدور القرار لتحديد مدى دوليته.

أما الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 فقد نصت في م(1) منها على أنها تسري على " اتفاقات التحكيم المبرمة لتسوية المنازعات الناشئة، أو التي ستنشأ عن عمليات التجارة الدولية بين الاشخاص الطبيعية، أو المعنوية التي تقع محل أقامتها أو مقرها في دول متعاقدة مختلفة لحظة إبرام الاتفاق "².

مما يتضح معه أنها تشترط لاكتساب التحكيم الصفة الدولية أن تكون المنازعات متعلقة بالتجارة الدولية وإن يكون محل إقامة الأطراف، أو مقرهم في دول مختلفة وذلك لحظة إبرام اتفاق التحكيم. وبالاتجاه نفسه أخذت اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية لعام 1965 في نص م(25) منها³.

وفي العقود محل البحث يكون التحكيم دولياً وذلك بسبب وجود العنصر الأجنبي المتمثل بالمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفه للاستثمار أو أحد الأجهزة التابعة لها، وكذلك قد يكون التحكيم داخلياً، وذلك في حالة اتفاق الأطراف في عقود الاستثمارات الأجنبية على تطبيق أحكام القانون الداخلي في الدولة المضيفه للاستثمار وعليه فلا يقتصر التحكيم على نوع واحد وإنما يشمل كلا النوعين، وذلك تبعاً للجهة التي تنظر به والقانون الذي يحكمه .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وتمييزه عما يشبهه به

لتوضيح الشكل القانوني للتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية فأنا سنبين الطبيعة القانونية من جهة وتحديد ما يميزه مما عداه من أوضاع قانونية أخرى تقترب معه في الغايه او النتيجة من جهة أخرى، وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين نحاول ان نستجلي في المطلب الأول الطبيعة القانونية لهذا التحكيم، في حين سيكون الثاني مخصصاً لاستيضاح ما يميزه عن غيره من الأوضاع القانونية التي تشبهه به .

¹ في حين ان القانون الاستثماري الكوردستاني بين في م(17) منه ان التحكيم هو طريق استثنائي لا يتم اللجوء اليه إلا بعد تعذر الحل الودي ، وفي حالة اللجوء اليه فيطبق أحكام التحكيم المنظمه في القوانين الداخليه او في القوانين والاتفاقيات الدوليه إذ نصت هذه المادة على ان "تحل المنازعات الاستثماريه وفق العقد المبرم بين الطرفين وعند عدم وجود فقره فيه بهذا الخصوص تحل بطريقه وديه وبتراضي الطرفين، وفي حالة تعذر الحل الودي يجوز للطرفين اللجوء الى التحكيم المبينه أحكامه في القوانين المرعية في الأقليم أو وفقاً لأحكام تسوية المنازعات الواردة في أي من الاتفاقيات الدوليه او الثنائيه التي يكون العراق طرفاً فيها " .

² الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على الموقع الالكتروني <http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.genev.1961/doc>

³ ينظر اتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار على الموقع الالكتروني <http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/documents/rpid%20documents/rpo4012h>

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

لقد اختلفت الاراء الفقهيه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم فقد تجاذبته عدة اتجاهات، عده الاتجاه الأول ذا طبيعته اتفاقية أو تعاقدية، في حين وصفه الآخر بأنه ذو طبيعته قضائية وبين هذا وذاك ظهر اتجاه ثالث مزج بين الاتجاهين الأول والثاني ليعيد التحكيم ذا طبيعة مختلطة، واخيراً نادى اتجاه رابع بالطبيعة الخاصة المستقلة للتحكيم، الأمر الذي يوجب علينا تقسيم هذا المطلب على أربعة فروع نخصص كل منها لبيان ما ذهب اليه كل اتجاه من هذه الاتجاهات على حده وعلى التفصيل الآتي .

الفرع الأول

الطبيعة الاتفاقية للتحكيم

ذهب جانب من الفقة الى الاعتداد بأرادة أطراف التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية كأساس قانوني لتحديد طبيعته على اعتبار أنها المنهل الذي يستمد منه هذا الاتفاق قوته الملزمه، إذ أن الأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات التي يوفرها النظام القضائي ويكتفون بما يوفره التحكيم من مزايا للأطراف¹.

فالتحكيم في عقود الاستثمار يقوم عندهم على أرادة الأطراف التي تبدو واضحة في الاتفاق عليه أولاً ، والاتفاق على انواعه ، والاتفاق على القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التي يتبعها المحكمون الاستثماريون ، والاتفاق على البلد الذي يجري فيه التحكيم للاستثمار ، والاتفاق على الجهة التي تتولى التحكيم في الاستثمار وغيرها من الامور التي تخضع أبدياً لأرادة الأطراف².

بمعنى أن الأطراف المتنازعة عند اتفاقهم على التحكيم لعقود الاستثمار يتفقون ضمناً على التنازل عن المثل أمام القضاء والدعوى الناشئة عنها ويخولون المحكم الاستثماري سلطة الفصل في النزاع ، وأن مصدر هذه السلطة هي أرادتهم ، وعلى هذا الاساس فلا يمكن ان تكون هذه السلطة قضائية لأنها تستند الى ارادة الأطراف المتنازعة ومن ثم فان مصدر القوة التنفيذية لقرار التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع فهو يفسر أكتساب هذه القرارات لقوة الشيء المقضي به وعدم قابلية الطعن فيها على اساس توافقه مع ارادة الأطراف المتنازعة³.

وعليه ووفقاً لما يراه أصحاب هذا الجانب فإن إجراءات التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وأن كانت تشبه الى حد ما الإجراءات القضائية، ألا أنه مع ذلك لا تسري عليها قواعد المرافعات المدنية والتجارية ، كما ان المحكمين الاستثماريين يتصرفون بصفة وكلاء أو مفوضين عن

¹ من انصار هذا الاتجاه د. ابراهيم أحمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص30 ود. ابراهيم حرب محيسن ، طبيعة الوضع بالتحكيم في المواد المدنية ، دار الثقافة ، عمان ، 1991 ، ص28 ود . عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000 ، ص29 .

² ينظر محمد جمال طاهر ، حل المنازعات الرياضية بالتحكيم ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة الموصل سنة 2005 ، ص30 ، د. ابو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص89

³ د . أحمد منعم ناجي ، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، ط1 ، مركز البحوث اليمني ، صنعاء ، 1994 ، ص19 .

الأطراف ليس الا، كما ان التحكيم في عقود الاستثمار يختلف عن القضاء إذ يهدف القضاء الى تحقيق مصلحة عامه بينما يهدف التحكيم في عقود الاستثمار الى مصلحة خاصة، ومن ثم لا يتقيد المحكم الاستثماري بقواعد القانون بعكس القاضي الذي لا يملك غير تطبيق القانون¹.

فضلاً عن أنه لا مفر من أن يكون القاضي وطنياً باعتبار ذلك من مظاهر السيادة التي تحرص الدول عليها بعكس المحكم الاستثماري الذي يمكن ان يكون اجنبياً ، كذلك لا محل لأعتبار المحكم الاستثماري "بخلاف القاضي" منكرًا للعدالة إذا لم يقيم بالواجب المناط به².

هذا وان الواضح من نص م(265) ف(2) من قانون المرافعات العراقي على أن القانون العراقي يأخذ بالطبيعة الاتفاقية إذ تنص هذه المادة أنه "إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيد بأجراءات المرافعات وقواعد القانون الا ما تعلق منها بالنظام العام"، إذ ان عبارة اعفاء المحكمين من التقيد بأجراءات المرافعات وقواعد القانون تعني جواز الاتفاق على صيغة يتم من خلالها حسم النزاع من دون الرجوع الى القواعد المذكورة شريطة عدم تعارضها مع النظام العام .

هذا ولم تحدد قوانين الاستثمار طبيعة التحكيم عند اللجوء اليه إذ أنها نصت فقط بجواز اللجوء اليه لحل المنازعات الاستثمارية من دون تحديد طبيعته فيها.

وقد وجد هذا الاتجاه صدى لدى محكمة النقض الفرنسية في وقت مبكر فقد اكدته في حكمها الصادر في 27 يوليو 1937 الذي سجلت فيه "أن قرارات التحكيم الصادرة على اساس مشاركة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة، وتشاركها في حقيقتها التعاقدية"³. كما سار القضاء المصري على خطا القضاء الفرنسي في أخذه بهذا الاتجاه⁴.

وعلى الرغم من لهذا الاتجاه من فضل في إبراز الدور الذي يؤديه الاتفاق في مجال التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، لكن يؤخذ عليه أنه عد اتفاق الأطراف تنازلاً ضمنيًا عن الدعوى، وهذا الكلام غير صحيح إذ أن تنازل شخص عن حق من حقوقه وأن كان يمنعه من المطالبة به مرة أخرى ، إلا أن هذا الأمر هو خلاف لما موجود في التحكيم في عقود الاستثمار وعلى الاخص في التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية الاختياري إذ يحق للأطراف الغاء اتفاق التحكيم للاستثمار ورفع الدعوى أمام المحاكم المختصة اصلاً⁵.

كما أنه غالى في اعطاء الدور الاساسي لأرادة الأطراف مع أنهم في واقع الأمر لا يطلبون من المحكم الاستثماري الكشف عن أراذتهم وأنما الكشف عن ارادة القانون في الحالة المعنية⁶.

الفرع الثاني

الطبيعة القضائية للتحكيم

تقوم الطبيعة القضائية للتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية على تغليب المهمة التي يقوم بها المحكم الاستثماري والغرض من هذا النظام من دون الوقوف عند اتفاق الأطراف فقط ، وهو ما

¹ د. ابراهيم حرب محيسن ، مصدر سابق ، ص 31.

² د. ابو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص 24 .

³ اشار لهذا الحكم د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق، ص 39 .

⁴ فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها الى القول "بأن اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وان كان مرتكزاً اساساً الى حكم القانون الذي اجاز سلب اختصاص جهة القانون الا أنه يبنى مباشرة وفي كل حالة على اتفاق الطرفين وهذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم تتخذ قواماً لوجوده بجعله غير متعلق بالنظام العام". ينظر قرارها المرقم 3492 الصادر في 2000/3/23 الذي اشار اليه حميد فيصل ، مصدر سابق ، ص 30 .

⁵ محمد جمال طاهر ، مصدر سابق ، ص 31 .

⁶ د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص 32 .

رآه بعض من الفقه الذين ذهبوا الى لزوم تغليب المعايير الموضوعية المتمثلة بالمهمة التي توكل الى المحكم الاستثماري والغرض من نظام التحكيم في عقود الاستثمار على المعايير الشكلية¹، ومن ثم فإن تناول المحكم في مجال الاستثمار المنازعة وبيان كيفية حلها هو ما يحدد طبيعة المهمة التي يقوم بها التي يمكن ان يوصف تبعاً لها كقاضي يتم اختياره قبل الأطراف ليقول حكم القانون ، كما أن اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وإن مثل الاداة المنشأة لهذا النظام ، فإن ذلك لا يؤثر على اصل وظيفة المحكم في الاستثمار الأجنبي وكونها وظيفة قضائية كما أنه لا يغير من طبيعتها خاصة وإن الإرادة يمكن ان تلعب ادواراً متعددة أمام قضاء الدولة من دون ان يؤدي ذلك الى نفي الطابع القضائي لهذا الأخير، ومثال ذلك رفع الدعوى بالإرادة المنفردة والاتفاق على اختصاص محكمة أخرى والاتفاق على رفع النزاع أمام محاكم دولة أخرى².

فضلاً عن ان التحكيم في عقود الاستثمار يستجمع عناصر العمل القضائي الثلاثة والمتمثلة الادعاء والمنازعة والعضو وإن المحكم الاستثماري يعد قاضياً بحكم وظيفته وهي الفصل في المنازعات ، ولا يستمد سلطته من عقد التحكيم وحده ، وإنما من إرادة المشرع التي تعترف به، إذ إن إرادة الأفراد لا تكفي لخلق التحكيم لولا منح المشرع لهذه الصفة³.

ويرى الأستاذ أحمد أبو الوفا بأن الصفة القضائية هي التي تتغلب على التحكيم بقوله "إذا كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم، وإذا كان يخضع لقواعد القانون المدني من إذ انعقاده فإنه يخضع لقواعد قانون المرافعات من إذ اثاره ونفاذه وأجرائه وإذا كان يبطل بما تبطل به العقود فإن حكمه يطعن فيه في كثير من التشريعات كما يطعن بالأحكام وينفذ كما تنفذ الأحكام"⁴.

ولقد وجهت لهذا الاتجاه انتقادات عدة من أبرزها أن هناك فرق بين القاضي والمحكم في مجال الاستثمار فمهمة القاضي ليست فصل النزاع فحسب ، بل له سلطة ولائية " الجبر والأمر " بخلاف المحكم في مجال الاستثمار الذي يقصر دوره على حل النزاع المعين ويمنح مهمة القاضي بصفة مؤقتة وبخصوص نزاع معين ، هذا فضلاً عن ان القواعد المنظمة للقضاء لا تطبق على التحكيم في مجال الاستثمار الأجنبي. إذ إن القواعد التي يخضع لها الأخير مغايرة عن تلك التي يخضع لها القضاء⁵.

ويبدو أن الرأي القائل باعتبار التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية عملاً قضائياً يجد ما يعززه فيما قرره قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981، من وجوب تسبب أحكام المحكمين الاستثماريين وتضمينها ببيانات معينة كما في الأحكام القضائية ، فضلاً عن اعترافه لها بقوة الأمر المقضي فقد نصت م(1471) منه وبغير تحفظ على ضرورة تسبب أحكام التحكيم في مجال الاستثمار الأجنبي ، ونصت م(1472) على البيانات التي يجب أن يشتمل عليها حكم التحكيم في عقود الاستثمار وإلا تعرض للبطلان كما نصت م(1476) على تمتع الأخير بقوة

¹ يقصد بالمعايير الشكلية الصيغة القانونية التي ينشأ بها الالتزام وهو هنا اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي ، أي أن حكم المحكم الاستثماري يستمد قوته من اتفاق التحكيم في الاستثمار فقط بمعزل عن طبيعة المهمة الملقاة على عاتقه د. فتحي والي ، مبادئ قانون القضاء المدني ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1975 ، ص 75 .

Pevichicru Bellin ، Larbitrage Nature Jurdique Droit Anterne Et Droit International ، Paris ، 1966 ، p.105. Et Motulsqy (Henru) ، Ecrits Etudes Etnotsur ، Larb rirrage ، Dalloz ، Paris ، 1960 ، p ، 9 .

ود. فتحي والي ، مصدر سابق ، ص 73 ود. أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص 19 ود. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص 33 .

³ د. أحمد أبو الوفا ، مصدر سابق ، ص 20 .

⁴ نقلاً عن د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص 18 .

⁵ د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ط 1 ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2003 ، ص 36 .

الأمر المقضي بمجرد صدوره مما حدا بالبعض الى القول بأن المشرع الفرنسي قد أضفى على أحكام التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية طابعاً قضائياً سواء من إذ الشكل أو من إذ الآثار.¹ ومما تجدر الإشارة إليه أن القضاء الفرنسي قد أخذ بالطبيعة القضائية في بعض الأحكام الصادرة عنه إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 12/4/1979 بأن "حكم المحكم يشبه الحكم القضائي من إذ اكتسابه الحجية من صدوره ومن إذ جواز إستئنافه منذ صدوره من دون انتظار لاعطاءه الصيغة التنفيذية".²

الفرع الثالث

الطبيعة المختلطة للتحكيم

ازاء الانتقادات التي وجهت للاتجاهين السابقين فقد ظهر اتجاه ثالث يأخذ أصحابه بتحديد طبيعة التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية طبيعة مختلطة تمزج بين الطبيعة الاتفاقية والقضائية معاً ، فهم لا يصفون على التحكيم في مجال الاستثمار طبيعة واحدة من بدايته الى نهايته بل يصفون كل مرحلة من مراحل على حدة ويعطونها التكييف القانوني المناسب لها، إذ أنهم يرون ان للتحكيم في مجال الاستثمار مرحلتان الأولى: هي المرحلة التعاقدية التي تبدو واضحة في اختيار الخصوم للأخير والقانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع والثانية: تحول المرحلة التعاقدية الى قضائية بفضل تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ إليها أطراف النزاع الأستثماري لأعطاء قرار التحكيم في عقود الأستثمار القوة التنفيذية عن طريق أمر التنفيذ إذ يتحول من قرار التحكيم في مجال الأستثمار الى حكم قضاء.³

ولا يعد قرار التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وفقاً لهذا الاتجاه قراراً قضائياً إلا بعد حيازته لأمر التنفيذ في البلد المطلوب تنفيذه فيه، إذ يخضع بالضرورة عند تنفيذه لقواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية.⁴

وعلى الرغم من محاولة الأخذين بهذا الاتجاه تجنب الانتقادات التي وجهت الى الاتجاهين السابقين بمحاولتهم الجمع بينهما والقول بالطبيعة المركبة للتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية ، الا أنهم لم يستطيعوا ترجيح أيهما على الأخرى ،ومن ثم فهو لا يتعدى كونه حلاً توفيقياً

¹ د. حسني المصري ، مصدر سابق ، ص 14 .

² وكذلك قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ابريل عام 1945 بأن أطراف الخصومة الأستثمارية بالتجائهم الى التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية انما يعبرون عن أرادتهم في إعطاء المحكم الأستثماري سلطة قضائية إذا أنه عدل عن الطبيعة التعاقدية بعد ذلك و لجأ الى الطبيعة القضائية ينظر د. مصطفى محمد الجمل و د. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص 43.

³ ينظر د. عز الدين عبد العال ، مصدر سابق ، ص 20 و د. ابو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص 33 و د. صادق محمد جبران ، مصدر سابق ، ص 20 . وعيد الرسول كريم ، الاعتراف في الأحكام القضائية وقرارات التحكيم ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون ، جامعة بابل ، سنة 2002 ، ص 79.

⁴ د. ابو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص 33 .

لا تنتهي عنده المشكلة ، فلا يكفي لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في مجال الاستثمار القول بأنه يبدأ باتفاق وينتهي بحكم قضائي من خلال وضع حيز مني فاصل ينحسر فيه الطابع الاتفاقي للاخير تاركاً المجال لبروز طابعه القضائي . هذا بالإضافة الا ما يقرره هذا الاتجاه من نتائج تخالف الواقع، وذلك لامكانية بروز الطابعين الاتفاقي والقضائي معاً منذ الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وحتى الانتهاء منه بتنفيذ حكم المحكم الاستثماري ، فإذا كان التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية يبدأ من الاتفاق عليه ، فإن هذا الاتفاق ليس بعيداً تماماً عن الطابع القضائي ، خاصة وأن موضوعه هو إقامة نظام قانوني يحل محل القاضي في الفصل في النزاع ، ومن جهة أخرى فإن الحكم الذي ينتهي به التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية ليس بمقطوع الصلة عن اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية فيما يخص سير خصومة التحكيم في مجال الاستثمار وأجراءات الفصل فيها ، ومن هنا كان الخلاف حول النقطة التي ينتهي عندها الطابع التعاقدي ويبدأ الطابع القضائي¹ .

الفرع الرابع

الطبيعة الخاصة للتحكيم

ازاء الانتقادات التي وجهت الى الاتجاهات الثلاث السابقة ، فقد حدد جانب آخر من الفقه طبيعة التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية من خلال عدّة ذا طبيعة وكيان مستقل بذاته في حل المنازعات ويختلف عن العقد والقضاء ، فهو يرمي الى تحقيق العدالة بطرق مختلفة عن القضاء ، كما ان العقد ليس هو جوهر التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية بدليل أنه لا يوجد في التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية الإجباري، ولهذا فإنه لايجاد الطبيعة القانونية للاخير لا بد من اجراء تحليل للعناصر التي تدخل في تكوينه².

فالتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية يتكون من عنصرين هما اتفاق التحكيم في مجال الاستثمار وقضاء المحكم الاستثماري ، وجهد الفقيه يجب أن لا يتوجه الى إذابة أحدهما في الاخر أو الى محاولة صنع كائن موحد من بعض عناصر كل منهما ، وإنما الى تحليلهما تحليلاً دقيقاً يكشف عن الخصائص المميزة لكل منهما فأتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية من جنس العقد ولكن له خصائص ذاتية تميزه عن غيره من العقود ، وفصل المحكم الاستثماري في المنازعة من جنس القضاء، ولكن له من الخصائص الذاتية التي تميزه عن القضاء³.

فهدف اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية ليس إقامة علاقه أبتدائية بين الطرفين وإنما تسوية الآثار الناشئة عن علاقه سابقة قائمة فعلاً وموضوعه ليس التراضي على تسوية النزاع مباشرة وبشكل نهائي، وإنما إقامة كيان عضوي فرداً أو هيئة ترفع إليها ادعاءات الخصوم ويفصل فيها بشكل مستقلٍ عنهما .

أما عمل المحكم في مجال الاستثمار في حسم النزاع ،فأنما يتم وفقاً للمبادئ العامة في النظام القانوني للدولة الذي يسري على كافة الهيئات ذات الصلة القضائية ، إذ أنه وبعد أن يبرم اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية لتعين الجهة التي تتولى الفصل في القضية موضوع

¹ لمزيد من التفصيل حول هذه الانتقادات ينظر د.أبراهيم أحمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص40.

² نظر د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق، ص45 ود. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر سابق ، ص26 .

³ د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984 ، ص71.

النزاع تباشر الأخيرة وظيفتها القضائية في حسمه مستقلةً عن إرادة أطرافه وعليه فإن التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية قضاء اتفاقي والقرارات التي تصدر عنه قرارات قضائية ولكنها ذات طبيعة خاصة¹.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر عام 2002 بأن التحكيم "طريق استثنائي لفض المنازعات وسلباً لاختصاص القضاء"² أي أنها أخذت بالطبيعة المستقلة للتحكيم.

ويظهر من كل ما تقدم أنه وعلى الرغم مما لأرادة أطراف النزاع من دور كبير في إبرام اتفاق التحكيم في مجال الاستثمار وتعيين المحكمين الاستثماريين واختيار وقت ومكان وأجراءات التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وتحديد القانون الواجب التطبيق، فلا يمكن عد التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية ذو طبيعة اتفاقية "تعاقدية" خالصة ذلك أن هذه الإرادة لم تتعدى في حقيقة الأمر الطلب من المحكمين الاستثماريين تطبيقها من دون تطبيق القانون إذ يبقى القانون هو الذي يعطي لهذه الإرادة مجالاً معيناً تدور في فلكه دون أن تتخطاه، فلا يجوز لها مثلاً الاتفاق على مخالفة القواعد الأمرة والتي تعد من النظام العام. هذا فضلاً عن أن إرادة الأطراف تفقد دورها بمجرد إبرام عقد التحكيم في مجال الاستثمار ليأتي بعدها دور المحكم الاستثماري في الفصل في النزاع وهو الدور الرئيس في العملية بأكملها.

وعليه فإذا كان من الممكن التسليم بالصيغة العقدية لاتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية سواء أكان في صورة شرط أم مشاركة فإن هذا الأمر لا يمكن القول به بالنسبة لقرار التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية.

وهو الحكم ذاته فيما يخص القول بالطبيعة القضائية البحتة للتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، وذلك لأمكانية الرجوع عنه واللجوء الى القضاء في حسم النزاع القائم حتى في الاحوال التي يصدر فيها المحكم الاستثماري قراره، لابل حتى عندما يعرض القرار على المحكمة من أجل منحه أمر التنفيذ، إذ لأطراف النزاع ان يتمسكوا بأمر البطلان وهذا امر غير جائز بالنسبة لأحكام وقرارات القضاء³.

وكذلك لا يمكن عد التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية ذو طبيعة مختلطة فعلى الرغم من ان الأخذ بهذه الطبيعة قد بينت الطابع الاتفاقي والقضائي الذي يتمتع به التحكيم في مجال الاستثمار الا أنها وضعت حد زمني يفصل بينهما، وهو أمر محل نظر لأن الطابع الاتفاقي يلزم الطابع القضائي منذ بداية الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وحتى إصدار القرار وتنفيذه.

الأمر الذي يحدونا الى القول بأن الاتجاه الذي يرى في تحديد طبيعة التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية بأنها طبيعة خاصة مستقلة تقوم على أنه يمكن أن يمثل قضاء ولكنه اتفاقي ومن ثم فإن القرارات التي تصدر عنه هي قرارات ذات طبيعة خاصة، هو الاتجاه الاقرب للدقة ذلك لأنه لم يغفل الطابع الاتفاقي والقضائي في كل مرحلة من مراحل عملية التحكيم في مجال الاستثمار، إذ أن الخصوصية التي تمتاز بها هذه العقود تجعل من الطبيعة المستقلة الحل الأمثل، وذلك بسبب عدم وجود قضاء متخصص بالاستثمار الذي يتطلب الخبرة والمهارة والعلم الكافي بقضايا الاستثمار من أجل الوصول الى عدالة الحكم.

إذ يمكن أن يعد التحكيم في عقود الاستثمارات الاجنية نوعاً خاصاً أفرزته مقتضيات التجارة الدولية فكان من العوامل الرئيسة التي شجعت الاستثمار نظراً لما يمتاز به من سرعة في

¹ عبد الرسول كريم، مصدر سابق، ص78.

² الطعن رقم 820 جلسة 2002/11/25 مشار اليه في مؤلف د. عبد الفتاح مراد، موسوعة مراد لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية، ج5، من دون اسم مطبوعة وسنة طبع، ص339.

³ ينظر م (1502، 1503) من قانون المرافعات الفرنسي وم(58) من قانون التحكيم المصري وم (273، 274) من قانون المرافعات العراقي.

الأجراءات و قلة في النفقات و طابع السرية الذي يسوده ، لذلك يكون من الضروري تقرير نظام خاص بالتحكيم الدولي يتواءم مع ما تمتاز هذه العقود به من سمات عن تميزها عن غيرها. وعليه فان التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية ينأى بنفسه ليؤسس مكاناً خاصاً له بين بقية الانظمة القانونية القائمة باعتباره قضاءً خاصاً ، ومن الخطأ الزج به في أحضان الأنظمة القانونية القائمة عقدياً كانت أو قضائية حتى وأن تشابه معها في بعض الوجوه .

المطلب الثاني

تمييز التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية مما يشته به من اوضاع

نظراً لان التحكيم ليس النظام الوحيد الهادف الى حسم المنازعات، إذ توجد انظمه أخرى تتشابه معه إذ يتدخل فيها شخص من غير أن يعرفه الخصوم في علاقاتهم القانونية، فكما يتدخل الغير كمحكم فإنه يتدخل في نظام الصلح وكذلك قد يتدخل بوصفه موقفاً أو خبيراً. ولمعرفة الفوارق التي يمكن عن طريقها التمييز بين التحكيم من جهة وكل من القضاء والصلح والخبره والتوفيق من جهة أخرى سنقسم هذا المطلب على فروع اربعة سنتناول في الفرع الأول تمييز التحكيم عن القضاء، وفي الثاني عن الصلح ، في حين سنفرقه عن الخبرة في الفرع الثالث ، وسنقعد رابع فروع هذا المطلب لبيان ما يختص به عن التوفيق .

الفرع الأول

تمييز التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية عن القضاء

الأصل أن يكون الفصل في المنازعات من اختصاص القضاء إلا أن هذه المسألة ليست من النظام العام ،ومن ثم يجوز الاتفاق على مخالفتها. ويقصد بالقضاء "قول ملزم يصدر عن ولاية عامة يفصل بالخصومة بالحق والعدل"¹. او هو " وسيلة لحسم المنازعات بحكم ملزم صادر عن هيئة دائمة تضم قضاة مستقلين معينين مسبقاً"².

وعلى هذا فان القضاء يقترب كثيراً من التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية على اعتبار أن كلاهما يؤدي الى فض الخصومات وأظهار حكم العدالة، خصوصاً إذا كان التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية يمثل قضاءً خاصاً لمجال الاستثمار كما ذكرنا سابقاً إذ أستخدم على عده القضاء الطبيعي لمثل هذه المنازعات، ولهذا لا تكون التفرقة سهلة بين التحكيم والقضاء خاصة في الأحوال التي يفرض فيها المشرع على الخصوم اللجوء الى التحكيم "التحكيم الإجباري"

¹ أسعد فاضل منديل ، التحكيم في قانون المرافعات العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهرين ، سنة 2002 ، ص29.

² محمد جمال طاهر ، مصدر سابق ، ص19.

نظراً لأعدام أرادة الخصوم في هذا الخصوص ، هذا فضلاً عن ان كلا النظامين يتمتعان بقوة الألزام عند تنفيذ القرارات الصادرة سواء عن التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ام عن القضاء¹.

إلا أنه وفي الوقت نفسه فأن هناك بعض الجوانب التي يفترق فيها هذا التحكيم عن القضاء ، إذ أن ولاية القاضي هي ولاية عامة فهو ماذون بالنظر في جميع القضايا التي تعرض عليه ، بينما ولاية المحكم في مجال الأستثمار مقصورة على المنازعات الأستثمارية وفي موضوع محدد سلفاً في العقد التحكيمي ومقتصرة على قضية المتخاصمين الأستثمريين الذين رضوا بحكمه وحدها من دون ان تتعداها الى قضية أخرى².

هذا فضلاً عن ان القاضي يفصل بالنزاع المطروح أمامه بقواعد القانون الوضعي ، اما المحكم الأستثمري فهو يتمتع بسلطات أوسع من القاضي لأنه لا يتقيد بأحكام القانون الوضعي ما عدا ما يخالف النظام العام والآداب إذ ان مصادره التي يعتمد عليها هي الاعراف التجارية المتعارف على العمل بها في إطار المنازعات الأستثمارية هذا فضلاً عن السوابق التحكيمية التي صدرت في إطار هذه المنازعات، هذا وأن قرارات القضاء هي قرارات رسمية لها صفة الألزام القانوني ويجوز تنفيذها بالطرق الجبرية ، اما قرارات المحكم الأستثمري فلا تنفذ إلا بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها من قبله³.

كما أن الاتفاق على التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية لا يعني النزول التام المطلق عن حماية القانون أو النزول عن الحق في اللجوء الى القضاء، لان المشرع لا يعتد بهذا النزول ولا يقرره، لان الحق في اللجوء الى القضاء هو من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام، وأن أطراف عقد التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية باتفاقهم عليه يمنحان المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة أصلاً بنظره ، فأرادة الخصوم بعقد التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية تقتصر على مجرد إحلال المحكم في مجال الأستثمارات الأجنبية محل المحكمة في النظر والفصل في النزاع بحيث إذا لم ينفذ الأخير لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم الى المحكمة⁴.

الفرع الثاني

تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن الصلح

الصلح هو العقد الذي يرفع النزاع بالتراضي⁵، وقد عرفه المشرع العراقي في م(698) من قانونه المدني رقم 40 لسنة 1951 بأنه "عقد يرفع به النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي". اما المشرع المصري فقد نص في م(549) من القانون المدني المصري بأن الصلح هو "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه".

¹ د. هشام خالد ، اوليات التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص166.

² د. قحطان الدوري ، مصدر سابق، ص26 .

³ أسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص30.

⁴ القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي ، مبادئ التحكيم ، ط3 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2004 ، ص43.

⁵ أ. إبراهيم سيد أحمد ، عقد الصلح فقهاً وقضاءً ، المكتب الجماعي الحديث ، الاسكندرية ، 2003 ، ص12.

ويشتمل التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية والصالح في أن كلاهما يجد أصله في اتفاق يعبر عن رغبة أطرافه في حل النزاع بعيداً عن قضاء الدولة ، وأن كل منهما يؤدي دوره بمناسبة وجود منازعة وقعت أو ستقع في المستقبل ، كما يشترك هذا التحكيم والصالح في كونهما بديلين عن القضاء العام صاحب الاختصاص في نطاق معين¹.

هذا ويعد الصالح سيد الأحكام على اعتبار أن الحكم مهما كان عادلاً فإنه يترك في نفس المحكوم عليه أثراً للكراهية والبغضاء اتجاه المحكوم له وبصورة دائمة بينما نجد الصالح على العكس من ذلك فهو يرفع النزاع بالرضا ومن دون أي جبر أو كراهية بين الطرفين من جراء إقامة الدعوى، وكذلك هو الحال بالنسبة للتحكيم الاستثماري الذي يلجأ إليه المستثمرون من أجل فض النزاع بصورة تجعل من الممكن إعادة العلاقة الاستثمارية فيما بينهما لاحقاً²، كما ويتشابه كل من النظامين من إذ النطاق إذ يجوز التحكيم في المسائل التي يجوز الصالح فيها³.

وعلى الرغم من أوجه الشبه هذه، يظل الخلاف بينهما واضحاً فمحل التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية هو التزام الخصوم بسلب الاختصاص من المحاكم المعنية وطرحه أمام محكم أو على هيئة تحكيمية متخصصة في مجال الاستثمار بحيث تصدر حكماً فيه وينتهي النزاع المعني، أما في مجال الصالح فهناك تنازل متبادل بين الخصوم فيما يتعلق بأدعاءات كل منهما، أي أن التسوية تكون مباشرة للنزاع، وفحواها تنازل كل من الطرفين عن جزء من الحق محل النزاع يقابل جزء من الحق الذي يدعيه الآخر، وفي ذلك يختلف التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية عن الصالح، إلا أن التحكيم ليس مجرد عمل عقدي وإنما عمل تحكيمي قضائي متميز بذاتيته وأستقلاله تقرر كأستثناء على الشرع العام⁴. والسبب في لجوء المستثمر الأجنبي إلى التحكيم هو خوفاً من عدم حيادية القضاء ، فالقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار مهما كان محايداً ومستقلاً عن الدولة ذاتها إلا أنه في الوقت نفسه لا يستطيع عمل ذات الشيء بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية للدولة ، أما بالنسبة للسبب في الصالح فهو حل النزاع بالتراضي بين الطرفين من دون إشراك طرف ثالث⁵.

هذا ولا ينتهي النزاع بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم وإنما ينتهي بممارسة المحكم الاستثماري المختار لمهمته وإصداره حكماً فيه، وهذا الحكم يكون قابلاً للتنفيذ الجبري أو العيني وفقاً للأجراءات المقررة في القواعد العامة بمجرد الحصول على أمر بتنفيذه⁶. أما بالصالح فينتهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل المرضي لكل المتنازعين، وهذا الاتفاق لا يكون قابلاً للتنفيذ بذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي أو أمام المحكمة التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل إلى حل⁷. هذا ويشترط في المحكم الاستثماري أن يكون متخصصاً في مجال الاستثمار وله خبرة في هذا المجال ، أما في الصالح فلا وجود لمثل هذا الشرط.

وكذلك يختلفان من حيث الطعن فيهما وطرقه، إذ إن الصالح إذا تم فلا يجوز في هذه الحالة لأي من المتصالحين الرجوع فيه، ويملك المدعي بالصالح وتسقط دعواه إذ أنه عقد يرفع النزاع

1 د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر سابق ، ص30

2 أسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص31

3 ينظر م(254) من قانون المرافعات العراقي النافذ .

4 د. مصطفى محمد جمال ، د. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص24

5 د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 ، ص33 .

6 وهذا ما اكده الحكم التحكيمي الصادر في 1976 عن محكمة النقض الفرنسية الذي خلص في قضية Topco إلى وجوب مبدأ التنفيذ العيني للحكم ، ومن ثم رفض تغيير الوضع القائم الذي خلفته قوانين التأمين على اعتبار أن الأخذ بمثل هذا النوع قد أخذت به العديد من القضايا الدولية المماثلة ، كما أشار أنه في حالة صعوبة التنفيذ عندها يصار إلى التعويض الملائم . أشار إليه عصام الدين القصبي ، مصدر سابق ، ص177 .

7 د. هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري ، مصدر سابق ، ص178.

ويقطع الخصومة بالتراضي¹ ، ولذلك فلا يقبل عقد الصلح والحكم الذي يصدر بتصديقه طعناً، أما قرار التحكيم فيجوز للمحكمة ان تصدقه أو تبطله كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الأبطال كلاً أو بعضاً أن تعيد القضية الى المحكمين لأصلاح ما شاب قرار التحكيم من نقص أو غلط، أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها، والحكم الذي تصدره المحكمة في هذا الشأن لا يقبل الاعتراض وإنما يقبل الطعن بالطرق الأخرى المقررة قانوناً².

الفرع الثالث

تمييز التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية عن الخبرة

قد يتفق الأطراف على الاستعانة بخبير أو أكثر لأبداء الرأي وتقديم تقاريرهم عن الموضوعات التي تثار بشأنها نزاع أو اختلاف ، وغالباً ما تكون مسائل ذات طابع فني تحتاج لخبرة تختلف حسب نوع النزاع³.

ويقصد بالخبرة هي " اللجوء الى أناس متخصصين في مجال معين أياً ما كان هذا المجال، بحيث يتم طرح بعض الأسئلة عليهم ، وذلك بهدف الحصول على اجابتهم على هذه الاخيره"⁴ . وتقسم الخبرة على نوعين خبرة قضائية وخبرة اتفاقية ، فالنوع الأول يتم بموجب حكم قضائي سواء بناءً على طلب الخصوم او دون طلبهم، أما النوع الثاني فيتم بموجب اتفاق بين شخصين على قيام شخص ثالث بمهمة معينة⁵.

وإن أشتبهت الخبرة والتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية في قيام كلاهما على تدخل شخص من الغير "على اعتبار أن كلاهما ليسوا من أعضاء الجهاز القضائي للدولة " بين أطراف النزاع في حله والذان يخضعان عند ممارستهما لعملهما لشروط واحدة تقريباً إذ يتطلب الموضوعية والاستقلالية والحياد في كل منهما⁶، وكذلك أن كلاهما متخصصين في مجال معين فالخبير يكون متخصصاً في المجال الذي تم الاتفاق على أن يبدي معرفته فيه وكذلك الحال بالنسبة للمحكم الاستثماري الذي يشترط أن يكون متخصصاً في مجال الاستثمار، إلا أنهما يختلفان في أن مهمة المحكم الاستثماري هي أقرب ما تكون الى مهمة القاضي التي تتمثل بأصداره حكماً حاسماً للنزاع المعروض، ويكون حكمه ملزماً للأطراف ، أما مهمة الخبير فتقتصر على مجرد أبداء الرأي لأي شخص كان إذ أن ما يقدمه الخبير من معلومات الى القضاء تكون ضمن حدود السلطة التقديرية للقاضي فله كامل الحرية في الأخذ بها من عدمه⁷.

فضلاً عن ذلك أن التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية يهدف الى فض النزاع بين الخصوم ، أما الخبرة فهي أبداء المشورة في مسألة تتعلق بأختصاص معين، وكذلك أن الاستعانة بالخبير قد تكون من الأطراف أنفسهم أو من المحكم أو من هيئة التحكيم وقد تكون عن طريق القضاء، اما

¹ ينظر المادة (275) من قانون المرافعات العراقي .

² ينظر المواد (712) من القانون المدني العراقي والمواد(553) من القانون المدني المصري النافذ .

³ د.محمود مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص21 .

⁴ د. هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص93.

⁵ د.نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص9

⁶ د.مصطفى محمد الجمال د.عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص28

⁷ ينظر م(140) ف(2) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979

التحكيم فإنه يكون بمجرد الاتفاق بين أطراف النزاع انفسهم ولا يملك الأطراف العودة وطرح النزاع على محكمين آخرين أو رفع دعوى قضائية جديدة إلا باتفاقهم مجدداً¹. هذا وأن المحكم الاستثماري يصدر قراره بناءً على ما يقدم له الأطراف في عقد الاستثمار الأجنبي من مستندات أما الخبير فإنه يعتمد على معلوماته وخبراته الذاتية، هذا فضلاً عن أنه لا يشترط تعيين الخبير بالاسم، أما المحكم فينبغي أن يعين بالاسم في اتفاق التحكيم².

الفرع الرابع

تمييز التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية عن التوفيق

يقصد بالتوفيق "اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يقع اختيار الأطراف عليهم"³. أو أنه "طريق ودي لفض المنازعات الناشئة بين الأطراف وعن طريقه يقوم الخصوم بانفسهم أو بوساطة شخص من الغير بالاجتماع و التشاور للوصول الى حل ينهي النزاع ويرضى عنه الأطراف، فإذا انتهى التوفيق الى حل يحرر محضر بذلك ويوقع عليه الشخص الذي قام بالتوفيق"⁴.

ويتشابه التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية مع التوفيق في أنهما يستلزمان تدخل اشخاص اخرين لحل النزاع القائم بين الأطراف ، ففي كلا النظامين يتفق الأطراف على فض نزاعاتهم بالتراضي عن طريق تفويض اشخاص اخرين بهذه المهمة⁵.

ولكنه يختلف عنه في عدة جوانب ،منها ان التوفيق يتم عن طريق اختيار أو تعيين شخص أو أكثر لمحاولة حصر نقاط الاختلاف بين الطرفين ومدوامة الاتصال معهما حتى يلتقيان عند حل توفيق وفضلاً عن ذلك أن الموفق لا يعقد جلسات مرافعة، كما هو الحال عليه في التحكيم وإنما يعقد اجتماعات خاصة مشتركة بين جميع الأطراف إذ يعرضون فيها حججهم ومستنداتهم ، إذ يقتصر دوره على تقريب وجهات النظر واقتراح حل معين للنزاع وتخفيف وطأة الشقاق بين المتنازعين والوصول الى حلول وسط يقبلها الأطراف ، كل ذلك على خلاف المحكم⁶.

والفارق الجوهرى بين التوفيق والتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية هو أن الموفق لا يعد قراره ملزماً للخصوم لكونه مجرد اقتراحات أو مشاريع حلول لتقريب وجهات النظر، فإذا نجحت أنتهت باتفاق منهي للنزاع وموقع عليه من الطرفين ويحتفظ ومن ثم بطبيعته التعاقدية ، أما التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية فينتهي بقرار حاسم يحسم به النزاع ويلزم الأطراف به ويحوز حجية الأمر المقضي فيه ويكون قابلاً للتنفيذ بعد صدور قرار التنفيذ من قبل القضاء⁷.

¹ ينظر د. هشام خالد ،اوليات التحكيم ،مصدر سابق ،ص101 ،ود. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ،مصدر سابق ،ص26 .

² ينظر د.محمود السيد عمر التحيوي،التحكيم و الخبرة في المواد التجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002 ، ص31 .

³ د. محمود مختار أحمد بريري ، مصدر سابق ، ص19

⁴ محمد جمال طاهر ، مصدر سابق ، ص18

⁵ د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص8

⁶ د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر سابق ، ص33

⁷ د. هاشم خالد ، أوليات التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص15

فضلاً عن ذلك ان التوفيق يقوم على تنازلات بين الطرفين لكي يمكن التوصل الى حل وسط، بينما يقوم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية على إصدار حكم قد يلبي فيه كل طلبات أحد الأطراف ويرفض كل طلبات الطرف الآخر، ذلك أن المحكم لا يبحث عن حل وسط أو توفيق، وهو أن فعل وفشل يتعين عليه مواصلة مهمته وإصدار حكم حاسم للنزاع . أما الموفق فلا يملك إلا إنهاء الإجراءات وتعود للأطراف حريتهم في اللجوء الى القضاء من عدمه، وهو ما لا يتسنى لهم إذا تعلق الأمر باتفاق تحكيم انتهى بإصدار حكم تحكيم فصل في موضوع النزاع¹.

الفصل الثاني

الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

من اجل أتمام عملية التحكيم وتحقيق الغرض الرئيسي الذي من اجله لجأ الأطراف في عقود الاستثمارات الأجنبية اليه وهو سرعة الفصل في المنازعات الاستثمارية، فيجب على الأطراف الاتفاق على التحكيم بصوره تجعله مستوفياً لجميع الشروط القانونية، فإذا ما أنتهوا من ذلك وجب تعيين المحكمين، وذلك ضمن الشروط التي تؤهلهم للفصل في موضوع النزاع الاستثماري، وتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة حصول نزاع أثناء القيام بعملية التحكيم . وعليه سنقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث سنتناول في المبحث الأول منه اتفاق التحكيم والآثار التي تترتب عليه، وفي الثاني سنتطرق الى المحكم والشروط الواجب توافرها فيه وطرق تعيينه، واما المبحث الثالث سنخصصه لتحديد السير في عملية التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية .

المبحث الأول

اتفاق التحكيم وآثاره في عقود الاستثمارات الأجنبية

من اجل الوصول الى حكم أو قرار يراد تنفيذه في دولة ما، لابد من نشوء اتفاق تحكيم صحيح وفقاً للقانون المحدد . وعليه سنتناول في هذا المبحث ماهية اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية والقانون الواجب التطبيق وأهم الآثار التي تترتب عليه من خلال تقسيم المبحث على مطلبين، في المطلب الأول سنحدد المقصود باتفاق التحكيم في هذه العقود وفي المطلب الثاني سنبين الآثار التي تترتب على هذا الاتفاق.

المطلب الأول

¹ د. محمود مختار أحمد بريري، مصدر سابق، ص 20

المقصود باتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية.

إن استيضاح المقصود باتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، يوجب علينا تقسيم هذا المطلب على فرعين ، سنخصص الفرع الأول منهما لايضاح تعريف اتفاق التحكيم في هذه العقود وسنعد الفرع الثاني لتحديد صورته.

الفرع الأول

تعريف اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

لكي يتمكن أطراف النزاع من اللجوء الى التحكيم لابد من أن يتفقوا على ذلك، فهذا الاتفاق هو الذي ينقل الفصل في النزاع من يد القضاة العاديين الى يد اشخاص آخرين يختارونهم اي الى المحكمين.

ويعرف اتفاق التحكيم بأنه "الاتفاق على طرح النزاع على اشخاص ليفصلوا فيه من دون المحكمة المختصة"¹.

أو هو " ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على عرض النزاع القائم فعلاً أو النزاع الذي قد ينشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ عقد معين على محكم من اختيارهم"².

وكذلك يعرف بأنه "عقد يتفق فيه الطرفان المتعاقدان على التنازل عن مراجعة القضاء العادي والاحتكام الى شخص عادي أو أكثر للفصل في النزاع المحتمل أو نزاع قائم بينهما"³.

وقد عرفه القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في م (7) ف (1) منه بأنه "اتفاق بين الطرفين على ان يحيل الى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت، أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم الوارد في عقد، أو في صورة اتفاق منفصل"⁴.

كما بينت م(1447) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ المقصود باتفاق التحكيم التي نصت على أنه "عقد يحيل بموجبه أطراف نزاع ناشيء هذا النزاع الى تحكيم شخص أو اشخاص عدة

"، وكذلك قانون المرافعات الهولندي الصادر في 1986 في نص م(1020) ف (2) منه والتي نصت على أنه "يقصد بالعقد التحكيمي الاتفاق التحكيمي الذي يلتزم الأطراف بموجبه على احالة

نزاع ناشيء فيما بينهما على التحكيم"

ونصت م (10) ف (1) من قانون التحكيم المصري أن المقصود باتفاق التحكيم هو " اتفاق الطرفين على الالتجاء لتسوية بعض أو كل المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بمناسبة

علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية".

¹ د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، ط1، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، من دون سنة طبع، ص11.

² د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر سابق ، ص63.

³ خالد عزت المالكي، مصدر سابق ، ص25.

⁴ ينظر القانون النموذجي منشور على شبكة الانترنت باللغة الانكليزية على الموقع.

ويلاحظ على التعاريف اعلاه أنها تعاريف قد اتسمت بالعمومية في بيان المقصود باتفاق التحكيم من دون حصره أو تحديده فيما يخص عقود الأستثمارات الأجنبية ، خاصةً وان اغلب القوانين المتعلقة بالأستثمار قد اقتصررت في تحديد مفهوم التحكيم فيما خص النزاعات الناشئة عن الأستثمار من خلال نصها على جواز اللجوء اليه لحلها، من دون الولوج في تفاصيل هذا الأمر تاركاً ذلك الى المبادئ العامة التي تحكمه مع الأخذ بنظر الاعتبار خصوصية هذه العقود.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد ابتعدت تشريعات أخرى عن وضع تعريف لاتفاق التحكيم اخذاً بالاتجاه القائل أن التعريفات هي من عمل الفقه لا المشرع¹.

هذا وتشترط معظم القوانين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ولكنها اختلفت حول شكل الكتابة المطلوبة حول ما إذا كانت شرطاً لصحة اتفاق التحكيم أو أنها لمجرد الإثبات.

فبعض القوانين التي اشترطت كتابة اتفاق التحكيم نصت على أن الكتابة تعد شرطاً للإثبات وليست شرطاً لصحة هذا الاتفاق كما في القانون الدولي الخاص السويسري إذ نصت م (178) ف (1) منه على ان "يكون اتفاق التحكيم صحيحاً من إذ الشكل إذا أبرم كتابة، أو بالتلغراف، أو التلكس، أو الفاكس، أو أي وسيلة اتصال أخرى تسمح بالإثبات".

وفي قانون المرافعات الفرنسي النافذ نصت م (1443) منه على أنه "يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوباً في العقد الأصلي أو في مستند يحيل إليه هذا العقد وإلا كان باطلاً".

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي قد اشترط كتابة شرط التحكيم فقط في مجال التحكيم الداخلي من دون التحكيم الدولي الذي يمكن أن يطبق على عقود الأستثمارات الأجنبية على اعتبار أن هذه العقود هي من العقود الدولية وهو ما يثير التساؤل عما إذا كانت ذات القاعده تنطبق على اتفاق التحكيم في مجال التحكيم الدولي أم لا؟

للإجابة عن هذا التساؤل يلاحظ ، بداية ، أن م (1495) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ قد نصت على أنه "عندما يكون التحكيم الدولي خاضعاً للقانون الفرنسي لا تنطبق نصوص الباب الأول والثاني والثالث، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك" وهذا يعني أستطاعت الأطراف اخضاع اتفاق التحكيم لنصوص هذا القانون المتعلق بالتحكيم الداخلي وكذلك أستبعاده متى ما اتفقوا على هذا الأمر، وعليه فأن شرط الكتابة في القانون الفرنسي لا تسري على الأطراف في العقود الدولية بصورة عامة وعقود الأستثمار بصورة خاصة إلا إذا اتفقوا على ذلك².

اما بالنسبة للمشرع الهولندي فقد نص في قانون المرافعات المدنية في م (1021) منه على أنه "يجب إثبات العقد التحكيمي كتابةً...."، مما يفهم معه أن المشرع الهولندي قد نص صراحةً على أن الكتابة هي شرط للإثبات وليس للصحة ، وهذا يعني أن اتفاق التحكيم ينعقد صحيحاً في حالة تخلف شرط الكتابة. وعلى النهج نفسه سار المشرع العراقي في قانون المرافعات النافذ إذ نصت م (252) منه على أنه "لا يثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة"³.

أما فيما يخص المشرع المصري فيلاحظ أنه قد رتب على تخلف الكتابة بطلان الاتفاق وذلك ما قرره م (12) من قانون التحكيم النافذ التي نصت بأنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً"⁴.

¹ اخذ بهذا الاتجاه القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1978، وقانون التحكيم السعودي لسنة 1987 و قانون التحكيم الاردني لسنة 2001 وقانون اصول المحاكمات المدنية السوري لسنة 1952 وقانون المرافعات المدنية والتجارية القطري لسنة 1990.

² Rene Pavid، op.Cit،P.89

³ وهذا ما اكدته محكمة التميز العراقية وذلك في قرارها المرقم 363/ مدنية اولى/ 1974 في 1975/7/5 بقولها "للتحكيم في القانون نوع واحد وأن الشرط الوحيد لوجوده وترتيب آثاره هو ان يكون ثابتاً بالكتابة" منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث ، السنة السادسة، ص117.

⁴ ينظر بالاتجاه ذاته م (10) من قانون التحكيم السعودي وم (6) من قانون التحكيم التونسي وم (766) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني وم (509) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري.

وإذا يممنا النظر صوب الاتفاقيات الدولية التي عالجت أمر التحكيم فيما خص العقود التجارية الدولية عموماً وعقود الاستثمارات الأجنبية بشكل خاص ، فيبدو لنا جلياً مسلك معظمها في اشتراط كتابة اتفاق التحكيم ، وأن لم تحدد شكلاً معيناً لهذه الكتابة فيما إذا كانت شرطاً لازماً في عقد الاستثمار الأجنبي عند أبرامه أم مشاركة لاحقة على هذا الإبرام ، مما يقتضي معه إمكانية عد شرط الكتابة لاتفاق التحكيم هو شرط لإثبات هذا الاتفاق من دون المساس بصحته فقد نصت م (2) ف(1) من اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في 1958 على أنه " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت ، أو التي يمكن أن تنشأ بينهم".

كما وبينت ف (2) من المادة نفسها على أن "المقصود بالاتفاق المكتوب هو شرط التحكيم المدرج في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنه الخطابات والبرقيات المتبادلة بينهم".¹

وهذا يعني أن الاتفاقية المذكورة تتطلب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً حتى تقره الدول الاعضاء وتعترف به، وبحيث أن هذه الدول لا تكون ملزمة بالاعتراف باتفاق التحكيم ما لم يكن هذا الاتفاق مكتوباً.

أما بالنسبة للاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في 1961 فقد نصت م (1) ف(2) منها على أنه "يقصد باتفاق التحكيم، شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم الموقع عليه الأطراف المتضمن في رسائل متبادلة بينهم، أو برقيات ،أو توكسات، وفي العلاقات بين الدول التي لا تفرض قوانينها الشكل المكتوب كل اتفاق مبرم في الأشكال التي تقرها هذه القوانين".

مما يستنتج منه أن الاتفاقية المذكورة اعلاه وإن تطلبت من حيث المبدأ أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، بيد أنها لم تستلزم أن يتخذ الاتفاق شكلاً معيناً وإنما اجازت أن يتخذ شكل شرط وارد في العقد أو اتفاق تحكيم موقع عليه من الأطراف وارد في رسائل ،أو خطابات، أو فاكسات متبادلة بينهم وذلك على نهج اتفاقية نيويورك لعام 1958 نفسها.

في حين اكتفت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار الصادرة في 1965 بالنص في م (5) ف (1) منها على أن " يكون اتفاق الأطراف على الخضوع للتحكيم لدى المركز الدولي مكتوباً " من دون أن تتضمن الاتفاقية أي بيان يتعلق بشكل الكتابة المطلوبة في اتفاق التحكيم. ويبدو أن الاتجاه الذي يشترط الكتابة للإثبات وليس للصحة هو الأقرب للدقة ذلك لأن عد الكتابة شرطاً للإثبات يمنع إمكانية إثباته بالشهادة أو القرائن القانونية الأخرى من أجل أن لا يتعرض اتفاق التحكيم وبنوده الى اختلاف شهادة الشهود على اعتبار أن المحكمين هم بمثابة قضاة ، فلا يجوز أن يكون ادنى شك في طبيعة المهمة التحكيمية التي يجب عليهم القيام بها، ومن ثم تحقيق الغرض المنشود من التحكيم بضمان السرعة والائتمان وتحقيق العدالة وهذا ما يتناسب مع عقود الاستثمارات الأجنبية .

الفرع الثاني

صور اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

¹ ينظر اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1965 ، مشار إليها في مؤلف د. عبد الحميد الأحمد ، وثائق تحكيمية ، مصدر سابق ، ص 561 .

² ينظر هذه الاتفاقية منشورة على شبكة الانترنت على الموقع

يتخذ اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية صورتين تتمثل الصورة الأولى وهي السابق في الظهور بمشارطة التحكيم، وهي اتفاق أطراف العلاقة الاستثمارية في عقود الاستثمارات الأجنبية في عقد مستقل على عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل على التحكيم لحلها ، أما الصورة الثانية وهي الصورة الأحدث والاكثر انتشاراً في الوقت نفسه وهي صورة شرط التحكيم التي تعني اتفاق أطراف العلاقة الاستثمارية بموجب نص في العقد المبرم بينهم والذي يقضي بعرض المنازعات التي من المحتمل ان تنشأ بينهم مستقبلاً عن هذه العلاقة على التحكيم¹.

وإذا كان اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية يتخذ إحدى الصورتين السابقتين فإن التعبير السائد في القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم عن كلتا الصورتين هو تعبير (اتفاق التحكيم) وهو يضم بين طياته هاتين الصورتين من دون ادنى تفرقه بينهما في المعاملة القانونية كما في قانون الدولي الخاص السويسري².

أما القانون الفرنسي فقد عرف في م (1442) من قانون المرافعات النافذ شرط التحكيم بأنه "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بأخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم".

إلا أنه لم يبين المقصود بمشارطة التحكيم إذ اقتصر على بيان المقصود بشرط التحكيم، وذلك في م (1442) واتفاق التحكيم الذي يشمل في طياته كلا الصورتين في م (1447) و التي نصت على أنه "عقد يحيل بموجبه أطراف نزاع ناشئ هذا النزاع الى تحكيم شخص أو أشخاص عدة"³.

أما بالنسبة لقانون المرافعات الهولندي فقد نصت م (1020) ف (1) منه على أنه "يمكن للأطراف الاتفاق على الاحالة الى التحكيم النزاعات الناشئة او التي ستنشأ بينهما من خلال علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية"، إذ أنه اشار لكلا النوعين ضمن فحوى هذه الفقرة وأن كان قد عاد في ف (2) من المادة نفسها، ونص على "ان عبارة العقد التحكيمي تعني الاتفاق التحكيمي الذي يلتزم الأطراف بموجبه على أحالة نزاع ناشئ فيما بينهما على التحكيم، أما الشرط التحكيمي فهو الذي يلتزم بموجبه الأطراف بأحالة النزاعات التي ستنشأ فيما بينهما على التحكيم".

وعلى النهج نفسه سار المشرع التونسي في قانون التحكيم رقم 42 لسنة 1993 إذ بين المقصود بشرط التحكيم ومشارطته في المواد (3،4) منه إذ عرف شرط التحكيم في م(3) بأنه "التزام أطراف عقد بأخضاع النزاعات التي قد تتولد عن ذلك العقد للتحكيم". أما مشارطة التحكيم فبين المقصود بها في م(4) منه بأنها "التزام يتولى بمقتضاه أطراف نزاع قائم عرض هذا النزاع على

¹ المزيد من التفصيل ينظر د.محمود السيد عمر التحوي، اتفاق التحكيم وقواعده ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2002 ، ص74، د.أحمد ابو الوفا ،التحكيم الاختياري والاجباري،مصدر سابق ،ص65.

² إذ وحد القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في عام 1978 بين الصورتين وجمعها تحت تعبير واحد هو اتفاق التحكيم في م (178).

³ هذا وقد ظل القضاء الفرنسي منذ اتجاه محكمة النقض الفرنسية في عام 1834 ولمدة تزيد على 80 سنة يرفض الأخذ بصحة شرط التحكيم مكتفياً بالإعتراف بمشارطته، وذلك بموجب م (1006) من قانون المرافعات القديم على إدراج شرط التحكيم جزاء البطلان بحجة ان قانون المرافعات يشترط لصحة اتفاق التحكيم بيان موضوع النزاع ، وتعيين المحكم وكان الفقه الفرنسي بعد شرط التحكيم في العلاقات الوطنية كمجرد وعد بأبرام مشارطة لاحقه،أو بمثابة مشارطة تحكيم مبرمة تحت شرط واقف وهو تعيين النزاع وتعيين المحكم ، ولعل السبب الحقيقي لهذا الموقف المناهض لشرط التحكيم هو تأثير محكمة النقض الفرنسية بالفكرة التي كانت سائدة وقتئذ، وهي عدم توافر ضمانات القضاء في التحكيم والذي ينبغي عدم تشجيعه طالما ان المحكمة لا تجد في المحكمين صفات القضاة من نزاهة وغيرها ولكن بعد ذلك عدل المشرع الفرنسي عن هذا الموقف في تشريع 1981 ، للمزيد ينظر د.مصطفى محمد الجمال ود عكاشه عبد العال،مصدر سابق،ص343 وما بعدها .

هياة التحكيم". أما قانون التحكيم المصري النافذ فقد وضع كل من شرط التحكيم ومشارطته على قدم المساواة، وذلك في م (10) منه إذ جاء بنص عام لم يفرق فيه بين عقد التحكيم وشرطه بحيث جمعها بمصطلح واحد اسماء اتفاق التحكيم¹.

وهو النهج نفسه الذي أخذ به المشرع العراقي إذ أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين أو جميع أنواع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين وذلك في م (251) من قانون المرافعات النافذ والتي نصت على "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين".

هذا من جهة ومن جهة أخرى فيلاحظ أن أغلب الاتفاقيات الدولية التي عالجتها التحكيم فيما يخص عقود الاستثمارات الأجنبية قد حرصت على إبراز وحدة المعاملة القانونية لكل من شرط ومشارطة التحكيم، بحيث يعبر عن الصورتين بتعبير واحد وهو اتفاق التحكيم، وذلك لعدم وجود مبرر للفرقة بينهما إذ لا تقوم لهذه الفرقة في مجال التحكيم الدولي أي أهمية عملية، فسواء تعلق الأمر بقواعد تنازع القوانين أو بالقواعد الموضوعية فإن الحلول الصحيحة والمواقف السليمة للتحكيم الدولي التي يتكون منها نظامه القانوني الخاص به، لا تختلف تبعاً لما إذا نتج الخضوع للتحكيم عن شرط التحكيم أو مشارطته².

ولكن ماهي العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي الذي يحتويه فهل يعد شرط التحكيم شرطاً بسيطاً ضمن شروط العقد الأخرى ويرتبط مصيره بمصيرها أم يجب عده شرطاً مستقلاً عن بقية شروط العقد الأخرى ولا يتأثر وجوده وصحته بما قد يطرأ على العقد الأصلي من طوارئ تؤثر بهما.

للأجابة على التساؤل أعلاه فإنه تجدر الإشارة إلى أن استقلال اتفاق التحكيم يعد من المبادئ المستقرة في قضاء التحكيم وخصوصاً في عقود الاستثمارات الأجنبية ومواده أن بطلان العقد الأصلي لا يؤثر على صحة هذا الاتفاق والعكس صحيح فبطلان اتفاق التحكيم لا يؤثر في العقد الأصلي³.

إذ يقصد باستقلال اتفاق التحكيم استقلال الاتفاق المبرم في صورة شرط التحكيم المدرج ضمن نصوص العقد الأصلي عن هذا العقد وعن المؤثرات التي قد تؤثر على عدم صحته⁴. وعليه فإنه من المتصور أن يكون العقد الأصلي باطلاً ويكون الشرط صحيحاً، وذلك في حالة بطلان العقد الأصلي لعدم قابلية المحل للتعامل فيه أو لعدم مشروعيته، وعندئذ يمكن عرض صحة العقد الأصلي أو بطلانه على المحكمين إعمالاً للشرط الوارد فيه والصحيح في ذاته، فإذا قضت الهيئة ببطلان العقد الأصلي فإن هذا البطلان لا يمتد إلى شرط التحكيم ولا يؤدي إلى بطلان الحكم الذي أصدرته الهيئة⁵.

¹ ينظر بذات الاتجاه م (203) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي، م (506) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري، م (762) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، م (1) من قانون التحكيم السعودي، م (2) من قانون التحكيم اليمني.

² ينظر م (2) من اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم لسنة 1958 وم (1) ف (1) من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، وم (25) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965.

³ ففي تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية تمسكت الأخيرة بأن التأميم الذي قامت به قد وضع نهاية لعقد الامتياز وكذلك لشرط التحكيم المدرج فيه، إلا أن المحكم قد رفض ذلك وقرر باختصاصه للفصل في النزاع استناداً إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، كما تم تأكيد هذا المبدأ أيضاً في قضية Liamco إذ بين المحكم أن "من المتفق عليه عموماً سواء في الممارسات العملية أو في القانون الدولي بقاء شرط التحكيم بعد الانتهاء بالأرادة المنفردة من الدولة للعقد الذي يوجد فيه هذا الشرط، والذي يظل ساري المفعول حتى بعد الانتهاء". أشار إليها د. بشار محمد الأسعد، مصدر سابق، ص 398.

⁴ د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص 119.

⁵ د. فتحي والي، مصدر سابق، ص 13.

هذا وقد اخذت بعض التشريعات بشكل مباشر وصريح بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي كقانون المرافعات الهولندي في م (1057) منه التي نصت على أن " يعد الشرط التحكيمي شرطاً مستقلاً في العقد.....".

في حين أن البعض الآخر منها قد نصت على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بشكل غير مباشر وذلك من خلال تأكيدها على عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي الوارد فيه كقانون التحكيم السويسري في م(178) منه.

أما القانون الفرنسي فقد جاء خالياً من أي نص يقرر الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم من عدمه، ولكن القضاء الفرنسي قد اقره في العديد من أحكامه كالحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في 14 ديسمبر سنة 1982 في قضية (drayo) بأنه " في مجال التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم باستقلال كامل تجاه العقد". وكذلك الحكم الصادر عن المحكمة ذاتها في 1993 في القضية المعروفة باسم (Palico) والذي قضت بموجبه " بأن استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي اصبح من القواعد المادية في القانون الفرنسي"¹.

وقد اخذ المشرع المصري بهذا المبدأ في م(23) من قانون التحكيم المصري والتي نصت على " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه، أو أنهائه، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته " .

ومن هنا نلاحظ ان المشرع المصري لم يكتف بالنص صراحة على مبدأ استقلال شرط التحكيم، بل حرص على النص على عدم تأثر شرط التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلي الوارد فيه من بطلان، أو فسخ، أو أنهاء².

وهو أمر قد أخذت بخلافه معظم الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم، فيلاحظ مثلاً أن اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 1958 لم تتعرض مباشرة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، ذلك أن م (2) منها لم تنص صراحة على هذا المبدأ، وأن كانت قد اعطت الاتفاق، بحد ذاته، قوه ملزمة تجاه أطرافه³. والحال ذاته بالنسبة للاتفاقية الأوروبية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 1961 إذ لم تتضمن صراحة استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي وان اتجه جانب

¹ اشارت اليها د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم، مصدر سابق، ص22، وفي قضية أخرى التي تتلخص وقائعها حول نزاع أثير في تنفيذ حكم تحكيم صدر في ايطاليا بناءً على شرط تحكيم وارد في عقد بين مستورد فرنسي ومصدر ايطالي إذ قضى الحكم بالتعويض للمصدر الايطالي، لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية إذ أنه لم يحصل على التصريح الخاص بالاستيراد في الوقت المناسب. وهذا الحكم واجب التنفيذ في فرنسا، وقد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم وذلك على اساس ان العقد الذي تضمن شرط التحكيم باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام الفرنسي نظراً لعدم مراعاته للقواعد الأمره الخاصة بالتصدير، وتأسيساً على بطلان العقد الأصلي فإن الأمر يستتبع تقرير بطلان شرط التحكيم وإهدار حكم التحكيم الذي صدر بناءً عليه، الا ان محكمة النقض الفرنسية قد رفضت هذا الدفع وقضت بما يلي "ان اتفاق التحكيم في المجال الدولي يتمتع بوصفه قاعدة عامة باستقلال قانوني لا يتأثر باحتمالات إبطال العقد الأصلي " مشار اليه في :

le Boulanger (Philip), op.cit.p97

² ينظر بالاتجاه ذاته م(16) من قانون التحكيم اليمني ، م(16) ف(1) من قانون التحكيم البحريني م(6) ف(1) من قانون التحكيم التونسي ، م(23) من قانون التحكيم الاردني .

³ تنص م(2) من اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية على :-

" 1- تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف ان يخضعوا للتحكيم كل او بعض المنازعات الناشئة، أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية، أو غير التعاقدية بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

2- يقصد بالاتفاق المكتوب ، شرط التحكيم المدرج في العقد او اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف او الاتفاق الذي تضمنه الخطابات والبرقيات المتبادلة بينهم .

3- على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من قبل الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة ان تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم الى التحكيم وذلك مالم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطلاً ولا اثر له أو غير قابل للتطبيق".

من الفقه الى ان م(5) ف(3) منها التي تنص ان "المحكم له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه" تشير الى سلطة المحكم التي هي بالأصل مستمدة من اتفاق التحكيم الذي يعد مستقلاً عن العقد الأصلي أي أنها تشير بصورة غير مباشرة الى استقلال شرط التحكيم¹.

الا ان جانب آخر منه يرى ان هذا الاتجاه مغالاً فيه ويقوم على الخلط بين مبدئين مستقلين هما مبدأ الاختصاص بالاختصاص². ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي، ويؤكد على ان المادة المذكورة من الاتفاقية تتعلق فقط بمبدأ اختصاص المحكم في الفصل في اختصاصه ولم تتضمن أي بيان بشأن استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي³.

وهو رأي يبدو الأقرب للدقة، وذلك لأن هذه المادة قد جاءت تحت عنوان عدم الاختصاص التحكيمي للمحكم من الاتفاقية وهذا يعد تدعيماً لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه فلو ان واضعي النص أرادوا الوصول الى مبدأ (استقلال شرط التحكيم) لنصوا بما يفيد بأن المحكم الى جانب ما له من سلطة الفصل في مسألة وجود أو صحة العقد يظل مختصاً حتى وإن ثبت لديه عدم صحة العقد الأصلي أن بطلانه. وعلى الاتجاه نفسه ذهبت اتفاقية تسوية منازعات الأستثمار الصادرة عام 1965 إذ لم تتضمن نصاً يؤكد صراحةً على الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي⁴.

المطلب الثاني

آثار اتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

من أهم الآثار التي تنتج عن اتفاق التحكيم ايأ كانت صورته سواء أكان في صورة شرط وارد في العقد الأصلي أم صورة اتفاق تحكيم مستقل اثران جوهريان أحدهما ايجابي ويتمثل في التزام الأطراف بعرض النزاع او المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بينهم على التحكيم وتوليه المحكمين سلطة الفصل في هذه المنازعات. والآخر سلبي ويتمثل في امتناع هؤلاء الأطراف عن عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني، ومنع هذا القضاء من الفصل فيها. ولما كانت الدولة أو إحدى هيئاتها طرفاً في اتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية، فإن هناك تساؤلاً يمكن أن يثار حول مدى قدرتها على التمسك بحصانتها القضائية على الرغم من اتفاقها على اللجوء الى التحكيم.

وعليه في ضوء ذلك سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع سنتناول في الفرع الأول اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع، وفي الثاني سنتكلم عن عدم اختصاص القضاء الوطني واخيراً في الفرع الثالث سنبين اثر اتفاق التحكيم على التمسك بالحصانة التنفيذية والقضائية للدولة المضيفة للاستثمار.

¹ ينظر د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص 216.

² يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص ان يختص المحكم بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة بأختصاصه وتحديد نطاق سلطته وتقرير ما إذا كان النزاع صحيحاً أم لا. ينظر د. ابراهيم أحمد ابراهيم، مصدر سابق، ص 98 وما بعدها.

³ للمزيد من التفصيل ينظر د. حسين سراج، مصدر سابق، ص 196 وما بعدها.

⁴ ينظر م(41) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار على الموقع الالكتروني.

الفرع الأول

اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع

يترتب على اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية التزام الأطراف بعرض النزاع الذي نشأ بينهم على المحكم أو المحكمين الذين تم اختيارهم للفصل فيه وذلك بدلاً من اللجوء إلى المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع، ومن ثم ينعقد الاختصاص للمحكمين بالفصل في النزاع موضوع هذا الاتفاق ويطلق على هذا الاثر مبدأ الاختصاص بالاختصاص¹. ويقصد بمبدأ الاختصاص بالإختصاص "أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة به فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا"². وذلك يعني أن المحكمين يملكون تحديد نطاق سلطتهم بالنسبة لموضوع النزاع الذي يتحدد بالاتفاق عليه، وكذلك تقرير ما إذا كان اتفاق التحكيم الذي يستمدون منه سلطتهم صحيحاً أم لا فيما إذا أثار أحد الخصوم مسألة عدم صحة أو انعدام هذا الاتفاق أو كان موضوع الاتفاق مخالفاً للنظام العام

ويبرر هذا المبدأ استناداً إلى أن من أهم أسباب اللجوء إلى التحكيم وخصوصاً في عقود الاستثمارات الأجنبية هو سرعة الإجراءات، ومن ثم سرعة البت في النزاع، فلو أعطينا الصلاحية في البت والدفع بعدم الاختصاص للقضاء لأدى ذلك في كثير من الأحيان إلى سلب التحكيم هذه الميزة الأساسية فيه مما يفقد معه أحد أهم أسباب اللجوء إليه خاصة عندما قد يرغب أحد أطراف النزاع بأطالته لسبب أو لآخر، إذ ما عليه في هذه الحالة إلا أن يتقدم بطلب للمحكمة المختصة بثير فيها الدفع بعدم الاختصاص لهيئة التحكيم ومما يترتب عليه من وقف إجراءات التحكيم من وقت لآخر ومن ثم تعطيل الفصل في النزاع لوقت لا تعرف نهايته³. ويترتب على هذا المبدأ اثرين أحدهما ايجابي والآخر سلبي، فأما ايجابي فهو يتعلق بصلاحية المحكمين في البت في النزاع بصورة مباشرة فاسحاً أمامهم المجال لتجاوز الحجة القائلة بأنه لا يحق للمحكم النظر في أساس النزاع إلا إذا سبق ومنحته سلطة أخرى هذا الاختصاص، بمعنى أن هذا المبدأ يسمح للمحكم بالبت في مسألة اختصاصه بصفة تلقائية من دون أن ينتظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الاختصاص.

وأما الاثر الثاني فهو السماح للمحكم ليس فقط بالبت في مسألة اختصاصه وإنما الفصل فيها أولاً وقبل أي جهة أخرى، بمعنى أنه يتمتع على قضاء الدولة الذي يعرض عليه الفصل في اتفاق التحكيم البت في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل ان تتاح له فرصة البت فيها. وبالأجمال فإن ابرز ما يهدف إليه هذا المبدأ هو منع فشل التحكيم بوضع الاتفاق التحكيمي موضع طعن، ومن ثم قطع الطريق على المناورات الهادفة إلى تعطيل التحكيم⁴. هذا ويستمد مبدأ الاختصاص بالاختصاص أساسه من التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم وكذلك الاتفاقيات الدولية التي حرصت على النص على مبدأ اختصاص المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه فقد تضمنت معظم التشريعات نصوصاً صريحة تؤكد هذا المبدأ، ففي سويسرا

¹ ينظر د. سراج حسين ، مصدر سابق ، ص 361.

² د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر سابق ، ص 91.

³ د. حمزة أحمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، ج 1 ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 ، ص 261.

⁴ د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم ، التحكيم التجاري الدولي، ج 2 ، ط 3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، ص 250.

نصت م(186) ف (1) من القانون الدولي الخاص على "تفصل هيئة التحكيم في اختصاصها" وبذلك يكون المشرع السويسري قد أترف لهيئة التحكيم بسلطة الفصل في اختصاصها . وأخذ بنفس الأمر القانون الهولندي إذ نصت م(1052) ف(1) منه على "لهيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها....."

وأخذ بهذا المبدأ قانون المرافعات الفرنسي النافذ في م(1466) والتي تنص على " إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في اساس ونطاق سلطته القضائية فإن من حق المحكم وحده الفصل في صحة وحدود توليته "

وبالاتجاه نفسه سار المشرع المصري إذ نصت م(22) ف(1) من قانون التحكيم المصري النافذ على " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه، أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع " .

وكما هو واضح من النص فقد اعترف المشرع المصري لهيئة التحكيم باختصاص الفصل في اختصاصها عندما يكون متنازعا فيه أمامها من أحد الأطراف ويستوي في ذلك لكون الدفع بعدم الاختصاص مبنياً على عدم وجود العقد الأصلي، أو بطلانه، أو عدم وجود اتفاق التحكيم، أو بطلانه أو تجاوز المسألة موضوع النزاع لنطاق هذا الاتفاق.¹

اما بالنسبة للقانون العراقي فأننا لانجد في قانون المرافعات العراقي مثيلاً لهذا النص ، اي أن القانون العراقي لم ينص على مبدأ الاختصاص بالإختصاص، ولكن هذا لا يعني عدم الأخذ به في حدوده على الأقل عندما تثار مسألة الاختصاص أثناء إجراءات التحكيم خاصة وان طبيعة الامور تقتضي اعطاء الصلاحية للمحكم، أو الهيئة التحكيمية الفصل بالدفع بعدم اختصاصها، فمثل هذا الدفع يرتبط بتكيف العلاقة القانونية وتفسير اتفاق التحكيم، أو العقد المرتبط به هذا الاتفاق، أو القانون الواجب التطبيق ولا يخرج الأمر عن هذا الاطار.

وقد أقرت بعض الاتفاقيات الدولية مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه فقد نصت م(5) ف(3) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على أنه " مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي. فإنه يقتضي على المحكم المطعون بصلاحياته الا يتخلى عن القضية، وهو له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه".

ويتضح من النص اعلاه ان الاتفاقية الأوروبية قد أقرت مبدأ اختصاص المحكم في اختصاصه عندما يكون متنازعا فيه أمامه من أحد الأطراف وجعلته التزاماً على المحكم إذ اوجبت عليه عدم التخلي عن الدعوى عند المنازعة في اختصاصه.

كما ونصت م(1) ف(1) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 على ان " تعد هيئة التحكيم هي القاضي في اختصاصها" وعليه فان هذه الاتفاقية اعترفت لهيئة التحكيم باختصاص الفصل في اختصاصها عندما يتنازع فيه أمامها من قبل أحد الأطراف سواء أكان الدفع بعدم الاختصاص مبنياً على المنازعة في وجود أم صحة العقد الأصلي أم وجود، أو صحة اتفاق التحكيم ذاته أو تجاوز المسألة محل النزاع لاختصاص المركز الدولي.

اما معاهدة نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958 فلم تتعرض لمسألة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه ولعل ذلك مبعثه أن الهدف المباشر لهذه المعاهدة هو تحديد شروط الاعتراف وتنفيذ حكم المحكم فقط من دون الولوج في كيفية، أو إجراءات صدوره. وعليه فإن القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية قد اكدت على اختصاص المحكم بالفصل عند المنازعة فيه ولا جدال في انطباق هذا المبدأ في مجال التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، وقد أخذت بهذا الحل أغلب الأحكام الصادرة للفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود، ففي الحكم الصادر في قضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الايرانية للبترول التي تتلخص

¹ وبذات الاتجاه ينظر م(22) من قانون التحكيم العماني وم(21) من قانون التحكيم الاردني وم(785) من قانون اصول المحاكمات اللبناني وم(21) من قانون التحكيم التونسي وم(91) من قانون التحكيم الجزائري.

وقائعها في أنه بعد قيام الثورة الإسلامية في إيران اصدر المجلس الثوري فيها قانوناً في 8 يناير 1980 تم بمقتضاه إنشاء لجنة خاصة تملك سلطة ابطال كافة عقود البترول التي تعدها هذه اللجنة غير متمشية مع القانون الايراني الصادر عام 1951 ، والذي بمقتضاه تم تأميم صناعة البترول في إيران . واعمالاً لهذا القانون قامت اللجنة المذكورة بأبطال العقد المبرم بين شركة Elf Aquitaine والشركة الوطنية الايرانية للبترول سنة 1966 ، وهو ما دفع الشركة الفرنسية الى الالتجاء الى التحكيم اعمالاً لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها وبين الشركة الوطنية الايرانية للبترول، الذي تم ابطاله ، ولقد تمسكت الشركة الايرانية بعدم اختصاص المحكم اعمالاً للقانون الايراني الذي صدر بعد توقيع العقد. وقد انتهى المحكم الى الاعتراف بالاختصاص لنفسه " إذ أنه من المبادئ المعترف بها في قانون التحكيم الدولي أن شروط التحكيم تستمر لتكون نافذة المفعول حتى على الرغم من المعارضة من جانب أحد الأطراف في أن العقد المتضمن شرط التحكيم هو غير شرعي وباطل" ¹.

وكذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1999 /2/5 بأنه " يترتب على مبدأ صحة شرط التحكيم الدولي أن المحكم يقضي في شأن مدى اختصاصه وان قضاء الدولة غير مختص بالفصل بصفة أساسية في شأن صحة شرط التحكيم" ².

الفرع الثاني

عدم اختصاص القضاء الوطني

من الآثار المهمة التي تترتب على اتفاق التحكيم هو سلب النزاع من ولاية القضاء الوطني ونقله الى ولاية المحكمين ويحدث اتفاق التحكيم هذا الاثر سواء أكان في صورة شرط أم مشاركة تحكيم.

ويعد هذا الأثر أمراً بديهياً ً فمن أجل ضمان تطبيق واحترام اتفاق التحكيم فإنه من الضروري أن يقابل الأثر الايجابي المتمثل في اختصاص هيئة التحكيم أثر سلبي وهو عدم اختصاص المحاكم القضائية بالفصل في النزاع الذي أتفق الأطراف على اخضاعه للتحكيم ³. ويترتب على ذلك منع القضاء في الدولة المضيفة للاستثمار من نظر المنازعة محل التحكيم وهذا الالتزام السلبي يقع على عاتق كل من طرفي الاتفاق فيمتنع عليهم اللجوء الى القضاء للفصل في النزاع المحكم فيه، وإذا رفعت دعوى أمام القضاء بخصوص منازعة متفق بعرضها على التحكيم فيكون للمدعى عليه ان يمنع المحكمة من نظر النزاع بموجب دفع يتضمن الاعتداد بالتحكيم لوجود اتفاق مسبق بشأن اللجوء اليه ⁴.

¹ D.Jean Vineet , Preeis Dalloz, Proedure Civile vingtet unieme, Edition ,1987 , P.87

² ملخص القضية منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الأول ، مايو، 1999، ص143، اشار اليه د.بشار الاسعد، مصدر سابق ، ص401

³ د. مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص508.

⁴ ينظر د.عبد الباسط عبد الواسع الضراسي، مصدر سابق ص183 ود.أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري، مصدر سابق، ص133، ود.حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم ، مصدر سابق، ص213، وما بعدها

وقد أخذ القانون الدولي الخاص السويسري بهذا المبدأ في م(7)¹ منه التي نصت على أنه "إذا كان الأطراف قد وقعوا عقداً تحكيمياً يشمل نزاعاً يمكن أحواله للتحكيم فعلى المحكمة السويسرية التي يطلب منها النظر في هذا النزاع ان تعلن عدم اختصاصها". وكذلك بالنسبة لقانون المرافعات الهولندي إذ اخذ به في ف(1) من (1022) التي نصت على أن "على المحكمة المعروض عليها نزاع ابرم الأطراف بشأنه اتفاق تحكيم أن تقضي بعدم اختصاصها ، إذا تمسك أحد الأطراف بوجود هذا الاتفاق قبل كل دفاع في الموضوع " .

وفي الاتجاه نفسه ذهب قانون المرافعات الفرنسي إذ نصت م(1458) منه على " إذا رفع النزاع المعروض على هيئة التحكيم بموجب اتفاق تحكيم على قضاء الدولة ، يجب على هذا القضاء ان يقرر عدم اختصاصه وإذا لم تكن هيئة التحكيم قد اتصلت بعد بالنزاع يجب ايضاً على هذا القضاء ان يقرر عدم اختصاصه" .

وقد أقر قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر المنازعات التي أتفق الأطراف بشأنها على اللجوء الى التحكيم قانون المرافعات العراقي إذ نصت م253 ف1 على "إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى امام القضاء الا بعد استنفاد طريق التحكيم " . وهذا يعني أن اتفاق التحكيم في القانون العراقي لا ينزع الاختصاص من المحكمة المختصة وانما يمنعها من سماع الدعوى مادام الاتفاق قائماً ، وعلى هذا فإنه يعد مانعاً مؤقتاً من سماع الدعوى ويجوز اللجوء الى المحكمة المختصة إذا أتفق الخصوم على ذلك.

وهذا ما اكدته محكمة التمييز العراقية في حكمها الصادر في 1967/8/30 عندما ردت الطعن التمييزي الخاص بوجود اتفاق التحكيم بحجة " أن للمحاكم ولاية النظر في جميع الخصومات حتى ولو ورد اتفاق التحكيم في العقد فإنه لا يجعل المحكمة غير مختصة إذا اعرض عنه الخصم وفضل اقامة الدعوى أمام القضاء مباشرة" ² القانون المصري إذ نصت م(13) ف(1) من قانون التحكيم المصري على ان " يجب على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى " ³ . كما نصت معظم التشريعات الوطنية على قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر المنازعات الاستثمارية التي أتفق بشأنها على اللجوء الى التحكيم ، فقد نصت عليها الاتفاقيات الدولية كذلك ، إذ أخذت بها اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سنة 1958 في م(2) ف(3) منها والتي تنص على ان " على محكمة الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع بصدد مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم بالمعنى الوارد في هذه المادة ان تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم الى التحكيم" .

كما اخذت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961 بذلك، إذ نصت م(6) ف(3) منها على أن "في الحالة التي تكون فيها إجراءات التحكيم قد بدأت قبل أي لجوء الى محكمة قضائية فإن على المحاكم القضائية للدول المتعاقدة المعروض عليها في وقت لاحق طلب ينصب على النزاع نفسه وبين الأطراف نفسها او طلب بتقرير إثبات عدم وجود، أو بطلان، أو إنقضاء اتفاق التحكيم ، إيقاف الفصل في اختصاص المحكم الى حين صدور حكم التحكيم مالم تكن هناك بواعث خطيرة" .

ويتضح من هذا النص ان الاتفاقية الأوروبية لم تعالج سوى الفرض الذي تكون فيه إجراءات التحكيم قد بدأت وتم عرض النزاع بالفعل على هيئة التحكيم ، ثم يلجأ أحد الطرفين الى القاضي الوطني عارضاً النزاع نفسه في وقت لاحق على بدء خصومة التحكيم ، أو يلجأ اليه طالباً تقرير

¹ على الرغم ان القانون الدولي الخاص السويسري قد عالج التحكيم في المواد (179-199) إلا أنه قد خصص المادة المذكورة المعالجة هذا الموضوع ايضاً .

² اشار اليه حميد فيصل الدليمي ، مصدر سابق ، ص124.

³ ينظر بذات الاتجاه م(203) ف(5) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي و م (201) ف(2) من قانون التحكيم التونسي وم(458) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري وم(192) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري وم(8) ف(1) من قانون التحكيم البحريني.

عدم وجود اتفاق التحكيم، أو بطلانه، أو سقوطه . ففي هذا الغرض ألزمت الاتفاقية القاضي بإيقاف الفصل في هذا الطلب حتى صدور حكم التحكيم ولم تلزمه بإعلان عدم اختصاصه.

اما اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965 فأنها لم تتضمن نصاً يقرر صراحةً الاثر المانع لاتفاق التحكيم أي عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر النزاع المتفق على اللجوء بشأنه الى التحكيم، ولكن يمكن استخلاصه من نص م(26) منها التي تنص على أن "رضاء الأطراف بالخضوع للتحكيم في إطار هذه الاتفاقية يتضمن تنازلاً عن اللجوء الى اي طريق آخر مالم يوجد اتفاق مخالف إذ يجوز للدولة المتعاقدة ان تطلب استبعاد الطرق الادارية والقضائية الداخلية كشرط لرضائها بالخضوع للتحكيم في إطار هذه الاتفاقية".

ويستفاد من النص أعلاه أنه متى أتفق الطرفان على اللجوء الى التحكيم لدى المركز الدولي فإنه يعد تنازلاً عن اللجوء الى أي طريق آخر لتسوية المنازعات التي تثار بينهما، ومن ثم فإذا حاول أحد الطرفين تعطيل اللجوء الى التحكيم أو عرقلة أجراءاته وسحب الطرف الاخر الى القضاء الوطني فإن على القاضي الوطني ان يعلن عدم اختصاصه وان يحيل الأطراف الى التحكيم لدى المركز. وهنا يرد التساؤل حول مدى اشتراط البدء بأجراءات التحكيم قبل رفع النزاع أمام المحكمة القضائية لأمكانية اعمال هذه القاعده ام لا ؟

كما يثار التساؤل عما إذا كان يشترط ان يتمسك الطرف الاخر بالتحكيم ام أنه يجوز للقاضي ان يقضي بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه؟

فيما يتعلق بالتساؤل الأول يمكن الاجابة عليه بالقول أنه لايشترط لاعمال هذه القاعدة ان تكون أجراءات التحكيم قد بدأت بالفعل إذ ان هذه القاعدة تعد اثراً من آثار اتفاق التحكيم، ومن ثم فإنها تترتب على هذا الاتفاق بمجرد ابرامه وهذا يستفيد من النصوص القانونية، إذ أنها جاءت بعبارة مطلقة تقدر عدم اختصاص القاضي الوطني سواء أكان النزاع قد عرض عليه قبل بدء أجراءات التحكيم أم بعدها¹.

وفيما يتعلق بالتساؤل الثاني فيلاحظ من خلال التشريعات المتعلقة بالتحكيم أنها قد تطالبت لاعمال هذه القاعدة ان يتمسك المدعى عليه باتفاق التحكيم، وهو أمر بديهي، لأنه إذا حضر المدعى عليه أمام المحكمة القضائية من دون ان يتمسك بوجود اتفاق التحكيم فإن ذلك يعد تنازلاً منه على اللجوء الى التحكيم ومن ثم يكون للمحكمة الأستمرار في نظر النزاع والفصل فيه ومن هذه التشريعات القانون الدولي الخاص السويسري، إذ نصت م(7)ف(1) منه على "إذا كان الأطراف قد وقعوا عقداً تحكيمياً يشمل نزاعاً يمكن احواله للتحكيم فعلى المحكمة السويسرية ان تعلن عدم اختصاصها ، إلا إذا :-
1- تكلم المدعى عليه في الموضوع من دون ان يتمسك بعدم اختصاص المحكمة".

وكذلك قانون المرافعات الهولندي النافذ إذ نصت م(1022)ف(1) على أنه "على المحكمة المعروض عليها نزاع أبرم الأطراف بشأنه اتفاق تحكيم ان تقضي بعدم اختصاصها،إذا تمسك أحد الأطراف بوجود هذا الاتفاق قبل كل دفاع في الموضوع".

اما قانون المرافعات الفرنسي النافذ فقد نصت م(1458) منه على أن "..... وإذا لم تكن هيئة التحكيم قد أتصلت بعد بالنزاع يجب ايضاً على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه"، وهذا يعني أن المشرع الفرنسي قد اوجب على القاضي ان يدفع بعدم اختصاصه حتى في حالة عدم تمسك المدعى عليه بالتحكيم.

اما القانون المصري فقد نصت م(13)ف(1) من قانون التحكيم المصري النافذ "يجب على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ان تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه اي طلب، أو دفاع في الدعوى"، وهذا يعني أن قانون التحكيم المصري قد أشتراط تمسك المدعى عليه باتفاق التحكيم.

¹ ينظر د. سامية راشد ، مصدر سابق ، ص442 وما بعدها ود. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص131.

وبذات الاتجاه أخذ المشرع العراقي إذ نصت م(253) من قانون المرافعات العراقي النافذ "1- إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى أمام القضاء إلا بعد استنفاد طريق التحكيم .

2- ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين الى رفع الدعوى من دون الاعتداد بشرط التحكيم ،ولم يعترض الطرف الاخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى و عد شرط التحكيم لاغياً " .

كما قد تبنت معظم الاتفاقيات الدولية الأمر نفسه فقد نصت م(2)ف(3) من اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سنة 1958 على أن " على محكمة الدول المتعاقدة المطروح عليها نزاع يصدد مسألة ابرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم بالمعنى الوارد في هذه المادة ان تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم الى التحكيم ،وذلك مالم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطلاً ،أو لا اثر له ،أو غير قابل للتطبيق " .

وايضاً الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961 إذ نصت م(6) ف(1) منها على أنه "يجب على المدعى عليه التمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام المحكمة القضائية المطروح عليها النزاع من أحد طرفي اتفاق التحكيم قبل، أو عند تقديم أوجه دفاعه حول الموضوع، وإلا سقط الحق فيه" .

وهذا ما اكده الحكم التحكيمي الصادر في 32 يناير 1984 في قضية Framatome وهيأة الطاقة الذرية الايرانية ، إذ تمسكت الحكومة الايرانية بعدم خضوع المسائل المتنازع عليها للتحكيم ووجوب عقد الاختصاص الى المحكمة الوطنية الايرانية ، إذ دفعت بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع المعروض عليها نظراً لأن الفصل في ذلك النزاع سوف يؤدي الى المساس بالسيادة الوطنية وعلية يجب ان تفصل المحكمة الوطنية الايرانية بالنزاع ، إلا أن الهيئة لم تلفت الى هذا الدفع مقررّة أنه إذا كان قرار الحكومة الايرانية يعد قراراً لايقبل الخضوع للتحكيم بوصفه من قرارات السلطة العليا ،ويعبر عن ممارستها لسيادتها الوطنية وهو ما يغل يد الهيئة عن التعرض اليه بأي وجه من الوجوه ، فإن الآثار المالية المترتبة على هذا القرار في حد ذاتها قابلة للفصل فيها بواسطة التحكيم ¹ . وكذلك في قضية شركة Mobil Oil ضد حكومة نيوزلندا في سنة 1999 ، إذ أنه وعلى الرغم من تقديم الشركة لطلب التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، فقد سعت الحكومة الى استصدار أحكام قضائية من المحاكم النيوزيلندية لعرقلة سير النزاع أمام هيئة التحكيم ، إلا أنه عند عرض النزاع على المحكمة العليا في نيوزيلندا قررت وقف نظر جميع الدعاوى المتصلة بالنزاع لحين انتهاء هيئة التحكيم من عملها اعمالاً لشرط التحكيم المبرم بين الطرفين ² . وايضاً قضية اتحاد الإذاعة والتلفزيون بجمهورية مصر العربية ضد شركة التلفزيون العربي الأمريكي ، فعلى الرغم من تقدم اتحاد الإذاعة والتلفزيون بتاريخ 1999/2/21 الى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي بطلب تحكيم ضد التلفزيون العربي الأمريكي لتسوية الخلاف القائم بينهما اعمالاً لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الطرفين الا أنه بتاريخ 1999/10/10 أقام التلفزيون العربي الأمريكي دعوى تعويض ضد الاتحاد المذكور أمام محكمة كاليفورنيا التي قضت بعدم اختصاصها وأحالت الدعوى الى التحكيم ³ .

¹ Francois Rigaux ,op ,cit ,p.97 .

² Pevichicru Bellin ، Larbitrage Nature Juridique Droit Anterne Et Droit International ، Paris ، 1966، p.176

³ اشار اليه د. بشار الاسعد ، مصدر سابق ، ص383 .

الفرع الثالث

أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة المضيفة للاستثمار

تعد الحصانة القضائية للدول من المبادئ المستقرة في القانون الدولي التي مفادها عدم جواز اخضاع المنازعات التي تكون فيها دولة ماء، أو تابعيها من اشخاص القانون العام طرفاً لغير قضاء هذه الدولة ، وهذا يعني في المقابل عدم اختصاص أي قضاء آخر سواء أكان قضاءً رسمياً في دولة أجنبية أم قضاءً تحكيمياً بنظر مثل هذه النزاعات.¹

ومن هنا تبرز خطورة الحصانة القضائية في عقود الاستثمارات الأجنبية إذ كيف يعد الاتفاق التحكيمي أحد الضمانات التي عول عليها المستثمر الأجنبي في تعاقدته مع الدولة المضيفة، أو من يمثلها في الوقت الذي تستطيع فيه الأخيرة التمسك بحصانتها القضائية . وعليه يعد ذلك اختلافاً بالشروط الجوهرية التي قامت عليها العلاقة التعاقدية مما يستوجب معه مساءلة الدولة.²

وإذ إن التمسك بالحصانة القضائية في الغرض مؤداه عودة المنازعة مرة أخرى لاختصاص المحاكم الوطنية التي أراد المستثمر الأجنبي بالاتفاق على اللجوء للتحكيم الاقالات من سيطرتها، الأمر الذي حدى بأغلب الدول تقرير مبدأ الحصانة القضائية المقيدة والتي تعني قصر الحصانة القضائية على بعض الأنشطة التي تمارسها الدولة وأستبعادها من نطاق الأنشطة التجارية ؛ وذلك بموجب قاعدة قانونية مقتضاها ان لجوء الاشخاص الاعتبارية العامة، أو الدول لأسلوب التحكيم يعد تنازلاً ضمناً عن حصانتها القضائية.³

وعليه فلا يجوز للدولة المضيفة للاستثمار التي تتفق على اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي ، أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام المحكم او هيئة التحكيم.

ومن الجدير بالذكر أن بعضاً من القوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم قد تعرضت لمسألة اثر اتفاق التحكيم على تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحكمين كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة (1965) والتي تهدف الى اقامة نوع من التوازن بين مصالح المستثمرين ومصالح الدولة الطرف في النزاع، إذ أنها بغية تحقيقه قد نصت على ان اتفاق الأطراف على اللجوء الى التحكيم لدى المركز الدولي لا يمكن العدول عنه بالارادة المنفردة لأحد الطرفين حسب م(25) ف(1) منها.⁴

¹ ينظر في الحصانة القضائية د. صفوت عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص375 وما بعدها ود. ابراهيم أحمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص84 وما بعدها ود. فؤاد رياض ، د. سامية راشد مبارك ، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004، ص351-352.

² د. عصام الدين القسبي ، مصدر سابق ، ص78.

³ ينظر د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم الدولي ، مصدر سابق ، ص277، ود. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق، ص377 وما بعدها.

⁴ تنص م(25) ف(1) من الاتفاقية المذكورة على أن "يتمدد الاختصاص القانوني الى اية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن الاستثمار بين دولة متعاقدة وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة ، وبشرط أن يوافق طرفي النزاع كتابةً على

كما ان رضا الأطراف باللجوء الى التحكيم في اطار هذه الاتفاقية يعد بمثابة تنازل عن اللجوء الى اي طريق آخر لتسوية المنازعات حسب م(46) منها¹.

ويترتب على ذلك استحالة الاعتراض على اختصاص هيئة التحكيم المشكلة في اطار المركز الدولي بالاستناد الى الحصانة القضائية، فالدولة التي تقبل بمحض ارادتها ان تكون طرفاً في خصومة تحكيم لدى المركز الدولي لا يمكنها بدون مخالفة التزامها باخضاع النزاع لدى المركز الدولي ان تحتج خلف حصانتها القضائية للمنازعة في اختصاص هيئة التحكيم، ففي اطار هذه الاتفاقية رضا الدولة بالتحكيم يتضمن بالضرورة التنازل عن الحصانة القضائية في هذه الدولة².

ولقد عالجت موضوع الحصانة القضائية الاتفاقية الأوروبية للحصانة القضائية الصادرة في مايو سنة 1972 التي دخلت حيز التنفيذ في 1976، كما نصت على هذا المبدأ تشريعات بعض الدول كالقانون الانكليزي للحصانة عام 1978، إذ نصت م(2) ف(1) من الاتفاقية الأوروبية للحصانة القضائية (E.I.C) على أن " إذا وافقت دولة متعاقدة كتابةً على اخضاع منازعة ما نشأت، أو يمكن ان تنشأ عن علاقة تجارية، أو مدنية للتحكيم فإن هذه الدولة لا يمكنها التمسك بالحصانة أمام قضاء دولة متعاقدة أخرى يتم التحكيم على اقليمها وبموجب قانونها، أو إذا نظرت أمام محاكمها مسألة تتعلق بـ :

أ- صحة، أو تفسير اتفاق تحكيم.

ب- الإجراءات التحكيمية.

ج- أبطال حكم التحكيم الصادر في هذا الشأن مالم ينص اتفاق التحكيم على غير ذلك³.

كما ذهبت أيضاً م(9) ف(1) من قانون الحصانة الانكليزي (S.I.A) الى أنه " عندما تتفق دولة ما كتابةً على أخضاع منازعة ما ناشئة، أو يمكن أن تنشأ للتحكيم فإن هذه الدولة لا يمكنها أن تدفع بحصانتها أمام المحاكم البريطانية المرتبطة بهذا التحكيم"⁴.

ومن الأحكام الصادرة بهذا الخصوص حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 3879 في 25 مارس 1984 في إطار غرفة التجارة الدولية وتتلخص وقائع هذه القضية في أن كل من مصر، و السعودية، والامارات، وقطر قد أبرمت في 16 أبريل 1975 اتفاقية بموجبها يتم انشاء الهيئة العربية للتصنيع بهدف تطوير صناعة التسليح لمصلحة هذه الدول ولقد أبرمت الهيئة المذكورة مع الشركة الانكليزية ويست لاند West Land للهيلوكوبتر عقداً بموجبه تم انشاء شركة مختلطة غرضها القيام بتصنيع وبيع الهيلوكوبتر من نوع (Lynx)، ولأجل هذا الغرض أبرمت الشركة الانكليزية ويست لاند العديد من العقود مع هذه الشركة في 27 فبراير 1978 بيد أنه في 14 مايو 1979 وبناءً على قرارات القمة العربية التي عقدت في بغداد قررت الدول الثلاث " السعودية، والامارات، وقطر ". إنهاء وجود الهيئة بدءاً من أول يوليو عام 1979 وتشكيل لجنة لتصفيتها واعتبار كل العقود التي أبرمتها لاغية؛ وعلى أثر ذلك تقدمت الشركة الانكليزية ويست لاند بعريضة تحكيم الى هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، ونظراً لتغيب الأطراف الأخرى عن المشاركة في إجراءات التحكيم تم تشكيل هيئة

تقديمها للمركز، وعند اعطاء الطرفان موافقتهم لا يحق لاي منهما ان يسحب هذه الموافقة من دون قبول من الطرف الآخر".

¹ ينظر نص المادة (46) من الاتفاقية المذكورة اعلاه.

² اشار اليه د. سراج حسين، مصدر سابق، ص 429.

³ اشار اليه د. عصام الدين القصبي، مصدر سابق، ص 102.

⁴ اشار اليه د. عصام الدين القصبي، مصدر سابق، ص 102.

التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية التي اصدرت حكماً تمهيدياً بشأن اختصاصها اكدت فيه أنه وفقاً للمفهوم السائد فإن ابرام اتفاق تحكيم يتضمن التنازل عن الدفع بالحصانة القضائية والتنفيذية.¹ كما سار على النهج نفسه القضاء المصري فقد ذهبت هيئة التحكيم في قضية هضبة الاهرام في حكمها الصادر في 20/مايو/1992 "الى ان تمسك الحكومة المصرية بالحصانة القضائية أمام المركز بعد قبول شرط التحكيم لاقبمة له لان قبول هذا الشرط يعني التنازل عن الحصانة القضائية أمام التحكيم الذي قبلت الخضوع له".² أما فيما يتعلق بالحصانة التنفيذية فهي عدم تأثر العقد التحكيمي في مجال الاستثمار بما تصدره الدولة من تشريعات تؤثر على عدالة الحكم التحكيمي الاستثماري ، وتعد قضية Societe des Travaux de Marseille V. Republic populaire du Grands Bangladesh من القضايا التي كان من ورائها تم تأكيد هذا الموضوع وتدور وقائع هذه القضية حول قيام هيئة التنمية الصناعية لباكستان الشرقية (EPIDC) ، وهي شركة مملوكة بالكامل للحكومة الباكستانية بأبرام عقد في عام 1965 مع شركة SGIM الفرنسية، لمد خط انابيب الغاز في باكستان الشرقية (التي صارت منذ عام 1971 جمهورية بنغلادش الشعبية) وقد تضمن هذا العقد الاتفاق على خضوعه لأحكام القانون الباكستاني ، كما تضمن شرطاً تحكيمياً بمقتضاة يتعين فض المنازعات التي قد تنشأ بسبب هذا العقد ، أو بمناسبة تنفيذه بطريق التحكيم وفقاً لقواعد الغرفة التجارية الدولية بباريس على ان يتم التحكيم في جنيف بسويسرا . وفي عام 1968 وعلى أثر منازعة الطرف الباكستاني في مطالبة الشركة الفرنسية له بمبلغ إثنا عشر مليون فرنك فرنسي ، لجأ الطرفان للتحكيم وتم تعيين كل طرف لمحكمة في 7 مايو 1972 . وبعد يومين فقط اصدر رئيس جمهورية بنغلادش مرسوماً ، بأثر رجعي يترد الى 26 مارس 1971 ، بتأسيس هيئة التنمية البنغالية (BIDC) لتخلف هيئة التنمية الصناعية الباكستانية بحيث تنتقل للاولى كل الاصول المملوكة للثانية؛ وكذلك ديونها وتحمل مسؤولياتها "ما لم تر حكومة بنغلادش توجه آخر " . المهم ان هذا المرسوم ينص على أن كل إجراءات التحكيم التي تكون هيئة التنمية الصناعية الباكستانية قد ارتبطت بها قبل سريان هذا المرسوم ستعد لاغية ولن يكون لأي حكم تحكيمي تنتهي اليه هذه الإجراءات أي أثر ، أو الزام ، أو نفاذ في مواجهة سواء هيئة التنمية الصناعية الباكستانية ، أو البنغالية ، وأن أي سلطة تمت ممارستها بالنيابة عن الهيئة الباكستانية في إجراءات التحكيم تعد باطلة ولاغية من تاريخ 26 مارس 1971 ، وان أي نص في العقد خاص بتسوية المنازعات بطريق التحكيم التي شرع في إجراءات التحكيم وفقاً له يعد لاغياً ومعدوم الأثر . ولم يقف الأمر عند هذا الحد فقد واصلت الحكومة البنغالية متابعتها الغاضبة المحمومة لهذه القضية ، فعلى اثر تحديد هيئة التحكيم لجلسة استماع في 20 نوفمبر 1972 للنظر في طلب الجانب الفرنسي الخاص بإحلال الهيئة البنغالية محل الهيئة الباكستانية باعتبار الأولى خلفاً للثانية ، اصدر رئيس الدولة مرسوماً آخر يقضي بان حلول الأولى محل الثانية قاصر على الديون والمسؤولية في المسائل غير المتنازع فيها . ثم أصدر في 15 نوفمبر 1972 مرسوماً ثالثاً يقضي بحل الهيئة الباكستانية ونقل ملكية اصولها للحكومة البنغالية ، وقد منح هذا المرسوم الحكومة

¹ اشار اليه د. سمير فرنان بالي ، قضايا التحكيم في الدول العربية ، ج1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص112.

² ينظر الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في قضية الاهرام اشار اليها د. بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص386.

وكذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في 29 ابريل سنة 1986 بأن " الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وهو ما ينبني عليه عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى، الا أنه لما كانت الحصانة القضائية غير مطلقة ، وانما تقتصر على الاعمال التي تباشرها الدولة الأجنبية بما لها من سيادة فلا يندرج فيها المعاملات المدنية والتجارية وما يتفرع عنها من منازعات ما ينحسر عنه هذه الحصانة".

اشار اليه د.سراج حسين، مصدر سابق، ص424.

سلطة الوفاء ، على سبيل التفضل بأي مطالب تتعلق بمسؤولية الهيئة التي حلها التي تراها الحكومة عادلة .

وعلى الرغم من ذلك ، وبناءً على ما ارتأته هيئة التحكيم من صحة حلول الهيئة البنغالية محل الهيئة الباكستانية ، فقد أصدرت في 31 مايو حكماً يقضي بالمسؤولية المشتركة للحكومة الباكستانية والهيئة التي تم حلها في مواجهة الشركة الفرنسية¹ . هذه القضية التي وصفت و-بحق - أنها (مرعية)² لأنها تجسد مدى تأثير اتفاقات التحكيم بالتغييرات القانونية التي تقوم بها الدولة المضيفة للاستثمار والتي تؤثر على مناخ الثقة الذي يعول عليه المستثمر ، وتبرر جانب كبير من المخاوف التي يحملها الأخير تجاه دول العالم الثالث.

المبحث الثاني

أختيار المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية

غالباً ما يكون أساس التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية هو رغبة أطراف العلاقة الاستثمارية وضع النزاع في يد شخص أمين حريص على علاقته بالطرفين ، له خبرة ومعرفة ودراية بالعقد المبرم بينهما وقادر على حل النزاع بالطريقة التي تحقق العدالة بما يتناسب مع طبيعة هذه العقود، ومن ثم فإن أمر تحديد ماهية المحكم من خلال إستجلاء الشروط الواجب توافرها فيه لأمكانية أختياره، وطرق هذا الأختيار،توجب علينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في المطلب الأول الشروط الواجب توافرها في المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية ،وفي المطلب الثاني سنحدد الطرق التي من خلالها يمكن تعينه.

المطلب الأول

شروط المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية

¹ اشار اليه د. عصام الدين القصبي ، مصدر سابق ، ص175 .

² ينظر د. عصام الدين القصبي ، المصدر السابق نفسه ، ص175 .

تعد عملية اختيار المحكم من العمليات المهمة جداً لأنه يعد المحور الاساسي للسير في إجراءات التحكيم ويقصد بالمحكم بصورة عامة " شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم " ¹.

او أنه "الشخص الذي يتولى الفصل في النزاع المحال الى التحكيم ويكون هذا الفصل بين طرفين أو أكثر بناءً على اتفاق تحكيم يخوله حق القيام بهذه المهمة " ². وكذلك يعرف بأنه "الشخص الذي اتفق الخصوم على إحالة النزاع القائم بينهم إليه للفصل به من دون المحكمة المختصة" ³.

أما المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية فهو " الشخص الذي تولى إليه مهمة الفصل في النزاع الاستثماري سواء أكان هذا النزاع حاصل أم محتمل الحصول ويكون حائزاً على ثقة أطراف المنازعة الاستثمارية، وذو خبرة ودراية في مجال الاستثمار " .

هذا ولما كان المحكم يعد قاضياً خاصاً، أو مختاراً لأنه يستمد سلطته من أرادة الخصوم و من أرادة القانون الذي أجاز له ان يمارس مهمة قضائية ومنحه صلاحية إصدار قرار يتمتع بحجية الأمر المقضي به، فان المشرع لم يترك كامل الحرية للخصوم في اختيار شخص المحكم، بل حدد عدد من الشروط التي يجب أن تأخذ بنظر الاعتبار من الخصوم عند تعيين المحكم، إذ نصت معظم القوانين والاتفاقيات الدولية في موادها على لزوم كون المحكم شخصاً طبيعياً، ووجوب تمتعه بالحيادية والاستقلال عن الأطراف الذين اختاروه لهذه المهمة، فضلاً عن تحديد عدد المحكمين في حالة تعددهم بحدود فردية، كما اشترط البعض منها صراحةً ان يكون المحكم متخصصاً في مجال الاستثمار فيما يخص المنازعات الناشئة عن العقود الاستثمارية ⁴ وهذا ما سنتناوله ضمن الفروع الاربعة الآتية .

الفرع الأول

أن يكون المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية شخصاً طبيعياً

يشترط في المحكم الاستثماري ان يكون شخصاً طبيعياً يرى ويحس، ويفكر ويقرر على ضوء ما يحيط به من ظواهر وحقائق، وما من شخص معنوي، إلا وله شخص طبيعي يعبر عن ارادته ويكون لسان حاله، لذا فكما لا يتصور ان يكون القاضي شخصاً معنوياً فإنه لا يتصور ايضاً أن يكون المحكم شخصاً معنوياً، لأنهما يقومان بمهمة واحدة هي الفصل في النزاع وبيان وجه الحق فيه بحكم يكون عنواناً للحقيقة، ولا يتصور ان تأتي الحقيقة على لسان شخص معنوي لا يحس ولا يرى، إذ من الضروري ان يكون المحكم في مجال منازعات الاستثمار طبيعياً وليس معنوياً؛ وذلك لان الشروط الأخرى التي أشرت لها القوانين في المحكم لا يمكن ان تنطبق على الشخص المعنوي إذ تشترط أن

¹ د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، مصدر سابق، ص 153.

² حسام عبد اللطيف، دور المحكم في إجراءات التحكيم الداخلي، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الحقوق في جامعة النهرين، سنة 2007، ص 7.

³ د. شعيب أحمد سلمان، مصدر سابق، ص 357.

⁴ أشرت بعض من الفقه شروطاً عامه في المحكم تتمثل في كمال اهليته وعدم سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحه مخله بالشرف أو لكونه مفلساً، وهي شروط لا تخرج عن نطاق الشروط العامه الواجب توافرها في من يقوم بعمل معين يستند سبب ايكاله به الى الاعتبار الشخصي الذي راعاه الأطراف فيه. ينظر القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي، مصدر سابق، ص 97. ود. محمود السيد عمر التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، مصدر سابق، ص 288.

لا يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو من رجال القضاء ،هذا فضلاً عن طبيعة التحكيم التي تقتضي أن يكون المحكم طبيعياً¹.

أما عند الاتفاق على كون المحكم شخصاً معنوياً كالهيئات و المراكز المتخصصة في ذلك، ففي هذه الحالة تقتصر مهمة هذا الشخص على تنظيم التحكيم فقط، إذ أن الاتفاق على أحالة النزاع لدى إحدى الهيئات، أو مؤسسات التحكيم لا يعني أن تتولى هذه المؤسسة العملية التحكيمية، والفصل بالنزاع، وأنما تكون مهمتها الإشراف التنظيمي والأداري البحت على عملية التحكيم التي يتولاها محكم، أو محكمون متخصصون في مجال الأستثمار والذين يكونون من الاشخاص الطبيعيين سواء تم تعيينهم من قبل أطراف النزاع مباشرة أو من مؤسسة التحكيم ذاتها².

ولقد نص على ذلك قانون المرافعات الفرنسي النافذ في م(1451) منه التي جاء فيها " لا يمكن أن تعهد مهمة التحكيم إلا للشخص الطبيعي، وإذا عين العقد التحكيمي شخصاً معنوياً فإن هذا الأخير لا يتمتع إلا بصلاحيات تنظيم التحكيم ".

وهو الأمر ذاته الذي اخذ به المشرع الهولندي في قانون المرافعات الهولندي النافذ في م(1023) منه التي نصت على "يمكن أن يعين محكماً كل شخص طبيعي يتمتع باهليته المدنية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ولا يمكن استبعاد أي شخص بسبب جنسيته".

أما بخصوص المشرع العراقي فاننا لم نجد أي إشارة لهذا الموضوع إلا أن هذا لا يمنع من تطبيق "أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً " و إن لم ينص عليه القانون وذلك لأن نص م(255) من قانون المرافعات قد اشترط أن لا يكون المحكم من رجال القضاء، أو قاصراً، أو محجوراً، أو محروماً من حقوقه المدنية، أو مفلساً لم يرد اليه اعتباره " وهذه الشروط لا تنطبق الا على الشخص الطبيعي من دون المعنوي³.

أما بالنسبة للقانون المصري فنلاحظ أنه قد اجاز للشخص الاعتباري ان يكون محكماً ولكن اشترط فيه ان يملك التصرف في حقوقه، إذ نصت م(11) من قانون التحكيم المصري النافذ على أنه " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي، أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه " .

بينما ذهبت بعض الاتفاقيات الدولية الى اعداد قائمة باسماء المحكمين ممن يتمتعون بمكانة بكافة الشروط التي يجب توافرها في المحكم، و ثم تقوم الدول الاعضاء والتي هي أطراف المنازعة بتعيين الاشخاص التي ترى أنهم مناسبون للفصل في نزاعاتهم ، كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965⁴، واتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للأستثمار العربي وبين مواطني الدول الأخرى لسنة 1951⁵، وكذلك الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية لسنة 1973⁶، والاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961⁷.

¹ أسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص83.

² د. حمزة أحمد حداد ، مصدر سابق ، ص193

³ ولقد نصت صراحة على وجوب كون شخص المحكم طبيعياً مجموعة من القوانين كقانون التحكيم الاردني في م(9) منه وقانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني في م(33) منه ، وقانون المرافعات المدنية الاماراتي في م(203) ف(4) ، وقانون التحكيم التونسي في م(10) ، وقانون التحكيم السعودي في م(4) ، وقانون اصول المحاكمات المدنية السوري في م(507) ، وقانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني في م(768) .

⁴ ينظر المواد (13،14) من الاتفاقية المشار اليها اعلاه.

⁵ ينظر المواد (35،36) من هذه الاتفاقية.

⁶ ينظر م(28) من الاتفاقية اعلاه .

⁷ ينظر م(14) من الاتفاقية الأوربية للتحكيم.

الفرع الثاني

أن يكون المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية محايداً¹ ومستقلاً

نظراً للطبيعة القضائية لعمل المحكم في مجال الاستثمار ولكونه يفصل في المنازعات الاستثمارية وفي حوزته سلطات واسعة للفصل في جميع المسائل القانونية والواقعية التي يثيرها النزاع المعروض عليه ، ونظراً لعدم التزامه باتباع قواعد الإجراءات المعمولة بها أمام المحاكم القضائية وحرية الكبيرة في تسير الإجراءات التحكيمية ، إذ أن عدم خضوع التحكيم لأية جهة رسمية ذات مصلحة يؤمن من وجهة نظر المستثمرين الأجانب الحياد اللازم والضمانه الضروريه لحماية استثماراتهم على خلاف الأمر بالنسبة للقضاء ، فالعقود الاستثمارية غالباً ما تربط دوله ناميه بمستثمر اجنبي لا يثق عادةً بقضاء الدولة المتعاقده او بقوانينها، إذ ان القاضي من السهل عليه أن يتأثر بالدوافع الوطنية التي قد تخالف مصالح المستثمر، كما ان القوانين في الدول الناميه سهلة التعديل والغاء ونادراً ما تتسم بالاستقرار.¹

ونظراً لتمتع الحكم الصادر عنه بالقوة الملزمة فقد وجب أن تتوفر في المحكم عموماً وفي مجال الاستثمار بشكل خاص الصفات و الضمانات الواجب توفرها في القضاء واولها الحيادية والاستقلال عن أطراف النزاع ، فلا يكون المحكم مرتبطاً بأحدهم ،أو بأحد مستشاريهم أو بأحد المحكمين الآخرين في هيئة التحكيم بروابط اجتماعية أو بعلاقات عمل من شأنها ان تجعله صاحب مصلحة في حكم التحكيم المنتظر إصداره مما قد يؤول الى عد المحكم في مجال الاستثمار منحازاً لطرف ،أو متحاملأ على طرف آخر.²

ويقصد بالحياد أن يقف المحكم في مجال الاستثمار بحل النزاع على مسافة واحدة بين أطراف العلاقة الاستثمارية ويراعى مبدأ المساواة بينهم ، أي أن لا تكون له مصلحة بموضوع النزاع ، اما الاستقلالية فهي ضرورة عدم ميل عاطفته اتجاه أحد الخصوم بعداوة ،أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بينهم بالعدل والانصاف مما يقتضي تحدد المحكم من تأثيرهم مهما كان مصدره سواء صداقة او قرابة او حالة تبعية بينه وبين الخصم الذي اختاره³، إذ يجب على المحكم في الاستثمار الأجنبي أن يكشف للأطراف في بداية الإجراءات التحكيمية او قبل بدايتها عن اي علاقة شخصية او علاقات عمل تربطه بأي منهم ،أو بمستشاريهم ،أو بأي من المحكمين الآخرين في هيئة التحكيم وهو ما يعرف في لائحة التحكيم اليونسفال 1976 والقانون النموذجي لعام 1985 بواجب المحكم في الإفصاح عن الظروف التي يمكن أن تجرده من اهلية النظر في النزاع⁴. وعليه فإذا اخل المحكم في مجال الاستثمار بواجبه في الإفصاح أفترض التحيز من جانبه من دون الحاجة الى إثبات تحيزه الفعلي نتيجة سلوك اتاه مما يؤثر في مجرى العملية التحكيمية و الحكم الصادر فيها⁵.

¹ د. جورج حزبون ، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الرابع ، السنة الحادية عشرة ، الكويت ، 1987، ص190 .

² د.عكاشة عبد العال ، المفترضات و الشروط الذاتية في المحكم ، ط1 ، المكتبة القانونية ، دمشق ، 2003 ، ص62 .
³ د.علاء اباريان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، ص118، 119.

ينظر القانون النموذجي الصادر عام 1985 على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني⁴
<http://www.jus.uio/im/un/.arbitration.model law 1985 -doc>.

⁵ د. عبد الحميد الأحمد ، التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص270.

هذا ويكفي التحيز المفترض من جانب المحكم نتيجة الرابطة أو العلاقة غير البسيطة التي لم يفصح عنها لألغاء الحكم التحكيم. أما إذا أفصح المحكم عنها فيكون عندها قد ادى واجبه ومن ثم يكون لأطراف العلاقة الاستثمارية الخيار بين القبول، أو المطالبة برده¹.

وهذا ما اخذ به المشرع السويسري في م(180) ف(1) (ج) من القانون الدولي الخاص النافذ التي تنص على أنه " يمكن رد المحكم إذا كانت هناك ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده وأستقلاله"، وهو ذات الحكم الذي اخذ به القانون الهولندي في م(1033) ف(1) من قانون المرافعات المدنية الهولندي والتي جاءت بنص مطابق تماماً لنص المادة اعلاه ما عدا تغيير طفيف فيها².

وبالرجوع الى أحكام قانون المرافعات الفرنسي لا نجد نصاً مماثلاً إذ أنه لم يشر الى وجوب أن يكون المحكم محايداً ومستقلاً، وان كان القضاء الفرنسي قد طبق هذا المبدأ إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 6 ديسمبر 1982 بأنه "لا سبيل الى الحكم بأبطال حكم التحكيم على أساس تحيز المحكم المعين من أحد الأطراف لعلاقته بالطرف الذي عينه ولكونه يعمل مستشاراً لشركاته، ليس على اساس السماح لهذا التحيز نتيجة العلاقة بين هذا المحكم والطرف الذي عينه، ولكن على أساس أن الأطراف كانوا يعلمون بوجود هذه العلاقة لكنهم لم يبدو اعتراضاً على هذا الحكم أو رداً له قبل ذلك"³.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد نص في م(261) من قانون المرافعات النافذ على أنه "يجوز رد المحكم للأسباب نفسها التي يرد بها القاضي ولا يكون ذلك، إلا لأسباب تظهر بعد تعيين المحكم"، وعند الرجوع الى أسباب رد القاضي التي عالجها القانون نلاحظ ان المادة (93) من القانون أعلاه بينت أنه يجب رد القاضي في الحالات التي يغلب الظن فيها عدم استطاعته على الحكم بصورة عادلة وهذا يعني ان المحكم الاستثماري يجب ان يفصح عن هذه الظروف التي من شأنها ان تمس بحياده وأستقلاله والا فإنه سوف يتعرض للرد⁴.

ولقد أخذ المشرع المصري بمبدأ الحيادية والأستقلال، وذلك بأشراطه أن يكون المحكم محايداً، أو مستقلاً والا أوجب ابطال الحكم التحكيمي ورد المحكم ان لم يكن كذلك حسب م(18) ف(1) من قانون التحكيم المصري النافذ، كما أكد على وجوب افصاح المحكم عن أية ظروف من شأنها اثاره الشكوك حول حياديته وأستقلاله حسب م(16) ف(3) من القانون ذاته⁵.

¹ د. أكثم خولي، خليات التحكيم وأدابه، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، 2008، ص360.

² إذ نصت المادة اعلاه على " 1- يمكن رد المحكم إذا وجدت ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده أو أستقلاله".

³ أشار اليها د. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص336.

⁴ تنص م(93) من القانون اعلاه على "يجوز رد القاضي لأحد الاسباب الآتية : إذا كان أحد الطرفين مستخدماً عنده، أو كان هو قد اعتاد مؤاكلة أحد الطرفين، أو مساكنته، أو كان قد تلقى منه هديه قبيل اقامة الدعوى، أو بعدها.

1- إذا كان بينه وبين أحد الطرفين عداوه، أو صداقه يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل .

2- إذا كان قد ابدى رأياً فيها قبل الأوان .

⁵ ينظر بذات الاتجاه م(770) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، وم(57) من قانون التحكيم التونسي، م(458) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، م(12) من قانون التحكيم السعودي، م(178) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980، م(146) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، م(23) من قانون التحكيم اليمني.

أما على صعيد القضاء فيلاحظ تأكيده على هذا الأمر صراحةً في بعض من الأحكام التي تقضي ببرد المحكمين في مجال الأستثمار الأجنبي لعدم أستقلالهم أو لأنحيازهم ، كالحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسيه في 1984/6/27 في دعوى

Breme Handegesell Schaft M.B.HV.ets So Ulest Cieardscott.

التي تتلخص وقائعها بإفادة المشتري بألزام البائع له بعدم تصدير الزيت النباتي بسبب إصدار الدولة " الولايات المتحدة الأمريكية " قراراً بحضر تصديره نتيجة لفيضان عم المسيسيبي بتاريخ 1973/6/17 وأحال المشتري النزاع الى التحكيم وحصل على حكم بتعويضه مبلغاً قدره 65 الف دولار ولم يقبل البائع الحكم وأقدم على أستئنافه، وإذ ان هذه التجارة قد كانت تمر بسلسلة من عشرات العقود لبيع هذا المنتج، ومن ثم فإن التجار مرتبطون بالعديد من تلك العقود في ذات الوقت. وقد كان البائع طرفاً في عشرات الدعاوى المحالة الى التحكيم وكان (سكوت) محكماً فيما يقارب 43 دعوى من دعاوى البائع مما دفعه في يناير 1984 الى طلب رد المحكم (سكوت) تعديلاً على مانما الى علمه أن (سكوت) يعمل لدى شركة تابعة لشركة أخرى تعمل في مجال شراء الزيت النباتي، مما حصله ترجيح عدم استطاعة المحكم (سكوت) الحكم من دون تأثير من مصلحة الاخير السابقة في مثل هذه الاحوال عند الحكم ضد البائع، بيد ان محكمة النقض الفرنسية حكمت أن سلوك البائع انما كان لإثبات احتمال الأنحياز الظاهر من جانب المحكم¹.

وفي دعوى أخرى الغت فيها المحكمة العليا الأمريكية في حكمها الصادر في سبتمبر 1985 حكم تحكيم ؛ بعد ان اتضح لها ان أحد المحكمين كان يعمل في فتره سابقه كمستشار للطرف الذي اختاره، ولم يفصح عن هذه الوقائع للطرف الاخر².

الفرع الثالث

أن يكون عدد المحكمين فردياً

توجب معظم التشريعات ان يكون عدد المحكمين عدداً فردياً وذلك لتلافي الحالة التي قد ينتهي اليها التحكيم بأختلاف المحكمين فيما بينهم من دون ان يصلوا الى قرار واحد، الأمر الذي يؤدي الى عدم حسم النزاع بل قد يزيد الأمر سوءاً³.

وهذا ما نصت عليه م(1453) من قانون المرافعات الفرنسي التي جاء فيها "تشكل الهيئة التحكيمية من محكم واحد أو عدة محكمين بشرط ان يكون عددهم وتراً". وكذلك القانون الهولندي إذ نصت م(1026) من قانون المرافعات الهولندي النافذ على " تشكل الهيئة التحكيمية من عدد وتري من المحكمين ويمكن أن يعين محكم فرد". ونص على ذلك قانون التحكيم المصري النافذ في م(15) ف(2) التي جاء فيها "إذا تعدد المحكمين وجب ان يكون عددهم وتراً"⁴.

¹ أشار اليه د. أحمد عبد الرحمن الملحم ، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الثاني ، السنة الثامنة عشر ، الكويت ، 1994 ، ص212.

² اشار اليه د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق ، ص458.

³ د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص95.

⁴ قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في عام 1985 "يجب أن يكون عدد المحكمين وتراً ومخالفة ذلك اثره البطالان " القرار رقم 6529 لسنة 1985 أشار اليه د. محمدي فتح الله حسين ، شرح قانون التحكيم المصري ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005 ، ص142

وأيضاً م(257) من قانون المرافعات العراقي النافذ التي نصت على أنه "يجب عند تعدد المحكمين أن يكون عددهم وتراً¹ .

ولقد رتب هذه القوانين على تخلف هذا الشرط بطلان العملية التحكيمية من دون اتفاق التحكيم الذي يبقى صحيحاً على الرغم من النص فيه على عدد زوجي من المحكمين ، أي أنه إذا اتفق الطرفان على التحكيم أمام محكمين اثنين يكون الاتفاق صحيحاً في شق و باطل في شق آخر ما دام بالإمكان تجزئة البطلان وفقاً للقواعد العامة² ، فهو صحيح من إذ الاتفاق على التحكيم وباطل من إذ عدد المحكمين إلا إذا تبين من ارادة الطرفين بأنهما قصدا فعلاً التحكيم من محكمين اثنين من دون غيرهما بحيث لو كانا يعلمان بعدم جواز التحكيم بعدد زوجي لما ابرما الاتفاق عندئذ يمتد البطلان ليشمل اتفاق التحكيم ايضاً .

ولم يبين قانون المرافعات الفرنسي هذه القاعدة بصورة صريحة، وذلك على اعتبار ان م(1453) قد جاءت بقاعده امرة والتي لا يجوز مخالفتها ومن ثم فإن الأثر المترتب على هذه المخالفة هو البطلان، وهو النهج نفسه الذي انتهجه المشرع العراقي إذ أنه لم ينص على بطلان إجراءات التحكيم . وعليه ففي هذه الحالة على الأطراف أن يكملوا العدد بحيث يكون عدداً فردياً .

اما بالنسبة لقانون المرافعات الهولندي النافذ فقد نصت ف(3) من م(1026) منه على "إذا كان اتفاق الطرفين ينص على عدد زوجي من المحكمين يعين هؤلاء محكماً اضافياً والذي يتصرف بوصفه رئيساً للهيئة التحكيمية " . وهذا يعني أنه قد نحى منحاً مختلفاً لكونه اجاز ان يكون عدد المحكمين عدداً زوجياً ؛ ولكنه نص في حالة تساوي الاصوات فانه اعطى الصلاحية للمحكمين ان يقوموا بتعيين محكماً خارجياً والذي يكون رئيس المحكمين.

اما بالنسبة للقانون المصري فقد نصت م(15) ف(2) من قانون التحكيم المصري على أنه "إذا تعدد المحكمين وجب أن يكون عددهم وتراً و الا كان التحكيم باطلا "

وقد أشرت طت اتفاقيه تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية و بين مواطنين الدول العربية الأخرى على وجوب ان يكون عدد المحكمين فردياً، وذلك في نص م(14) ف(ب) منها³ ، وكذلك الاتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربية حسب م(2) ف(3) من الملحق التابع لهذه الاتفاقية⁴ .

الفرع الرابع

¹ قضت محكمة التمييز العراقية بقرارها المرقم 738 / مدنية اولى / 1972 في 27 / 12 / 1972 "يجب ان يكون عدد المحكمين وتراً سواء أكان التحكيم قضائياً أم رضائياً " . منشور في النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الخامسة ، ص280.

² وهذا ما يسمى طبقاً للقواعد العامة نظرية انتقاص العقد . للمزيد حول هذه النظرية ينظر د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 194 وما بعدها .

³ تنص م(14) ف(ب) من هذه الاتفاقية على "تشكل الهيئة من عدد فردي من المحكمين الذين يعينون حسب اتفاق الطرفين وفي حالة عدم اتفاقهم على عددهم وعلى طريقة تعيينهم فلكل طرف الحق في تعيين عضو وبعين الرئيس باتفاقهما معاً" .

⁴ تنص م(2) من الملحق التابع للاتفاقية اعلاه على "تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد او من عدد فردي من المحكمين بينهم حكم مرجح " .

تخصص المحكم في مجال الاستثمار

لم نلاحظ عند رجوعنا الى القوانين الاستثمارية المتوفرة لدينا الى أي اشارته الى هذا الشرط والسبب وراء ذلك حسب اعتقادنا هو رغبة المشرع الى عدم الاشتراط الصريح بضرورة لكون المحكم متخصصاً في المجال الاستثماري، وانما ترك الحرية الى أطراف النزاع الاستثماري ليحددوا المحكم الذي تتوفر فيه الكفاءة المطلوبة والتخصص المحدد بموضوع المنازعة، إذ قد تتعلق عقود الاستثمار بمعاملات مالية كبيرة تحتاج الى خبرة ومعلومات تفوق ما يمكن للقضاء العادي الاطاحة به، لذلك يفضل ان يكون المحكم على دراية بالأمر المحال إليه ومتخصصاً فيه أو قد تتعلق عقود الاستثمارات الأجنبية بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات نادرة لحسمها كأن تتعلق بالنواحي الفنية لاستغلال الحقل أو معدل الانتاج في عقود البترول أو بمشاكل هندسية بحتة تتعلق بكفاءة المنشآت في عقود الاشغال أو بمشاكل المحاسبات المالية أو بنوعية التكنولوجيا المستخدمة في انشاء مصنع في عقود التعاون الصناعي. فالأوفق أن يكون من ضمن المحكمين بقدر الامكان التخصصات المطلوبة لتعدد الخبرات اللازمة لحسم النزاع¹.

وإذا ان المحكم هو محور التحكيم وبقدر ما يكون راسخاً في وجوده وشخصيته وعلمه في اختصاصه بقدر ما يكون التحكيم وافياً وسليماً، وعلى عكس ذلك إذا كان المحكم مفتقراً الى الكفاءة والخبرة فإن التحكيم كله يصبح في موضع شك و مفتقراً الى الثقة والقيمة سواء لجهة نسبة العدالة التي يحتويها أم لجهة القيمة القانونية التي يوفرها من خلاله وإذا أن الفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمارات الأجنبية يحتاج الى مؤهلات علمية وفنية خاصة نظراً لتعلقها بمسائل فنية بحتة، لهذا فبدلاً من عرضها على محكمة قضائية والتي تحيلها في اغلب الاحيان الى خبير لأبداء الرأي الفني فيها فإنه يكون من الافضل عرضها على محكمين تتوافر فيهم هذه المؤهلات².

هذا ولم نلاحظ اي اشارة في اشتراط ان يكون المحكم ذو خبرة واختصاص في مجال النزاع من القوانين التي عززنا منهج المقارنة في هذه الرسالة من خلالها، وانما اكتفت ان يكون اهلاً لأجراء التصرفات القانونية من خلال ألا يكون قاصراً، أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية³. وهو حكم اخذت بخلافه الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار على اعتبار أنها اتفاقيات متخصصة في هذا المجال وتتطلب تبعاً لها تخصص من يطبق نصوصها في المجال ذاته، إذ ان اغلبها قد اشترطت في المحكم ان يكون على قدر كبير من الخبرة والدراسة في امور التجاره والقانون، إذ نصت م(14) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار على أنه "يكون الاشخاص المعينون للخدمة في الهيئة على قدر كبير من الاخلاق وأن يكون معترفاً بكفائتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الامور حكماً مستقلاً وتشكل كفائتهم في مجال القانون أهمية خاصة في حالة الاشخاص أعضاء هيئة التحكيم".

¹ د.بشار الاسعد ، مصدر سابق ، ص367

² د.سراج حسين ، مصدر سابق ، ص12.

³ ينظر بهذا الخصوص م(255) من قانون المرافعات العراقي ، م(234) من قانون اصول المحاكمات البحريني ، م(508) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري ، م(4) من قانون التحكيم السعودي ، وم(10) من قانون التحكيم التونسي ، وم(11) من قانون التحكيم العماني ، وم(139) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، وم(768) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

في حين نصت م(35) من اتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية و بين مواطنين الدول العربية الأخرى الصادرة في 1978/8/20 على أن "يعد الأمين العام قائمتين تتضمن أحدهما أسماء الموفقين والأخرى أسماء المحكمين ويتم اختيار أعضاء القائمتين من الأشخاص الأكفاء المشهود لهم بالخلق واستقلال الرأي المسلم بقدرتهم في ميادين القانون، أو التجارة، أو الصناعة أو المال، أو الزراعة، أو أي خبره تقتضيها موضوعات النزاع التي تطرأ في نطاق الأستثمارات العربية لتولي هذه المهمة".

المطلب الثاني

طرق تعيين المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية

يتم اختيار المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية من خلال طريقة أساسية وهي اختياره بوساطة أطراف النزاع في العلاقة الأستثمارية، أما اتفاقاً منهم على تعيين محكم واحد، أو على قيام كل طرف منهم بتعيين محكم وذلك في حالة اختيار أكثر من محكم واحد، فإذا لم يتمكن الأطراف من الاتفاق على تعيين المحكم أو إذا قصر أحدهم أو أهمل في القيام بواجبه هذا، أو فشل في تعيين محكمه لسبب أو لآخر، يتم اللجوء إلى طريقة أخرى لأختياره وذلك عن طريق المحكمة المختصة بالفصل بالنزاع، أو عن طريق منظمات التحكيم الدائمة.

وهذا ما سنبينه تباعاً ضمن فروع ثلاثة، إذ سنخصص الفرع الأول لأختيار المحكم عن طريق أطراف النزاع، وفي الفرع الثاني سنحدد اختياره بواسطة المحاكم الوطنية وأخيراً سنتكلم عن اختياره من المراكز التحكيمية؛ وذلك في الفرع الثالث من هذا المطلب.

الفرع الأول

أختيار المحكم عن طريق أطراف النزاع

الأصل في اختيار المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية هو اختياره بوساطة الأطراف الذين أرادوا باتفاقهم على التحكيم إبعاد النزاع من متناول القاضي الوطني وإسناد الفصل فيه إلى أشخاص من اختيارهم يحوزون ثقتهم لما لهم من خبرة و دراية بالنشاط الأستثماري وخصوصياته، إذ يقومون بتعيينهم في اتفاق التحكيم، أو تحديد طريقة تعيينهم في هذا الاتفاق، إذ أنه إذا كان من الممكن تعيين

المحكمين في اتفاق التحكيم في صورة مشاركة التحكيم بعد نشوء النزاع فأن هذا لن يكون متيسراً عندما نكون بصدد اتفاق تحكيم مبرم في صورة شرط التحكيم قبل نشوء النزاع الذي لا يتمنى الأطراف حدوثه¹.

هذا ويحكم تعيين المحكم عن طريق أطراف النزاع مبدأً أساسيان، أولهما :-ان تكون ارادة الطرفين هي الأصل في تعيين المحكم فإذا اتفقوا على تعيين محكم واحد أو أكثر ،فأنه يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه ،وثانيهما مراعاة المساواة بين الخصوم في تعيين المحكمين ،فلا يجوز أن تكون لأحدهما الأولوية في تعيين جميع المحكمين من دون الآخر².

وعليه فإن الأصل ان يتم تعيين المحكم برضا أو اتفاق الخصوم في وقت متواتر مع الاتفاق على التحكيم كطريق لحسم النزاع فيبرم اتفاق التحكيم متضمناً أسم المحكم المعين من قبل الخصوم .وقد يمر هذا التعيين بمرحلة مفاوضات ومناقشات كثيرة من خلال اقتراح الأطراف عدداً من المحكمين الذين تتوافر فيهم الشروط والقدرات المطلوبة إذ يتم التعيين من بينهم وقد يستعان بوسيط بين الخصوم لتقريب وجهات النظر وتعيين المحكم الذي تتفق عليه إرادة الخصوم³.

وقد يفضل الخصوم تعيين أكثر من محكم فإذا تم الاتفاق بين الأطراف على تعيين ثلاثة محكمين مثلاً فيجب عندها على كل طرف ان يعين محكماً ثم يقوم المحكمان المعينان بتعيين المحكم الثالث، وتسري ذات القواعد عند الاتفاق على تعيين أكثر من ثلاثة محكمين إذ يعين كل طرف محكمين أو ثلاث ثم يبادر المحكمون بتعيين رئيس الهيئة وهو المحكم الخامس أو السابع⁴.

وهذه الحرية المقدرة للأطراف في عقود الاستثمارات الأجنبية في اختيار المحكمين قد نصت عليها القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم بحيث لا تعد الطريقة الثانية والثالثة من طرق اختيار المحكمين بعقود الاستثمار الا تكملة للاختيار الحر للأطراف أو سداً لنقص أو جزاء إهمال أو ترك لتعيين المحكمين الاستثماريين من هؤلاء الأطراف ، فوفقاً للمادة (179) ف(1) من القانون الدولي الخاص السويسري فإنه " يتم تعيين المحكمين ،أو عزلهم ،أو استبدالهم وفقاً لأحكام اتفاق الأطراف في هذا الصدد". وكذلك م(1027)ف(1) من قانون المرافعات الهولندي النافذ التي نصت على أنه "يتم تعيين المحكم ،أو المحكمين وفقاً للأجراء المتفق عليه من الأطراف ويمكن من الأطراف تكليف شخص ثالث بتعيين محكم، أو محكمين إذا لم ينص الأطراف على الاجراء الواجب اتباعه ، عندها يتم تعيين المحكمين برضا الأطراف المشترك".

اما القانون الفرنسي فقد أخذ به في م(1493) من قانون المرافعات التي نصت على أنه " يجوز للعقد التحكيمي أن يعين مباشرة ،أو بالإشارة الى نظام تحكيمي المحكم ،أو المحكمين ،أو أن يحدد طريقة تعيينهم"⁵.

وهذا ما أخذ به قانون المرافعات العراقي في م(256) ف(1) التي تنص على " إذا وقع نزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين "، فعبارة إذا لم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين تدل على ان الأصل هو أن للأطراف الحق في اختيار المحكمين .

وهو الأمر ذاته في قانون التحكيم المصري إذ وفقاً للمادة (15) ف(1) منه تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر ووفقاً للمادة (17) ف(1) من القانون نفسه فإن لطرفي

¹ ينظر د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص138 وما بعدها.

² د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية ،دار النهضة العربية ،القاهرة 2005، ص42.

³ د. مهدي أحمد الصانوري ، مصدر سابق ، ص79.

⁴ اسعد فاضل ،مصدر سابق ، ص84.

⁵ ينظر بالاتجاه نفس م(11) من القانون النموذجي للامم المتحدة للتحكيم التجاري لسنة 1985.

التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية اختيارهم فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين أختار كل طرف محكماً¹.

أما في المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم فوفقاً لاتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958 فيمكن رفض الاعتراف، ورفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي إذا لم يتطابق تشكيل المحكمين مع المقتضيات الواردة في اتفاق التحكيم إذ نصت م(5) ف(1) منها على "د- لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناءً على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على ان تشكيل هيئة التحكيم او إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق".

أما بالنسبة للاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري لسنة 1961 فقد تركت م(4) منها الحرية كاملة لاتفاق الأطراف لتعيين المحكمين او لتحديد طريقة تعيينهم التي تنص على "لفرقاء الاتفاقية التحكيمية الحرية في تقرير أ- أن نزاعاتهم ستخضع الى مؤسسة تحكيمية دائمة وفي هذه الحالة يحصل التحكيم وفقاً لنظام المؤسسة المعنية، ب- أن تكون نزاعاتهم خاضعة الى إجراءات تحكيمية خاصة وفي هذه الحالة يكون للفرقاء امكانية تعيين المحكمين او تحديد الطرق التي يقتضي انتهاجها لتعيينهم في حل النزاع".

وهذا ما اخذت به الاتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربيه لسنة 1974 في م(2) ف(2،3) منها².

وكذلك م(14) ف(ب) من اتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للأستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى³.

ولكن ما الحكم إذا جاء اتفاق التحكيم خالياً من تعيين المحكم ؟

لقد اختلفت القوانين بالنسبة لهذا الحكم، إذ نجد ان القانون الفرنسي قد رتب حكم البطلان على اتفاق التحكيم إذا جاء خالياً من تعيين المحكم وهذا واضح في نص ف(2) م(1448) من قانون المرافعات الفرنسي التي نصت على "يجب ان يشمل اتفاق التحكيم على تعيين المحكم، أو المحكمين او بيان كيفية تعيينهم" إذ يعد هذا النص من النصوص الأمرة والتي لا يجوز مخالفتها ومن ثم، فإن الاثر المترتب على مخالفة هذه القاعدة هو البطلان. في حين لم يبطل القانون العراقي اتفاق التحكيم في هذه الحالة وانما اجاز للخصوم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لطلب تعيين المحكم بعد تبليغ باقي الخصوم، أو سماع أقوالهم حسب ف(1) م(256) من قانون المرافعات الذي يبدو أنه الحكم

¹ ينظر بالاتجاه ذاته م(14) من قانون التحكيم الاردني وم(234) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني وم(443) من قانون اصول المحاكمات الجزائي وم(10) من قانون التحكيم السعودي وم(512) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري وم(175) من قانون المرافعات المدنية، والتجارية الكويتي.

² تنص م(2) ف(2) من الملحق التابع لهذه الاتفاقية على " تبدأ إجراءات التحكيم عن طريق اخطار يتقدم به الطرف الراغب في التحكيم الى الطرف الاخر في المنازعة ويوضح في هذا الاخطار طبيعة المنازعة والقرار المطلوب صدوراً فيها واسم المحكم المعين من قبله ويجب على الطرف الآخر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم ذلك الاخطار ان يخطر طالب التحكيم باسم المحكم الذي عينه ويختار المحكمان خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تعيين آخرهما حكماً مرجحاً يكون رئيساً لهيئة التحكيم، ويكون له صوت مرجح عند تساوي الآراء. اما ف(3) من هذه المادة فتتضمن على " ان لم يعين الطرف الآخر حكماً، أو لم يتفق المحكمان على تعيين الحكم المرجح خلال الأجل المقررة لذلك تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد، أو عدد فردي بينهم محكم مرجح ويكون لكل طرف ان يطلب تعيينهم من جانب الامين العام لجامعة الدول العربية.

³ تنص م(14) ف(ب) على "تشكل الهيئة من عدد فردي من المحكمين الذين يعينون حسب اتفاق الطرفين، وفي حالة عدم اتفاقهم على عدد وطريقة تعيينهم فلكل طرف الحق في تعيين عضو ويعين الرئيس باتفاقهم معاً"

الأكثر عدالة وذلك لأن مبعث الاتفاق على التحكيم ليس مجرد الثقة بالمحكم ، وإنما مبعثه ايضاً يكمن في رغبة الخصوم في الأخذ بطريق ايسر واسرع واقل كلفة ومشقة من القضاء لحسم النزاع .
 اما القانون المصري فعند الرجوع الى قانون التحكيم النافذ لانجد نصاً يوجب تعيين المحكم في اتفاق التحكيم ، أو في اتفاق مستقل وأن كان قانون المرافعات المصري النافذ قد اشترط ان يتم تعيين المحكم في اتفاق التحكيم او في اتفاق مستقل ، كما فعل المشرع الفرنسي وهذا يعني الحاق ذات الحكم على مخالفة هذه القاعدة¹.

الفرع الثاني

أختيار المحكم بواسطة المحاكم الوطنية

إذا لم يتفق الأطراف على تعيين المحكم وإذا لم يكن التحكيم منعقداً أمام مراكز التحكيم في مجال الاستثمار عندئذ يتم تعيينه بواسطة المحاكم القضائية ، إلا أن هنالك أختلاف في تحديد المحكمة المختصة بتعيين المحكم إذ أن بعضاً من التشريعات تذهب الى ان المحكمة المختصة في تعيين المحكم هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع²، في حين يرى البعض الآخر منها أن المحكمة المختصة في ذلك هي محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم ما لم يتفق الخصوم على محكمة استئناف أخرى³.

وهو أختلاف يبدو صحة اوله، وذلك لان المحكمة المختصة بنظر النزاع تكون اكثر معرفة وأماماً بموضوع النزاع من غيرها، ما يساعدها ذلك على تعيين محكم ذو خبرة بموضوع النزاع ومن ثم حسمه باسرع وقت ممكن .

مع ملاحظة أنه حتى مع ان المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع هي صاحبة السلطة في تعيين المحكم ، إلا أنه لا يجوز لها ان تتدخل في تعيين المحكم ، إلا في حالات معينة منها :-

1-حالة اتفاق الخصوم على احالة النزاع الى التحكيم وحصول هذا النزاع قبل اتفاقهم على المحكم ، فإنه يجوز لاي من الخصوم ان يقدم عريضة يطلب فيها تعيين المحكم لتقوم بعدها المحكمة بالبت بهذا الطلب وتعيين المحكم .

2-حالة اتفاق الخصوم على المحكم ولكن عند وقوع النزاع يمتنع المحكم عن العمل ، أو يعتزله ، أو يعزل عنه ، أو يتوفى ، أو يتعذر عليه القيام بالتحكيم لوجود مانع ولم يكن هناك اتفاق بهذا الشأن بين الخصوم على تعيين المحكم البديل .

3-حالة طلب أحد الخصوم من المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع ان تقوم بتعيين محكم او محكمين جدد . وذلك لعدم قيام المحكمين المعيّنين بحسم النزاع خلال المدة المحددة في الاتفاق ، أو في القانون .

¹ ينظر م(502) من قانون المرافعات المصري النافذ التي تنص على أنه "مع مراعاة ما تقضي به القوانين الخاصة يجب تعيين اشخاص محكمين في الاتفاق على التحكيم او في اتفاق مستقل ، سواء أكان تحكيمياً بالقضاء أم تحكيمياً بالصلح".

² ينظر م(1444) ف(1) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ وم(9) ف(1) من قانون التحكيم المصري وم(256) ف(1) من قانون المرافعات العراقي .

³ ينظر م(2) من قانون التحكيم الاردني .

4- حالة تقرير الخصوم تشكيل هيئة تحكيم من ثلاثة محكمين ، وتم تعيين محكمين من الخصوم ، على ان يتم تعيين المحكم الثالث "رئيس هيئة التحكيم" من المحكمين المعيّنين، إلا أنهم فشلوا في هذا التعيين، فهنا يجوز للمحكمة المختصة بنظر النزاع ان تقوم بهذا التعيين بناءً على طلب أحد الخصوم وبعد ان تتحقق من فشل المحكمين الأول والثاني في تعيين المحكم الثالث¹.

ولقد اخذ بهذه الطريقة قانون المرافعات الفرنسي النافذ في م(1493) منه لتي تنص على "إذا حصل تحكيم يجري في فرنسا، أو تحكيم اختار فيه الأطراف تطبيق قانون الإجراءات الفرنسي أن طرأت صعوبة في تشكيل الهيئة التحكيمية، جاز للفريق الأكثر عجلة أن يطلب مساعدة رئيس محكمة بداءة باريس إذا لم يكن هناك اتفاق مخالف".

وكذلك القانون الدولي الخاص السويسري النافذ الذي اخذ بها في م(179)ف(2) التي تنص على "في حالة غياب مثل هذا الاتفاق يمكن اللجوء الى قاضي مكان التحكيم".

وايضاً قانون المرافعات الهولندي النافذ في م(1027)ف(3) التي تنص على "إذا لم يتعين المحكم، أو المحكمين خلال المهلة المحددة يتم تعيينهم من رئيس محكمة الدرجة الأولى بناءً على طلب الطرف الأكثر عجلة".

وكذلك بالنسبة لقانون المرافعات العراقي النافذ إذ نصت م (256) بفقرتيها(1،2) على "1 - إذا وقع نزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين، أو امتنع واحد، أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل، أو اعتزله، أو عزل عنه، أو قام مانع من مباشرته ولم يكن هنالك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلاي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعين المحكم، أو المحكمين.

2- يكون قرار المحكمة بتعيين المحكم، أو المحكمين قطعياً وغير قابل لاي طعن" ولما كان الدور الذي تؤديه المحاكم الوطنية هنا هو مماثل للدور التي تؤديه مراكز التحكيم المؤسسي التي تختص بالفصل في نزاعات الاستثمار بوصفه معاون ومساعد الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم لذلك فان اتفاقيات التحكيم المختصة بنزاعات الاستثمار لم تنص على اللجوء لهذه المحاكم.

وأخذ بها القانون المصري في قانون التحكيم النافذ في م(17)ف(3) التي تنص على "إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفق عليها، او لم يتفق المحكمان المعينان على امر يلزم اتفاقهما تولت المحكمة بناءً على طلب أحد الطرفين القيام بالاجراء او بالعمل المطلوب". ومما يثير معه التساؤل عن تحديد المحكمة الوطنية التي ينعقد عليها الاختصاص في المساعدة في هذا الشأن؟

ففي القانون الفرنسي اسند قانون المرافعات الفرنسي النافذ هذا الاختصاص الى محكمة استئناف باريس معطياً اياها سلطة استثنائية في هذا المجال لاتتخطاها الى غيرها من محاكم الاستئناف الأخرى وذلك بمقتضى م(1493) منه التي تقرر أنه "متى ما كان هناك تحكيمياً دولياً حراً، أو مؤسسياً مداراً في فرنسا، أو خارج فرنسا ولكن اخضعه الأطراف لقانون المرافعات الفرنسي ولم يتفقوا بعد نشوء النزاع على تعيين المحكمين وقامت مشاكل بهذا الخصوص ولم يسعفهم اتفاق التحكيم في حلها فإنه يجوز لأحد الأطراف، أو للمحكمين المختارين سلفاً اللجوء الى رئيس محكمة استئناف باريس لتذليل هذه المشاكل".

في حين حدد القانون الدولي الخاص السويسري النافذ هذه المحكمة بالمحكمة التي يكون ضمن اختصاصها مكان التحكيم وذلك حسب م(179)ف(2) منه اما في القانون الهولندي فهي محكمة الدرجة الاولى، ويتم تعيين المحكمين من رئيس هذه المحكمة حسب م(1027)ف(3) من قانون المرافعات الهولندي.

¹ حسام عبد اللطيف محي، مصدر سابق، ص65.

وفي مصر أسند قانون التحكيم المصري هذا الاختصاص الى محكمة استئناف القاهرة او اي محكمة استئناف أخرى في مصر يتفق عليها الأطراف؛ وذلك بمقتضى م(9) ف(1) منه التي قررت أنه "عندما يكون التحكيم تجارياً او دولياً سواء جرى في مصر ،أو في الخارج فان هذا الاختصاص بالتدخل القضائي في التحكيم معقود لمحكمة استئناف القاهرة ما لم ينص الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر".

أما قانون المرافعات العراقي فقد أسند هذا الاختصاص الى المحكمة المختصة أصلاً بالنظر في النزاع في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم وذلك بمقتضى م(256) منه .

هذا ولكي تقوم المحكمة المختصة بنظر النزاع بتعيين المحكم لابد ان يتقدم أحد الخصوم بطلب الى المحكمة وان يتضمن هذا الطلب بيان بكافة الشروط و المؤهلات المطلوبة لتعيين المحكم مرفقاً بها صورة من اتفاق التحكيم ، وان يقوم هذا الخصم بتبليغ خصمه الاخر بهذا الطلب و دعوته للمشاركة بهذا الاجراء كما يتم تعيين المحكمين بحضور الخصم الاخر او بغيابه عند امتناعه عن الحضور على الرغم من تبليغه تبليغاً صحيحاً.

كذلك لا يجوز للمحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع أن تقوم بهذا التعيين ،إلا بعد أن تتحقق من اختصاصها بذلك ومن عدم وجود شرط خاص بين الخصوم يقضي بخلاف ذلك كاتفاقهم على أنه في حالة اعتذار المحكم او امتناعه او عزله من قبلهم يتولى التحكيم شخص اخر ، فإذا وجد مثل هذا الشرط يجب اعتماده ومن ثم لا يجوز للمحكمة المختصة أن تقوم بهذا التعيين . كما تفصل المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع بطلب التعيين على وجه الاستعجال.

ويكون قرارها بتعيين المحكم قراراً نهائياً غير قابل لأي طعن، كما يشمل هذا القرار ايضاً قرار المحكمة المختصة بابدال أحد المحكمين بأخر إذ أنه يعد قراراً قطعياً لا يقبل الطعن فيه¹.

الفرع الثالث

أختيار المحكمين من قبل المراكز التحكيمية

إذا كانت منظمات التحكيم قد سمحت للأطراف بحرية أختيار المحكمين فان هذا الاختيار قد يرتد اليها إذا لم يرقم به الأطراف كأن يتعذر عليهم الاتفاق على تعيين المحكم الواحد ،أو أهمل أحدهم،أو تقصيره في تعيين محكمه إذا كان عدد المحكمين ثلاثة ،أو أكثر، بمعنى أن دور مراكز التحكيم يأتي كدورٍ محتملٍ ،أو احتياطي لسد النقص الذي تركه الأطراف، ولكنه دور قد يتعدى المساعدة ،أو سد النقص الى حق اصيل لهذه المنظمة ومن ثم فإنه يتدرج من منظمة الى أخرى². وقد تم تطبيق هذا المبدأ في قضية هضبة الاهرام حينما كانت معروضة على هيئة التحكيم في اطار غرفة التجارة الدولية ، إذ لم يؤد عدم قيام مصر باختيار المحكم الذي يحق لها اختياره الى ايقاف الدعوى،أو تعويق أجراءات التحكيم ، إذ تم الاختيار بواسطة هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية³ . وكذلك في القضية

¹ قررت محكمة التمييز العراقية في القرار رقم 147 في 9/9/1978 رد الطعن المقدم لها "لكون قرار المحكمة المختصة بابدال أحد المحكمين بأخر هو قرار قطعي لا يقبل التمييز " أشار له حسام عبد اللطيف، مصدر سابق ص68.

² ينظر د.أحمد خليل ، مصدر سابق ،ص58.

³ Jean Robert ,op, cit ,p.211

رقم 95 لسنة 1995 أمام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، والمقامة من اتحاد الإذاعة والتلفزيون بجمهورية مصر العربية ضد شركة التلفزيون العربي الأمريكي ، فقد قام مركز القاهرة بعد تسمية الجهة المدعية لمحكمها وازاء امتناع المدعى عليه من تسمية محكمه، وعملاً بالمادة السادسة من قواعد تحكيم اليونسترال المطبقة في مركز القاهرة بتاريخ 1997/2/20 بتسمية المحامي الأمريكي Charles Moalieux محكماً عن الجهة المدعى عليها (التلفزيون العربي الأمريكي) وقد تم توافق المحكمان على اختيار الدكتور عبد الحميد الأحذب رئيساً للهيئة التحكيمية¹. هذا وإذا كان التحكيم في مجال الاستثمار منعقد أمام مركز تسوية منازعات الاستثمار بواشنطن يتعين على رئيس المجلس الإداري القيام بتعيين المحكمين إذا لم يعينهم الأطراف بأنفسهم فإذا اتفق الأطراف على أن يفصل في نزاعهم محكم واحد ولم يتفقوا على تعيينه خلال ثلاثين يوماً من الطلب المقدم من الطرف الآخر، أو إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين بحيث يتعين على كل طرف تعيين محكم، أو امتنع أحد الأطراف عن تعيين محكمه، أو إذا لم يعين الأطراف المحكم الثالث، أو لم يعينه المحكمان الآخران خلال الفترة الزمنية المحددة قام رئيس المجلس الإداري بهذا التعيين².

في حين ان بعض الاتفاقيات كما في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية لسنة 1950 واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية والدولة المضيفة لسنة 1974 فإن الامين العام للاتفاقية يقوم بذات الدور الذي يقوم به المجلس الإداري في اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، وذلك عندما لا يتفق الأطراف على تعيين المحكم الواحد فإن اللجنة العامة تقترح على الأطراف محكماً معيناً فإذا وافق عليه الأطراف خلال المدة المحددة فإن الامين العام للاتفاقية يقوم بتعيينه، وفي حالة الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين وقام كل طرف بتعيين محكم سواء من قائمة المحكمين في الاتفاقية ام من خارج القائمة، فإذا قام الاخير بتعيين المحكم الثالث، اما إذا فشل أحد الأطراف او قصر في تعيين محكمه، أو لم يقبل المحكم المعروض عليه من الامين العام فإنه سيكون على الأمين العام تعيين هذا المحكم بعد مشاوره الطرفين على أن لا يكون من مواطني الدولة طرف المنازعة³.

في حين لم تبين اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين لسنة 1958 الأجنبية طريقة تشكيل واختيار المحكمين والسبب في ذلك يرجع إلا أنها اتفاقية للاعتراف ولتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية . أما الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي عام 1961 فقد عالجت هذا الموضوع في نص م(4) ف (ب) منها التي تنص على " لفرقاء الاتفاقية التحكيمية الحرية في تقرير أن تكون نزاعاتهم خاضعة الى إجراءات تحكيمية خاصه، وفي هذه الحالة يكون للفرقاء امكانية تعيين المحكمين او تحديد الطرق والتي يقتضي انتهاجها لتعيينهم في حل النزاع ".

ومما لا شك فيه ان هذه الطريقة هي من طرق اختيار المحكمين في الاستثمار الأجنبي تؤدي الى اختيار محكمين أكفاء ومختصين في الفصل في المنازعات الاستثمارية، كما أنها تفوت على الطرف المهمل، أو المقصر في القيام بدوره في اختيار المحكمين هدفه في تعطيل التحكيم وشل فاعليته . هذا وقد يضاف الى هذه الطرق الثلاثة في تعيين المحكمين امكانية اختيارهم في عقود الاستثمارات الأجنبية عن طريق سلطة معدة سلفاً وذلك بأن يعهد الأطراف في هذه العقود مهمة الاختيار الى هيئة

¹ اشار اليه د. سمير فرنان بالي ، قضايا التحكيم في الدول العربية ، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، ص 132 .

² ينظر المواد (37-40) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1961.

³ ينظم (2) من الملحق التابع للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربيه لسنة 1950 وم (14) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربيه والدوله المضيفة لسنة 1974.

معينة او مركز معين، أو حتى شخصاً معيناً ذي صلة بالمجال الاستثماري وذي دراية بتعيين المحكمين الذين تتوافر فيهم الشروط المطلوبة في المحكم في مجال الاستثمار، وبقيام هذه السلطة ينتهي دورها عند هذا الحد سواء اقتضت مقابلاً لهذه العملية أم لا¹.

المبحث الثالث

السير في عملية التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

تعد مسألة تحديد القانون، أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع المحكم فيه من أولى المسائل الجوهرية التي تواجه المحكم عندما يتصدى للفصل في موضوع النزاع تحكيمياً، لما لهذه المسألة من أهمية تتعلق بصحة ما ينتهي إليه المحكم من نتائج والتي يستتبعها، من كل بد، تحديد الإجراءات الشكلية والتي تستلزم لتطبيقه، وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنخصص المطلب الأول لتحديد القانون الذي يحكم بموجبه التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، والمطلب الثاني سنعقده لبيان الإجراءات الشكلية اللازم اتباعها للسير بهذه العملية.

المطلب الأول

القانون الذي يحكم عملية التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

يقصد بالقانون الذي يحكم التحكيم هو " مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم الى أنها مناسبة للتطبيق على النزاع سواء أكان مصدرها قانوناً وطنياً، أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيداً عن القوانين الوطنية للدول"².

إذ تعد القواعد القانونية التي تحكم سير المنازعة المطروحة على التحكيم من المسائل الجوهرية في التحكيم في منازعات الاستثمار، ف أطراف المنازعة في عقود الاستثمارات الأجنبية لا يلجأون الى التحكيم، الا للتوصل الى حل ناجح قد لا يحصلون عليه إذا ما أتبعوا القواعد الاجرائية والشكلية في القوانين الوطنية، فضلاً عن تفاديهم لمظنة افشاء أسرار منازعاتهم نتيجة لعلانية القضاء الداخلي.

¹ د.أحمد خليل، مصدر سابق، ص55

² د. صادق محمد جبران، مصدر سابق، ص104.

وإذا كانت القاعدة المستقرة فقهاً فيما يخص إجراءات التقاضي هي خضوعها لقانون القاضي، فالأمر مختلف تماماً بالنسبة لأجراءات التحكيم إذ أن الأصل هو خضوعها لقانون الإرادة أو ما اتفق عليه أطراف العلاقة الاستثمارية من قواعد اتفاقيه، ما خلا حالة عدم اتفاقهم، إذ يصار الى القانون الذي يقرره المحكم أو لقانون التجارة الدولية.

وهذا ما سنتكلم عنه ضمن الفروع الثلاثة الآتية إذ سنخصص الفرع الأول لخضوع المحكم لقانون إرادة الطرفين، وفي الفرع الثاني سنبين حرية المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق أما الفرع الأخير فسنحدد فيه مدى تطبيق المحكم لقانون التجارة الدولية .

الفرع الأول

خضوع المحكم لقانون إرادة الأطراف في عقود الاستثمارات الأجنبية

يتفق أغلب فقهاء القانون على الدور الذي يلعبه مبدأ استقلال الإرادة في نطاق التحكيم بصورة عامة و مجال الأجراءات المتبعة في تحكيم عقود الاستثمارات الأجنبية بصورة خاصة، إذ يتمتع أطراف المنازعة في عقود الاستثمارات الأجنبية بحرية كاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك في اتفاق التحكيم المبرم بينهم سواء في صورة شرط أو مشاركة وسواء أكان هذا القانون هو القانون الداخلي لأحدى الدول، أم قواعد منظمة تحكيم دولية أو قواعد مستمدة من اتفاقية دولية وغيرها. وتتبع هذه الحرية من طبيعة التحكيم ذاته بأعتباره قضاءً اتفاقياً يقيمه طرفا النزاع باتفاقهما¹.

وتطبيقاً للمبادئ المقررة في معظم التشريعات عند تنظيمها لقواعد تنازع القوانين في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي التي تشمل بالضرورة عقود الاستثمارات الأجنبية، إذ تقرر هذه التشريعات الأولوية لإرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع طالما لا ينطوي على أي خروج على القواعد الأمرة والمتعلقة بالنظام العام في الدول المعنية، أو يكون هذا الاختيار مشوباً بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض تطبيقه على موضوع النزاع². وكثيراً ما تحرص الدول على إختيار قانونها الداخلي للتطبيق على المنازعات الناشئة بينها وبين المستثمرين الأجانب، وإن كان المستثمر الأجنبي غالباً ما يتمكن من التخلص من هذا القانون من خلال ما يفرضه من تحفظات، كأن يشترط تطبيق قواعد القانون الدولي في مجال، أو آخر في حالة ما إذا حصل النزاع بينه وبين الدول المضيفة للاستثمار، أو أن يعلق تطبيق القانون الداخلي ومن ثم فإنه يتعين على الطرف الوطني، أن يكون مدركاً للابعد الحقيقية لمثل هذه التحفظات عند صياغة شرط التحكيم، أو مشاركته³.

وقد أخذ القانون الدولي الخاص السويسري النافذ بقانون الإرادة في م(187)ف(1) التي تنص على "تفصل حياة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون والتي إختارها الأطراف" وكذلك الحال في قانون

Charlec Carbiber Llaribitragé Internation Al de Droit Prive، paris، 1960.P.78.Et Francois¹ Rigoux.op.cit،p.42.

² د.أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص130.

³ د.مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص268.

المرافعات الهولندي النافذ إذ نصت م(1054) ف(2) منه على "إذا اختار الأطراف القانون المطبق قضت الهيئة التحكيمية وفقاً لقواعد القانون المختارة من الأطراف". وهو النهج نفسه الذي ذهب المشرع الفرنسي إليه إذ نصت م(1496) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ على "يفصل المحكم النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف".

ونصت م(39) ف(1) من قانون التحكيم المصري النافذ على "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان" وهذا النص يدل صراحة على اخذ المشرع المصري بقانون أرادة الأطراف وتطبيقه على المسائل التي تتعلق بالتحكيم. وهذا ما اخذ به المركز الأقليمي للتحكيم بالقاهرة في حكمه الصادر في 7 يوليو 1987 بالقاهرة في النزاع بين الشركة النمساوية "فلوج سرفيس" ووزير الزراعة المصري، ويتعلق النزاع باتفاق مقاوله ابرم في 27 مايو سنة 1984 بين الشركة النمساوية ووزير الزراعة، مؤداة قيام الشركة بعمليات رش القطن بالطائرات لمواسم سنة 1984، 1985، 1986 وأثناء أقلاع أحد طياري الشركة في 9 سبتمبر سنة 1985 من مطار اسبوط فوجيء بسياره بها مدير زراعه اسبوط تقطع ممر المطار بالعرض فحاول تفادي الحادث بالتخلص بالحمولة من المبيدات فأدى ذلك لصعود الطائرة بحده ثم سقوطها في حقل يسار المهبط وتحطمت بالكامل واصيب الطيار فطالبت الشركة وزير الزراعة بالتعويض بسبب خطأ تابعي الوزاره الذي أحدث الاضرار الماديه التي لحقت بالشركة وتتمثل في تحطيم الطائرة وفيما فاتها من كسب بسبب حرمانها من إستغلال الطائرة في عمليات الرش عن المده من 1985/9/9 حتى 1987/9/25 وهو تاريخ انتهاء العقد، وفيما فاتها من كسب لعدم استغلال الطائرة في الرش بجمهورية السودان وفقاً لعقد مبرم في 20 يوليو سنة 1985، وعند تطبيق إجراءات التحكيم طبقاً لقواعد المركز الخاصه قرر ان تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع متروك كقاعدة عامة لإرادة الطرفين.¹

اما بالنسبة للقانون العراقي فقد اعطى الحرية للأطراف في الاتفاق على القواعد القانونية إذ نصت المادة 265 من قانون المرافعات النافذ على " 1- يجب على المحكمين أتباع الاوضاع المقررة في قانون المرافعات الا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم، أو أي اتفاق لاحق عليه أعفاء المحكمين منها صراحة، أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون "

ولكن هل يلزم للاعتداد بإرادة الأطراف أن تكون صريحة أم يمكن الأخذ بالإرادته الضمنية في مجال التحكيم الخاص بمنازعات الاستثمار ؟

إن الأجابه على التساؤل اعلاه من ملاحظة اتجاه جانب من الفقه يؤدي الى القول بضرورة ان تكون الارادة صريحة وواضحة حتى تقوم بوظيفتها في تحديد القواعد الاجرائية، فإذا كان من الممكن البحث عن الارادة الضمنية للمتعاقدین في مجال العقود فان الأمر في مجال التحكيم على خلاف ذلك، نظراً لأهمية القانون في سير الإجراءات، مما يستوجب ان يكون صريحاً من اجل تجنب المشاكل التي قد تنشور في هذا الخصوص، ومنها عدم القدرة على تحديد القانون الصحيح الذي أنصرفت الارادة الضمنية اليه²، وعلى نقيض ذلك هناك اتجاه آخر، وبحق، يرى بان تطبيق قانون الارادة على المسائل الاجرائية للتحكيم لا يعني الزام القاضي فقط بالقانون الذي حددته ارادة الأطراف صراحة، وإنما يعني ايضاً تخويل المحكم، أو القاضي فرصة الكشف عن القانون الذي عينته الارادة الضمنية للأطراف حال غياب اختيارهم الصريح له وخصوصاً في الاحوال التي يسهو الطرفان عن

¹ اشار اليه د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص 552.

² ينظر د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 94 ود. الياس ناصيف، أطلالة على التحكيم الالكتروني في العالم، بحث منشور في مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد 237، المجلد 20، أيلول، 2000، ص 123. اشار اليهما حميد فيصل، مصدر سابق، ص 76.

تحديد القانون صراحةً، أو يعبرون عنه بعبارات غير واضحة، أو دقيقه في بيان المقصود منه¹، إذ يبرز دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق في ظل غياب الاختيار الصريح لطرفي التحكيم. وقد اخذت بهذا الأمر بعض أحكام التحكيم في مجال المنازعات الاستثمارية منها الحكم الصادر في القضية التي حصلت في عام 1988 والتي تتلخص وقائعها بشأن النزاع الذي ثار بخصوص عقد توزيع أجهزة كهربائية بين شركة إيطالية وشركة فرنسية تقوم فيها الأخيرة بتوزيع الأجهزة التي انتجتها الأولى إذ قررت هيئة التحكيم بشأن القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي لم يوجد اتفاق صريح بشأنه بين طرفي العقد تطبيق القانون الفرنسي وأستبعاد القانون الإيطالي باعتبار أن القانون الفرنسي هو الأنسب، وقالت رداً على من قال بتطبيق القانون الإيطالي "لا يكفي الاعتماد على الإشارة في العقد إلى اختصاص القضاء الإيطالي للقول بأن القانون الإيطالي هو المختص، ذلك لأن الإشارة إلى القضاء الإيطالي جاءت بصفة احتياطية بعد ذكر غرفة التجارة الدولية، كذلك فلا يستفيد منها اتجاه القصد المشترك للمتعاقدین إلى الأخذ بالقانون الإيطالي. كذلك يمكن القول عند الموازنة بين قاعدة التنازع الفرنسية وقاعدة التنازع الإيطالية تفوق القاعدة الفرنسية لأن قانون مكان تنفيذ العقد أنسب للتطبيق من مكان إبرام العقد"².

الفرع الثاني

حرية المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق

قد يصعب على الأطراف في عقود الاستثمارات الأجنبية الاتفاق على قانون معين نظراً لرغبة كل طرف في تطبيق قانونه الوطني، أو قانون من اختياره وحده إذ يجهل كل طرف بأحكام قانون الطرف الآخر وكلاهما يجهل أحكام قانون محايد، ومن ثم فلا يكون أمامهما من خيار سوى التزام الصمت وعدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع³. وهذا ما قد يحدث أيضاً في العلاقات التعاقدية في عقود الاستثمارات الأجنبية عندما يعقد بين طرف ضعيف ينتمي إلى أحد الدول النامية وطرف قوي ينتمي إلى أحد الدول المتقدمة إذ لا يثق الطرف الأول في سلامة نوايا الطرف الثاني، كما لا يثق الطرف الثاني من كفاءة قانون الطرف الأول⁴. وإلى جانب ذلك قد يأتي عقد الاستثمار الأجنبي صامتاً حول القانون الواجب التطبيق لأسباب مختلفة كأهمال الأطراف، أو جهلهم بآلية تحديده. ففي كل هذه الفروض يقرر الأطراف ترك الحرية للمحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وهم بصدد ممارستهم في تحديد هذا القانون قد يطبقون قانوناً وطنياً، أو غير وطني. إذ قد يرى المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية تطبيق قانون وطني معين طالما لم يتفق الأطراف على اختيار قانون معين ليحكم موضوع النزاع⁵.

¹ ينظر، د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعه الجديد للنشر، الاسكندرية، ص 78 ود. أحمد ضامن السمران، القانون الواجب التطبيق في التحكيم الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة 17، العدد 2، 1، جامعة الكويت، 1993، ص 187.

² اشار إليه د. صادق محمد الجبران، مصدر سابق، ص 122.

³ د. محمود مختار أحمد بريري، مصدر سابق، ص 135.

⁴ د. سراج حسين، مصدر سابق، ص 577.

⁵ د. جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص 66.

ولكن لما كان المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية يختلف عن القاضي الوطني في كون الأخير معين من الدولة ويستمد سلطاته منها، ويمارس هذه السلطة مقيداً باتباع قوانينها التي هي بمثابة قانون اختصاصه بحيث إذا أراد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروف أمامه فما عليه إلا تطبيق قواعد الأسناد الواردة في قانونه الدولي الخاص وفق منهج تنازع القوانين ثم يستهدي بها في تحديد هذا القانون ، فأن المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية لا يستمد سلطاته ولا يمارسها من وبأسم الدولة ، بل من اتفاق الأطراف ومن ثم فإنه لا يتمتع بما يتمتع به القاضي الوطني من وجود قانون يطبقه اثناء نظر النزاع ضمن اختصاصه¹.

وعليه فان غياب قانون اختصاص للمحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية يمكن ان يحدد على اساس قواعد الاسناد الواردة فيه، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يثير التساؤل عن القانون الذي سيستلهم منه المحكم في منازعات الاستثمار قواعد اسناده ليختار على هديها القانون المطبق على موضوع النزاع .

وللأجابة على هذا التساؤل يلاحظ وجود طريقتين لذلك التحديد ، تتمثل الأولى بتطبيق المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية لمنهج التنازع المقرر في القانون . اما الثانية فتكون من خلال الاختيار الصريح والمباشر للقانون الواجب التطبيق² .

وتقضي الطريقة الأولى اختيار المحكم لقانون وطني معين يستمد منه قواعد الاسناد الواردة فيه التي يستهدي بها في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع³.

وقد أخذت بهذه الطريقة الاتفاقية الأوروبية للتحكيم لسنة 1961 في م(7)ف(1) منها التي تنص " في حالة عدم وجود اي بيان من الأطراف بخصوص القانون واجب التطبيق يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في القضية "⁴.

وقد حرصت العديد من أحكام التحكيم الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية على التأكيد على حرية المحكم في تحديد القانون المطبق ومنها حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 3130 في سنة 1980 . ففي هذا الحكم أثبت المحكم عدم وجود اتفاق بين الأطراف بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقد وأكد أن من حقه تحديد هذا القانون وذلك عن طريق أعمال قاعدة تنازع القوانين الأكثر ملائمة وتطبيق القانون الذي تعينه هذه القاعدة⁵. وكذلك بالنسبة للحكم الصادر في قضية ارامكو ضد المملكة العربية السعودية سنة 1958 إذ نصت الفقرة الرابعة منه على "تفصل المحكمة التحكيمية في النزاع أ- طبقاً للقانون السعودي بالنسبة للمسائل الداخلة في اختصاص السعودية ، ب- وطبقاً للقانون الذي ترى المحكمة أنه واجب التطبيق بالنسبة للمسائل التي لا تدخل في اختصاص السعودية "⁶. وكذلك بالنسبة للحكم الصادر في قضية تكساسكو ضد الحكومة الليبية سنة 1977 ، ففي

¹ ينظر د. هاني محمود حمزة ، النظام الواجب الاعمال على العقود الدولية أمام المحكم الدولي ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008، ص255 .

² د. فايز الحاج شاهين ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، ط1 ، المكتبة القانونية ، دمشق ، 2003 ، ص228.

³ للمزيد ينظر د. مصطفى محمد الجمال ، ود. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص254 و د. أبو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص154 .

⁴ وكذلك اخذ بها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في م(28)ف(2) وكذلك م(13)ف(3) من قواعد التحكيم النافذ لدى غرفة التجارة الدولية 1998 والمنشور على الموقع الالكتروني <http://www.jus.uio.ro/icc.arbitration.rules>

⁵ أشار اليه د. ابراهيم أحمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص170.

⁶ جرت العادة في بعض القوانين والاتفاقيات اطلاق مصطلح المحكمة التحكيمية على الهيئة التحكيمية للدلالة على ان عدد المحكمين اكثر من شخص واحد .

هذا الحكم بدأ المحكم Lagergren بالتأكيد على ان هيئة التحكيم ليس لها قانون خاص يزودها بالنظام القانوني الذي يمكنها اللجوء اليه لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ، ومن ثم قرر المحكم أنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فإن لهيئة التحكيم الحرية في إختيار قاعدة تنازع القوانين التي يبدو لها أنها واجبة التطبيق ، وعليه قرر المحكم تطبيق قواعد تنازع القوانين في دولة الدنمارك باعتبارها دولة مقر التحكيم¹.

اما الطريقة الثانية فتقضي بأختيار المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية لقانون وطني معين يرتبط بموضوع النزاع لتطبيق قواعده الموضوعية مباشرة لحل النزاع من دون اللجوء الى قواعد التنازع².

وقد منحت غالبية القوانين الوطنية المحكمين سلطة التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من دون ان تلزمهم باللجوء الى قواعد تنازع القوانين ، إذ نصت م(187) ف(1) من القانون الدولي الخاص السويسري على " تفصل هيئة التحكيم في النزاع، وفقاً لقواعد القانون التي ترتبط بالقضية بصلات أكثر وثاقة ، وذلك في حالة غياب القواعد القانونية المختارة بواسطة الأطراف ".

كما أخذ بالاتجاه نفسه قانون المرافعات الهولندي إذ نصت م(1054) ف(2) على أنه "في حالة عدم اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق تفصل هيئة التحكيم وفقاً لقواعد القانون التي ترى أنها ملائمة في القضية ".

وكذلك قانون المرافعات الفرنسي النافذ إذ نصت م(1496) ف(1) على "يفصل المحكم في النزاع في حالة غياب القواعد المختارة من الأطراف وفقاً لقواعد القانون التي يقرر أنها ملائمة ".

وهي نصوص يلاحظ من خلالها اعطاءها للمحكم سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مباشرة من دون ان يلزمه في ذلك باللجوء الى قواعد تنازع القوانين .اما بالنسبة لقانون المرافعات العراقي فقد نصت م265 ف1 منه على "يجب على المحكمين اتباع الاوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات الا اذا تضمن الاتفاق على التحكيم او أي اتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة او وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون " وهذا يعني ان القانون قد اشترط ان يطبق المحكمون القانون العراقي ولكنه اجاز الاتفاق على تطبيق قانون اخر في حالة الاتفاق على ذلك .

وبالاتجاه نفسه اخذ المشرع المصري إذ نصت م(39) ف(2) من قانون التحكيم المصري النافذ على أن "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر أتصلاً بالنزاع"³.

ومن أحكام التحكيم التي اتبعت هذا المسلك الحكم الصادر في القضية رقم 3880 سنة 1983 إذ قررت هيئة التحكيم والتي اتخذت من مدينة balle بسويسرا مقراً لها بتطبيق القانون البلجيكي وأوضحت أنه ليس من الضروري البحث عن قواعد القانون واجبة الاتباع لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، بل يكفي إثبات أن كل عناصر العقد (مقر كل من البائع والمشتري ومكان تنفيذ العقد وكذلك مكان ابرامه) تقع في بلجيكا⁴.

¹ اشار الية د. عاطف محمد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص723 .

² للمزيد ينظر د.جمال محمود الكردي ، مصدر سابق ، ص123. د.أكثم الخولي ، صياغة اتفاق التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2001، ص54.

³ كما نهج قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني في م(811) منه وقانون الاجراءات المدنية الجزائري في م(458) منه وقانون التحكيم التونسي في م(73) ف(2) منه النهج ذاته .

⁴ اشار اليه د. سراج حسين ، مصدر سابق ، ص588.

ويحدونا ما تقدم الى القول بأفضلية الطريقه الثانيه -وبحق- وذلك نظراً لتعقيد وصعوبة اللجوء الى قواعد تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق لكون ذلك مقيداً بقانون اختصاص المحكم في حين أنه في عقود الاستثمارات الأجنبية لا يملك قانون اختصاص، ومن ثم ليس مفروضاً عليه اتباع هذا المنهج، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن من بين جملة الاسباب التي دفعت أطراف العلاقة الاستثمارية اللجوء الى التحكيم هي الابتعاد عن المشاكل التي قد تنتج عن تنازع القوانين لتحديد القانون المطبق على النزاع، لذلك فإن التحديد المباشر لقواعد القانون يبعد عن أطراف عقد الاستثمار الكثير من المشاكل .

الفرع الثالث

تطبيق المحكم لقانون التجارة الدولية

قد يجد المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية نفسه مضطراً الى حل النزاع على ضوء قواعد من خلق عادات وأعراف التجارة الدولية التي تستقل عن القوانين الوطنية، وذلك لقصور القوانين الوطنية وأختلاف مفاهيمها اختلافاً من شأنه أن يعيق تقدم التجارة الدولية بصورة عامة والاستثمار الأجنبي بصورة خاصة، إذ أنها تتميز بعدم اتساع مبادئها، أو مستوى قواعدها، إلا بقدر ما يتطابق مع العلاقات الداخلية¹.

ولقد اصطلح على تسمية هذه القواعد بقواعد التجارة الدولية التي يقصد بها "مجموعة المبادئ والنظم القانونية المستقاة من كل المصادر والتي غدت تدريجياً ولا زالت تغذي الهياكل القانونية والسير القانوني الخاص بجماعة المتعاملين في مجال التجارة الدولية"².

وقد عرفها الاستاذ derairs بأنها "مجموعة القواعد التي تطبق على الاوجه المتنوعة للنشاط الاقتصادي الدولي استقلالاً عن الانظمة القانونية الوطنية"³.

ولقد اجازت العديد من القوانين الوطنية الصادرة بشأن التحكيم للأطراف الذين يرغبون في عدم تطبيق قانون وطني اخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ فيما بينهم لأحكام قانون التجارة الدولية، إذ نصت م(187) ف(2) من القانون الدولي الخاص السويسري النافذ على "يجوز للأطراف أن يفوضوا هيئة التحكيم بالبت وفقاً لقواعد العدل والأنصاف".

وكذلك أخذت م(1054) ف(4) من قانون المرافعات الهولندي النافذ بالاتجاه نفسه إذ نصت على "وفي جميع الاحوال تأخذ الهيئة التحكيمية بعين الاعتبار العادات التجارية الواجبة التطبيق".

وكذلك بالنسبة لقانون المرافعات الفرنسي النافذ إذ نصت م(1496) على أن "على المحكم ان يضع في اعتباره في جميع الحالات العادات التجارية "بمعنى أنها اعطت للأفراد مكنة اسناد التحكيم الى قانون التجارة الدولية.

وقرر قانون التحكيم المصري في م(39) ف(3) على أنه "يجب ان تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع شروط حل النزاع والاعراف الجارية في نوع المعاملة"¹.

¹ ينظر د. أبو زيد رضوان، الاسس العامة، مصدر سابق، ص 166، 167.

² د. هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص 222.

³ نقلا عن د. سراج حسين، مصدر سابق، ص 685.

أما القانون العراقي فنلاحظ أنه لم يوجد حكم خاص حول القانون الموضوعي الذي يتوجب على المحكم تطبيقه على النزاع المعروض أمامه، مما يقتضي الرجوع للقواعد العامة في تنازع القوانين التي تقضي بتطبيق قانون ارادة الأطراف على العلاقة التعاقدية وفي حال عدم الاتفاق على قانون معين يطبق قانون الموطن المشترك، وإذا اختلف يطبق المحكم قانون مكان ابرام العقد².

هذا وقد لا يستبعد المحكم قانون ارادة الأطراف انما يقرر تطبيقه ويشير اليه في حكمه مع أنه قد يطبق أحكاماً قانونية أخرى لهذا القانون ويعدل فيه عن طريق تطبيق العادات والاعراف التجارية على عقود الاستثمار، إذ قد ينص عقد الاستثمار الأجنبي على وضع معين من دون بيان المقصود منه، مما يقتضي تفسيره، ففي هذه الحالة يتوجب على المحكم الرجوع الى الاعراف والعادات للتفسير على اعتبار ان قانون الارادة يتضمن أحكاماً تفسيرية او ان العقد لا يتضمن حكماً لمسألة معينة ولا يوجد لها حل في القانون الاخير فيتوجب على المحكم الرجوع الى قانون التجارة الدولية لسد النقص³.

هذا وتتنوع مصادر قواعد التجارة الدولية وتختلف باختلاف مجالات التجارة الدولية، إلا أنها في عقود الاستثمارات الأجنبية قد تقتصر على الاتفاقيات الدولية، وشروط العقد محل النزاع والعادات والاعراف التجارية في مجال الاستثمار الأجنبي⁴.

إذ تعد الاتفاقيات الدولية الاستثمارية مصدراً مهماً من مصادر قانون التجارة الدولية التي يطبقها المحكمون في مجال المنازعات في عقود الاستثمار، بوصفها تشريعات دولية، وأن لم تكن ملزمة إلا للموقعين عليها، إلا أن هدفها الاساسي هو انشاء قواعد مقبولة عالمياً لتنظيم التجارة الدولية للاستثمار الأجنبي كما هو الحال في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن الذي يتخصص في نظر المنازعات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الاجانب⁵.

وكذلك بالنسبة لشروط العقد محل النزاع التي لا تحتاج من المتعاملين سوى توقيعهم عليها لتصبح ملزمة لهم⁶.

اما العادات والاعراف فهي ناتجة عن تكرار المستثمرين لعادات معينة تتميز بالخصوصية المهنية والاستقلال التي تشتهر بمرور الزمن لتكون اعرافاً مستقرة يلجأ اليها المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية بوصفها ثمار الممارسات الاستثمارية المهنية المتخصصة حتى لو تعارضت مع نص قانوني غير آمر، على اعتبار أن المحكم لا يستمد اختصاصه من قانون وطني معين إذ أنه يعمل من دون اختصاص وطني محاولاً صياغة قانون خاص به⁷.

هذا ومن البديهي أن نلاحظ ان الكثير من لوائح التحكيم التجاري الدولي و الاتفاقيات الدولية اضافت اهمية خاصة على عادات التجارة الدولية، واعرافها بوصفها قانون اختصاص المحكم خاصة عندما يتعذر التوصل الى أحكام القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لا سيما عند غياب الارادة الصريحة. إذ نصت م(7) من الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 على "1-لأطراف تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، وإذا لم يذكر الأطراف القانون الواجب التطبيق، طبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة الاسناد

¹ وعلى النهج نفسه سار قانون اصول المحاكمات المدنية الاماراتي في م(199) منه وقانون اصول المحاكمات المدنية السوري في م(20) منه .

² ينظر م(24) من القانون المدني العراقي.

³ حمزة أحمد حداد، مصدر سابق، ص332.

⁴ د.عاطف محمد الفقي، مصدر سابق، ص510 .

⁵ د.جلال وفاء محمدين، مصدر سابق، ص13.

⁶ ينظر د. جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص144 و حميد فيصل الدليمي، مصدر سابق، ص220 .

⁷ د. هاني محمود حمزة، مصدر سابق، ص390.

التي يرى المحكمون ملائمتها للقضية. وفي الحالتين يراعي المحكمون شروط العقد وعادات التجارة الدولية".

وكذلك اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار إذ نصت م(42)ف(1) منها على "تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ، وكذلك مبادئ قانون التجارة الدولية الواجب تطبيقها في هذا الصدد".

ومن الأحكام القضائية في مجال منازعات الاستثمار التي طبقت فيها الأعراف التجارية نذكر على سبيل المثال العقد الذي أبرم بين شركة ألبانية وأحدى الشركات في زيورخ لتكون وكيلة بالعمولة لها في تسويق منتجاتها من الخضروات عام 1982 ، وكان العقد يتضمن شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ومكتوباً باللغة الفرنسية ، بيد أن المتعاقدين اغفلا النص على القانون الواجب التطبيق صراحة ، ونظراً للخلاف الحاصل بين الطرفين حول تسليم الثمن مع الفوائد والمصاريف فقد عرض النزاع على هيئة التحكيم التي كان عليها تحديد القانون الواجب التطبيق ، إذ قررت تطبيق قانون وعادات بلد القانون السويسري وهذا يتفق مع ما أعلنت عنه الشركة الألبانية بتطبيق القانون الذي تراه هيئة التحكيم معقولاً¹.

المطلب الثاني

الشكيلة اللازم اتباعها في التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

بعد ان تبدأ إجراءات التحكيم وذلك من خلال تقديم طلب التحكيم من أطراف عقد الاستثمار الأجنبي لتشكيل هيئة التحكيم وتحديد مكانه والمهمة الملقاة على عاتق المحكمين . عندها يبدأ نظر العملية التحكيمية بواسطة المحكم، أو هيئة التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية التي تحقق أدلتها وإسانيدتها في مواجهة الأطراف لتكوين عقيدتها ورأيها من أجل الفصل فيها.

والأصل ان يبدأ النظر في العملية التحكيمية في عقود الاستثمار في حضور الأطراف أو في الغالب في حضور ممثلين من اختيارهم، ولكنها في بعض الأحيان قد تسير في غياب الطرف الذي أقيمت عليه ، إذ قد يرفض المشاركة في الإجراءات ، هذا وقد يتغيب الطرف الذي أثار النزاع الاستثماري مهماً العملية التحكيمية².

إذ تجري في الحالة الأولى إجراءات التحكيم في عقود الاستثمارات في مواجهة الأطراف، أو غالباً في مواجهة من ينييه الأطراف في تمثيلهم في الإجراءات، إذ لا يوجد في الاتفاقيات الدولية سواء تلك المتعلقة بالتحكيم بصورة عامة أو بنزاعات الاستثمار الأجنبي بصورة خاصة أو القواعد الوطنية

¹ ينظر محي الدين أسماعيل ، منصة التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص385 .

² ينظر د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص629 .

التحكيمية ما يمنع أطراف التحكيم في عقود الأستثمار من تعيين ممثلين ينوبون عنهم في العملية التحكيمية في المجال الأستثماري ومن ثم فأنهم وكما يملكون الحرية الكاملة في المثل أمام هيئة التحكيم والدفاع عن انفسهم بأنفسهم فأنهم يملكون ايضاً الحرية الكاملة في تعيين ممثلين ينوبون عنهم في الحضور أمام تلك الهيئة ، وذلك أحتراماً لحقهم في الدفاع عن انفسهم وهو حق ثابت وجوهري من حقوق أطراف التقاضي والتحكيم¹.

هذا ولا توجد قيود على الاشخاص المختارين من قبلهم كممثلين إذ لا يشترط توافر صفات معينة في من يعمل ممثلاً لأحد الأطراف أمام هيئة التحكيم ، فيجوز ان يكون محامياً أو مستشاراً أو قانونياً أو اي شخص اخر ممثل تمثيلاً صحيحاً من أطراف العملية التحكيمية، ولكن ينبغي فقط على الطرف الراغب في تعيين من يمثله أمامها ان يعلن عزمه هذا الى الطرف الاخر في وقت يسمح له أيضاً بتعيين ممثل إذا اراد الاخير ذلك ،ومن ثم فإن اغفال هذا الاعلان يجعل معه الحق للطرف الاخر أن يطلب من هيئة التحكيم التأجيل في نظرها وعليها الموافقه، وإلا فإن الرفض قد يرتقي الى مخالفة القانون².

هذا وفي بعض الأحيان قد يقف المدعى عليه موقفاً سلبياً ممتنعاً عن الرد على مطالبة المدعي بالتحكيم في الأستثمار رافضاً المشاركة في العملية التحكيمية ساعياً وراء التملص من التزامه باتفاق التحكيم واضعاً عقبه في طريقها ، وهنا فإنه من حق المحكم او هيئة التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية أن ترد عليه قصده والا توقف الإجراءات التحكيمية الأستثمارية بل تستمر في السير فيها حتى اصدار حكم التحكيم في غياب المدعى عليه المتخلف وهذا الحق مقرر في القوانين التحكيمية . فقد قرر قانون المرافعات الهولندي النافذ في م(1040)ف(1،2) منه على "1- إذا حدث دون عذر كاف أن تخلف المدعى عليه عن تقديم دفاعه وذلك على الرغم من الفرصة التي منحت له يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر حكماً تحكيمياً بناءً على حالة الدعوى".

وكذلك قررت م(34)ف(2) من قانون التحكيم المصري النافذ أنه " يجب على المدعى عليه الرد بمذكرة بدفاعه خلال المدة المقررة اتفاقاً ،أو التي تعينها هيئة التحكيم فإذا تخلف عن ذلك وجب على هيئة التحكيمية الاستمرار في الدعوى التحكيمية ".

في حين جاء القانون العراقي بنص عام ليشمل فيه كلا الطرفين إذ نص في م(266) من قانون المرافعات العراقي على " يفصل المحكمون في النزاع على اساس عقد التحكيم او شرطه والمستندات وما يقدمه الأطراف لهم وعلى المحكمين ان يحددوا لهم مدة لتقديم لوائهم ومستنداتهم ويجوز لهم الفصل في النزاع بناءً على الطلبات والمستندات المقدمة من جانب واحد إذا تخلف الطرف الاخر عن تقديم ما لديه من اوجه الدفاع في المدة المحددة ".

اما القانون الفرنسي فلم يشر الى مسألة تخلف المدعى عليه من المشاركة في العملية التحكيمية . ولعل السبب وراء ذلك يكمن في نية المشرع الفرنسي في عدم اعتبار تخلف المدعي عليه عن المشاركة في الإجراءات التحكيمية دليلاً على صحة ادعاءات المدعى، بل أن على المحكم ان يمارس مهمته الملقاة على عاتقه كما لو كان الأول حاضراً من دون التأثير بوجهات نظر المدعي ، وهذه المهمة هي الفصل في النزاع عن طريق فحص الأدلة والوثائق والمستندات والتحقيق في الوقائع سواء عن طريق جلسات مختصرة،أو عن طريق جلسات متعددة ومطولة حتى يصل في النهاية الى حكم تحكيمي اكثر مراعاة للدقة والعدل . ومن امثلة القضايا التي التزمت بهذا قضية شركة Letco ضد الحكومة الليبيرية في سنة 1997 ، فقد تبين لمركز التحكيم أنه على الرغم من قيام الحكومة الليبيرية بالاشتراك في تعيين المحكمين ، إلا أنها تخلفت عن حضور إجراءات التحكيم على الرغم من

¹ د. عبد الحميد الأحذب ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص 4322

² ينظر د. نبيل أسماويل عمر ، مصدر سابق ، ص 111 وما بعدها.

اعذارها بذلك ، مما دفع هيئة التحكيم الى الاستمرار في الإجراءات والفصل في النزاع ، باعتبار ان التخلّف عن حضور الإجراءات ليس من شأنه إيقاف الإجراءات ولا يحول من دون استمرار نظرها¹.

أما في حالة تخلف المدعي في منازعات الأستثمار الأجنبي أو مستشاريه عن الحضور فإنه يترتب على ذلك عدم قدرة المدعى عليه عن مواصلة السير في العملية التحكيمية ، وذلك لعدم علمه فيما إذا كان دفاعه سيؤتى ثماره ام لا ومن ثم إذا تخلف المدعي ومن ثم المدعى عليه ايضاً عن متابعة سير العملية التحكيمية في هذه المنازعات فللمحكم او لهيأة التحكيم سلطة الحكم بالألغاء الإجراءات التحكيمية، إذ يعد هذا التخلّف من المدعي بمثابة تنازل عن اتفاق التحكيم الذي ابرمه ومن ثم لا يجوز له المطالبة بحقه عن طريق التحكيم ثانية².

وقد نصت م(45) ف(2) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار سنة 1965 على أنه "إذا لم يحضر أحد الطرفين أمام المحكم ، أو فشل في تقديم دعواه خلال اي مرحلة من مراحل الإجراءات فان من حق الطرف الآخر أن يطلب منه اتخاذ قرار بشأن النزاع ويجب على المحكم عدم اتخاذ أي قرار قبل أخطار الطرف المتخلف مع منحه مهلة قضائية ، إلا إذا أقتنع أنه ليس في نيته المثول أمامه وعرض دعواه".

أما بالنسبة لاتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية فقد نصت م(17) منها على "عند تخلف أحد الطرفين عن الحضور في أي مرحلة من مراحل الإجراءات من دون عذر مقبول يجوز أجراء المرافعة بحقه غيابياً بناءً على طلب الطرف الآخر".

هذا ولا يتقيد المحكم أو هيئة التحكيم في عقود الأستثمارات أثناء المرافعة بالقواعد المعمول بها أمام المحاكم الوطنية ، بل يمتلك سلطات واسعة عند عدم اتفاق الأطراف على القواعد الواجبة الاعمال التي تمتد لتشمل مسائل الإثبات إذ يمتلك المحكم سلطة الموازنة بين مختلف وسائل الإثبات المقدمة والتقارير حول مدى صحة الدليل وجدواه بالنسبة للقضية المنظورة من إثبات بالوثائق والمستندات ، أو بشهادة الشهود ، أو بأجراء معاينة ، أو بانتداب خبير كما قد يرى في اطار التعاون مع المحكمة القضائية المختصة أصدر امر باتخاذ إجراءات وقتية ، أو تحفظية تأميناً لتنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية المنتظر إصداره³.

وعلى المحكم ان يطبق القواعد الموضوعية والإجراءات الشكلية في القانون المتفق عليه ما لم يتفق الخصوم على اعفائه من هذه الإجراءات، إلا أن السؤال الذي يمكن أن يثار هنا ، هو ، اي من الإجراءات الشكلية التي يجب على المحكم تطبيقها ؟ فهل هي الإجراءات المتبعة أمام المحكمة ذات الدرجة الأولى او المحكمة ذات الدرجة الثانية على اعتبار ان الدعوى التحكيمية تبدأ بالطريقة نفسها التي تبدأ بها الدعوى القضائية.

يذهب بعض من الفقه الفرنسي الى القول أن الإجراءات الشكلية التي يجب أن يتقيد بها المحكم عند النظر في النزاع هي الإجراءات المتبعة أمام المحكمة ذات الدرجة الأولى ، وليس له الحق في أن يطبق الإجراءات المتبعة أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع، إلا إذا كانت هذه المحكمة من محاكم

¹ Rene David، OP، Cit، P.129.

² ينظر أسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص 154.

³ اما بخصوص إجراءات الإثبات فان القاعدة العامة تقضي بأن المحكم ، أو الهيئة التحكيمية تستطيع من تلقاء نفسها او بناءً على طلب من أحد الأطراف أن تأمر بأي اجراء من إجراءات الإثبات الذي تراه مناسباً للوصول الى الحكم العادل ، بشرط أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالعملية التحكيمية . و للمزيد حول ادلة الإثبات في منازعات التحكيم ينظر د. مصطفى محمد الجمال ، و د. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص 694 وما بعدها. و د. محمود مختار بريري ، مصدر سابق ، ص 147 و ما بعدها.

الدرجة الأولى، وذلك لان المحكمة ذات الدرجة الأولى تتمتع باختصاص عام وان الإجراءات التي تطبقها تعد من الإجراءات الاساسية للتقاضي على خلاف المحاكم الأخرى مثل محكمة النقض الفرنسية¹. وهو ذات ما اخذ به جانب من الفقه المصري².

أما بالنسبة للتشريع العراقي وازاء عدم وجود ادنى اختلاف في الإجراءات الشكلية المتبعة أمام المحاكم العراقية سواء أكانت هذه المحاكم من الدرجة الأولى كمحاكم البداهة، أو الاحوال الشخصية، أم من الدرجة الثانية كمحاكم الاستئناف هذا من ناحية وإذ ان التشريع العراقي ينص على ان قرار المحكم لا ينفذ ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع الأمر الذي يفهم منه أنه على المحكم والخصوم اتباع إجراءات المحكمة المختصة بنظر النزاع.

هذا ولا يعتد المحكم بجميع الإجراءات الشكلية التي يتضمنها قانون المرافعات، إذ ان اغلب الإجراءات التي يطبقها المحكم اثناء المرافعة التحكيمية من إذ اشكالها ومواعيدها تكون خاضعة لسلطة وتقدير المحكم لخصوصية التحكيم في مجال الاستثمار والتي تهدف الى منح المحكم حرية اكبر من القاضي في اختيار إجراءات المرافعة التحكيمية فضلاً عن ما يؤدي ذلك من تفادي كثير من الإجراءات وتعقيدها ومن ثم فض النزاع باقرب فرصة ممكنة³.

أما بالنسبة للمبادئ الأساسية التي يجب على المحكم اتباعها اثناء المرافعة التحكيمية فيمكن القول ان اهمها يمكن اجمالها في الآتي :-

1- يجب على المحكم أن يتصرف مع جميع الأطراف على مستوى واحد من المساواة بحيث لا يأتي بتصرف يمكن أن يؤدي الى تفضيل أحد الأطراف على الآخر⁴.

2- يلتزم المحكم باتباع الإجراءات والمدد القانونية الواردة في اتفاق التحكيم أو الإجراءات التي اتفق عليها الأطراف اثناء سير المرافعة التحكيمية ولا يجوز له الخروج عنها وألا عد حكمه باطلاً لتجاوز حدود الاتفاق.

3- ينبغي على المحكم ان يتبع الإجراءات والأحكام المنصوص عليها في باب التحكيم والتي تعد من الضمانات الأساسية لمهمة التحكيم⁵.

4- وجوب احترام المحكم لحقوق الدفاع بحيث يمكن كلا الطرفين بتقديم ما لديه من طلبات ودفع لحماية حقه فهذا الحق يعد حق مقدس وبخاصة في مسائل التحكيم، لأن أغلب إجراءات التحكيم تكون خاضعة لأرادة المحكم.

5- يتحتم على المحكم أن يحترم مبدأ المواجهه بين الخصوم بحيث يمكن لكل خصم العلم بكل ما يبديه الطرف الآخر من حجج مؤيده لدفاعه، أو دفعه وكل مايقدمه من مستندات النزاع فضلاً على تمكين كل طرف من الرد على هذا الدفاع أو الدفع وتقديم المستندات التي تدعم هذا الرد وذلك بالوقت المناسب الذي يصلح لاحاطة المحكم بوجهة نظر كل من الطرفين قبل الفصل في النزاع المعروض عليه، ومراعاة المساواة الكامله بينهما في هذا المجال⁶.

¹bernard moreauet therry brrard·op.cit p.68. jean robert·op.cit ,p,1078. et Rene david =·op·cit·p,551.

² د.أحمد ابو الوفا ،التحكيم الاختياري و الاجباري،مصدر سابق ،ص20 و د.عاشور مبروك ، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ص315.

³ حسام عبد اللطيف محي ، مصدر سابق ، ص105.

⁴ حسام عبد اللطيف محي ،المصدر السابق ،ص107 .

⁵ مهدي صالح امين ،ادلة القانون غير المباشرة ، مطبعة اوفسيت ، بغداد ، 1987 ، ص1101 .

⁶ القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي ، مصدر سابق ، ص135 .

6- على المحكم ان يتخذ جميع الإجراءات التي تؤدي الى المحافظة على الوثائق و المستندات التي قدمها اليه الخصوم ،وأن لا يطلع عليها أحد غير الأطراف وأن لا ينشر المعلومات الموجودة فيها ¹.

الفصل الثالث

أثار التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

من أهم الاثار التي تترتب بعد اكتمال الإجراءات التحكيمية هي صدور الحكم التحكيمي الذي يقصد به أنه "القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي ،أو جزئي في المنازعه المعروضه عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعه ذاتها ،أو بالاختصاص،أو بمسأله تتصل بأجراءات أدت الى الحكم بإنهاء الخصومه" ².

فبعد ان تكتمل الإجراءات التحكيمية الواجبة الإتباع نصل إلى المرحلة الأخيرة من مراحل التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وهي نتيجته وغايته وتتمثل في أعداد حكم التحكيم وإصداره مستوفياً شرائطه الشكلية والموضوعية التي تشمل حضور أطراف النزاع الأستثماري أمام المحكم والكشف عن الأدلة والوقائع والتي تساعد المحكم في إصدار الحكم العادل . وذلك من اجل تحقيق الغاية المرجوة فإذا اصدر الحكم التحكيمي وجب على المحكوم ضده تنفيذه سواء أكان اختياراً وطوعيه ،أو عن طريق القضاء .

وعليه ، واستبياناً لهذه الآثار، إرتأينا تقسيم هذا الفصل على مبحثين سنخصص المبحث الأول منهما لأيضاح ماهية الحكم التحكيمي الصادر في عقود الأستثمارات الأجنبية من إذ مضمونه وشكلية صدره ،وسنقعد المبحث الثاني لبيان كيفية تنفيذه .

المبحث الأول

ماهية حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

بأنتهاء النظر في العملية التحكيمية تصل إجراءات التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية الى نهايتها وغايتها المرجوة منها، وهي إصدار الحكم التحكيمي الأستثماري فاصلاً به المحكم المنازعات الأستثمارية محل الاتفاق التحكيمي فاصلاً نهائياً يستنفد به ولايته ، وذلك بمراعاة المتطلبات الشكلية والموضوعية الواجب مراعاتها بصدد الحكم التحكيمي حتى ينتج آثاره ، فإذا صدر الحكم التحكيمي فأما أن يحوز الرضا والقبول ، وأما أن يرى المحكوم ضده الطعن على هذا الحكم لسبب و لآخر ، وعليه سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، وذلك على النحو الاتي:.

¹ أسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص133.

² د حفيظه السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق، ص299 .

المطلب الأول- معنى حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
المطلب الثاني- الصيغة القانونية لحكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية
المطلب الثالث- الطعن بحكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وأسباب بطلانه

المطلب الأول

معنى حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

من أجل أتمام الحكم التحكيمي في عقود الاستثمارات الأجنبية يتوجب على المحكمين إعداد الحكم الاستثماري وصياغته مستوفياً شرائطه الشكلية إذ تقع مهمة إعداد حكم التحكيم وإصداره على عاتق المحكم الذي يدير العملية التحكيمية، وذلك من خلال الفصل في هذه العملية بعد إجراء المداولات والمناقشات لأعداد الحكم وصياغته شكلاً وموضوعاً فإذا تم أعداده قام المحكم، أو هيئة التحكيم بإصداره في الميعاد المقرر لذلك اتفاقاً أو قانوناً .
وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين شخص الفرع الأول منها إلى بيان الكيفية التي يتم بها أعداد حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية ، أما الفرع الثاني فسيكون لتحديد آلية إصداره .

الفرع الأول

أعداد حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

بعد أن تنتهي إجراءات التحكيم وتكتمل التحقيقات ويقفل باب المرافعة يصل المحكمون إلى المرحلة الأخيرة من مراحل العملية التحكيمية ؛ وهي مرحلة أعداد الحكم التحكيمي تمهيداً لإصداره محققين بذلك الغاية منها ، ألا وهي الفصل في موضوع النزاع .
ويتم ذلك من خلال عملية المداولة التي تعني " المناقشة والتشاور وتبادل الرأي فيما بينهم للاتفاق على شكل الحكم التحكيمي ومضمونه"¹ فإذا كان المحكم واحداً يصدر قراره بعد أقفال باب المرافعة وبعد الانتهاء من تقديم الوثائق والمذكرات من الطرفين المتنازعين وبعد استنفاد كافة الفرص من قبلهما لإبداء طلباتها ودفع عهما، إذ لا بد أن يرجع المحكم الوحيد إلى تلك الوثائق وأقوال الطرفين بعد دراسة وتأمل الموضوع من كافة جوانبه واستناداً إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وطبقاً للأجراءات التي تطبق على التحكيم بصدد قرار التحكيم ليصدر قراره فيه² .
أما إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم عندئذ تقوم حتمية المناقشات والمداولات بين جميع المحكمين الذين تتشكل منهم الهيئة، إلا أنها قد لا تتحقق في كثير من الأحيان في مجال عقود الاستثمار بشكل مباشر ، وذلك بسبب اختلاف بلد كل محكم عن الآخر مما يفرض قيامها في هذه

¹ د حسني المصري، مصدر سابق، ص 454 .

² د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص 311 .

العقود عن طريق تبادل الخطابات ،أو التلكسات والفاكسات ،أو غيرها من وسائل الاتصال المختلفة التي تتم بين أعضاء الهيئة التحكيمية الأستثمارية الواحدة ، والتي يلعب فيها رئيس الهيئة الدور الهام في إنجاح عملية المداولة وتنظيمها وإدارتها خلال وقت مناسب، وفي تلقي مقترحات المحكمين والتوفيق بين أدائهم وصولاً إلى أعداد حكم التحكيم من خلال هذه الكيفية التي تتم بها المداولات والتي قد لا تستوجب بالضرورة المناقشة الشفوية بين المحكمين مجتمعين في مكان واحد¹.

وينبغي أن يشترك في المداولة جميع المحكمين الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الأطراف واحتراماً لحقهم في الدفاع ، ولكن إذا رفض أحد المحكمين الاشتراك في المداولة قاصداً بذلك وضع عقبه في طريق العملية التحكيمية ، فإنه ينبغي على باقي أعضاء الهيئة أعداد الحكم من دون هذا المحكم المتخلف عن الاشتراك في المداولة من دون أن يشكل ذلك خرقاً منهم لمبدأ احترام حق الدفاع المقرر للأطراف².

هذا وقد سلكت معظم التشريعات أحد ثلاثة اتجاهات حول مدى وجوب سرية المداولات التحكيمية ، إذ لم يأخذ الاتجاه الأول منها بمبدأ سرية المداولة وهو ما ذهب إليه م(212) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي ، وم(30) من قانون التحكيم التونسي ، وم(527) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري . في حين ترك الاتجاه الثاني امر تنظيم سرية المداولة أو علانيتها لهيئة التحكيم وهو ما ذهب إليه قانون التحكيم المصري النافذ في م(40) التي تنص على " تتم المداولة على الوجه والذي تحدده هيئة التحكيم".

أما الاتجاه الثالث فهو الذي يأخذ بسرية المداولة ويطلبها، وأن كان لا يرتب على مخالفتها أي جزاء وهو ما ذهب اليه المشرع الفرنسي في م (1469) من قانون المرافعات الفرنسي التي تنص على "يجب أن يصدر الحكم بأغلبية الآراء بعد مداولات سرية بين المحكمين". اما بالنسبة لقانون المرافعات العراقي فقد سكت عن بيان موقفه تجاه هذا المبدأ الأمر الذي يمكن معه ان نرجح اخذه بالاتجاه الثالث وذلك حسب المادة (270)³.

وإزاء هذا الاختلاف حول مبدأ سرية المداولة فقد انقسم الفقه على قسمين حول مفهوم هذا المبدأ ، إذ يرى البعض الأول منه اختلاف مقتضيات سرية المداولة المفروضة على المحكمين عنها بالنسبة للقضاء في المحاكم الوطنية ، بحيث ينص مفهوم سرية المداولة المفروضة على المحكمين إلى إجرائهم لعملية المداولة في غياب الأطراف أو الغير وليس بحضور أي منهم ، فإذا إلتزم المحكمون بإجراء المداولات في غياب الأطراف فأنهم بذلك يكونون قد التزموا بسرية المداولة حتى ولو أفضوا إسرارها للأطراف بعد ذلك سواء برفض التوقيع على الحكم ، أو بتحرير رأي مخالف وإبلاغ الأطراف به⁴.

أما البعض الثاني فيرى -وبحق- ضرورة التشدد في توافر مقتضيات سرية المداولة لدى المحكمين كما لدى القضاة في المحاكم الوطنية، وذلك على اعتبار أن المحكمين وخصوصاً في عقود الأستثمارات الأجنبية هم قضاة ولكنهم متخصصون في المجال الأستثماري مهمتهم الفصل في النزاع الأستثماري وان كانوا يختلفون عن القضاة في المحاكم الوطنية بأنهم قضاة مختارون من أطراف النزاع الأستثماري وعليه فيجب أن يلتزموا بكافة ما يلزم به الاخرون وان يتقيدوا به⁵.

¹ ينظر د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص262 .

² د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص178 .

³ ينظر م (270) من قانون المرافعات العراقي النافذ .

⁴ د. عاطف محمد الفقي ، مصدر سابق ، ص532 ود. أحمد ابو الوفا ، عقد التحكيم وأجراءاته ، مصدر سابق ،

ص272 .

⁵ - Charlec Carbiber ,op,cit,p232,Et Francois Rigaux , op,cit ,p. 312 .

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا اتفقت آراء المحكمين بعد انتهاء عملية المداوله على رأي واحد فأن قرار التحكيم يصدر بالاتفاق ، أما إذا انقسمت تلك الآراء على اتجاهين حاز أحدهما على الأغلبية المطلقة فأن قرار المحكمين يصدر بتلك الأغلبية ، وهذا من أخذت به اغلب التشريعات¹.
أما إذا كانت منازعات الاستثمار منظورة أمام مركز تحكيمي أو مؤسسي فعندئذ كما ذكرنا سابقاً يقتصر دور مركز التحكيم على تنظيم وإدارة العملية التحكيمية ، على أن تختتم الأحكام بخاتمة تدل على صدورهما في كنفه وبموجب لائحته من دون أن يتعدى دوره هذه الحدود ليمتد إلى التدخل في فصل المحاكم حول النزاع والاشتراك مع هيئة التحكيم في أعداد الحكم فإذا تم أعداد الحكم وصياغته شكلاً وموضوعاً قام المحكومون بإصداره خلال الميعاد المقرر لذلك اتفاقاً، أو قانوناً².

الفرع الثاني

إصدار الحكم التحكيمي في عقود الاستثمارات الأجنبية

بعد أن يفرغ المحكمون من أعداد الحكم وصياغته مستوفياً شرائطه الشكلية والموضوعية عليهم ان يقوموا باصداره خلال المدة المحددة سواء اتفاقاً أم قانوناً وإيداعه ونشره إذا اتفق أطراف النزاع في الاستثمارات الأجنبية على ذلك.
ويتحدد ميعاد اصدار الحكم غالباً من الأطراف مباشرة في اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق مركز التحكيم الذي أحال أطراف العلاقة الاستثمارية النزاع إليه، أو عن طريق القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية³.
إذ قد يتفق أطراف النزاع في اتفاق تحكيمهم على ميعاد ينبغي على المحكم أو هيئة التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية ان تصدر حكمها خلاله سواء أكان التحكيم مؤسساً، أم حراً، من اجل ان يتحقق لهم ما يصبون إليه من الفصل في النزاع خلال وقت قصير وهذا الميعاد الذي يحدده الأطراف في اتفاق التحكيم قد يبدأ من بداية الإجراءات التحكيمية او منذ اختيار المحكم، أم أكتمال تشكيل هيئة التحكيم، أم عند انتهاء الجلسات التحكيمية وأقال باب المرافعة⁴.

¹ ينظر م(1470) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ، وم(189) من القانون الدولي الخاص السويسري ، وم(1057) ف(1) من قانون المرافعات الهولندي ، و(40) من قانون التحكيم المصري ، وم(527) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، وم(202) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، وم(788) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، وم(270) من قانون المرافعات العراقي .

² ينظر م(48) ف(1) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 وم(20) ف(ب) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية لسنة 1974 .

³ د. عبد القادر الطوره، التحكيم في منازعات العمل الجماعية، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص362 .

⁴ د. أحمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص189 .

فإذا أصدر المحكمون حكمهم خلال الميعاد المتفق عليه انتهى الأمر، وإلا فإنه قد تكون هناك حاجة إلى مد الميعاد المتفق عليه سلفاً، وهنا يجوز للأطراف الاتفاق على إطالة هذا الميعاد وتمديده¹. ولكن إذا تعذر الاتفاق على هذا التمديد، فهل يجوز للمحكم أو لهيأة التحكيم أن تقرر ذلك من تلقاء نفسها؟

يلاحظ أن بعضاً من التشريعات قد ذهبت إلى منح الأطراف في النزاع الحق في مد الميعاد المتفق سلفاً كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم المصري إذ نصت م (45) ف (1) منه "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك".

في حين ذهب البعض الآخر منها إلى عدم جواز تمديد المدة من قبل المحكم، أو هيئة التحكيم وإنما يصير الأمر إلى المحكمة المختصة التي هي وحدها تستطيع ذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف في النزاع على هذا الأمر، وهذا ما أخذ به القانون الفرنسي في م (1493) ف (2) من قانون المرافعات النافذ². والقانون العراقي في م (263) من قانون المرافعات النافذ .

وهو رأي يبدو قرب دقته، ذلك أن تحديد ميعاد إصدار الحكم باتفاق الأطراف ابتداءً، يوجب أن يكون تمديده كذلك باتفاقهم، بحيث يعد تدخل المحكم في هذا الأمر من تلقاء نفسه تجاوزاً منه لحدود المهمة الموكولة إليه، إذ أن المحكم في مجال الاستثمار إذا كان سيد الإجراءات التحكيمية والقائم على تصريف شؤونها، إلا أن ميعاد إصدار الحكم ليس إجراءً بسيطاً من الإجراءات التحكيمية فهو الإطار الزمني الذي يمارس فيه المهمة الموكولة إليه.

ويعد حكم التحكيم قد صدر عن المحكم في عقود الاستثمار الأجنبية باعاً عنه أو تسليمه للأطراف إذ أن الحكم التحكيمي لا يعد بالمعنى الفني حكماً إلا منذ هذا التاريخ الذي يخرج فيه الحكم عن ولاية المحكم، أما قبل هذا التاريخ فيعد بمثابة مشروع حكم في حوزته وله التدخل فيه بالحذف أو التعديل أو الإضافة³.

وبعد أن يتم إصدار الحكم التحكيمي في عقود الاستثمار يصار إلى إيداعه لدى إحدى المحاكم القضائية في الدولة التي صدر الحكم على إقليمها. وهذا الأمر واجب في قانون التحكيم المصري النافذ إذ الزم في م (47) منه على إيداع أصل الحكم أو صورة منه في قلم كتاب محكمة استئناف القاهرة، أو في قلم كتاب أية محكمة استئناف أخرى في مصر يتفق عليها الطرفان ويحرر كاتب عدل المحكمة محضراً بهذا الإيداع ويكون لكل من طرفي التحكيم طلب الحصول على صورة من المحضر، إذ نصت هذه المادة على أنه "يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها، أو ترجمة باللغة العربية مصادفاً عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية، وذلك في قلم كتاب المحكمة المختصة ويحرر كاتب عدل المحكمة محضراً بهذا الإيداع ويجوز لكل من طرفي التحكيم طلب الحصول على صورة من هذا المحضر"⁴.

¹ ينظر د. مصطفى محمد الجبال ود. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص 674-675.

² تتعلق م (1456) بالتحكيم الداخلي، وبما أن التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية يعد من قبيل التحكيم الدولي وعليه فلا يمكن تطبيق أحكام التمديد في القانون على هذه العقود، ولكن يمكن إعطاء الاختصاص بمد الميعاد الاتفاقي لإصدار حكم التحكيم إلى رئيس محكمة استئناف باريس تأسيساً على نص م (1493) ف (2) من قانون المرافعات الفرنسي التي تعطي رئيس محكمة استئناف باريس الاختصاص في مواد التحكيم الدولي في فرنسا بتسوية المشاكل التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم.

³ د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، مصدر سابق، ص 472.

⁴ قررت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 15/2/1987 "لما كان الأمر الصادر من قاضي الأمور الوقتية الذي يعد حكم المحكم واجب التنفيذ طبقاً للمادة (844) من القانون المدني المصري يقصد به مراقبة عمل

وهذا ما اخذ به قانون المرافعات العراقي النافذ في م (271) التي نصت على "بعد ان يصدر المحكمون قرارهم يجب عليهم إعطاء صورة منه لكل من الطرفين وتسليم القرار مع اصل اتفاق التحكيم الى المحكمة المختصة بالنزاع خلال ثلاثة ايام التالية لصدوره، وذلك بوصل يوقع عليه كاتب المحكمة".

اما بالنسبة لقانون المرافعات الفرنسي فلم ينص على وجوب اتخاذ مثل هذا الاجراء مما يعني أنه امر اختياري، في حين ان القانون الدولي الخاص السويسري قد نص عليه في م (193) منه التي جاء فيها "يمكن لكل طرف أن يودع على نفقته صورة طبق الأصل من الحكم التحكيمي لدى المحكمة السويسرية في مكان الحكم"، وكذلك م (1058) من قانون المرافعات الهولندي النافذ والتي تنص على " تتحقق المحكمة من أنه تم بأسرع وقت ايداع اصل الحكم التحكيمي في قلم محكمة الدرجة الأولى التي يقع في نطاقها مكان التحكيم"¹.

اما بالنسبة لنشر أحكام التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، أي اعلانها لغير أطرافها، فان القاعدة العامة في هذا المجال تقضي بعدم النشر، إلا بموافقة الأطراف على هذا الأمر، وذلك لضرورة المحافظة على خصوصيات الأطراف واسرارهم، إذ ان التحكيم في الاستثمار الأجنبي نظام خاص لتسوية المنازعات الاستثمارية يقصد الأطراف باللجوء اليه لحل نزاعهم الناتج عن تعاقدهم الاستثمارية الخاصة أمام محكمين يقومون بتعيينهم بأنفسهم ليفصلوا في نزاعهم الخاص الذي غالباً ما يحتوي على مبالغ مالية كبيرة في إجراءات تحكيمية سرية لا يعلم بها سوى الأطراف في عقود بعيداً عن القضاء الوطني بأجراءاته القضائية العلنية وأحكامه القضائية المعلومة للكافة². وهذا ما اخذت به اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 في م(48) ف(5) منها التي نصت على " لا يقوم المركز بنشر أي حكم من دون موافقة الطرفين " .

المطلب الثاني

الصيغة القانونية لحكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

يصدر حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية عادةً مستوفياً شروطه الشكلية ومشتماً على بيانات معينة وذلك تلبية لما قرره اتفاق التحكيم مباشرة، أو القانون المطبق على التحكيم، وحرصاً

المحكم قبل تنفيذ حكمه من إذ التثبيت من وجود مشاركة التحكيم، وان المحكم قد راعى الشكل والذي يتطلبه القانون سواء عند الفصل في النزاع او عند كتابة الحكم، من دون ان يخول قاضي الامور الوقتية حق البحث في الحكم من الناحية الموضوعية ومدى مطابقته للقانون وكان يترتب على ان حكم المحكم له جميع الاثار التي تكون للحكم القضائي ومن بينها ان يودع في الجهات التي حددها القانون، وان تلحقه الحجية ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه، لأن صدور الأمر من قاضي الامور الوقتية، انما يتطلب من اجل التنفيذ لا من اجل قوة الإثبات". اشار اليه د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص 534 .

¹ ينظر بذات النهج قانون التحكيم الاردني في م(42) وقانون الإجراءات المدنية الاماراتي في م(213)، وقانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني في م(240)، وقانون التحكيم السعودي في م(18)، وقانون اصول المحاكمات المدنية السوري في م(529)، وقانون اصول المحاكمات اللبناني في م(793)، وقانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي في م(762) .

² د. حفيظه السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص 20 وما بعدها .

على صحة الحكم التحكيمي الصادر في المجال الاستثماري من إذ الشكل وضماناً لعدم ابطاله في طعن تحكيمي او قضائي لاحق وتأميناً للأعتراف به وتنفيذه
وعليه ومن أجل أستجلاء هذه البيانات والشروط الشكلية فيه، سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول شكل الحكم التحكيمي وأهم البيانات الواجب توافرها فيه وفي الفرع الثاني سنحدد أهم الآثار التي تترتب عليه.

الفرع الأول

شكل حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

يصدر حكم التحكيم في مجال الاستثمار الأجنبي مستوفياً شروطه الشكلية، إذ يكون عادة مكتوباً ومسبباً وموقعاً وشاملاً لوقائع النزاع ومحددات أطرافه ومحكميه ومتضمناً منطوقه، وزمان ومكان إصداره .

إذ يصدر حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية في شكل مكتوب متضمناً أسماء الخصوم وطلباتهم ومستنداتهم، إذ يعد هذا الأمر شرطاً جوهرياً لقيام الحكم بحيث يؤدي تخلفه لا الى التأثير في مضمون الحكم فحسب، بل الى عدم معرفة هذا المضمون لدرجة أنعدام الحكم، فالكتابة شرط لصحة الحكم لا لإثباته فصدوره شفاهية لا يتحقق به وصف التحكيم¹.
هذا فضلاً عن ما تتطلبه القوانين لتنفيذ الحكم، أو الطعن به من تقديم أصله أو صورة مصدقه عنه، مما يستحيل معه ذلك ان لم يكن الحكم مكتوباً².

وعلاوة على ذلك يجب ان يتضمن الحكم التحكيمي أحكاماً تتعلق بمصالح الخصوم (أطراف عقد الاستثمار الأجنبي) وحقوقهم، إذ له من إذ الاهمية والخطورة ما للقرار القضائي، ولأجل حماية هذه الحقوق وضمانها وكذلك لغرض تسهيل مهمة الرقابة القضائية التي اوجبها القانون على إجراءات المحكمين فقد اوجبت اغلب التشريعات المقارنة كتابة قرار التحكيم وبطريقة نفسها كتابة القرار القضائي كالتشريعين المصري والعراقي اللذان نصا على هذا الأمر صراحة³. فان صدر القرار التحكيمي خلافاً للشكل الذي حدده القانون فمن الواجب على المحكمة المختصة ان تصدر حكماً بإبطال ذلك القرار⁴.

¹ اسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص156 .

² د. حمزة أحمد حداد ، مصدر سابق ، ص348 .

³ ينظر م(43) من قانون التحكيم المصري ، وم(270) من قانون المرافعات العراقي ، وم(760) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وم(231) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي .

⁴ ينظر بهذا المعنى القرار رقم 110/مدنية اولى/1997 الصادر من محكمة التمييز العراقية في 12/8/1997 والذي قررت فيه "نقض قرار المحكمين لأنه لم يستوف الشكل القانوني والذي نص عليه قانون المرافعات = العراقي النافذ

اما بالنسبة لقانون المرافعات الفرنسي فلم يؤكد صراحةً على هذا الشرط وأن كان في الوقت نفسه قد أشتراط وجود بيانات معينة في القرار التحكيمي لا يمكن توافرها إلا بالكتابة¹، إذ نص في م(1472) من قانون المرافعات الفرنسي على أنه " يجب ان يشمل الحكم التحكيمي على اسم كل من المحكمين الذين اصدروه وتاريخه والمكان الذي صدر فيه وأسم وشهرة وتسمية كل الأطراف وعنوان موطنهم ،أو مركزهم الرئيسي "

وهو ما اكدته معظم أحكام القضاء الفرنسي التي تقضي بالزام المحكم بكتابة البيانات التي نص عليها القانون ، الا أنه لا يحاسب من القضاء عن الاخطاء التي يمكن أن تقع في تلك البيانات مثلما يحاسب القاضي ذوي الاختصاص، فمن الجائز للمحكم أن يذكر البيانات الاساسية فقط، إذ لا يعد من قبيل النقص الذي يحاسب عليه ذكره أسماء الخصوم من دون ذكر صفاتهم أو ألقابهم².

أما إذا أهمل المحكم في مجال الاستثمار ذكر بيان المكان الذي تم فيه التحكيم او المكان الذي صدر فيه الحكم، فان انعدام هذا البيان لا يؤثر على حكمه من ناحية البطلان، لكون الغرض من هذا البيان هو تحديد المحكمة التي يجب ايداع اصل الحكم لديها ، والتي هي محدده اصلاً بالمحكمة المختصة بنظر النزاع والتي يجب على المحكمين ايداع اصل الحكم لديها أو تلك التي تقام أمامها الدعوى من أحد الطرفين لتصديق قرار التحكيم ، أو بطلاله³.

أما بيان تاريخ صدور قرار التحكيم فهو من البيانات الاساسية التي لا يجوز للمحكم أن يتجاوزها إذ يحتل هذا البيان اهمية بالغة بالنسبة للأحكام القضائية ، فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على ان ورقة الحكم هي من الاوراق الرسمية التي يجب ان تحمل تاريخ اصدارها وإلا أبطل الحكم القضائي لفقدانه عنصر من عناصر مقوماته ووجوده القضائي ، فقد قضت " بأن تاريخ صدور الحكم هو من البيانات الجوهرية وخلو الحكم الابتدائي من هذا البيان يؤدي الى بطلانه " ⁴.

وبما أن القرار التحكيمي هو حكم قضائي فان هذا البيان يحتل الأهمية ذاتها بالنسبة للقرار التحكيمي . إذ من خلاله يتم تحديد ما إذا كان قد صدر خلال المدة المحددة لاتفاق التحكيم ام بعدها مما يعرضه لخطر البطلان⁵.

هذا ويلزم المحكم في مجال الاستثمار أن يذكر الوقائع والأسباب التي دفعته لاصدار قراره التحكيمي ، وهذا ما يسمى بتسبيب القرار التحكيمي، أي أبرز الحجج الواقعية والقانونية التي استند عليها المحكم الاستثماري في اصداره قراره والتي يشترط فيها أن تكون كافية ومنطقية، ولا يشوبها أي غموض أو ابهام ويلزم المحكم بتسبيب قراره ولو كان مفوضاً بالصلح فقط والعلة في ذلك هي لما تهدفه ارادة الخصوم اصلاً من أجراء تحكيم وليس مجرد اجراء صلح⁶.

هذا وقد نص قانون المرافعات الفرنسي في م(1471) منه على وجوب ان يكون قرار المحكم مسبباً التي قضت بأنه "يجب ان يتضمن الحكم التحكيمي ملخص لادعاءات الأطراف وأسبابهم ويجب ان يكون الحكم التحكيمي معللاً⁷ ". وهذا ما قضت به محكمة باريس في حكمها الصادر في يونيو سنة

في باب التحكيم حسب نص م(270) منه التي تقضي بكتابة قرار المحكمين بالطريقة والتي يكتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة " .اشار اليه اسعد فاضل منديل ،مصدر سابق ، ص156 .

¹ Bernard Moreau Et Thierry Bernard ،Op ، Cit ، P.68 .

² ينظر حكم محكمة السين الفرنسية في 27 شباط 1936 اشار اليه د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري، مصدر سابق ، ص206 .

³ حسام عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص13 .

⁴ ينظر قرارها رقم 459 لسنة 1931 تمت الاشارة اليه في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، ج4، المكتب الفني ، مطابع الهيئة العامة ، 1975، ص475 .

⁵ د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص295 .

⁶ ينظر د. عاطف محمد الفقي ، مصدر سابق ، ص545 .

1987 إذ طعنت الشركة Veuve Henri Brauthoux والشركة EL Massian على أمر تنفيذ حكم تحكيم اجنبي غير مسبب صادر طبقاً للقانون الفرنسي الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، إذ حكمت محكمة باريس بمنع الأمر بالتنفيذ لعدم احتوائه على أي تسبب في الوقت الذي يعد تسبب الأحكام من مبادئ النظام العام في القانون الفرنسي¹ .

كذلك أوجب القانون الدولي الخاص السويسري في م (189) ف(2) منه على ذلك إذ نص على (ويصدر حكم التحكيم مكتوباً ومعللاً وموقعاً وحاملاً تاريخ صدوره) .

وعلى النهج نفسه سار المشرع الهولندي في قانون المرافعات الهولندي النافذ إذ نصت م(1057) ف(4) على "يتضمن الحكم التحكيمي فضلاً عن القرار أسباب الحكم".

أما بالنسبة لقانون التحكيم المصري فقد نص في بداية ف(2) من م(47) على وجوب تسبب حكم التحكيم إلا أنه عاد واستثنى حاله ما إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك .

وهو استثناء يبدو أنه لا ينسجم مع أهمية عملية التسبب التي فيها حماية المحكم من ان يطعن في نزاهته أو عدالته أو حياده من أحد الأطراف زيادة على أن التسبب يوفر للأطراف إمكانية التحقق من أن المحكمين قد التزموا بالأجراءات المتفق عليها في اتفاق التحكيم أم لم يلتزموا ، وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز ترك هذه المسائل لاتفاق الطرفين² .

وقد سار المشرع العراقي على نهج المشرع الفرنسي إذ أنه أوجب في م(270) ف(2) من قانون المرافعات تسبب القرار إذ نص على "يجب أن يشمل القرار بوجه خاص على أسباب القرار ومنطوقه"³.

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فقد نصت م(8) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على أنه "من المفترض ان يكون الفرقاء قد توافقوا على أن يكون الحكم التحكيمي معللاً".

وكذلك بالنسبة للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية إذ نصت م (2) ف(7) من الملحق التابع لها على "تصدر هيئة التحكيم قراراتها متضمنة أسباب كل قرار".

هذا وان تسبب أحكام التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية يعد ضرورة ملحة لاعتبارات كثيرة منها، أنه يضفي على التحكيم وصف النظام الحقيقي لتسوية المنازعات الاستثمارية بطريقة قضائية تضيف على الحكم التحكيمي ما يستحق معه ان يسمى حكماً ، كما ان تسبب أحكام التحكيم في الاستثمار يأتي من مصالح الأطراف إذ أنه يضمن لهم الانتفاع بالمبادئ الأساسية الحاكمة للأجراءات مثل حقهم في العدالة والمساواة ويضمن لهم فصل المحكم نزاعهم مراعياً القواعد القانونية الواجبة التطبيق ، ويكفل لهم معرفة لما إذا كسبوا ، أو خسروا قضيتهم ، ويحيمهم من خطر التعسف أو سوء سلوك المحكمين ويفتح الباب أمام تقويم هذا الانحراف بإمكانية الطعن اللاحق على الحكم⁴ .

هذا فضلاً عن ذلك فإننا نرى ان تسبب أحكام التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية يسمح بايجاد قانون موضوعي خاص بالتحكيم في مجال الاستثمار ، إذ ان تسبب هذه الأحكام التحكيمية ثم نشرها (في حالة موافقة أطراف عقد الاستثمار الأجنبي على ذلك) يوجد دليلاً ومرشداً للتعرف على الحلول التحكيمية الموحدة في المنازعات الاستثمارية الناتجة عن التعاملات الاستثمارية المتشابهة ثم يأتي توحيد هذه الحلول بقانون استثماري دولي مستمد من الاتفاقيات الدولية والسوابق الاستثمارية

¹ للمزيد ينظر محمد ماجد خلوصي ، مصدر سابق ، ص 307 .

² اسعد فاضل مندبل ، مصدر سابق ، ص 163 .

³ ذهب بذات الاتجاه قانون اصول المحاكمات المدنية السوري في م(527) وقانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي في م(760) وقانون التحكيم الاردني في م(41) وقانون اصول الاجراءات المدنية الاماراتي في م(212) ف(5) وقانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني في م(239) وقانون التحكيم التونسي في م(75) وقانون التحكيم السعودي في م(17) .

⁴ ينظر د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص 334 .

التحكيمية يطبقها المحكمون ويتواتر تطبيقه حتى يستقل التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية الدولي بقواعده القانونية الدولية بعيداً عن القوانين الوطنية المختلفة .

وتجدر الإشارة الى أنه وبعد الانتهاء من عرض وقائع الدعوى والاسباب التي بني عليها الحكم يأتي دور منطوق القرار وهو " ذلك الجزء من القرار الذي يعطي فيه المحكم حلاً للنزاع، أو هو الجزء الذي يفصل في نقاط الخصومه" ¹.

واخيراً ينبغي على المحكمين أو أعضاء الهيئة التحكيمية ان يوقعوا على الحكم التحكيمي الصادر عنهم إذ ينبغي ان يتم توقيعهم جميعاً على الحكم دلالةً وتأكيداً على صدوره عنهم وتحملهم مسؤولية هذا الاصدار ².

إذ يعد التوقيع بمثابة تصديق القرار من المحكم ، أو هيئة التحكيم فإذا ما صدر القرار التحكيمي بالاتفاق فإنه يجب ان يحتوي على جميع توقيعات المحكمين الذين اصدروه ، اما إذا صدر بالاغلبية المطلقة ففي هذه الحالة يكفي توقيع اغلبية المحكمين لصدوره، أما إذا جاء القرار التحكيمي خالياً من توقيع أحد المحكمين الذين اصدروه فسيكون مصيره البطلان ³ ، وهذا ما اخذ به القانون الفرنسي والهولندي ⁴.

في حين ان القانون الدولي الخاص السويسري قد كان أتجاهه مخالفاً إذ نص في م(189) ف(2) على " في حال غياب اتفاق الأطراف بصدد الحكم التحكيمي باغلبية الاراء ، وإذا لم تتكون الاغلبية فان رئيس الهيئة التحكيمية يصدر الحكم وحده ويصدر حكم التحكيم موقعاً ، ويكفي توقيع رئيس الهيئة التحكيمية " ، وهذا يعني ان المشرع السويسري قد اكتفى بتوقيع رئيس الهيئة التحكيمية ليصدر الحكم التحكيمي صحيحاً .

اما التشريع المصري فقد رتب حكماً مشابهاً للحكم الذي جاء به التشريع الفرنسي، إلا أنه اشترط شرطاً استطاع به ان يتميز عن غيره من التشريعات وهو وجوب تثبيت اسباب عدم توقيع بقية المحكمين على القرار التحكيمي في حاله صدور القرار بالاغلبية إذ تنص م(43) من قانون التحكيم المصري النافذ على أنه " في حالة تشكيل هيئة التحكيم من اكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات اغلبية المحكمين بشرط ان يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الاقلية" .

اما بالنسبة لقانون المرافعات العراقي فقد نصت م(270) ف(2) منه على " يجب أن يشمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم واسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتوقيعات المحكمين" .

وهذا يعني ان المشرع العراقي اشترط على أن يشمل القرار التحكيمي على توقيع جميع المحكمين وذلك في حاله صدوره بالاتفاق ، أما في حاله صدور القرار بالاكثرية فهنا تذكر اسباب مخالفة الرافضين لهذا القرار لاتجاه الاكثرية فيه. وهو ما يفضل معه لو أن المشرع العراقي قد نحى منحى المشرع الفرنسي ولم يشترط توقيع الجميع لأنه بذلك يعطي الفرصة للأقلية في تعطيل صدور قرار التحكيم وتنفيذه وذلك في حالة عدم توقيعهم ، فكان الاجدر به ان يكتفي بتوقيع الاكثرية لتحقيق الغاية التي يسعى الخصوم اللجوء الى التحكيم من اجلها وهي السرعة في البت في موضوع النزاع .

وبعد استكمال محتوى القرار التحكيمي ينتقل ذلك القرار من مرحلة صناعته الى مرحلة اصداره ، إذ لوقت صدور القرار اهمية كبيرة من الناحية القانونية ذلك لأن من هذا التاريخ تبدأ المحكمة المختصة

¹ ينظر د.مهند الصانوري ، مصدر سابق ، ص334 .

² اسعد فاضل مندبل ، مصدر سابق ، ص158 .

³ ينظر د. عبد الحميد الأحذب ، موسوعة التحكيم ، مصدر سابق ، ص479، ود. محمود مختار بريري، مصدر سابق ، ص183 .

⁴ ينظر م(1473) من قانون المرافعات الفرنسي ، وم(1057) من قانون المرافعات الهولندي

بالتحقيق من سلامة الإجراءات التي اتبعتها المحكم ، أو هيئة التحكيم لإصدار قرارها الفاصل في الخصومة .

وعلى الرغم من هذه الأهمية ، إلا أنه يلاحظ اختلاف الفقه والقضاء في تحديد هذا الوقت وتشعبت الآراء بصده ، إذ يذهب بعضهم إلى أنه يكفي لصدور قرار التحكيم مجرد اتفاق المحكمين فيما بينهم بصدد منطوق القرار وأسبابه الذي بني عليها خلال الميعاد المحدد لاتفاق التحكيم ، حتى ولو كتب هذا القرار ووقع عليه المحكمون لاحقاً¹.

وهو رأي يبدو أنه لا يستقيم مع الواقع العملي فقد يتفق المحكمون على محتوى القرار إلا أنه قبل التوقيع عليه قد يفقد أحد المحكمين أهليته أو يتحى أو يرد أو يعزل من أحد ، أو كلا الخصمين فلا يصدر القرار في مثل هذه الحالات إلا بتعين محكم بديل ، فإن صدر خلافاً لهذا يعد باطلاً لكونه لم يصدر من جميع المحكمين .

في حين عدّ البعض الآخر منهم تاريخ صدور القرار هو تاريخ ايداع قرار التحكيم لدى قلم المحكمة المختصة².

وهو رأي محل نظر أيضاً ، ذلك أن قرار التحكيم قبل هذا الإجراء يعد قد صدر من المحكمين وما هذا الإجراء الذي نص عليه القانون إلا لغرض اضعاف الصفة القانونية الملزمة على القرار واستحصال الموافقة من القضاء لغرض التسهيل في تنفيذه لدى دوائر التنفيذ³.

ونعتقد أن عد تاريخ صدور ، هو التاريخ الذي يكتب فيه القرار ويوقع من المحكمين هو الأدق ، وذلك لأن القانون لم يوجب النطق بالقرار التحكيمي في جلسته علنية كما هو عليه الحال بالنسبة للأحكام القضائية حتى يمكن اعتبار ذلك هو تاريخ صدور بل أوجب كتابته ذلك القرار وتوقيع جميع المحكمين عليه ، ليعد تاريخ حصول ذلك هو تاريخ صدور . وعند صدور القرار التحكيمي تخرج المسألة من اختصاص المحكم ، أو هيئة التحكيم لتدخل ضمن دائرة اختصاص القضاء إذ لا يعد للمحكمين أدنى صلاحية إلا صلاحية واحدة وهي صلاحية تفسير القرار التحكيمي إذا ما وقع فيه أدنى غموض .

الفرع الثاني

آثار حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

يترتب على صدور الحكم التحكيمي الاستثماري أن يستنفذ المحكمون ولايتهم في الفصل في النزاع محل الحكم الذي يكتسب حجية الأمر المقضي به ، ويلقى على عاتق الأطراف التزام بتنفيذه بعد صيرورته حكماً نهائياً⁴.

¹ ينظر د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، مصدر سابق ، ص 265 ود. اشرف عبد العليم الرفاعي ، مصدر سابق ، ص 320 ود. حسني المصري ، مصدر سابق ، ص 120 .

² حسام عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص 153 .

³ ينظر بهذا المعنى م(1477) ف(1) من قانون المرافعات الفرنسي ، وم(47) من قانون التحكيم المصري ، وم(272) من قانون المرافعات العراقي .

⁴ د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص 357

وأول اثر لصدور الحكم التحكيمي الأستثماري هو رفع يد المحكمين الأستثماريين عن العملية التحكيمية بصفة قطعية بحيث لايجوز لهم العوده ثانيه الى نظرها حتى ولو تبين لهم عدم عدالة ،أو عدم صحة ما حكموا به، وذلك لسقوط حقهم في الفصل فيما قضاوا به من قبل ، إذ لا يمكن الفصل بالموضوع الواحد مرتين من محكمة واحدة حرصاً على منع تضارب الأحكام وتحقيقاً للاستقرار المنشود وتدعيماً لثقة المتحاكمين بالأحكام التحكيمية الأستثمارية¹.

هذا وعلى الرغم من ارتباط بقاء صفة الهيئة بصدور الحكم التحكيمي المنهي للخصومة إلا أنه يجوز لها ان تختص بتفسير الحكم التحكيمي الأستثماري الذي اصدرته وذلك في حالة كونه مشوبة بالغموض،أو الابهام ، ويعد الحكم التفسيري جزءاً متمماً للحكم الأصلي من كافة الوجوه ويخضع لما يخضع له هذا الحكم².

وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في م(1475) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ التي تنص على " ان صدور الحكم التحكيمي من شأنه رفع يد المحكمين عن النزاع الذي فصلوه ولكن للمحكم صلاحية تفسيره او تصحيح الاخطاء أو السهو الذي وقع به واكماله في حال اغفل النظر بأحد الطلبات"³.

وهو الأمر ذاته الذي اخذ به قانون التحكيم المصري النافذ في م (48) ف(1) التي تنص على " تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها ،أو بصدور امر بإنهاء إجراءات التحكيم " .

وعليه فان صدور الحكم المنهي للخصومه يؤدي الى انتهاء إجراءات التحكيم وانتهاء صفة المحكم ،أو هيئة التحكيم في مباشرة أي اجراء ،أو تلقي أي طلبات جديدة من أطراف النزاع حتى ولو كان ميعاد اصدار الحكم ما زال ممتداً ،إذ يعد قبول تلقي مثل هذه الطلبات تجاوزاً لحدود المهمة الموكلة لهم والتي تقتصر على الفصل في ما طرح عليهم من طلبات اصلية او عارضة اثناء سير عملية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية⁴.

كما ان للمحكم او لهيئة التحكيم في مجال الأستثمار تصحيح الاخطاء الحاصلة في حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية الصادر في المنازعات الأستثمارية التي يقصد بها الاخطاء المادية إذ ينبغي تصحيحها حتى يتم تنفيذ الحكم ،وذلك باللجوء الى المحكم الذي اصدره خلال الوقت المحدد في اتفاق التحكيم ،أو في أي وقت قبل تنفيذ الحكم إذا لم يكن هناك تحديد للوقت في الاتفاق ، فإذا تكرر اللجوء الى المحكم لتصحيح الاخطاء المادية في الحكم لانقضاء الميعاد المحدد بالاتفاق أو لتعزيز اجتماع المحكمين فعندئذ يتم اللجوء الى المحكمة المختصة لكي تقوم بهذه المهمة⁵.

هذا ويكتسب حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية بعد صيرورته نهائياً بأستنفاد طرق الطعن عليه اوفوات ميعادها حجية الشيء المقضي به بالنسبة للوقائع والحقوق التي فصل فيها بحيث يحق لمن صدر الحكم لصالحه ان يسعى للافادة به، وبالحقوق التي رتبها له ويستحيل على اية جهة تحكيمية او قضائية أخرى ان تعيد نظر النزاع من جديد⁶.

وتكتسب الأحكام التحكيمية الأستثمارية هذه الحجية وتستمدّها من القرينة القانونية القاطعة التي تقررها باعتبارها أحكاماً قضائية وليس من الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم ،أو من أمر التنفيذ الذي

¹ د.عبد الحميد الأحمد ، موسوعة التحكيم ، مصدر سابق ، ص483.

² د. محمود مختار بريري ، مصدر سابق ، ص201.

³ ينظر بذات الاتجاه م(33) من القانون النموذجي لسنة 1985 الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

⁴ د. عاشور مبروك، مصدر سابق ، ص617 .

⁵ د.نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص195.

⁶ د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص385 .

يصدره قاضي التنفيذ إذ ان الأمر الأخير ليس في حقيقته سوى عمل اداري لا يمد الأحكام التحكيمية الاستثمارية بأية حجية للشيء المقضي به لأنه لم يقضي به.¹ واهم اثر يترتب على صدور القرار التحكيمي في عقود الاستثمارات الأجنبية هو التزام أطراف عقد الاستثمار الأجنبي بتنفيذهن وهذا ما نجده احياناً مذكور بصورة صريحة في عقد التحكيم.²

المطلب الثالث

الطعن بحكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية و أسباب بطلانه

إن العامل الرئيسي الذي من وراءه يسعى أطراف عقد الاستثمار الأجنبي اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل المنازعات الاستثمارية هو سرعة الفصل في النزاعات من خلال إجراءات تحكيمية غير رسمية في ظل خبرة متخصصة لدى محكمين أكفاء ، بعيداً عن البطء الذي يعتري القضاء الوطني ، ولكن ومن جانب آخر يأتي المحكم الاستثماري الذي قد يصدر حكماً غير صحيح بسبب خطأ أو نسيان أو سوء تصرف ، أو غير ذلك ، فإن كان الحكم الاستثماري يحوز حجية الأمر المقضي به بعد صيرورته حكماً نهائياً ، وإذا كان يستند ولاية القضاء بالنسبة لموضوع النزاع محل الحكم فور إصداره ، فإن الحاجة تدعو إلى معقب لتصحيح الخطأ أو لرد الأمور إلى نصابها ، إذ أنه من غير المقبول الاعتراف بحكم تحكيمي مشوب بالخطأ ، وعليه يبدو لنا لزوم تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول الطعن بالحكم التحكيمي الصادر في المنازعات الاستثمارية ، وفي الفرع الثاني سنحدد أسباب بطلان هذا الحكم.

الفرع الأول

الطعن بحكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

ذهب جانب من الفقه الى القول بأن تقرير المشرع لوسائل الطعن بالقرار التحكيمي هو أكبر طعنة يوجهها إلى نظام التحكيم على اعتبار أن لجوء الأطراف المتنازعة الى هذا النظام كطريق لفض منازعاتهم هو على أساس ثقتهم الكبيرة في عدالة المحكم، زيادة على ما يوفره لهم هذا النظام من مزايا جيدة لا يمكن أن يوفرها النظام القضائي في الدولة التي في مقدمتها السرعة في فض الخصومة، والاقتصاد في الوقت والنفقات.³

¹ د.ابوزيد رضوان ،مصدر سابق ،ص46،47.

² وهو ما سنوضحه في المبحث الثاني من هذا الفصل فاليه نحيل منعاً للتكرار .

³ D.Jean Vineet، Preeis Dalloz Proedure Civile vingtet unieme Edition 1987، P.1102. Et Gean Rrobber ، Op، cit، p.167

وعليه فإن مسألة تحديد طرق الطعن بالقرار التحكيمي تقف ضد هذه المزايا الجيدة لكون أن هذه الوسائل أو الطرق من شأنها أن تؤدي إلى إعادة النظر في العملية التحكيمية مجدداً من القضاء العادي وهذا ما يهدد أهم ميزة للنظام التحكيمي ؛ وهي السرعة والتحرر من الإجراءات القضائية المعقدة .

هذا وأن تقرير الطعن بقرار المحكم من المشرع لا يتفق مع نصوص القانون التي تقضي بإعفاء المحكمين من التقيد بالقواعد القانونية، والأجراءات القضائية خصوصاً إذا كان المحكم مفوض بالصلاح ذلك لأن أساس الطعن بقرار المحكم يستند إلى كون ذلك القرار لم يصدر وفق الإجراءات القضائية أو أنه مخالف لقاعدة من قواعد القانون¹.

بينما ذهب الجانب الآخر منهم إلى اعتبار أن تلك الطرق، أو الوسائل هي من الضمانات القضائية التي قد يمنحها المشرع للخصوم والتي لا يمكن الاستغناء عنها حتى بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم على الرغم من إن هذه الأحكام تصدر من قاضي مختص لديه العلم والمعرفة بالنصوص القانونية وخبرة طويلة في الفصل في النزاعات وإصدار الحكم فيها وعليه فإنه من باب أولى أن يتم إقرارها أيضاً بالنسبة لقرار المحكم، وذلك لكونه في أغلب الأحيان بعيداً عن القضاء، فطبيعة الحال تنقصه الخبرة العلمية والعملية في إصدار القرار التحكيمي فضلاً عن ذلك فإن منح الأطراف حق الطعن بالقرار يسمح للقضاء في مراقبة مدى احترام المحكم للقواعد القانونية وأجراءات التحكيم ومن ثم حماية الخصوم من الاخلالات التي يرتكبها المحكم بحقهم²، وهو ما يبدو أنه الاقرب للدقة وذلك من أجل تدارك ما وقع في الحكم من خطأ سواء أكان هذا الخطأ وقع في القانون أو الواقع إذ من غير المقبول أن يعترف بحكم تحكيمي مشوب بالخطأ، فحكم التحكيم الصادر عن المحكم والمستند الى مجرد الاتفاق الخاص بين الأطراف الاستثمارية له طبيعة وأوصاف الحكم القضائي الذي يتمتع بحجية الأمر المقتضي به والقوة التنفيذية، وعليه فلا يمكن أن يظل بمعزل عن الرقابة وذلك من أجل ضمان عدالة الحكم، إلا أن طرق الطعن يجب أن لا تكون بالمنهج نفسه المستعمل للطعن بالأحكام القضائية وذلك من أجل ضمان سرعة الفصل في النزاع على اعتبار أن اتباع ذلك قد يؤدي الى اطالة امد النزاع مما يتنافى مع الهدف الرئيس الذي من وراءه لجأ أطراف عقد الاستثمار الى التحكيم .

هذا وتتباين التشريعات الوطنية في موقفها من الطعن بأحكام التحكيم إذ أنها لم تتخذ موقفاً موحداً وإنما أنقسمت على اتجاهين، ساوت التشريعات التي اخذت بالاتجاه الأول بين الأحكام التحكيمية وأحكام القضاء باعتبار المحكمين يمارسون جزءاً من العملية القضائية بتحويل من المشرع في الدولة. ومن ثم فإن هذه الأحكام تخضع لما تخضع له أحكام القضاء من طرق الطعن كالاستئناف والتمييز، وأن كانت تمنع الخصوم من الاعتراض على الحكم التحكيمي³، لكون ذلك لا يستقيم مع فكرة التحكيم ويهدد الفائدة المتوخاة منه بتقصير زمن المنازعات، كما أنه يتيح الفرصة للطرف الخاسر بالمماطلة العمدية فضلاً عن أن قبول هذا الطعن يؤدي الى إهدار اتفاق التحكيم بأرادة أحد الطرفين المنفرده، وذلك بمجرد تغييه عن الحضور أمام المحكم أو المحكمين، ومن ثم يطعن بالاعتراض على الحكم الغيابي لكي تعود القضية من جديد أمام القضاء العادي⁴. إذ أجاز القانون الفرنسي الطعن بأحكام التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية في م (1504) من قانون المرافعات

¹ حسام عبد اللطيف محي، مصدر سابق، ص 153

² ينظر د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام و المحررات الموثقة، ط9، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 87 ومصطفى صخري، موسوعة المرافعات المدنية و التجارية و الادارية و الجنائية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2005، ص 1110 ود. حفيظه السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم، مصدر سابق، ص 324 .

³ من هذه القوانين القانون الدولي الخاص السويسري في م(160)، وقانون المرافعات الهولندي في م(1062-1065)

⁴ حميد فيصل، مصدر سابق، ص 302.

الفرنسي النافذ الطعن التي تنص على "أن الحكم التحكيمي الصادر في فرنسا في التحكيم الدولي يقبل الطعن بالابطال في الحالات المنصوص عليها في المادة 1502¹، أما بالنسبة الى الطلب فيقدم الى محكمة الاستئناف وذلك حسب المادة (1505)².

في حين منعت التشريعات التي اخذت بالاتجاه الثاني الطعن في أحكام المحكمين بطرق الطعن العادية بصورة عامة على اعتبار ان الطعن موجه فقط الى أحكام القضاء من دون أحكام المحكمين . وهذا ما اخذ به المشرع المصري إذا أنه أجاز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وذلك حسب م(52) ف (2) من قانون التحكيم المصري النافذ إذ نصت على "يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفق الأحكام المبينة في القانون"³.

أما القانون العراقي فقد اجاز الطعن بمضمون القرار التحكيمي وذلك من خلال تقديم طلب إبطال الحكم الى المحكمة المختصة بنظر النزاع وذلك حسب نص المادة (274) من قانون المرافعات التي تنص على "يجوز للمحكمة ان تصدق قرار التحكيم او تبطله كلاً او بعضاً ويجوز لها في حالة الابطال ان تعيد القضية الى المحكمين لأصلاح ما شاب قرار التحكيم، أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها"، وسمح في المادة(275) من القانون ذاته بالطعن بقرار المحكمة الصادر بموجب المادة (274) اعلاه بكل طرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام القضائية ما خلا طريق الاعتراض على الحكم الغيابي إذ نصت على "الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة وفقاً للمادة السابقة غير قابل للاعتراض وإنما يقبل الطعن بالطرق المقررة بالقانون".

الفرع الثاني

أسباب بطلان حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

¹ تنص المادة (1502) من قانون المرافعات الفرنسي على " لايجوز استئناف القرار الذي يعترف بالحكم التحكيمي او يمنحه الصيغة التنفيذية الا في الحالات التالية :

1-إذا فصل المحكم النزاع من دون عقد تحكيمي او بناءً على عقد تحكيمي باطل او انتهت مدته .
2-إذا لم يتم تشكيل الهيئة التحكيمية بصورة قانونية،أو لم يتم تعيين المحكم الوحيد وفقاً للاصول .
3-إذا فصل المحكم النزاع من دون التقيد بالمهمة التحكيمية التي عهد بها اليه .
4-إذا لم يتم احترام مبدأ الوجاهية .

5-إذا كان الاعتراف بالحكم التحكيمي او تنفيذه مخالفاً للنظام العام الدولي ."

² تنص المادة 1505 من القانون اعلاه على " يقدم طلب الطعن الى محكمة الاستئناف التي صدر الحكم التحكيمي في نطاقها ، ويقبل هذا الطعن منذ صدور الحكم ولا يعود جائزاً بعد انقضاء مهلة شهر اعتباراً من تبليغ الحكم التحكيمي المعطى الصيغة التنفيذية".

³ ينظر م(242) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني وم(230) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية السوري وم(186) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي وم(799) من قانون اصول=المحاكمات المدنية اللبناني وم(767)من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وم(18)من قانون التحكيم السعودي وم(48)من قانون التحكيم الاردني.

تقوم القوانين التي تعالج التحكيم في كل دولة بتحديد اسباب بطلان حكم التحكيم بصورة حصرية بحيث لا يجوز للأطراف الطعن ببطلان حكم التحكيم الا إذا كان المشرع قد نص عليه. والواضح من نص م(1484) من قانون المرافعات الفرنسي و م(53) من قانون التحكيم المصري وم(273) من قانون المرافعات العراقي أن اسباب بطلان القرار التحكيمي هي :

أولاً : إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو سقط بانهاء مدته.

أن وجود اتفاق التحكيم في عقود الأستثمار الأجنبي يعد أمراً لا مفر منه طالما أنه يستند الى ارادة الأطراف التي تعطي للتحكيم بالاتفاق على اختياره لحل نزاعهم أساساً تعاقدياً يستمد منه المحكمون سطلتهم و نطاق هذه السلطة ومن ثم إذا ادعى أحد الأطراف أمام القاضي بعدم وجود اتفاق التحكيم فإن على الاخير أن يبحث الوجود القانوني لهذا الاتفاق¹.

ومن ثم فإن بطلان اتفاق التحكيم لعدم صحته أو لعدم قابلية العلاقة للحل بطرق التحكيم، يجيز للقاضي الفصل في هذه المسائل مطبقاً القواعد القانونية الواردة في هذا القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع².

وهو الأمر ذاته بالنسبة لسقوط اتفاق التحكيم لانتهاء المدة المحددة للمحكمين لأصدار حكمهم إذ يفصل القاضي في هذه المسائل بالبحث أولاً عن المدة المحددة اتفاقاً . فإذا لم تكن قد حددت فإنه يبحث عنها قانوناً في القانون المطبق على الإجراءات التحكيمية فإذا صدر الحكم بعد أنتهاء الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً أبطل لصدوره بعد الميعاد ، ومن الأحكام القضائية الخاصة بالمنازعات الأستثمارية التي أكدت ذلك هو حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 15 يونيو 1994 في قضية شركة sonidep ضد sigmoi. وتتلخص وقائع هذه المنازعة بشأن بيع شحنتين بتروليتين من الأولى الى الثانية ، ونص في عقد البيع على ان صحة العقد تخضع للقانون الفرنسي و ان كل منازعة يتم الفصل فيها بواسطة التحكيم الذي يعقد في باريس وتسري عليه قواعد القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. ولقد شرعت شركة sigmoi في اتخاذ إجراءات التحكيم واصدر المحكم حكمه في 15 سبتمبر 1990، وهو الحكم الذي طعن عليه شركة sonidep لصدوره بعد سبعة عشر شهراً من قبول المحكم للمهمة أمام محكمة باريس التي أصدرت حكمها في 26 مارس 1992 برفض دعوى البطلان. ولقد نعت شركة sonidep على حكم محكمة استئناف باريس رفضها تطبيق القانون الفرنسي على إجراءات التحكيم ورفضت من ثم تطبيق م(1456) من قانون المرافعات الفرنسي والتي أرأت وفقاً لتقديرها أنها تطبق بشكل مكمل على تحديد المدة والتي يتعين فيها على المحكم ان يصدر فيها الحكم النهائي. ولقد نعت الشركة ايضاً على محكمة استئناف باريس عدم تقديرها للأثار المترتبة على ما ابدته من ملاحظات التي وفقاً لها لا يتضمن اتفاق التحكيم ولا اللائحة والتي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أي نصوص تتعلق بمسألة تحديد الميعاد الذي يتعين فيه على المحكم أن يصدر الحكم المنهي للخصومه ، وعند تعرض محكمة النقض الفرنسية لهذا الوجه من اوجه الطعن أنتهت أنه "لما كان من الثابت أن التحكيم في المنازعة لا يخضع لأرادة الأطراف وأنما الى القانون الفرنسي الذي يقضي تقيد سلطة المحكمين بأصدار الحكم في الميعاد القانوني المحدد في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد الميعاد، فإنه يجب بطلان حكم التحكيم بسبب عدم صدوره خلال المدة التي نصت عليها م (1456) من قانون

¹ د.صلاح الدين جمال الدين ود.محمود مصيلحي،الفعالية الدولية لقبول التحكيم في المنازعات الدولية،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية، 2004، ص123.

² ينظر م (1484) ف(1) من قانون المرافعات الفرنسي ، م (1065) ف(1) من قانون المرافعات الهولندي ، م (190) ف (2) من القانون الدولي الخاص السويسري ، م (53) ف(1) من القانون التحكيم المصري ، م (273) ف(1) من قانون المرافعات العراقي

ثانياً : إذا تم تعيين المحكم أو تشكيل هيئة التحكيم على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين .

يبطل الحكم التحكيمي في الأستثمار الأجنبي إذا تم تشكيل هيئة التحكيم سواء أكانت مشكلة من محكم واحد أو أكثر، تشكيلاً مخالفاً للاتفاق، أو القانون إذ ينبغي احترام النظام الاجرائي المنظم لتشكيلها سواء أكان اتفاق تحكيم، أم القانون المطبق على الإجراءات من إذ عدد المحكمين و كيفية تعيينهم و الشروط الواجب توافرها فيهم بحيث يبطل حكم التحكيم إذا كانت هيئة التحكيم قد شكلت من محكمين اثنين في حين يتطلب القانون المطبق على الإجراءات الذي اختاره الأطراف ان يكون عددهم فردياً، و يبطل حكم التحكيم إذا قام أحد الأطراف في اتفاق التحكيم بتعيين جميع المحكمين في حين يتطلب اتفاق التحكيم أن يشترك الطرفان في تعيينهم². إذ يكون التحكيم باطلاً في حالة تشكلها بشكل مخالف للقانون لأن كل ما ينبني على الباطل يعد باطلاً و ذلك وفقاً للمبادئ العامة³. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 1987/6/13 التي تتلخص وقائعها في أن شركة مصر للتأمين قد اقامت دعوى على شركة الاسكندرية للتوكيلات الملاحيه بصفتها وكيله عن السفينه (ديمون تريدر) بطلب الزامها بدفع مبلغ معين، وقالت بياناً لدعواها ان شركة مصر حلوان للغزل والنسيج استوردت رسالة من المشمع شحنت من مرسيليا (فرنسا) الى الاسكندرية على السفينه المشار إليها بمقتضى سند شحن مؤرخ في 1981/2/28، وعند وصول السفينه الى ميناء الاسكندرية في 1981/3/20 تبين أن بالرسالة عجزاً قدرت قيمته بالمبلغ المطالب به، ولما كانت الرسالة مؤمناً عليها لدى شركة مصر للتأمين وبتاريخ 1982/5/24 قضت محكمة اول درجه بعدم قبول الدعوى لسبق الاتفاق على التحكيم .

استأنفت شركة مصر للتأمين هذا الحكم، وبتاريخ 1983/4/5 قضت محكمة استئناف الاسكندرية بتعديل الحكم المستأنف الى عدم قبول الدعوى بحالتها الراهنه. وطعننت شركة مصر للتأمين في هذا الحكم بطريق النقض لمخالفته للقانون، واستندت الشركة الطاعنه بصفه خاصه على أن الماده (502) ف(3) من قانون المرافعات التي توجب تعيين اشخاص المحكمين في اتفاق التحكيم، أو في اتفاق مستقل تتعلق بالنظام العام ويتعين اعمالها ولو اتفق على اجراء التحكيم في الخارج . وأخيراً قضت محكمة النقض المصريه " ببطلان الحكم وذلك لمخالفته لأحكام القانون التي توجب بطلان الحكم في حالة عدم تعيين اسماء المحكمين "4.

ثالثاً : إذا فصل المحكم، أو هيئة التحكيم في النزاع من غير الالتزام بالمهمة الموكلة اليه .

إذا فصل المحكم الأستثماري في النزاع من دون مراعاة للمهمة المعهودة بها إليه، أو لحدودها كما وردت في قانون التحكيم فعندها يجوز رفع دعوى بطلان التحكيم، و يتخذ فصل المحكم في النزاع من دون الالتزام بالمهمة الموكلة إليه صوراً منها ان يفصل المحكم في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف على أساس التسوية الودية غير ملتزم بتطبيق القانون، في حين ان أطراف اتفاق التحكيم

¹ أشارت اليه ، د.حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 . ص161 وما بعدها .

² د. هشام صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص398 .

³ ينظر م(1484) من قانون المرافعات الفرنسي، م(1065) ف(2) من قانون المرافعات الهولندي، م(53) ف(4) من قانون التحكيم المصري ، م(273) ف(2) من قانون المرافعات العراقي.

⁴ أشار اليه د.محمد ماجد خلوصي ، قضايا تحكيميه ، دار الكتب القانونيه ، مصر ، 2008، ص212 .

كانوا قد قرروا فيه أن يفصل المحكم في النزاع، وفقاً للقواعد القانونية أي لم يعهدوا للمحكم بالفصل على أساس التسوية¹. أو أن يفصل المحكم في مسألة تقع خارج نطاق الاتفاق أو ان يغفل الفصل في مسألة أتفق على العهد اليه بها لأجل ذلك، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 22/أكتوبر/1991 في المنازعة الناشئة بين شركة *Compania Valenciana de Cementos Portland SA h* الاسبانية وشركة *primary Coal* الأمريكية ببطالان الحكم التحكيمي لان المحكم لم يطبق القانون الذي أتفق الأطراف على أن يفصل الأول النزاع بموجبه . وتتلخص وقائع هذه القضية في أن عقداً أبرم بين الشركة الاسبانية والشركة الأمريكية الذي بمقتضاه تلتزم الشركة الأولى بتسليم الاخير كميات محددة من الفحم وفقاً لسعر يتم تحديده كل ستة أشهر ،والذي اشترط فيه أن تعرض المنازعة الناشئة بينهما للتحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجاره الدولية وذلك وفقاً للمادة الخامسة من العقد المبرم بين الشركتين وأعمالاً لنص المادة المذكورة قرر المحكم في حكمه الصادر في أول سبتمبر 1988 في القضية رقم 5953 ان النزاع المعروض عليه سوف يتم حسمه وفقاً لعادات التجاره الدولية أو ما يطلق عليه قانون التجارة الدولية . ولما كان هذا الحكم لم يلق قبول الشركة الاسبانية فأنها قامت بالطعن فيه أمام محكمة أستئناف باريس بسبب مخالفة المحكم مهمته بتطبيقه قانون التجارة الدولية على النزاع المعروض عليه من دون أن تكون الأطراف قد اشارت الى تطبيق هذا القانون . ولقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها اعلاه الى (قبول الطعن المرفوع أمامها ورفض حكم محكمة أستئناف باريس مقررة أن المحكم بأعماله لقواعد التجاره الدولية المستخلصة من الممارسة العملية التي تلقت تكريس الانظمة القضائية الوطنية على موضوع المنازعة المعروضة عليه لا يكون قد فصل فيها حسب القانون الذي يمليه عليه الالتزام الوارد في العقد)².

رابعاً : عدم احترام المحكم او هيئة التحكيم لمبدأ المواجهه بين الطرفين المتنازعين .

يعد سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية حالة عدم احترام المحكم لمبدأ المواجهة في جميع مراحل الإجراءات التحكيمية الذي يمثل إحدى المبادئ الاساسية لأي فصل في نزاع سواء أكان قضائياً أم تحكيمياً. إذ ينبغي على المحكم أن يمكن كل طرف من تقديم ادلته وحججه، و من العلم بأدلة الطرف الاخر وحججه في الوقت المناسب، وأعطائه الفرصة المناسبة لتفنيدها والرد عليها ، كما ينبغي على المحكم أن يبلغ كافة الوثائق التي تنتهي إليه كتقارير الخبراء وغيرها الى أطراف الخصومة التحكيمية وان يدعوهم الى ابداء الرأي والمناقشة حول أي دفع واقعي ،أو قانوني يصل اليه المحكم³. وعلى القاضي اثناء نظر دعوى البطلان بسبب عدم تطبيق هذا المبدأ أن لا يكتفي بالرجوع الى القواعد المطبقة الواردة في إحدى المصادر من اتفاق تحكيم أو لائحة تحكيم أو قانون وطني واجب التطبيق، بل عليه البحث في هذه المصادر مجتمعةً للفصل فيما إذا كان الحكم قد فصل في النزاع من دون خرق لمبدأ المواجهة⁴. فإذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم اعلانه اعلاناً صحيحاً بتعيين محكم ،أو بأجراءات التحكيم ،أو لأي سبب آخر خارج عن

¹ ينظر م (1484) ف (3) من قانون المرافعات الفرنسي ، م (1065) ف (3) من قانون المرافعات الهولندي ، م (53) ف (1) من قانون التحكيم المصري ، م (273) ف (3) من قانون المرافعات العراقي .

² اشارت اليه د حفيظه السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مصدر سابق ، ص 175 .

³ ينظر د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص 391 و د. صلاح الدين جمال الدين ود. محمود مصيلحي ، مصدر سابق ، ص 124.

⁴ ينظر د. ابراهيم أحمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص 172-173

ارادته ومع ذلك اصدر المحكم، أو هيئة التحكيم الحكم فيمكن الطعن فيه بالبطلان لعدم احتوائه حقوق الدفاع للمساس بمبدأ المساواة المطلقة بين الأطراف أمام هيئة التحكيم¹.

خامساً : إذا خالف المحكم، أو هيئة التحكيم قاعدة من قواعد النظام العام الدولي

يجب التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي إذ يقصد بالاول "مجموعة المبادئ المستخلصة من القانون الداخلي". اما الثاني فيقصد به "فهو مجموعة المبادئ المستخلصة من مقتضيات الأساسية في مختلف القوانين الوطنية وخاصة القانون الدولي"². والغرض من هذه التفرقة هو تقييد حالات بطلان أحكام التحكيم الدولية ومصدرها في أضيق الحدود إذ ان العلاقة الوحيدة القائمة بين النظام العام الداخلي، والنظام العام الدولي هي علاقة السعة والضيق بحيث يعد النظام العام الدولي في قلب النظام العام الداخلي، والعكس غير صحيح بمعنى ان ما يعد من النظام العام الدولي يعد بالضرورة من النظام العام الداخلي في حين ليس كل ما يكون من النظام الاخير يعد جزءاً من النظام العام الدولي³. إذ يجب ابطال حكم التحكيم في حالة تعارضه مع النظام العام على اعتبار أنها القواعد العليا في أي دولة التي لايجوز لأي من الأطراف مخالفتها في كل الاحوال لأعتماد الاستقرار القانوني عليها ولعل اهم المسائل التي تتعارض مع النظام العام الدولي وفقاً للمفهوم السائد في العديد من الدول مشكلة الفساد والغش والرشوة وهذا ما قضت به صراحة بعض أحكام التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية كما في حكم محكمة أستاناف باريس الصادر في 10 سبتمبر 1994 في قضية شركة **alsthem turbine** ضد شركة **westman** الذي حكمت بموجبه بأبطال حكم التحكيم لكونه مخالفاً للنظام العام. وتتلخص وقائع هذه القضية أنه في 11 ديسمبر 1985 أبرمت الشركة الفرنسية **alsthem turbines** والتي كانت ترغب في المشاركة في المناقصة الخاصة بمشروع بتروكيمياوي **arak** والذي كان المقاول فيه شركة إيرانية، عقداً مع الشركة الانكليزية **westman** بهدف تسهيل اختيارها المسبق في المشروع ولقد حددت مهمة شركة **westman** في العقد المذكور عبارات فضفاضة إذ حدد دورها بأن تقدم لشركة **alsthem turbines** أكبر قدر ممكن من المعلومات وأن تمدها بالمقترحات و كل النصائح المفيدة من اجل الفوز بالتعاقد في أفضل شروط ممكنة وأن تقدم لها أيضاً كل المساعدة التي يتوقع تقديمها. وبالمقابل لهذه الالتزامات الواقعة على شركة **westman** فإنه كان من الطبيعي أن ينص على أن تتلقى شركة **westman** عمولة يتم تحديدها بشكل لاحق من خلال اتفاق جديد يبرم بين الأطراف شريطة أن تغطي هذه العمولة كل النفقات، أي كانت طبيعتها التي تم انفاقها بواسطة هذه الشركة ولقد نص أيضاً على ان هذه العمولة لن تكون مستحقة سواء بشكل كلي، أو جزئي إلا إذا تم رسو العطاء على الشركة **alsthem turbines** في المدة المحددة، ولما كان هذا الشرط الاخير قد تحقق نظراً لأبرام الشركة الاخيرة في 12 مارس 1989 لعقد توريد توربينات الغاز مع المشروع المذكور فإن شركة **westman** طالبت شركة **alsthem turbines** بالوفاء بالعمولة التي يمنحها العقد المبرم بينهما في الحصول عليها والتي حددتها بمبلغ 6% ثم بعد ذلك 3% من مجموع المبالغ التي سيتم دفعها لشركة **alsthem turbines** بواسطة المشروع. ونظراً لرفض الاخيرة دفع العمولة المتفق عليها فإن شركة **westman** شرعت في اتخاذ إجراءات التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية في باريس أعمالاً لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما الذي ينص على ان كل منازعة تنشأ عن هذا

¹ د. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان، مصدر سابق، ص 193.

² ينظر د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص 178.

³ ينظر د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مصدر سابق، ص 538 وما بعدها.

الاتفاق يتم حسمها بشكل نهائي وفقاً لقواعد المصالحة والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس ثلاثة محكمين يتم تعيينهم وفقاً لقواعدها، وقد قبلت شركة **alsthem turbines** المشاركة في التحكيم. ولقد تمسكت أمام هيئة التحكيم بشكل أصلي أن العقد محل المنازعة يتعين القضاء ببطلانه بسبب عدم مشروعيته سببه، فالمهمة الحقيقية التي كان منوطاً بشركة **westman** القيام بها تتلخص في استعمال كل الوسائل من أجل التأثير على المقاول في اختياره لمن ترسو عليه المناقصة و احتياطاً ادعت شركة **alsthem turbines** أن شركة **westman** لم تمارس أي نشاط ومن ثم فإنه لا يحق لها المطالبة بأية مبالغ اياً ما كانت بناءً على العقد الذي لم تقم بتنفيذه. ولقد قامت شركة **alsthem turbines** بالطعن بالبطلان على حكم التحكيم الذي أصدرته هيئة التحكيم في 21 مارس 1992 والتي تلزمها بدفع عمولة لشركة **westman** تقرر بنسبة 4% من قيمة الصفقة المبرمة بينها وبين الشركة صاحبة المشروع. وذلك استناداً لنص م(1502 ف 5 و 1504) من قانون المرافعات الفرنسي والتي تعطي الحق للقضاء الفرنسي بالحكم بالبطلان على حكم التحكيم إذا خالف النظام العام الدولي إذ أنه يعترف بأثار عقد سببه ومحل ينصبا على أستغلال النفوذ و تقديم الرشوة و يعترف بالغش و التدليس الذي قامت به شركة **westman** والذي أظهرت أدانتها به في مواجهة هيئة التحكيم. لذلك قضت محكمة أستئناف باريس ببطلان حكم التحكيم الصادر في 21 مارس 1994 على اعتبار أنه عقد ينصب محله وسببه على أستغلال النفوذ وتقديم الرشوة¹.

المبحث الثاني

تنفيذ حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

يقصد بتنفيذ الحكم التحكيمي "الطلب من الخصم الذي صدر الحكم ضده ان ينفذ ما جاء بالحكم التحكيمي رضاءً وفي حالة أمتناعه يجبر على ذلك بموجب الإجراءات التنفيذية لقانون الدولة التي يتم التنفيذ فيها"². هذا وتعد مرحلة تنفيذ حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية من المراحل العامة التي يمر بها التحكيم إذ يسعى الطرف الرابع إلى استرداد حقوقه وجني ثمارها التي كان ينازع فيها الطرف الخاسر والذي إما أن يمثل للحكم الصادر بالفصل في هذه الحقوق وينفذ طواعيةً واختياراً، أو يرفض هذا التنفيذ الاختياري مما يضطر الطرف الرابع إلى اللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة التي يرغب التنفيذ فيها طالباً الأمر بالتنفيذ جبراً عن الطرف الخاسر ممن يملك سلطة القهر والاجبار. ويختلف الأسلوب الذي تتبعه الدول في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فمنها ما تتبع أسلوب المراجعة ومنها ما تتبع أسلوب المراقبة.

وعليه سنقسم هذه المبحث على مطلبين سنحدد معنى تنفيذ حكم التحكيم في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنحدد أساليب هذا التنفيذ.

¹ أشارت له د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص 211 وما بعدها.

² للمزيد ينظر، درع حماد عبد، عقد الامتياز، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة النهرين، بغداد، 2003، ص 213.

المطلب الأول

معنى تنفيذ حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

بعد صدور الحكم التحكيمي في عقود الاستثمارات الأجنبية يمكن للطرف الذي حكم عليه أن ينفذه طواعيةً واختياراً فينتهي الحكم عند هذا الحد، وهذا ما يسمى بالتنفيذ الاختياري، أو قد يمتنع عن التنفيذ فيصبح المحكوم له بحاجة للاستعانة بالسلطة القضائية لأعطاء الحكم قوة التنفيذ ليتمكن أكراه المحكوم عليه على ذلك وهذا هو التنفيذ الاجباري .

هذا وتشترط معظم التشريعات مجموعة من الشروط يجب أن تتوفر في الحكم التحكيمي الاستثماري ، من أجل الحصول على الصيغة التنفيذية وعليه سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع ، سنخصص الفرع الأول منها لأيضاح أنواع تنفيذ الحكم التحكيمي في هذه العقود ، وسنحدد في الفرع الثاني الشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي ، وسيكون الفرع الثالث معقوداً لبيان إجراءات تنفيذ هذه الأحكام .

الفرع الأول

أنواع تنفيذ حكم التحكيم

يحتل التنفيذ الاختياري لأحكام التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية المرتبة الأولى بصدد تنفيذ الأحكام ، إذ إن رفض التنفيذ الاختياري أمر نادر الحدوث خاصةً وأن أمتثال الطرف الخاسر للحكم الصادر ضده وتنفيذه طواعيةً واختياراً يقود الى استمرار العلاقات الودية بين أطراف التحكيم بل ويدفعها قدماً الى الأمام، وهو هدف أساسي وجوهري من أهداف لجوئهم الى قضاء التحكيم بدلاً من القضاء الوطني.¹ وكذلك أدراك أطراف العلاقة الاستثمارية ما يمثله رفض التنفيذ الاختياري للحكم من منافاة لروح التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية نفسه، إذ أنهم قد أتفقوا بمحض ارادتهم على اللجوء الى قضاء اختياري خاص بعيداً عن القضاء الوطني يعهدون فيه نزاعهم الى محكمين مختصين يشتركون معاً في تعيينهم لما لهم من خبرة ودراية بالفصل في المنازعات الاستثمارية اهلتهم الى حيازة ثقة الممارسين للأنشطة الاستثمارية ،ومن ثم ثقة من اختاروهم من أطراف التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية . و عليه فيكون من السهل على الطرف الخاسر أن يمتثل للحكم التحكيمي الصادر الذي أشتراك في إصداره محكم كان قد اختاره بنفسه لحيازة الاخير على ثقته².

¹ د. عاشور مبروك ،مصدر سابق ،ص2 .

² ينظر د. عبد الحميد الأحذب،موسوعة التحكيم ،مصدر سابق ،ص489 و ما بعدها.

وهكذا فإذا أنتفت الرغبة المشتركة بين الأطراف في المحافظة على روح العملية التحكيمية كما أتفقوا عليها فإن الطرف الخاسر سيفكر أولاً أكثر من مرة قبل أن يرفض التنفيذ الاختياري للحكم واضعاً في ذهنه جزاءات مادية ومعنوية قد تتأله لرفضه هذا، فهنا لا يمكن وراء التنفيذ الاختياري رغبة الأطراف في عدم الخروج على روح التحكيم فحسب بل سلطة القهر في التجارة الدولية التي تختلف عن سلطة القهر بالمعنى المادي التي يعرفها تنفيذ أحكام القضاء الوطني، إذ يأخذ القهر لتنفيذ قرارات التحكيم التجاري الدولي في مجال التجارة الدولية معنى اقتصادي يلعب الدور نفسه الذي يلعبه قهر السلطة بمفهومه في القوانين الداخلية¹.

وعلى الرغم من أنه غالباً ما يتم تنفيذ أحكام التحكيم في مجال الاستثمار الأجنبي اختياراً، لكن الأمر لا يخلو من تعمد الطرف الخاسر من التمداد وبسوء نية إلى نهاية المطاف غير ملتفت إلى الجزاءات المعنوية التي يفرضها التعامل في مجال الاستثمار منها نظرة المتعاملون الاستثماريون له وعدم التعامل معه مجدداً، مما يدفع الطرف الراغب اللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة التي تقرر تنفيذ الحكم فيها طالباً أمر تنفيذ، أو تأييد للحكم التحكيمي يلزم الطرف الخاسر تنفيذه كما لو كان حكماً قضائياً، وهذا ما يسمى بالتنفيذ الاجباري². ذلك ان امتناع الطرف الذي صدر ضده قرار التحكيم عند تنفيذه، يترتب على الأخير عبء البحث عن طريقة يستطيع بموجبها تنفيذ القرار لاجبار الخصم على ذلك بموجب الإجراءات التنفيذية لقانون البلد المراد تنفيذ القرار فيه، وهذه الإجراءات قد تكون بحجز الاموال او بالحبس بالنسبة للأشخاص الطبيعية³.

الفرع الثاني

شروط تنفيذ حكم التحكيم

تحرص المحاكم الوطنية التي يطلب منها وضع الصيغة التنفيذية اللازمة لتنفيذ الحكم التحكيمي الاستثماري الصادر عن المحكم، أو الهيئة التحكيمية على التأكد من تحقق شروط معينه، في الحكم قبل ان تاذن بتنفيذه على المحكوم عليه إلا أن هذه الشروط تختلف من دولة أخرى. فقد اجازت بعض الدول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ولكن بوصفها بمثابة أحكام قضائية اجنبية، لهذا فإن تنفيذها يتم وفق شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية كالقانون المصري⁴. بينما سكنت قوانين أخرى عن بيانه الأمر الذي دفع القضاء على الأخذ بالمساواة بين الحكم التحكيمي الوطني والأجنبي من إذ قوة التنفيذ والحكم الوطني كالقضاء الفرنسي⁵.

¹ ينظر د. أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص 48.

² درع حماد، مصدر سابق، ص 213.

³ ينظر د. يعقوب يوسف صرخوه، أحكام المحكمين وتنفيذها، ط 1، من دون اسم مطبعة، الكويت، 1986، ص 81 وما بعدها.

⁴ ينظر م (57) من قانون التحكيم المصري النافذ وبالاتجاه ذاته ينظر م (54) من قانون التحكيم الاردني وم (214) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي وم (33) من قانون التحكيم التونسي وم (534) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري.

⁵ إذ على الرغم من خلو القانون الفرنسي من النص على الطريقة التي ينفذ بها الحكم التحكيمي الأجنبي، فقد قررت محكمة النقض في العديد من أحكامها منذ عام 1937 بأنه يجب معاملة الحكم التحكيمي الأجنبي معاملة الحكم الوطني

ومع ذلك فإن امكانية تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي عموماً والحكم التحكيمي الصادر في عقود الاستثمارات الأجنبية بوجه خاص، سواء أكان خاضعاً لأحكام الاتفاقيات الدولية أم لأحكام القانون الوطني في أية دولة من الدول تستلزم تحقق الشروط الآتية :-

أولاً: مبدأ المعاملة بالمثل .

يقصد بمبدأ المعاملة بالمثل "وضع يتحقق عندما تضمن دولة ما أو تعد دولة أخرى بمعاملة ممثليها أو مواطنيها أو تجارتها ،أو غير ذلك معاملة مماثلة أو معادلة لتلك التي تضمنها لها الدولة الاخيرة ، أو تعدها به"¹ ووفقاً لهذا التصور فإن هذا المبدأ يقضي بأن تعامل المحاكم الوطنية في الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي بما يعامل به الحكم الصادر منها في البلد الأجنبي الذي صدر فيه الحكم.

فلو كان قانون البلد الأجنبي لا يجيز تنفيذ الحكم الصادر في الدولة المطلوب منها التنفيذ ، او لا يعتد بحجية الحكم التحكيمي الصادر فيها و يوجب على صاحب الحق المحكوم به رفع دعوى جديدة في طلبه، او كان ذلك القانون يجيز تنفيذه بعد أن تراجع المحاكم من ناحية الشكل او من ناحية الموضوع فإن الحكم الذي يصدر من الهيئات التحكيمية الاستثمارية في تلك الدولة يعامل المعاملة نفسها في الدولة المطلوب منها الاعتراف بالحكم التحكيمي الأجنبي و تنفيذه² .

ثانياً: أن يكون الحكم التحكيمي الاستثماري نهائياً وقطعياً .

يجب أن يكون الحكم التحكيمي الاستثماري نهائياً وقطعياً ليحوز على قوة الأمر المقضي به في الدولة التي صدر فيها والمقصود بنهائية الحكم أي ان "الحكم ينهي النزاع بلا عودة مره أخرى للدعوى"³، هذا ولا يعد الحكم التحكيمي الاستثماري مكتسباً الدرجة القطعية ، إلا بعد انتهاء مدة الطعن فيه ،أو صيرورته ملزماً بعد الطعن فيه بتصديقه من الجهة التي طعن فيه أمامها فإذا أكتسب الدرجة القطعية فإنه يتمتع بقوة الشيء المحكوم فيه ويكون قابلاً للتنفيذ⁴، ولا شك أن هذا الشرط يضمن استقرار المعاملات واحترام الحقوق المكتسبة ، إذ ما الحكمه من إصدار أمر بتنفيذ حكم يمكن الغاؤه فيما بعد ، وللتعرف على نهائية الحكم وقطعيته يجب الرجوع الى قانون الدولة التي صدر فيها .

ثالثاً: عدم تعارض الحكم التحكيمي الاستثماري مع حكم ،أو أمر سبق صدوره في الدولة التي يراد تنفيذه فيها .

من الشروط التي يجب توافرها في الحكم التحكيمي هو عدم تعارضه مع الأحكام ،أو الاوامر التي سبق وان صدرت في الدولة التي يراد تنفيذه فيها ، وذلك لان الحكم الاخير يعد عنواناً للحقيقة فيها لذا يضحى بالحكم الأجنبي في حالة وجود هذا التعارض ، ذلك ان وجود هذا الأمر بين الحكمين هو

ورببت على ذلك أن رئيس المحكمة العليا هو المختص بمنح الأمر بتنفيذه بناءً على عريضة يقدمها اليه صاحب الشأن من دون مواجهة بين الخصوم . ينظر د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص 323

¹ د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، ج 1، ط 1، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، سنة 1981، ص 269

² حميد فيصل، مصدر سابق، ص 287

³ ببدا علي ولي الجميلي، تنفيذ أحكام التحكيم والقضاء الدولي، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة بغداد، سنة 2001 ، ص 8 .

⁴ د. مختار أحمد بريري، مصدر سابق، ص 286

في حقيقته تعارض مع النظام العام ، وإذا تم ابطال حكم التحكيم في الدولة التي صدر فيها ، فإنه يصبح غير قانوني للتنفيذ في هذه الدولة ، ولكن وعلى الرغم من ذلك أتجه القضاء في بعض الدول ، مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية سعيًا وراء تحقيق القدر الاعظم من الفعالية لأحكام التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الى الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على الرغم من ابطالها في الدولة التي صدرت فيها ، وذلك تأسيساً على ان اسباب البطلان التي ابطلت من اجلها تلك الأحكام لا تتوفر في قوانين هذه الدول ، إذ استند هذا القضاء في ذلك الى نص الفقرة الأولى من المادة السابعة من اتفاقية نيويورك والتي تنص على أنه " لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقيات الجماعية ، أو الثنائية التي ابرمتها الدول المتعاقدة بشأن تنفيذ أحكام المحكمين ولا تحرم أي طرف من حقه في الافادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع او معاهدات البلد المطلوب اليها التنفيذ " . وقد تأكد هذا التوجه في قضية **Polish Ocean Line** إذ عبرت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك بلغة واضحة فأعلنت " لا يجوز لمحكمة فرنسية رفض تنفيذ حكم تحكيم قد تم ابطاله أو وقف تنفيذه من السلطة المختصة في دولة اصدار الحكم ، وذلك إذا ما كانت الاسس التي تستند عليها معارضة التنفيذ على الرغم من ورودها في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك ليست نفسها الاسس المحددة في المادة 1502 من قانون المرافعات النافذ ¹ . كما اخذ بالاتجاه نفسه القضاء الأمريكي في قضية **Chromalloy** بين شركة **Chromalloy Aeroservices** وحكومة جمهورية مصر العربية ، وتتلخص وقائع هذه القضية في ان نزاعاً قد نشب بين جمهورية مصر العربية والشركة الأمريكية بشأن العقد المبرم بين الطرفين الذي تعهدت بموجبه الشركة الأمريكية بتقديم معدات وخدمات ومعونة فنية متعلقة بطائرات الهليكوبتر . ولقد اشتمل العقد على شرط تحكيم تم النص فيه على تطبيق القوانين المصرية وعلى ان تكون القاهرة مكاناً للتحكيم ، كما أتفق الأطراف على ان يكون الحكم الصادر عن هيئة التحكيم نهائياً وملزماً ولقد جاء حكم هيئة التحكيم في صالح الشركة الأمريكية .

ولقد طعن الطرف المصري على هذا الحكم بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة التي أصدرت حكمها ببطلان حكم التحكيم؛ على أساس أن هيئة التحكيم قد أخطأت وطبقت قواعد القانون المدني المصري بدلاً من قواعد القانون الإداري المصري ، وبغض النظر عن الحكم الملغي فإن محكمة مقاطعة كولومبيا الأمريكية أجازت تنفيذ حكم التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية ، وذلك اسناداً الى نص اتفاق التحكيم الذي نص صراحة على استبعاد أي طريق للطعن على حكم التحكيم وكذلك الى المادة السابعة من اتفاقية نيويورك وان القسم رقم 10 من قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي لايجيز لقاضي التنفيذ في الولايات المتحدة رفض تنفيذ أحكام التحكيم لوقوع خطأ من هيئة التحكيم في تطبيق القانون ² .

رابعاً : ألا يكون الحكم التحكيمي الأستثماري مخالفاً للنظام العام والاداب العامة في الدولة التي يراد تنفيذه فيها .

تعد فكرة النظام العام من الافكار الاساسية في علم القانون الذي يهدف الى حماية المبادئ والأسس العامة السياسية، أو الاقتصادية، أو الاجتماعية، أو الخلقية التي يقوم عليها المجتمع ، ولقد عرفت محكمة النقض المصرية النظام العام بأنه "القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامه سياسيه ، أو اجتماعيه ، أو اقتصاديه تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصلحة الافراد ، إذ ينبغي على

¹ Leboulanger Philipt ,op ,cit ,P. 140 .

² Bertrand Moreu EtThierry Bernard,op ,cit , p213 .

جميع الافراد مراعاة تلك المصلحه ولايجوز لهم الاتفاق على ما يخالفها نظراً لأن المصلحه العامه تسمو على المصلحه الفرديه ¹.

وعليه فعلى القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم التحكيمي الأستثماري التأكد والتحقق من مدى ملاءمته للنظام العام والآداب العامة في قانون دولته لأن قبول تنفيذ الحكم التحكيمي الأستثماري يعني الاعتراف بالحق الذي يتضمنه وفقاً للقوانين والاحوال المرعية في الدولة الأجنبية التي صدر فيها هذا الحكم والذي قد لا يكون ذلك موافقاً للنظام العام والآداب العامة ، إذ من غير المقبول ان ترجح مصلحة مستثمر اجنبي على المصالح العليا للدوله المضيفه للاستثمار ². وهذا ما تم تأكيده في نزاع حصل حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في ايطاليا بناءً على شرط تحكيم وارد في عقد بين مستورد فرنسي ومصدر ايطالي إذ قضى الحكم بالتعويض للمصدر الايطالي، لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية إذ أنه لم يحصل على التصريح الخاص بالاستيراد في الوقت المناسب . وهذا الحكم واجب التنفيذ في فرنسا وقد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم وذلك بسبب بطلانه بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام الفرنسي لعدم مراعاته للقواعد الأمرة الخاصة بالتصدير ، وعليه حكمت محكمة النقض الفرنسيه ببطلان الحكم التحكيمي بسبب تعارض الحكم مع النظام العام. ³

الفرع الثالث

أجراءات تنفيذ حكم التحكيم

تختلف إجراءات التنفيذ لأحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية من دولة الى أخرى إذ تبدأ إجراءات تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية في فرنسا عن طريق طلب يتقدم به طالب التنفيذ في عقد الأستثمار الأجنبي الى القاضي الفرنسي المختص طالباً بأصدار امر تنفيذ يفيد الموافقة على تنفيذ الحكم في فرنسا و يختص بأصدار امر التنفيذ في فرنسا كما حددته م (1500) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ وبالأحالة الى م (1477) من القانون ذاته قاضي تنفيذ محكمة استئناف باريس أو المحكمة الاستئنافية التي يختارها طالب التنفيذ بشرط ان يرتبط مكان الإجراءات بالاقليم الفرنسي و ذلك حسب نص م(1493) من قانون المرافعات الفرنسي ، فإذا ما تم اختيار محكمة أستئناف باريس أو المحكمة التي أختارها طالب التنفيذ في عقود الأستثمارات الأجنبية وجب على المحكم الأستثماري أو طالب التنفيذ أن يودع في صندوق المحكمة المستندات الوارد تحديدها في م(1499) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ وهي :-

- 1- أصل الحكم و صورة رسمية منه .
- 2- أصل اتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه ⁴.

¹ نقض مدني في 23/ابريل /سنة 1980 ، مجموعة أحكام النقض مشار إليها في مؤلف د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ط1 ، مطبعة السلام ، 1987 ، ص139 .

² حميد فيصل ،مصدر سابق ،ص289

³ Leboulanger Philip ،OP.Cit ،P.121.

⁴ Rene David،OP.Cit،P.221.

فإذا كانت هذه المستندات بلغة أخرى غير الفرنسية فعلى طالب التنفيذ حسب م(1499) ف(2) أن يقدم ترجمة لها بالفرنسية معتمدة من مترجم مسجل بقائمة الخبراء. فإذا ما دفع الطلب و المستندات الى صندوق أي من المحاكم الفرنسية أختص به قاضي التنفيذ في هذه المحاكم ، فإذا ما عقد الاختصاص لمن يعهد اليه بمهمة قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف الفرنسية، بدأ القاضي الفرنسي في نظر الطلب تمهيداً للبت فيه، إذ عليه في هذا الشأن أولاً أن يعمل في إطار من نظام الاوامر على العرائض أي أنه يعمل ليقرر أما الموافقة على إصدار أمر، التنفيذ أو الرفض فقط من دون مواجهات، أو مناقشات شفوية بين الأطراف، إذ يبحث القاضي الفرنسي في حكم التحكيم المقدم إليه بحثاً ظاهرياً أولاً خارجياً ليكتفي فيه حسبما قررت م(1498) من قانون المرافعات الفرنسي بالتأكد من وجود حكم التحكيم ، أي من وجود متطلباته الشكلية ،ومن عدم مخالفة الحكم للنظام العام الدولي مخالفة صريحة واضحة . فإذا وافق القاضي الفرنسي على إصدار الأمر بالتنفيذ قام بالتأشير بهذه الموافقة أي بوضع الصيغة التنفيذية في مسودة الحكم موقعة ومؤرخه حسب نص م (1478) ف(1) من القانون ذاته، وأما إذا رفض اعطاءه الأمر بالتنفيذ فإنه يلتزم بتسبب هذا برفض و ذلك حسب ف(2) من نفس المادة¹.

أما بالنسبة للقانون المصري فينفذ حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية بموجب أمر تنفيذ صادر عن قاضي التنفيذ في المحكمة المصرية المختصة وحسبما قررت م (56) من قانون التحكيم المصري النافذ فإنه لرئيس محكمة استئناف القاهرة أو من يندبه من قضاته أو رئيس أي محكمة استئنافية مصرية أخرى يتفق عليها الطرفان أو من يندبه من قضاتها القيام بهذه المهمة . ولقد اوجب تقديم مستندات يلاحظ أنها المستندات نفسها التي نصت عليها م(1499) من قانون المرافعات الفرنسي . وهي أصل الحكم أو صورة موقعة منه ،أو صورة من اتفاق التحكيم وترجمة مصادق عليها من جهة معتمدة الى العربية لحكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية ان لم يكن صادراً بالعربية ، فضلاً عن صورة من المحضر الدال على ايداع الحكم في قلم كتاب محكمة الاستئناف القاهرة او اي محكمة استئناف مصرية أخرى يتفق عليها الطرفان². كما ان على طالب تنفيذ حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية في مصر ان يستوفي اجراء الايداع المقرر في م(47) من قانون التحكيم المصري³. فإذا تقدم طالب التنفيذ في مصر الى قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف المصرية بالمستندات السابق ذكرها طالباً الأمر بتنفيذ الحكم فإن هذا الأمر لا يخلو من أحد احتمالين ، فاما أن يكون ميعاد الطعن في الحكم بدعوى البطلان لازال مفتوحاً ام لا ، ففي الحالة الأولى، لا يقبل القاضي تنفيذ الحكم التحكيمي وذلك حسب نص م(58) ف(1) من قانون التحكيم المصري التي تعد الحكم التحكيمي قبل أنقضاء ميعاد دعوى البطلان غير ملزم للأطراف ، ومن ثم يرفض طلب تنفيذه . أما في الحالة الثانية فان طلب تنفيذ الحكم يتم قبوله تمهيداً للنظر فيه. فإذا تم قبول طلب تنفيذ الحكم أمام قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف المصرية فان القاضي المصري ينظر في هذا الطلب بالطريقة نفسها التي ينظر بها قاضي التنفيذ الفرنسي، أي أنه ينظر على أساس الوثائق والمستندات فقط لا على اساس نظر حضوري في مواجهة الأطراف . فإذا أنتهى القاضي المصري من التحقق من شروطه كان له أما أن يحكم بالأمر بالتنفيذ أو يرفضه إذ لا يجوز له أن يحكم بتعديل الحكم، أو ابطاله . فإذا أمر القاضي المصري بتنفيذ الحكم التحكيمي فان هذا الأمر يعد نهائياً ولايجوز التظلم

¹Philip Fouchard،OP،Cit،P،187

² ينظر م (56) من قانون التحكيم المصري .

³ ينظر م (47) من قانون التحكيم المصري .

منه، ومن ثم فإنه يقرر للمطلوب تنفيذه ضده طريقة واحدة للأعتراض على الحكم وهي طريقة الطعن بالبطلان حصراً¹.

أما بالنسبة للقانون العراقي فلم ينص على كيفية تنفيذ أحكام المحكمين الدولية، وإن كان قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 المعدل قد اقتصر على تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة من محكمة مختصة ومؤلفة في الخارج، بينما ينحصر نطاق تطبيق المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 على أحكام التحكيم الوطنية وبذلك تكون التشريعات العراقية ذات الشأن قد سكنت عن بيان الكيفية التي تنفذ وفقاً لها أحكام التحكيم.

وقد أنقسم الشراح العراقيين على اتجاهين أزاء هذا الموقف السلبي أحدهما يجيز التنفيذ والثاني يرفضه، فقد ذهب الاتجاه الأول الى القول بإمكانية تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في العراق على الرغم من عدم وجود نص يجيز ذلك، على اعتبار أن قانون المرافعات العراقي لم يحدد في باب التحكيم الأحكام التي تدخل في نطاقه لذا لا يجوز تقييد نطاقه من دون نص. وعليه فإنه يشمل أحكام التحكيم الوطنية فضلاً عن الأحكام الأجنبية، فالمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد بنص. ومن ثم فيمكن (وفقاً لهذا الاتجاه) أن يتم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سواء كانت هذه الأحكام مشمولة باتفاقات دولية التي تقضي بإمكانية تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية أم لا، فضلاً عن ذلك إن قبول تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، قد أصبح من مبادئ القانون الخاص الأكثر شيوعاً لدى بلدان العالم لذا يمكن قبول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق بحسب رأيهم استناداً الى نص م(30) من القانون المدني العراقي النافذ والتي تقضي "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً"². في حين رفض الاتجاه الثاني هذا الأمر إذ ذهب الأخذ به وبحق الى القول بعدم قبول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق، إلا إذا كانت مشمولة باتفاقية دولية ثنائية أو جماعية تقضي بإمكانية تنفيذ أحكام المحكمين في الدولة المتعاقدة التي يكون العراق طرفاً فيها، كأتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لسنة 1952، وأتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة 1983 والاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 وغيرها من الاتفاقيات الأخرى³.

فقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 وقانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، لم يشر نهائياً الى أحكام التحكيم الأجنبية وعليه فلا يمكن القول بإمكانية تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في العراق لأن هذا المبدأ لا يمكن أستخلاصه من بين النصوص الساكنة عنه. فضلاً عن ذلك فإن قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة 1928 أشار صراحة الى نطاق تطبيقه إذ يشترط أن يكون الحكم قد صدر من محكمة مؤلفة خارج العراق بإمكانية تنفيذه في العراق⁴.

هذا فضلاً عن أن القول بأن تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية يعد من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً لدى بلدان العالم، ومن ثم إمكانية تطبيقه في العراق استناداً لنص م(30) من القانون المدني العراقي لا يمكن قبوله في هذا الصدد لأن المادة المذكورة أقتصر على موضوع واحد فقط من مواضيع القانون الدولي الخاص وهو تنازع القوانين الذي أشارت إليه المادة صراحة بقولها "و يتبع فيما لم يرد بشأنها نص للمواد السابقة من احوال تنازع القوانين ولما كان تنفيذ الأحكام الأجنبية لا يعد من احوال تنازع القوانين فلا يمكن تطبيق هذه المادة عليه.

¹ ينظر م(58) من قانون التحكيم المصري.

² علي حميد رضا، مصدر سابق، ص146 ود. محمد ظاهر معروف، شرط التحكيم في عقود القانون العام والخاص، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الأول، 1967، ص64.

³ ينظر د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي، مصدر سابق، ص282، وحميد فيصل، مصدر سابق، ص299.

⁴ ينظر م(6) ف(ب) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928 المعدل.

وعليه فان أحكام المحكمين الأجنبية ومنها أحكام المحكمين الصادرة لحسم نزاعات عقود الاستثمارات الأجنبية وفقاً لهذا التصور لا تقبل التنفيذ في العراق ، إلا إذا كانت مشموله باتفاقيات دوليه ، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة 1983 ، والاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987. فقد أشتملت هذه الاتفاقيات على أحكام تتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة في إحدى الدول المتعاقدة لدى الدول المتعاقدة الأخرى . ومن الاتفاقيات الثنائية معاهدة التعاون القضائي بين العراق وأتحاد الجمهوريات الاشتراكية والمصادق عليها بقانون رقم 104 لسنة 1973 والاتفاقية المعقودة بين مصر والعراق لعام 1964 التي قبلت ايضاً تنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في الدولتين وفقاً لأحكام الاتفاقية¹ . وعلى كل الاحوال يشترط القانون العراقي لتنفيذ قرارات التحكيم لدى دوائر التنفيذ أن تتم المصادقة على هذه القرارات من قبل المحكمة المختصة بعد دفع الرسوم المقررة لذلك ، وذلك حسب نص م(272)ف(1) من قانون المرافعات العراقي والتي تقرر "لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء أكان تعيينهم قضاءً أو اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب إحدى الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة ". والغرض من هذا الاجراء هو مراقبة عمل المحكمين وذلك من خلال حكم التصديق أو الابطال الذي تصدره المحكمة المختصة على اعتبار ان المحكمين هم ليس كالقضاة من إذ الخبرة الطويلة في القضاء ، والعلم بكل النصوص القانونية الوطنية ، والتأكد من أن القرار الذي أصدره ليس مخالفاً للقانون من إذ الشكل أو الموضوع.

أما بالنسبة الى أحكام التحكيم الداخلي ؛ فلا يوجد أي خلاف حول تنفيذها إذ أنها تنفذ مباشرةً ومن دون أي مشاكل على اعتبار أنها أحكام داخلية.

المطلب الثاني

أساليب تنفيذ حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

يختلف الاسلوب الذي ينفذ به حكم التحكيم من دولة الى أخرى إذ تكتفي بعض الدول بمراقبة الحكم من ناحية خارجية والتحقق فقط من مدى توفر الشروط الشكلية فيه لامكانية تنفيذه ، فيما تعطي دول أخرى لقضائها حق الرقابة على الحكم من ناحيتين الموضوعية والشكلية للحصول على الأمر بالتنفيذ ويشير الواقع العملي الى أن هناك اسلوبين لتنفيذ الأحكام التحكيمية يطلق على الأول اسلوب المراجعة ويعرف الثاني بأسلوب المراقبة ، ولمعرفة المقصود بهذين الاسلوبين فأنا سنخصص لكل واحد منهما فرعاً خاصاً به.

الفرع الأول

¹ أشار اليها علي حميد رضا ، مصدر سابق ، ص 305 .

أسلوب المراجعة

يقوم هذا الأسلوب على مراجعة الحكم المطلوب تنفيذه من السلطة المختصة في الدولة التي يراد تنفيذه فيها مراجعة موضوعية ، إذ لا يكتفي بمراجعة الحكم من الناحية الشكلية والاجرائية بل للمحكمة المختصة الحق في مراجعته من إذ الموضوع ايضاً، فهي تستطيع أن تعرض للوقائع من جديد وتقوم بتفسير هذه الوقائع وفقاً لمنهجها في التفسير ولها مناقشة أوجه الدفاع في موضوع النزاع حتى يمكن لها إصدار الأمر بتنفيذ الحكم، كما يجوز لها الفصل في أي طلبات اضافية من جانب المدعي او المدعي عليه . ذلك لأن دعوى الأمر بالتنفيذ هي دعوى جديدة وفقاً لهذا التصور لا ينحصر موضوعها بمراقبة الحكم من إذ الشكل فقط¹.

وقد وجهت لهذا الأسلوب انتقادات كثيرة منها أنه يؤدي الى عرقلة نظام التحكيم . ويمس بأهم المبادئ التي يقوم عليها كالسرعة وتفاذي بطئ الإجراءات القضائية والنفاذ والنأي بالمنازعة بعيداً عن القضاء العادي، فضلاً عن ذلك فان هذا الأسلوب يعد أسلوباً جامداً يتنافى مع متطلبات التعاون الدولي في مجال تيسير تنفيذ الأحكام عبر الدول لأنه يمس الحقوق المكتسبة خاصة ، وأن القاضي سيكون أمام صعوبات عند تقديره للوقائع في ظروف بعيدة عنه و ادلة تمت في الخارج².

ويبدو و كنتيجة منطقية لهذه الانتقادات عدم مصلحة المستثمرين في عقود الاستثمارات الأجنبية من اللجوء الى قانون دولة تتبع هذا الأسلوب في التنفيذ لأنه يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليه الاستثمار بصورة عامة أو الاستثمار الأجنبي بصورة خاصة من وجوب السرعة في البت في موضوع النزاع الى وجوب مرونة معطيات العمل على اعتبار ان الاستثمار يعد الركيزة الأساسية التي تعتمد عليها معظم الدول في اقتصادها والتي يجب ان تتسم بالمرونة من اجل جذب الاستثمار الى تلك البلدان، وعليه إذا ما كانت تتسم بطابع الجمود فهذا يجعل من مناخها الاقتصادي غير مرغوب الاستثمار فيها.

وفضلاً عن كل الذي تقدم يجب ان لا يفوتنا الإشارة الى أن هذا النوع من أسلوب التنفيذ يعطي الفرصة للقضاء في التدخل في حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وتعديله وفق ما تراه المحكمة مناسباً ، وهذا ما قد يضر بمصلحة المستثمرين ولا يحقق الغاية المنشودة التي من وراءها لجأ الخصوم الى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الاستثمارية وهي استبعاد القضاء عن الفصل في هذه المنازعات . ولم يأخذ المشرع الفرنسي بهذا الأسلوب في التنفيذ إذ أنه وكما ذكرنا سابقاً يبحث في حكم التحكيم المقدم اليه بحثاً ظاهرياً اولياً خارجياً حسب نص م(1488) من قانون المرافعات الفرنسي والتي تنص على "لايقبل القرار الصادر بمنح الصيغة التنفيذية اية مراجعة " إذ ان رقابة قاضي التنفيذ الفرنسي على الحكم التحكيم تمهيداً لاصدار امر التنفيذ أو رفض اصداره هي رقابة جزئية موجزة على حكم التحكيم للتأكد من ضرورة توافر الوجود المادي له الذي يتحقق بتقديم المستندات والتي ذكرناها ومن عدم مخالفته الواضحة للنظام العام الدولي أي ينبغي على قاضي التنفيذ الفرنسي، أن يبحث عن المخالفة الواضحة للنظام العام الدولي وفق معايير الوضوح والثبات

¹ د مختار. أحمد بديري، مصدر سابق، ص201 و ما بعدها

² ينظر د. الحسين السالمي، التحكيم و قضاء الدولة ، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع ، من دون مكان طبع ، 2008، ص531 و ما بعدها.

وليس بالبحث الداخلي¹.

ولقد منحى المشرع المصري منحى المشرع الفرنسي اي ان القاضي المصري ينظر في طلب التنفيذ على اساس الوثائق والمستندات فقط لا على أساس نظر حضوري في مواجهة الأطراف، إذ أنه يكتفي بفحص المستندات المقدمة فحصاً ظاهرياً خارجياً للتأكد من توفر الشروط التي اوردها م (58)ف(2) من قانون التحكيم المصري ، وعليه فلم يأخذ القانون المصري بهذا الأسلوب. أما بالنسبة للقانون العراقي فإنه انتهج نهجاً مخالفاً لما سار عليه القانون الفرنسي بالنسبة للأحكام التي يجوز ان تنفذ داخل العراق كما بينا سابقاً، إذ أنه اخذ بأسلوب المراجعة في م(274) من قانون المرافعات المدنية والتي تنص على "يجوز للمحكمة ان تصدق قرار التحكيم، أو تبطله كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الابطال كلاً أو بعضاً أن تعيد القضية الى المحكمين لأصلاح ما شاب قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها". ويتضح من المادة أعلاه ان للمحكمة سلطة تقديرية واسعة إذ أنها تستطيع ان تتجاهل الحكم وتتولى بنفسها الفصل في النزاع، بمعنى ان لها ان تتولى مراجعة الحكم من إذ الشكل والموضوع. ونعتقد ان هذا النهج محل نظر، وذلك لكونه قد صادر على المطلوب وكأن المشرع يعطي بيد، ويأخذ القضاء باليد الأخرى، إذ أنه وبأتباعه لهذا الأسلوب في التنفيذ يعطي الصلاحية للمحكمة المختصة بتجاهل الحكم أو تصحيحه أو تعديله بحجة عدم موافقة الحكم تحكيمي للقانون شكلاً وموضوعاً. وهو ما يدفعنا الى دعوة المشرع العراقي أن ينتهج بذات النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي والمصري.

الفرع الثاني

أسلوب المراقبة

تقوم المحكمة المطلوب منها إصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الأستثماري وفقاً لهذا الأسلوب بالرقابة على الحكم من الناحية الخارجية أو الشكلية للتحقق فقط من توافر الشروط الشكلية التي يتطلبها قانون الدولة والذي يراد تنفيذ الحكم فيها في الحكم التحكيمي الأستثماري من دون ان يكون للقاضي المعروف عليه طلب الأمر بالتنفيذ مراقبة الحكم من الناحية الموضوعية وتقدير صحته، أو بطلانه، أو ملائمة ما أنتهى إليه، أو سلامة وصحة تفسيره للقانون والوقائع². فقاضي التنفيذ اما أن يحدد الأمر بالتنفيذ، أو يرفضه فهو ليس جهة استئنافية كما أنه ليس جهة مختصة تنظر دعوى بطلان الحكم التحكيمي إذ أن لهذه الدعوى قواعد ومواعيد خاصة تختص بنظرها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو المحكمة الاستئنافية³.

وعليه يمكن القول بان سلطة القاضي تنقيد باجراء رقابة خارجية وشكلية من النواحي الاتية

1- التحقق من وجود اتفاق التحكيم وتوفر أهلية الخصوم.

¹ فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 18 نوفمبر لسنة 1986 بأن القاضي المختص بالتنفيذ الذي لا يملك سلطة مراقبة تفسير الاتفاقيات الدولية لا يمكنه رفض امر تنفيذ بحجة ان هذا التفسير مخالف للتفسير الذي تأخذ به الحكومة الفرنسية ". أشار اليه حميد فيصل ، مصدر سابق ، ص 298 .

² د. أحمد ضامن السمران، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الأول ، الكويت

1988 ، ص 25

³ د. عاشور مبروك ، مصدر سابق ، ص 136

- 2- قابلية النزاع للتحكيم و دخول موضوعه في نطاق اتفاق التحكيم و في سلطة المحكمين.
- 3- صدور الحكم ضمن المهلة المحددة قانوناً أو اتفاقاً .
- 4 - مراعاة الشروط الالزامية الاساسية التي يجب تحققها في الحكم التحكيمي.
- 5- مراعاة المحكمين للمبادئ الاساسية للتقاضي.
- 6- عدم مخالفة النظام العام¹.

ولقد أخذ القانون الفرنسي بهذا الاسلوب في م(1488) إذ تنص على " لايقبل القرار الصادر بمنح الصيغة التنفيذية اية مراجعة " وهذا يعني ان سلطة قاضي التنفيذ تقف عند التحقق من وجود حكم التحكيم واتفاق التحكيم وله ان يراقب الشروط الخارجية ولا يتطرق لفحص موضوع الحكم . وعلى النهج نفسه سار المشرع السويسري والمشرع الهولندي إذ ان هذين القانونين لم يعطيا الى القاضي السلطة في مراجعة الحكم التحكيمي أو أحداث أي تغييرات في الحكم إذ اكتفت كما فعل المشرع الفرنسي بمراقبة الحكم التحكيمي²، وهكذا فإن رقابة قاضي التنفيذ في هذه القوانين على حكم التحكيم تمهيداً لإصدار امر التنفيذ أو رفض إصداره هي رقابة جزئية موجزة على حكم التحكيم للتأكد من ضرورة توافر الوجود المادي له . و بذات الاسلوب اخذ المشرع المصري إذ أعطى للقاضي المختص الحق بفحص المستندات المطلوبة من دون ان يكون له الحق في تعديل او تصحيح الحكم الصادر وذلك حسب نص م(58) من قانون التحكيم المصري³.

ومن خلال استقراء الاتفاقيات الدولية نلاحظ أن اغلبها لم تأخذ بالاسلوب الأول الذي يقضي بمراجعة الحكم التحكيمي من إذ الشكل والموضوع وتبنت اسلوب المراقبة، فبالنسبة لاتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي تعد أهم اتفاقية في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الدولية والتي اقتبست من أحكامها معظم القوانين الوطنية فقد أخذت بهذا الاسلوب إذ أنها لم تلزم طالب التنفيذ بأي شيء غير المستندات التي نصت عليها م(4) منها وما على القاضي الوطني سوى أن يأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي بعد التأكد فقط من قابلية النزاع للحل بواسطة اللجوء الى التحكيم وعدم مخالفته للنظام العام الدولي⁴، وكذلك بالنسبة للاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 إذ أنها لم تجعل للقضاة أي سلطة او صلاحية في تعديل الحكم التحكيمي ،أو تصحيحه.

أما اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 فقد تبنت مبدأ النفاذ الدولي المباشر لأحكام المحكمين إذ تتمتع الأحكام الصادرة في إطار هذا النظام بميزه التنفيذ المباشر، أي أنها قابلة للتنفيذ في أقاليم الدول المتعاقدة ولا تخضع لرقابة المحاكم الداخلية لهذه الدول فهي تعد بمنزلة الأحكام القضائية النهائية الصادرة في المحاكم الداخلية للدولة المطلوب فيها التنفيذ⁵ . كذلك تضمنت اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول العربية ومواطني الدول الأخرى النص على مبدأ النفاذ المباشر لأحكام المحكمين إذ نصت م(26) من هذه الاتفاقية على " ينفذ حكم التحكيم في الدول التي طرفاً في النزاع ،أو التي يكون أحد مواطنيها طرفاً في ذلك النزاع كما لو كان حكماً نهائياً واجب النفاذ صادراً من أحد المحاكم تلك الدولة ويتمتع بجميع الضمانات المقررة محلياً بوجوب نفاذ الأحكام الوطنية . وعلى الدولة ذات النظام الاتحادي ان تنفذ حكم التحكيم بواسطة محاكمها الاتحادية

¹ ينظر د. حفيظه السيد الحداد ،النظريه العامه في التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ،ص469 وما بعدها.

² ينظر م(999)من القانون الدولي الخاص السويسري وم(1062) من قانون المرافعات الهولندي .

³ وسيراً على هذا النهج فقد قررت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 21 / 5 / 1990 بأنه "إذا تطرق القاضي الى بحث مدى سلامة او صحة قضاء التحكيم في موضوع الدعوى فإنه يكون قد خرج عن حدود ولايته لأنه لا يعد حياة استئنافية في هذا الصدد و ليس له ألا ان يأمر بالتنفيذ أو يرفضه " اشار اليه د. محمدي فتح الله ،مصدر سابق ،ص214 .

⁴ ينظر م(3-4) من اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

⁵ ينظر م(53،54) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار.

ان وجدت لديها هذه الصلاحية " .
 أما بخصوص الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية لسنة 1950 فقد عدت حكم التحكيم حكماً نهائياً ولا يجوز الطعن به بأي وجه وهو ملزم للطرفين وعلى قاضي التنفيذ في الدولة المراد تنفيذه فيها اعتباره وكأنه حكماً صادراً من أحد المحاكم لتلك الدولة¹. وكذلك الحال فيما يخص اتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول الأخرى لسنة 1974 إذ أنها سارت على الطريق نفسه الذي أنتهجتة الاتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربية.²

الخاتمة

بعد ان وصلنا الى ختام دراستنا في موضوع البحث الموسوم بـ (التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية) سنبين اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات وذلك على النحو الآتي ..
 أولاً: النتائج .
 ثانياً: المقترحات .

النتائج

- 1- لاحظنا ان الأستثمار الأجنبي ذو طبيعة مركبة لكونه مزيج عناصر اقتصادية وأخرى قانونية ونتيجة لهذه الطبيعة اختلف فقهاء الاقتصاد والقانون لايجاد تعريف جامع مانع لهذا الوجه من اوجه الأنشطة الاقتصادية .
- 2- لاحظنا ان عقد الأستثمار الأجنبي قد يتخذ أشكال عدة ، إلا أن أهم التقسيمات التي حازت على اهتمام فقهاء القانون والاقتصاد على حد سواء هو تقسيمها على عقود الأستثمارات الأجنبية المباشرة وعقود الأستثمارات الأجنبية غير المباشرة وذلك بسبب الدور الذي يلعبه هذا النوع في السياسة الاقتصادية لكلا الطرفين.
- 3- توصلنا الى أن مسألة حل المنازعات في عقود الأستثمارات الأجنبية من المسائل المهمة التي يقف عندها المستثمر الأجنبي ويعتني بتحديدها في جميع مراحل التعاقد وذلك لتخوفه من محاولة الدولة المضيفة للاستثمار وخصوصاً الدول النامية منها بالدفع بحصانتها القضائية ؛ لذلك فإن المستثمر الأجنبي

¹ ينظر المواد (3-4) من الاتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربية .

² ينظر م(25-26) من هذه الاتفاقية .

وعلى الرغم من أنه في اغلب الاحيان يتمتع بمركز اقتصادي قوي يفوق الدولة المضيفة للاستثمار التي غالباً ما تكون من الدول النامية ، الا أنه يتحسب لهذه المسألة لذلك فيلجأ الى التحكيم بوصفه وسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ واستبعاد القضاء الوطني هذا فضلاً عن محاولة فرض شرط الثبات التشريعي الذي بموجبه يحد من سلطان الدولة المضيفة للاستثمار في استخدام حصانتها القضائية ومنعها من إصدار أي تشريعات من شأنها ان تضعف المركز القانوني او الاقتصادي للمستثمر الأجنبي في مشروعة الاستثماري .

4- أتضح لنا أن التحكيم في عقد الاستثمار الأجنبي يعد تحكيمياً اختيارياً طبقاً لقواعد القانون وحرراً ودولياً .
5 -لاحظنا ان التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية هو تحكيم ذو طبيعته مستقلة ، فالتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية قضاء ولكنه اتفاقياً والقرارات التي تصدر عنه قرارات لها القوة الملزمة ، ولكنها ذات طبيعة خاصة صادرة من اشخاص عاديين.

6- وجدنا ان اختيار المحكمين في عقود الاستثمارات الأجنبية يتم عن طريق الأطراف في اكثر الأحيان، وذلك بسبب شرط التخصص والخبرة في المحكم الاستثماري ، وغالباً ما يتم اللجوء الى مراكز استثماريه متخصصة لكونها تكون اثر كفاءة في خصم هذا النوع من النزاعات .

7- ظهر لنا أنه في اكثر الأحيان يقوم الطرف المحكوم ضده بتنفيذ حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية اختياراً وطواعيه وليس جبراً ، وذلك بسبب أدراك المستثمر الأصلي ما يمثلته رفض التنفيذ من تشويه سمعته في الوسط الاستثماري ، مما يدفع المستثمرين الآخرين على حظر التعامل معه في مجال الاستثماري.

المقترحات

1- إذ ان نجاح اسلوب التحكيم في إطار منازعات الاستثمار يكون منوطاً بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبي و ضماناته من جهة ، وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية من جهة أخرى ، لهذا ندعو المشرع العراقي أن يقوم بمعالجة التحكيم الدولي بما يتوافق مع طبيعة روابط الاستثمار وخصوصية منازعاتها . إذ ان المستثمر الأجنبي لايعنيه في الواقع مردود استثماره على خطط التنمية الاقتصادية بالدولة المضيفة للاستثمار وانما يعتمد في قراره على مدى التوازن بين المخاطر المحتملة عليه والعائد المتوقع له .

2- نظراً للطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار نقترح على المشرع العراقي أن يشرع في قانون خاص ينظم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وذلك نظراً لأهميه هذه الوسيله في حل المنازعات في هذه العقود وكثره اللجوء إليها في الوقت الحاضر إذ ان المستثمرين يعدون التحكيم في هذه العقود هو ضمانته تحميهم من التغييرات التشريعية من الدولة المضيفة للاستثمار ، وفي حالة عدم تشريع قانون خاص يعالج كيفية حل المنازعات الاستثمارية عن طريق التحكيم نقترح ان يخصص على الاقل بابا يعالج فيه هذا الموضوع وذلك بسبب اهميته باعتباره أحد الضمانات التي يلجأ اليه المستثمر الأجنبي ويشجعه على الاستثمار في الدول الأخرى ، وأن يتضمن هذا القانون تعريفاً محدداً للتحكيم في الاستثمار الأجنبي وبيان طبيعته بصورة صريحة.

3- نظراً لأهمية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية فاننا ندعو المشرع العراقي ان يأخذ به بصورة صريحة ، وذلك كما فعل المشرع الفرنسي ، والمشرع المصري لكونه أصبح من المبادئ المستقرة في قضاء التحكيم .

4- ندعو المشرع العراقي أن يعد هذا النوع من التحكيم دولياً لأرتباطه بالتجارة الدولية وحركة رؤوس الاموال الأجنبية وعدم اعتبار التحكيم داخلياً فقط مهما كان أطرافه لمجرد كونه يجري في

العراق وعدم تركه هذا الموضوع المهم الى التشريعات الأخرى كما هو الحال بالنسبة لموضوع البحث إذ تمت الاشارة اليه في قانون الاستثمار فقط اما في قانون المرافعات النافذ فلم تتم الاشارة اليه الأمر الذي قد يوهم البعض فيما بعدم اخذ القانون العراقي بالتحكيم الدولي خص هذه العقود.

5- نقترح تعديل م(270) ف(2) من قانون المرافعات العراقي على اعتبار أنها من المواد المنظمة للتحكيم في العقود موضوع البحث في حالة لجوء الأطراف الى التحكيم وذلك وفقاً لأحكام المادة (27) ف(4) من قانون الاستثمار العراقي النافذ التي تتعلق بشروط صدور القرار التحكيمي إذ اشترط المشرع العراقي أن يوقع جميع المحكمين المحددين في اتفاق التحكيم، لتصبح كالاتي "يجب ان يشتمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم واقوال الخصوم ومستنداتهم واسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر به وتاريخ صدوره وتواقيع المحكمين الذين اصدروه " وهذا يعني الاكتفاء بتوقيع المحكمين الاستثماريين الذين أصدروا الحكم بالفعل وليس كل المحكمين المحددين لضمان سرعة الفصل في النزاع .

6-نقضي المادة (275) من قانون المرافعات بأن "الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة وفقاً للمادة السابقة غير قابل للأعتراض ، وإنما يقبل الطعن بالطرق المقررة في القانون " وبما ان هذا النص يؤدي بالضرورة الى اطالة امد النزاع وهذا امر غير مرغوب فيه بالنسبة للمنازعات الاستثمارية التي كان الغرض وراء لجوءها الى هذا الاسلوب هو سرعة الفصل في النزاع مما يقلل نسبة الخسائر بالنسبة للمستثمرين التي غالباً ما تكون مبالغ طائلة ، ولغرض تقصير امد التقاضي وحسم المنازعات بأقرب وقت ممكن؛ ومن ثم تحقق الغاية المرجوة من سلوك طريق التحكيم ،لذا نقترح تعديل ما يقابل نص المادة (275) لتصبح كالاتي "الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة وفقاً للمادة السابقة غير قابل للاعتراض والطعن بالطرق المقررة قانوناً الا تمييزاً "، إذ يصبح الحكم الذي تصدره المحكمة لتصديق القرار التحكيمي ،أو أبطاله خاضعاً لدرجة واحدة من الطعن وهي التمييز

المصادر

أولاً : المصادر العربية

1- الكتب

- 1- ابن منظور ،معجم لسان العرب ،دار بيروت للطباعة،لبنان ، 1956.
- 2- أبو العلا علي أبو العلا النمر ،نظرة انتقادية للسياسية التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ،ط1،دار النهضة العربي ،القاهرة، 2003 .
- 3- د. أبراهيم أحمد أبراهيم ،القانون الدولي الخاص ،ط2،دار النهضة العربية القاهرة ،1997 .
- 4- د. ابراهيم حرب محيسن ، طبيعة الوضع في المواد المدنية ، دار الثقافة ، عمان ، 1991 .
- 5- د. أبراهيم سيد أحمد ، عقد الصلح فقهاً وقضاءً ، المكتب الجماعي الحديث ،الاسكندرية ،2002 .
- 6- د.أبو زيد رضوان ،الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ،منشأة المعارف الاسكندرية ، 1971 .
- 7- د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية ،بدون سنة طبع.

- 8-د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وأجراءاته، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974 .
- 9-د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، ط5، منشأة المعارف الاسكندرية، 1988.
- 10-د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 11- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987
- 12-د. أحمد منعم ناجي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، ط1، مركز البحوث اليمني
- 13، صنعاء، 1994 .
- 14- د. أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001 .
- 15-د. أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006 .
- 16- د. أكثم الخولي، صياغة اتفاق التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001 .
- 17-د. اكثم خولي، خليات التحكيم وادابه، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، 2008 .
- 18- د. الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، من دون مكان طبع، 2008 .
- 19- د. أنس السيد عطية سليمان، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا، جامعة عين شمس، 1956.
- 20-د. بشار محمد الاسعد، عقود الأستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006 .
- 21-د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1993 .
- 22- د. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001.
- 23-د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004 .
- 24-د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004 .
- 25-المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى إقامة الدعاوى، المكتبة القانونية، بغداد، 2004 .
- 26- د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، التصرف القانوني والارادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974 .
- 27-د. جميل الشرقاوي، المقاصد الاساسية لقوانين الأستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978 .
- 28-د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 29- د. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ط3، بدون اسم مطبعة، بغداد، 1973 .
- 30- د. حسن الهداوي، غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ج1، ط1، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1981
- 31-د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006 .
- 32-د. حفيظة السيد ألداد، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 33-د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001 .
- 34-د. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001 .

- 35-د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة للتحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007.
- 36-د. حمزة أحمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 .
- 37-د. خالد عزت المالكي ، التحكيم ، مؤسسة النوري للطبع والنشر ، دمشق ، 2003.
- 38-د. دريد محمود السامرائي ، الأستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2006.
- 39-د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام و المحررات الموثقة، دار النهضة العربية، ط9، القاهرة 1970.
- 40--د. سامي عبد الباقي أبو صالح ، الاطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
- 41-د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1984
- 42-د.سراج حسين ،، التحكيم في منازعات البترول، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 2004 .
- 43-د.سعيد يوسف ، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2004
- 44-د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ط6 ، مطبعة السلام ، 1987 .
- 45-د.سمير فرنان بالي، قضايا التحكيم في الدول العربية ، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- 46-د. شريف محمد غنام ، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2000 .
- 47-د. شعيب أحمد سليمان ، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية ، دار نشر بغداد ، 1981.
- 48-د.صادق محمد جبران ، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2006 .
- 49-د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الأستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، 2005 .
- 50-د. صلاح الدين جمال الدين ود. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في المنازعات الدولية ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، 2004 .
- 51-د.عاشور مبروك ، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم ، دار الفكر والقانون ، جامعة المنصورة ، القاهرة ، 2005 .
- 52-د. عاطف محمد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2004 .
- 53-د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، 2005 .
- 54-د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، عقود التنمية الاقتصادية ، مكتبة النصر ، القاهرة، بدون سنة نشر .
- 55-د. عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000 .
- 56-د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم ، التحكيم التجاري الدولي ، ج2، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 .
- 58-د. عبد الحميد الأحذب ، وثائق تحكيميه ، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 .

- 59-د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
- 60-د. عبد القادر الطورة ، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعي ، المطبعة الفنية الحديثة ، من دون مكان طبع ، 1988.
- 61-د. عبد الفتاح مراد ، موسوعة الأستثمار ، ج2 ، بدون أسم مطبعة ، الاسكندرية ، 2005 .
- 62-د. عبد الفتاح مراد ، موسوعة لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية ، ج5 ، 2008 .
- 63-د. عبد المنعم سيد علي ، أقتصاديات النقود والمصارف في النظم الرأسمالية والاشتراكية ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، الجامعة المستنصرية، 1986 .
- 64-د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج1 ، الجنسية والمواطن وتمتع الاجانب بالحقوق ، ط1 ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1986 .
- 65-د. عصمت الشيخ ، التحكيم في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .
- 66-د. علاء ابريان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 .
- 67-د. علي عوض حسن ، التحكيم الاختياري والاجباري في المنازعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 .
- 68-د. علي ابراهيم ، العلاقات الدولية وقت السلم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 .
- 69-د. عمر عيسى الفقي ، التحكيم في الدول العربية ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2003 .
- 70-د. عوني محمد الفخري ، التنظيم القانوني للشركات المتعددة الجنسية ، بيت الحكمة ، بغداد ، 2002 .
- 71-د. عصام الدين القسبي ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الأستثمار ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 1994 .
- 72-د. عكاشة عبد العال ، المفترضات والشروط الذاتية في المحكم ، ط1 ، المكتبة القانونية ، دمشق ، 2003 .
- 73-د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، (الجنسية، المواطن، مركز الاجانب) لمطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد، 1982.
- 74-د. فايز الحاج شاهين ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، ط1 ، المكتبة القانونية ، دمشق ، 2003 .
- 75-د. فتحي والي ، مبدأ قانون القضاء المدني، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1979.
- 76-د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، ط1 ، بيت الحكمة بغداد ، 1994
- 77-د. فؤاد رياض ، د. سامية راشد مبارك ، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2004 .
- 78-د. قحطان الدوري ، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والوضعي ، ط1 ، مطبعة الخلود ، بغداد ، 1985 .
- 79-د. محسن شفيق ، القانون التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997.
- 80-د. محمد بن أحمد المقصودي ، الشروط الموضوعية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، السعدييه ، 2000 .
- 81-د. محمد علي رضا الجاسم ، القواعد الاساسية في الاقتصاد الدولي ، ط2، بيت الحكمة، بغداد ، 1967 .
- 82-د. محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم الحر والمقيد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 2001 .

- 83-د. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم والخبرة في المواد التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001.
- 84-د. محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف الاسكندرية، 2001.
- 85-د. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.
- 86-د. محمود السيد عمر التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.
- 87-د. محمود السيد التحيوي، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003.
- 88-د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في القانون الواجب التطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000. 78
- 89-د. محمدي فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم المصري، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 90-د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 91-د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998.
- 92-د. مصطفى صخري، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية والادارية والجنائية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2005.
- 93-د. محمد ماجد خلوصي، قضايا تحكيمه، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 94-د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
- 95-د. محي اسماعيل علم الدين، منحه التحكيم التجاري الدولي، ج1، بدون مكان طبع، 1986.
- 96-د. محي اسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم (1982 - 2000) ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 97-د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، ط1، بغداد، بيت الحكمه، 2001.
- 98-د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1992.
- 99-د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
- 100-د. مهدي صالح امين، ادلة القانون غير المباشرة، مطبعة اوفيست، بغداد، 1987.
- 101-د. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- 102-د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي، مبادئ التحكيم، ط3، المكتبة القانونية، بغداد، 2004.
- 103-د. هاني محمود حمزة، النظام الواجب الاعمال على العقود الدولية أمام المحكم الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- 104-د. هشام خالد، عقد ضمان الأستثمار الأجنبي، مؤسسة شباب الجامعة، بدون مكان طبع، 1988.

- 105-د. هشام خالد ، القانون القضائي الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 2001 .
- 106-د. هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 2004.
- 107-د. هشام خالد ، معيار دولية التحكيم التجاري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2006 .
- 108-د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1995 .
- 109-د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود تجارته الدولييه ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 2001 .
- 110-د. هشام علي صادق ود. عكاشه عبد العال ود. حفيظه السيد الحداد ، الجنسيه ومركز الاجانب، دار المطبوعات الجامعيه، الاسكندرية ، 2006 .
- 111-د. هناء عبد الغفار السامرائي ، الأستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية، بيت الحكمة ، بغداد ، 2002،
- 113-د. يعقوب يوسف صرخوه ، أحكام المحكمين وتنفيذها، ط1، مطبعة الشمس ، الكويت، 1986 .

2-الرسائل الجامعية

- 1-أحمد حسين جلاب الفتلاوي ، النظام القانوني لعقد الأستثمار ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهرين، سنة 2006 .
- 2- أسعد فاضل منديل ، التحكيم في قانون المرافعات العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهرين سنة 2002 .
- 3- بيداء علي ولي الجميلي ، تنفيذ أحكام التحكيم والقضاء الدوليين ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد ، سنة 2001 .
- 4-حسام عبد اللطيف، دور المحكم في إجراءات التحكيم الداخلي، رسالة ماجستير مقدمه الى مجلس كلية الحقوق في جامعة النهرين سنة 2007 .
- 5-حميد فيصل الدليمي ، القانون الواجب التطبيق على مسائل التحكيم، اطروحة دكتوراه مقدمه الى جامعة بغداد كلية القانون سنة 2006 .
- 6- خليل ابراهيم محمد خليل ، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن في القانون الدولي الخاص ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، سنة 2005 .
- 7-درع حماد عبد ، عقد الامتياز ، اطروحة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق في جامعة النهرين سنة 2003 .
- 8-رجاء خضير عبود موسى ، اثر الأستثمار الأجنبي على بعض القطاعات الاقتصادية ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الادارة والاقتصاد في جامعة الكوفة ، سنة 2004 .
- 9-عبد الرسول كريم ، الاعتراف في الأحكام القضائية وقرارات التحكيم ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون جامعة بابل ، سنة 2002 .
- 10-غسان المعموري ، عقد الأستثمار الأجنبي للعقار ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة بابل سنة 2006 .
- 11-محمد فوزي دباس العبادي ، التسهيلات الأستثماريه واثرها على الأستثمار الأجنبي المباشر ، رسالة ماجستير مقدمه الى المعهد العالي للدراسات السياسييه والدوليه في الجامعه المستنصريه ، سنة 2003 .
- 12- محمد جمال طاهر ، حل المنازعات الرياضيه بالتحكيم، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة الموصل سنة 2005 .

13-وسن مقداد عبد الله الشاهين التزامات الاداره في عقود الأستثمارات النفطية،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة الموصل سنة 2005 .

3-البحوث

- 1-د. ابو زيد رضوان ،الضوابط العامه في التحكيم التجاري الدولي ،بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة ،العدد الثاني،الكويت،1979
- 2-د.أحمد عبد الرحمن الملحم ،عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم ،بحث منشور في مجلة الحقوق ،الكويت ،العدد الثاني ،السنة الثامنة عشر، 1994 .
- 3-د. أحمد ضاعن السمران،القانون الواجب التطبيق في التحكيم الدولي ،بحث منشور في مجلة الحقوق ، لسنة 17 ،العدد 1،2 ،جامعة الكويت ،1993.
- 4-د.أحمد ضاعن السمران، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية،بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الأول ،جامعة الكويت ، 1988.
- 5-د.الياس ناصيف ، اطلالة على التحكيم الالكتروني في العالم ، بحث منشور في مجلة اتحاد المصارف العربية ، العدد 237 ، المجلد 20 ، ايلول ، 2000 .
- 6-د. جورج حزبون،النظام القانوني للتحكيم الأجنبي،بحث منشور في مجلة الحقوق ،العدد الرابع،الكويت ،السنة الحادية عشرة،1987.
- 7-د. خالد محمد الجمعه ،المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار،بحث منشور في مجلة الحقوق ،العدد الثالث ،الكويت ،1998 .
- 8-د.عز الدين عبد العال ،تتازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي ،مجلة العدالة ،العدد 19 في 6 أبريل 1971
- 9-د. فريد فتيان ، تتازع القوانين من إذ المكان ، بحث منشور في مجلة القضاء ، تصدر عن نقابة المحامين في بغداد ، العدد الثاني والثالث ، السنة الحادية عشرة ، كانون الثاني ، 1953 . 10-د. محمد ظاهر معروف ، شرط التحكيم في عقود القانون العام والخاص ، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الأول ، 1967 .
- 11-د. منصور فرج السعيد،النظام القانوني للاستثمار الأجنبي،بحث منشور في مجلة الحقوق ،العدد الثالث،السنة السابعة والعشرون،الكويت ،2003.
- 12-د يعقوب يوسف صرخوه ،شروط صحة الحكم التحكيمي ،بحث منشور في مجلة الحقوق ،العدد الثالث،الكويت ،1994 .

4-القوانين

أ- القوانين العراقية

- 1- مجلة الأحكام العدليه .
- 2- قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 المعدل.
- 3- القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
- 4- قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل .

- 5- قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل.
- 6- قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 المعدل.
- 7- قانون الاستثمار العربي رقم 62 لسنة 2002 الملغي.
- 8- قانون الاستثمار الأجنبي رقم 39 لسنة 2003 الملغي .
- 9- قانون الاستثمار الكوردستاني رقم 4 لسنة 2006 النافذ.
- 10- قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 النافذ.
- 11- قانون الجنسية رقم 26 لسنة 2006 .

ب-القوانين العربية

- 1-قانون الاستثمار السوري لسنة 1991 .
- 2-قانون استثمار رؤوس الاموال الأجنبية الليبي رقم 5 لسنة 1996 .
- 3- قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني رقم 1 لسنة 1998
- 4-قانون تنظيم رأس المال الأجنبي القطري رقم 13 لسنة 2000
- 5-قانون الاستثمار الجزائري رقم 47 لسنة 2001 .
- 6-قانون الاستثمار الكويتي رقم 8 لسنة 2001 .
- 7- قانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- 8-قانون أصول المحاكمات المدنية السوري لسنة 1952.
- 9- قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980.
- 10- قانون التحكيم السعودي رقم 46 لسنة 1983.
- 11-قانون المرافعات المدنية القطري رقم 13 لسنة 1990 .
- 12- قانون الإجراءات المدنية الاماراتي رقم 11 لسنة 1992.
- 13-قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 .
- 14- قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم 93 لسنة 1993.
- 15- قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993.
- 16-قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .
- 17-قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم 9 لسنة 1994 .
- 18 - قانون التحكيم العماني رقم 47 لسنة 1997.
- 16- -قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2002 .
- 20- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني 440 لسنة 2002 .

5- الاتفاقيات واللوائح الدولية

- 1-أتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكين الأجنبية لسنة 1959 .
- 2-الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 منشوره على الموقع الالكتروني .
<http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.genev.1961/doc>.

- 3- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 منشوره على الموقع الالكتروني
[http/ www.law berkely. Edu-faculty-ddcaron-documentsRPID20% documents/rpo40](http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/documentsRPID20%documents/rpo40)، 12
- 4- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1975 .
- 5- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لسنة 1952 .
- 6- قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1976 منشور على الموقع الالكتروني
[http //www . jus . uio. No ./IM /un .arbitration . rules . 1976 /doc .](http://www.jus.uio.no/IM/un.arbitration.rules.1976/doc)
- 7- قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 منشور على الموقع الالكتروني
[www.jus.uio/im/un.arbtiration.model.law.1985.doc.](http://www.jus.uio/im/un.arbtiration.model.law.1985.doc)

ثانياً : المصادر الأجنبية

1- الكتب

- 1- Bertrand Moreu EtThierry Bernard ، Droit Interen Et Droit Interratio Del arbitrage (2em) Edition ، Parise ،1985 .
- 2- Charlec Carbiber Llaribitragge Internation Al de Droit Prive، paris،1960.
- 3-Francoi Rigaux،Droit،Internatina، priveTom،Deuxieme Edition، Bruxelles،1987.
- 4-Foucharrd ،Larbitrage Commercial Internatinal Dalloze ،Parise ،1965
- 5-Jean Robert ،Arbitrage civil Et commercial en droit interne et intrnational Prive ،4 Iemeedition ،Dalloz،Parise،1966
- 6-Phili Foucharrd،Larbitrage Commerca Internatinal Dalloze ،Parise ،1965 .
- 7-Pevichic Rubellin ،Larbitrage nature juridique dritAntern et droit international،paris،1966
- 8-Motulsky(henru)،Ecrits etudes etnotsur،larbirrage،Dalloz،.paris،1960.
- 9- Rene David، Larbitaytion Le Comere Intrnatial Economica، Parise ،1982.
- 10-Leboulanger Philip :Les contract enter etats et enter prises economic ،Parise ،1985 .

2-القوانين الأجنبية

- 1- القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1978 منشور على الموقع الالكتروني
[http/www.admin.com](http://www.admin.com)

2-قانون المرافعات الفرنسي رقم 81/500 الصادر في 12/5/1981 منشور على الموقع الالكتروني

<http://www.jus.uio.no/lm/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981/doc>

3-قانون المرافعات الهولندي لسنة 1986 منشور على الموقع الالكتروني

<http://www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986/doc>

4-قانون التحكيم الانكليزي لسنة 1997

<http://www.jus.uio.no/lm/England.arbitration.act.1996.doc>

Abstract:

The nature of foreign investment vehicles for a combination of the elements of economic and legal as a result of this nature does not work Fatal economics and law to create a comprehensive definition of this aspect of the aspects of economic activities.

The holding of foreign investment is a consensual contract and is binding for both sides netting contracts and duration.

take several forms of foreign investment, but the most important divisions, which won the attention of law and economics Fatal both is divided into investment contracts and contracts for foreign direct investment and foreign indirect because of the role played by this type of economic policy for both parties in the contract of foreign investment.

The issue of resolving disputes in the contracts of foreign investment from the important issues that the foreign investor is then identified and cared at all stages of contracting and to fears of an attempt of the host country for investment, especially developing countries, including the payment of judicial immunity, the foreign investor, although he often has strong economic status than the host country for investment, but he foresaw the matter to arbitration by using its means of settling disputes that may arise and the exclusion of the national judiciary as well as the attempt to impose the requirement of consistency by which the legislative authority to limit the host country for investment in the use of judicial immunity and prevent the issuance of any legislation that would weaken the economic or legal status to foreign investors in his investment.

The arbitration of foreign investment in the contract of voluntary arbitration in accordance with the rules of law, free and internationally. is arbitration in the arbitration of foreign investment contracts is of special nature, the Convention and judicial, at the same time the investment objectives to eliminate arbitration but conventional and the decisions issued by the decisions of the binding force of nature, but especially from the ordinary people.

is the selection of arbitrators in investment contracts by foreign parties, most often because of the requirement of specialization and expertise in investment and the arbitrator is often to resort to specialized centers such as the World Bank investment in the Settlement of Investment Disputes in Washington.

the root of the judiciary to be the general jurisdiction to adjudicate all disputes that arise between individuals or juvenile arbitration is an exceptional and out of juvenile origin for much of the year has been defined in the laws he passed from the original exception and the

exception, not expansion.

***in the road more often sentenced to implement the arbitration award
against the investment choice, voluntary and not forced to realize that
because of the continued refusal of the original implementation is
represented in East discredit him venture investors, pushing the others
attended to deal with in the area of investment***