المقدمة

أن تحديد حقوق والتزامات المستثمرين ضمن إقليم الدولة المستثمرة من خلال تنظيمها ضمن أطار تشريعي واتفاقي بصورة منظمة ودقيقة فأن ذلك لا يكفي لطمأنة المستثمرين وتشجيعهم للاستثمار فيها ، فلا بد من وجود وسائل تحمي تلك الحقوق في حالة الإخلال بها.

وبالرغم من التعاون المتبادل بين الدولة المستثمرة والمستثمرين على تحديد تلك الحقوق والالتزامات من حيث النطاق أو المضمون ، إلا أنه قد يحصل تنازع بين الطرفين في المضمون الدقيق للحقو ق التي يتمتع بها المستثمر والالتزامات المترتبة عليه بسبب أخلال الدولة المستثمرة بالتزاماتها وتعهداتها.

لذلك يسعى المستثمرون الحصول على وسائل محايدة وفعالة لتسوية منازعات الاستثمار ، وعلى الرغم من تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها، ألا أن التحكيم يعد طريقة مقبولة لتسوية منازعات الاستثمار حيث أنه يعد وسيلة فعالة لحسم منازعات الاستثمار حيث أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال لأن يعد ضمانة إجرائية للمستثمرين لحسم منازعاتهم مع الدولة الجاذبة للاستثمار لأنهم ينظرون الى قضاء تلك الأخيرة نظرة شك وريبة ، فضلاً عن ذلك السرية التي يمتاز بها التحكيم والتي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار فهو يأتي منسجماً مع رغبة المستثمرين بالابتعاد عن اللجوء الى القضاء الوطني للدولة المستثمرة وهذا ما يساعد في الحفاظ على أسرار المستثمرين وتجنب المساس بمركزهم وسمعتهم في مجال النشاط التجاري فضلاً عن السرعة التي يتميز بها التحكيم في البت والفصل في النزاع ، وفضلاً عن ذلك يتم اللجوء الى التحكيم لما تتمتع به عقود الاستثمار من خصوصية كون الدولة الجاذبة الاستثمار طرفاً في تلك العقود وهذا ما يكون دافعاً للمستثمر لجعل التحكيم ضمانة إجرائية لحماية استثماراته

وللاحاطة بموضوع التحكيم في عقود الاستثمار سوف تقتصر دراستنا هنا على تناول موضوع التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار تاركين التفاصيل في موضوع التحكيم الى المؤلفات التي تناولت هذا الموضوع بشكل مفصل[1].

ولأجل تسليط الضوء على ذلك سوف نقسم هذا البحث على مبحثين نتناول في المبحث الأول التعريف بالتحكيم أما في الثاني فسنخصصه عن فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار ، ثم خاتمة البحث التي تتضمنها أهم النتائج والتوصيات التي سنتوصل أليها في بحثنا هذا ، وأخيراً نسأل الله سبحانه وتعالى أن يكلل جهدنا المتواضع بالنجاح والفائ

المبحث الأول

التعريف بالتحكيم

سنحاول في هذا المبحث بيان المقصود بالتحكيم وبيان أشكال الاتفاق عليه فيما إذا كان يتم في اطار شكلي واحد أو أكثر هذا ما سنتناوله في المطالب التالية:

المطلب الاول

تعريف التحكيم

لقد تعددت تعاريف الفقه للتحكيم فهناك من عرفه بأنه ((الطريقة التي يختارها الاطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد والتي يتم البت فيها أمام شخص أو أكثر يطلق عليه أسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء)) [٢] وعرف أيضا بأنه ((نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد طبيعيين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها أو تمكين أطراف النزاع بأقصاء منازعاتهم من الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقاً للقانون لكي تحل عن طريق أشخاص طبيعيين يختارونهم)) [٣].

وعرف أيضا بأنه ((اتفاق الأطراف على طرح خلافاتهم على اشخاص طبيعيين يختارونهم"[٤].

وذهب رأي أخر في الفقه بتعريفه بأنه ((أتفاق الأطراف المعينة على أخضاع خلافاتهم لحكم أفراد تختارها هذه الأطراف))[٥].

يتبين من التعريفات المتقدمة أهمية التحكيم باعتباره وسيلة لحسم المنازعات فهو يعتبر اجراء استثنائي يؤدي الى اخراج المنازعات من اختصاص محاكم الدولة بناءً على اتفاق الاطراف وقد ركزت التعاريف السابقة على الهدف من التحكيم كأساس للتعريف دون بيان فيما إذا كان اتفاق التحكيم قد يأتي بصورة شرط ضمن بنود العقد أو مشارطة باتفاق مستقل بين الطرفين ، فضلاً عن ذلك نجد ان التعاريف لم تركز على دور مؤسسات التحكيم في تسوية

منازعات الاستثمار وخصوصاً ان اغلب المنازعات الاستثمارية في الوقت الحاضر تحسم عن طريق تلك المؤسسات[٦] .

أما بالنسبة للتشريعات فنجد ان قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ (المعدل) لم يشر الى تعريف التحكيم ولكنه أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما أجاز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين[٧] .

أما قانون الاستثمار العراقي النافذ فلم يشر ايضا إلى تعريف التحكيم ولكنه أشار في (٢٧ ف٤) منه على أنه ((يجوز لأطراف النزاع الالتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي...)).

أما بالنسبة للقانون المصري فقد أشار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (المعدل)[٨] في نص المادة (٤ ف١) على انه ((ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بأرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى أجراءات التحكيم بمقتضى أتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن ذلك)).

أما قانون ضمانات وحوافز الأستثمار المصري فأنه لم يشير إلى تعريف التحكيم ولكنه أجاز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بأحكام هذا القانون[٩].

اما بالنسبة للقانون السعودي فلم يشر قانون التحكيم السعودي المرقم ٤٦ في ١٤٠٣/٣/١٢هـ إلى تعريف التحكيم ولكنه أجاز الأتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم كما أجاز الاتفاق مسبقا على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين[١٠].

أما قانون الاستثمار السعودي فهو أيضا لم يشير إلى تعريف التحكيم.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فلم يشير قانون المرافعات الفرنسي رقم ٥٠٠/ ٨١ لسنة ١٩٨١ النافذ إلى تعريف التحكيم ولكنه أجاز اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة أو التي نشأ بينهم يما بعد[١١].

أما بالنسبة لقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ مع التعديلات التي أعتمدت في سنة ٢٠٠٦ فقد أشار إلى تعريف التحكيم في نص المادة المادة (٢/أ) منه على أنه التحكيم يعني ((أي تحكيم ، سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا))[١٢] .

يتبين لنا من التعريف المتقدم بأنه لم يكن جامعاً ومانعاً لأنه أشار فقط إلى الجهة الإدارية التي من الممكن أن تدير عملية التحكيم سواء تولته مؤسسة خاصة بالتحكيم أو لم يكن عن طريق المؤسسات وهذا ما يسمى بالتحكيم الحر[١٣].

أما بالنسبة للأتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم فلم تشير على حد علمنا إلى تعريف التحكيم.

أما على صعيد القضاء فقد جرى تعريف التحكيم من قبل محكمة النقض المصرية بأنه ((طريق لفض الخصومات ، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي وعدم مخالفة ما نص عليه في باب

التحكيم))[١٤].

وأيضا ذهبت نفس المحكمة في حكم آخر أن التحكيم ((طريق أستثنائي لفض الخصومات ، وقوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية))[١٥].

وأشارت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى تحديد المقصود بالتحكيم بأنه ((عرض النزاع المعين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين بأختيارها أو بتفويض منهما في ضوء شروط يحددانها ، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالاة مجرداً من التمايل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية))[١٦]. وأيضا عرفت محكمة التمييز الأردنية التحكيم بأنه ((طريق استثنائي لفض المنازعات ، ويقتصر على ما انصرفت إليه أرادة طرفي التحكيم ، وعلى المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم))[١٧] .

وبعد تسليط الضوء على تعريف التحكيم يمكن لنا أن نعرف التحكيم بأنه " ضمانة إجرائية لحسم منازعات الأستثمار وطريق استثنائي يلجأ إليه أطراف عقد الاستثمار بناءاً على أتفاقهما المتخذ أما شرطا يرد ضمن بنود عقد الأستثمار قبل نشوء النزاع أو مشارطة تحكيم تبرم قبل أو بعد نشوء النزاع وذلك بهدف حل نزاعاتهم بعيداً عن المماطلة بحكم ملزم ونهائي يقطع دابر الخصومة".

المطلب الثاني

أشكال أتفاق التحكيم

لكي يستطيع أطراف عقد الأستثمار اللجوء إلى التحكيم فإن عليهم الأتفاق على ذلك فهو الذي ينقل الفصل في منازعات الاستثمار من يد القضاة العاديين إلى أشخاص أخريين يختارونهم يطلق عليهم المحكمين.

لذلك يمكن أن يرد أتفاق التحكيم كشرطاً ضمن نصوص عقد الاستثمار أو في أتفاق مستقلاً عن عقد الاستثمار ويبدو لنا أن لأتفاق التحكيم شكلين هما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.

فبالنسبة لشرط التحكيم فهو عبارة عن نص وارد ضمن نصوص عقد الاستثمار يقرر الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تثور مستقبلاً بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه[١٨] .

أما بالنسبة لمشارطة التحكيم فهي أي أتفاق بين أطراف العلاقة الأستثمارية في عقد مستقل يتقرر بموجبه عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل على التحكيم لحلها[١٩].

يتبين لنا من التعاريف المتقدمة أن شرط التحكيم يرد لغرض حسم منازعة محتملة الوقوع

أما مشارطة التحكيم فأنها تمثل عقد مستقل لحسم منازعة نشأت بالفعل ويراد حسمها عن طريق التحكيم.

أما بالنسبة للقانون العراقي فنجد أن قانون المرافعات العراقي النافذ لم يفرق بين شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم حيث أنه أجاز الأتفاق على التحكيم في نزاع معين أو جميع أنواع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين[٢٠] .

لكن نجد أن محكمة تمييز العراق قد أشارت إلى أشكال التحكيم ضمن ثنايا القرار الصادر من محكمة التمييز المرقم ٣٦٣ مدنية أولى ٧٤ في ١٩٧٥/٢/٥ حيث أشار على ((أن التحكيم في القانون نوع واحد حسب المادة (٢٥١) مرافعات وأن الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو أن يكون ثابتاً بالكتابة حسب المادة (٢٥٢) المعدلة من قانون المرافعات ويستوي في ذلك أن يكون الأتفاق عليه قد تم وقت التعاقد أو تم بأتفاق مكتوب مستقل أو تم الأتفاق عليه أثناء المرافعة..))[٢١] .

وبالتالي يتبين لنا من الحكم أعلاه أن محكمة التمييز أجازت الأتفاق على التحكيم وقت التعاقد أي كشرط يرد ضمن بنود العقد المبرم بين الطرفين وهو ما يطلق عليه (شرط التحكيم) وكذلك أجازت المحكمة أن يكون الأتفاق على التحكيم عن طريق عقد مستقل وهذا ما يطلق عليه (مشارطة التحكيم).

أما القانون المصري فهو أيضا لم يفرق بين شرط التحكيم ومشارطته حيث وضع كل من شرط التحكيم ومشارطته على قدم المساواة بحيث جمعهما بمصطلح واحد اسماه (اتفاق التحكيم)[٢٢] .

إما القانون السعودي فأنه أيضا لم يفرق بين شرط التحكيم ومشارطته حيث جاء بنص عام أجاز فيه الأتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم كما أجاز الأتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين[٢٣].

أما القانون الفرنسي فقد أشار قانون المرافعات النافذ إلى شرط التحكيم في نص المادة (١٤٤٢) منه على أنه ((الأتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على أحالة النزاعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم)).

إلا أنه ما يؤاخذ على المشرع الفرنسي لم يبين المقصود بمشارطة التحكيم ولكنه اشار إلى تعريف أتفاق التحكيم بشكل عام في نص المادة (١٤٤٧) من قانون المرافعات النافذ بأنه ((عقد يحيل بموجبه أطراف نزاع ناشئ هذا النزاع إلى تحكيم شخص أو أشخاص عدة)).

ويبدو لنا من نص المادة أعلاه بأن المشرع الفرنسي أراد بأتفاق التحكيم هو مشارطة التحكيم نفسه ويمكن استنتاج ذلك من نصوص المواد المتقدمة حيث أشار المشرع الفرنسي في تعريفه لشرط التحكيم على أحالة النزاعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم وبالتالي أراد بذلك

أحالة النزاعات التي تحدث مستقبلاً إما بالنسبة لتعريف المشرع لأتفاق التحكيم فأنه أشار على أنه يحال بموجبه أطراف نزاع ناشئ وبالتالي لا يمكن حل النزاع الناشئ إلا عن طريق عقد مستقل يتفق عليه أطراف النزاع بإحالة النزاع الناشئ إلى التحكيم وهذا هو ما يطلق عليه "مشارطة التحكيم" .

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فنجد أن اغلب هذه الأتفاقيات قد اشارت إلى شرط ومشارطة التحكيم تحت مصطلح (اتفاق التحكيم)[٢٤] .

إما بالنسبة لقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ قد أشار إلى تعريف أتفاق التحكيم في نص المادة (٧) منه وأراد بذلك أن يشمل كل من شرط ومشارطة التحكيم.

والجدير بالذكر أن شرط التحكيم أكثر أنتشاراً من مشارطة التحكيم حيث أن حوالي (٨٠%) من عقود التجارة الدولية تتضمن شرط التحكيم وخصوصاً في عقود الاستثمار[٢٥] .

لذلك يتبين أن المستثمرين يسعون جاهدين على أدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار المبرمة مع الدولة الجاذبة للأستثمار ولو كان ذلك على حساب عدم أتمام العقد والمثال على ذلك هو عقد (ديزني وورلد) المبرم بين فرنسا وشركة أميريكية حيث اشترط المستثمر الأمريكي لغرض أتمام العقد لابد من تضمين عقد الاستثمار شرط يتقرر بموجبه أحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم وبعد مفاوضات طويلة قبلت فرنسا بالشرط التحكيمي[٢٦] .

المبحث الثاني

فعالية التحكيم كضمانة إجرائية للمستثمر

تلجأ الدول الجاذبة للأستثمار إلى التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الأستثمارات على أراضيها وهو الأمر الذي دفع كثير من الدول أن تدرج في صلب قوانينها المشجعة للأستثمار نصوصاً صريحة تفيد قبول التحكيم كوسيلة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار[٢٧].

إضافة إلى ذلك سعي المستثمرين أن يدرجوا في عقود الاستثمار المبرمة مع الدولة الجاذبة للأستثمار شرطاً يفيد اللجوء إلى التحكيم لما يحققه من فعالية مهمة في حسم منازعات الاستثمار باعتباره وسيلة محايدة ومستقلة ومشجعة مع رغبة المستثمرين.

ويستلزم لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار تبنى العديد من المبادئ القانونية والتي تتمثل باستقلال شرط التحكيم عن عقد الأستثمار وأيضا اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع **(مبدأ الأختصاص بالاختصاص)** ، فضلاً عن ذلك عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم وهذا ما سنتناوله بالمطالب التالية:

المطلب الاول

استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار

ويقصد بذلك أستقلال الاتفاق المبرم على شكل شرط التحكيم والمدرج ضمن بنود عقد الأستثمار عن هذا الأخير ومن المؤثرات التي تؤثر بصحتهِ[٢٨].

وتبين لنا من ذلك أن بطلان عقد الاستثمار لا يؤثر على شرط التحكيم المدرج ضمن بنود هذا العقد والعكس الصحيح أي أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على عقد الاستثمار وهذا ما يؤدي إلى تحقيق الفعالية المطلوبة للتحكيم كضمانة للمستثمرين في حسم منازعاتهم الاستثمارية ولكن السؤال الذي يطرح هنا ما هو الأساس القانوني لاستقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار؟

للأجابة على هذا السؤال يمكن القول أن أساس المبدأ المتقدم قد أشارت إليه بعض التشريعات والتي أخذت وبشكل صريح بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد الأستثمار.

فبالنسبة للقانون العراقي لم يشير ضمن نصوص قانون المرافعات النافذ إلى أستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد أشار قانون التحكيم المصري النافذ إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في نص المادة (٢٣) منه والتي نصت على أنه ((يعتبر شرط التحكيم أتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو أنهاءه ، أي أثر

على شرط التحكيم الذي يتضممنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته)).

ويتبين لنا من نص المادة أعلاه أن المشرع المصري قد أبرز الفعالية المهمة للتحكيم من خلال استقلال شرط التحكيم مما يلحق العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو أنهاء[٢٩].

اما بالنسبة للقانون السعودي فأن قانون التحكيم السعودي النافذ لم يتضمن ضمن نصوصه على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي.

أما القانون الفرنسي فلم يشير قانون المرافقات الفرنسي النافذ إلى استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ولكن القضاء الفرنسي قد أقر أستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وهذا ما نجده في الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في قضية (Cosset) الصادر في ٧ مايو ١٩٦٣ حيث جاء في حيثيات الحكم على أنه ((في مجال التحكيم الدولي فأن أتفاق التحكيم سواء كان مبرماً على نحو منفصل أو كان مدرجاً في التصرف القانوني المتعلق به، فأنه يتمتع بأستقلال قانوني كامل بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان إلا في بعض الظروف الاستثنائية)) [٣٠].

وقد أشارت المحكمة نفسها إلى المبدأ المتقدم في حكمها في قضية (Droga) الصادرة في ١٤ديسمبر ١٩٨٣ حيث جاء فيه بأنه ((في مجال التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم بأستقلال كامل تجاه العقد))[٣١] .

أما القانون الأنكليزي فقد أشار قانون التحكيم الأنكليزي لسنة ١٩٩٦ إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد وذلك بموجب نص المادة (٧) منه.

وقد اشار أيضا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ إلى أستقلال شرط التحكيم في نص المادة (١٦ ف١) والتي أشارت ((....ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد كما لو كان أتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم)).

وكذلك أخذ نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (ICC)[٣٢] الناقد من أول كانون الثاني لسنة ١٩٩٨ إلى استقلال شرط التحكيم عن العقد في نص المادة (٦ ف ٤) من النظام.

وبرز أيضا مبد استقلال شرط التحكيم عن عقد الأستثمار في أحكام التحكيم ومنها حكم التحكيم الصادر في قضية (**ليامكو**) ضد الحكومة الليبية فقد أشار المحكم العربي (**صبحي المحمصاني**) في الحكم الذي أصدره في ١٢ أبريل لسنة ١٩٧٧ على أنه ((شرط التحكيم يظل باقياً بعد فسخ الدولة للعقد الذي يتضمنه وأن هذا الشرط يظل نافذ المفعول حتى بعد هذا الفسخ))[٣٣].

وايضا أشار حكم التحكيم الصادر في قضية (**تكساكو**) ضد الحكومة الليبية في ٢٧نوفمبر سنة ١٩٧٥ إلى مبدأ أستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي[٣٤].

صفوة القول أن أستقلال شرط التحكيم قد أصبح من المبادئ المستقرة بشأن التحكيم التجاري الدولي وهذا ما يؤدي إلى تحقيق فعالية التحكيم كضمانة للمستثمرين ويبعث في نفوسهم الثقة والأطمئنان من خلال تحصين شرط التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس عقد الأستثمار وهذا ما يجعل من التحكيم وسيلة فعالة لحسم المنازعات الناشئة عن عقود الأستثمار.

المطلب الثاني

أختصاص المحكمين بالفصل في النزاع (مبدأ الأختصاص بالأختصاص)

يترتب على أتفاق التحكيم التزام أطراف عقد الاستثمار بعرض النزاع الذي نشأ بينهم على المحكم أو المحكمين الذين يتم أختيارهم للفصل فيه وذلك بدلا من اللجوء إلى المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع وهذا هو الأثر الأيجابي لأتفاق التحكيم أما الأثر السلبي فيتمثل في أمتناع هؤلاء الأطراف عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني ومنع هذا القضاء الفصل فيها[٣٥] .

ويقصد بمبدأ الأختصاص بالأختصاص هو أن يختص المحكم بتحديد أختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة بأختصاصه وتحديد نطاق سلطته وتقرير فيما إذا كان النزاع صحيحاً أم لا[٣٦] .

ونتيجة لذلك لو أعترض أحد أطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع أو بعدم وجود أتفاق يشير اللجوء إلى التحكيم فأن الذي يفصل في ذلك هم المحكمين أنفسهم وليس للمحكمة القضائية أن تفصل في مسألة أختصاص المحكمين وهذا ما يؤدي إلى أبراز فعالية التحكيم كوسيلة ضامنة لحسم منازعات الأستثمار من خلال السرعة في حسم المنازعات بعيداً عن طريق المماطلة وأضاعت الوقت.

لكن السؤال الذي يطرح هنا ما هو الأساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة أختصاصه؟ أن الأجابة على هذا السؤال يمكن القول بأن أختصاص المحكم بالفصل في مسألة أختصاصه تستمد أساسها من العديد من المصادر سواء كانت هذه المصادر القوانين الوطنية للعديد من الدول أو الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم وكذلك الغالبية العظمى من لوائح التحكيم وأيضا أحكام التحكيم نفسها تقرر هذا الاختصاص[٣٧] .

إن القانون العراقي لم يشر في قانون المرافعات العراقي النافذ إلى **(مبدأ الأختصاص**

بالأختصاص) ، لذلك ندعو المشرع العراقي بضرورة النص على مبدأ الأختصاص بالأختصاص لغرض أنهاء الأشكاليات التي يمكن أن تثار حول مدى أختصاص المحكمين في تقرير أختصاصهم وهذا ما ينسجم مع فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار.

أما القانون المصري فقد أشار قانون التحكيم المصري النافذ في نص المادة (٢٢ف١) إلى مبدأ الأختصاص بالأختصاص .

أما القانون السعودي فلم يشر قانون التحكيم السعودي النافذ ضمن نصوصه إلى (مبدأ الأختصاص بالأختصاص) ، أما القانون الفرنسي فنجد أن قانون المرافعات الفرنسي النافذ قد اشار إلى المبدا العام المتقدم في نص المادة (١٤٦٦) منه والتي نصت على أنه ((إذ نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس ونطاق سلطته القضائية فأن من حق المحكم وحده الفصل في صحة وحدود توليته)).

أما القانون الأنكليزي فنجد أن قانون التحكيم الأنكليزي لسنة ١٩٩٦ قد أشار إلى مبدأ الأختصاص بالأختصاص في نص المادة (٩ ف٤) من القانون.

إما بالنسبة للاتفاقيات الدولية المختصة بالتحكيم فقد أقرت بعض هذه الأتفاقيات مبدأ أختصاص المحكم بالفصل في أختصاصه. لذلك نجد أن الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ قد أشارت إلى مبدأ الأختصاص بالاختصاص في نص المادة (٥/ف٣) من الاتفاقية فقد نصت على أنه ((مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي فأنه يقضي على المحكم المطعون بصلاحيته إلا يتخلى عن القضية ، وهو له سلطة تقرير أختصاصه وتقرير صحة أتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه)).

يبدو لنا من نص الاتفاقية أعلاه قد أرادت تقرير مبدأ الأختصاص بالأختصاص وجعلته مبدأ الزامياً على المحكم إذ أوجبت عليه عدم التخلي عن الدعوى عند المنازعة في اختصاصه.

وأيضا اشارت أتفاقية وأشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥ على مبدأ الاختصاص بالأختصاص وذلك في نص المادة (١/ ف١) من الاتفاقية.

إما بالنسبة لقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ قد أشار إلى مبدأ الأختصاص بالأختصاص وذلك في نص المادة (١٦/ف١) حيث أشارت على أنه ((يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في أختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم ....))

وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٥/١/ ١٩٩٩ بأنه ((يترتب على مبدأ صحة شرط التحكيم الدولي ...إن المحكم يقضي في شأن مدى أختصاصه وإن قضاء الدولة غير مختص بصفة أساسية في شأن صحة شرط التحكيم))[٣٨] .

وأيضا اشار حكم التحكيم التمهيدي الصادر في الدنمارك بواسطة المحكم الوحيد .B)

(Gomord إلى مبدأ الأختصاص بالأختصاص . وذلك في النزاع الذي ثار بين الشركة الوطنية الإيرانية المسماة (نيوك) والشركة الفرنسية (ElfAquitaine) حيث جاء بالحكم الصادر في ١٤ يناير لسنة ١٩٨٢ على أنه ((أختصاص المحكم بالفصل في أختصاصه يعتبر مبدأ رئيسياً في مجال التحكيم الدولي ومعترفا به بواسطة المعاهدات الدولية حول التحكيم والعديد من أحكام التحكيم والفقه المتخصص في قانون التحكيم))[٣٩] .

صفوة القول أن ((**مبدأ الأختصاص بالأختصاص**)) ينسجم مع فعالية التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الأستثمار ويأتي متماشياً مع سرعة الأجراءات التي تعتبر من أسباب اللجوء إلى التحكيم وخصوصاً في عقود الاستثمارات حيث أن أعطاء فرصة الطعن في أختصاص المحكمين أمام القضاء سوف يتعارض مع الميزة التي يتمتع بها التحكيم في السرعة في حسم المنازعات. وكذلك أن تقرير مبدأ الأختصاص بالاختصاص يقطع الطريق بوجه الطرف الذي يحمل سوء النية والذي يهدف إلى تعطيل إجراءات التحكيم فيما لو أجاز له الطعن في اختصاص المحكمين امام القضاء.

المطلب الثالث

عدم قبول دفع الدولة وهيئاتها العامة بعدم أهليتها للتحكيم

يقصد بذلك أن الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها لا يمكن ان تدفع بعدم أهليتها لابرام أتفاق التحكيم حتى تمانع أو تتخلص من أتفاق التحكيم مع المستثمر الذي سبقت وأن وافقت عليه بأرادتها[٤٠].

ويذهب رأي في الفقه أن مبدأ عدم قبول دفع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم اهليتها للتحكيم بعد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم يعتبر من المبادئ المستقرة في التحكيم الدولي[٤١] .

وقد أجازت أغلب التشريعات للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بأن تكون طرفا في أتفاق التحكيم.

فبالنسبة للقانون العراقي نجد أن قانون المرافعات العراقي النافذ لم يتضمن أي نص بشأن أهلية الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها فيما إذا كان لها الحق بأن تكون طرفاً في أتفاق التحكيم، لكننا نجد أن قانون الأستثمار العراقي النافذ قد أشار في نص المادة (٢٧/ف٥) على أنه ((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 أن ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الاطراف)) . يتبين لنا من نص المادة أعلاه من قانون الأستثمار العراقي النافذ قد أجاز للدولة والأشخاص المعنوية العامة إبرام أتفاقات التحكيم وهذا ما يستدل عليه من نص المادة المتقدمة.

أما القانون المصري فنجد أن قانون التحكيم المصري النافذ قد أشار إلى أهلية الدولة والاشخاص المعنوية العامة التابعة لها في إبرام اتفاقات التحكيم وذلك في نص المادة الاولى من هذا القانون.

أما القانون السعودي فأن نظام التحكيم السعودي النافذ قد أشار في نص المادة (٣) منه على أنه ((لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الأخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم)).

يتبين لنا من نص المادة أعلاه أن المشرع السعودي لم يجيز في الأصل للدولة أو هيئاتها الحكومية العامة اللجوء إلى التحكيم ولكنها أستثنت من ذلك في حالة الموافقة من رئيس مجلس الوزراء وأيضا في حالة تعديل الحكم المتقدم بقرار مجلس الوزراء.

إما القانون الفرنسي فلم يشر قانون المرافعات الفرنسي النافذ إلى نص بشأن أهلية الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم . وبالرغم من أن المادتين (١٠٠٤و ٨٣) من قانون المرافعات الفرنسي القديم لم يجيز للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم[٤٢].

إلا أننا نجد أن القضاء الفرنسي قد قرر من دون نص يستند إليه بحصر منع الدولة أو هيئاتها العامة في الاتفاقات التحكيمية الداخلية بحيث لا يمتد المنع للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها إلى الاتفاقات التحكيمية الدولية .

لذلك نجد أن محكمة استئناف باريس قد قررت في حكمها الصادر في ١٣يونيو سنة ١٩٩٦ في النزاع الذي نشا بين الشركة الأيطالية (ICRITERO) والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار (KFTCIC) حيث جاء في حيثيات الحكم ((إن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأي ما كان السبب الذي يستند إليه يعمل به في أطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الخطر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي ...))[٤٣] .

يتبين لنا من الحكم أعلاه أن المحكمة أجازت للدولة وللأشخاص المعنوية التابعة لها اللجوء إلى التحكيم في أطار العقود الدولية لذلك أن المنع المتقدم لا يمتد إلى عقود الأستثمار على أعتبار أن هذه العقود من العقود الدولية وهذا ما معمول به في الوقت الحاضر[٤٤] .

وأشارت الأتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ على أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم وهذا ما أشارت إليه نص المادة (٢/ف١) من الاتفاقية.

وأخذت نفس الاتجاه اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار لسنة ١٩٦٥ وذلك في نص المادة (٢٥) من الاتفاقية فقد أشارت إلى أهلية الدولة والأشخاص العنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم.

يمكن القول أن عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم سوف يجعل من التحكيم ذو فعالية كبيرة لحسم منازعات الاستثمار والوقوف بوجه مماطلة الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها من التمسك ببطلان أتفاق التحكيم للتهرب من اللجوء إليه بحجة أن قانونها الوطني لا يجيز لها التحكيم في عقود الاستثمار وهذا يعد ضمانة مهمة للمستثمرين الذين يتعاقدون مع الدولة الجاذبة للأستثمار أو الأشخاص المعنوية التابعة لها.

وبعد تسليط الضوء على التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار يمكن أن نطرح التساؤل عن مدى فعالية التحكيم كضمانة قضائية للمستثمرين في التشريع العراقي؟

للأجابة على هذا السؤال يمكن القول أن قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (المعدل) خصص (٢٦) مادة للتحكيم (٢٥١- ٢٧٦) لتنظيم أمور التحكيم منذ الأتفاق عليه لحين صدور الحكم وتنفيذه ولكن هذه المواد المتقدمة تعالج التحكيم الداخلي فقط ولم تنظم أمور التحكيم الدولي وبالرغم أن قانون الاستثمار العراقي النافذ قد أجاز اللجوء إلى التحكيم الداخلي وفقاً للقانون العراقي أو التحكيم الدولي من خلال اللجوء إلى أي جهة تحكيم معترف بها دوليا وهذا ما أشارت إليه نص المادة (٢٧/ف٤) من القانون على أنه ((إذا كان أطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على إليه حل بما فيها الالتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي أو أي جهة أخرى معترف بها دوليا)).

وبالتالي يتبين لنا بعدم وجود نصوص قانونية في قانون المرافعات العراقي النافذ تنظيم التحكيم التجاري الدولي بالإضافة إلى ذلك أن نص المادة (٢٧/ف٤) من قانون الاستثمار النافذ تصطدم بعائق أخر يتمثل بقانون تنفيذ الأحكام الاجنبية في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ حيث لا يوجد فيه أي نص يشير بتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية في العراق، حيث أنه يشترط في المادة الأولى منه أن يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذ في العراق صادراً من محكمة اجنبية مختصة مؤلفة خارج العراق بالإضافة إلى الشروط الأخرى التي أشار إليها القانون أعلاه.

وعلى حد علمنا لا توجد حالات تنفيذ حكم تحكيم أجنبي في العراق بالرغم من أنضمام العراق إلى الاتفاقيات العربية التي تعالج تنفيذ أحكام التحكيم والتي تتمثل بالاتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة ١٩٨٠[٤٥].

وأيضا اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة١٩٨٣[٤٦] ، والاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧[٤٧] . ويبدو لنا أن أنضمام العراق إلى أتفاقيات التحكيم العربية وعزوفه من الأنضمام إلى الاتفاقيات التحكيم الدولية ومنها اتفاقية نيويورك الخاصة بأعتراف وتنفيذ أحكام

التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٥٨، وأيضا الأتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ وكذلك أتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥، سوف يشكل ذلك عائقاً أمام تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وهذا ما يجعل نص المادة (٤/٢٧) من قانون الاستثمار العراقي المعدل عديمة الجدوى طالما لا يوجد قانون يسمح بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بالإضافة إلى ذلك عدم انضمام العراق إلى الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم وبناءاً على ما تقدم نجد أن فاعلية التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار ليس في المستوى المطلوب في التشريع العراقي، لذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل قانون تنفيذ الأحكام الاجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ ليشمل تنفيذ أحكام التحكيم أيضاً ووفقا للشروط التي يتطلبها.

فضلاً عن ذلك نقترح على المشرع إعداد مشروع قانون يسمى **(قانون التحكيم)** يأخذ بأحدث النصوص الواردة في قوانين الدول السباقة في إصدار قوانين للتحكيم[٤٨] مع ضرورة الاسترشاد بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٥ والمعدل في سنة ٢٠٠٦ فنأخذ منه الأحكام الملائمة لنظامنا القانوني مع اجراء بعض التعديلات والاضافات التي تلائم واقع السياسة الاقتصادية في العراق وأخيراً نقترح على المشرع العراقي الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم وعلى وجه الخصوص اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية وأيضا اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥.

الهوامش

١- انظر في ذلك المؤلفات د. أحمد أبو الوفاء ، التحكيم في القوانين العربية ، منشأة المعارف ،الاسكندرية ،بدون سنة طبع ،وكذلك ينظر د. أحمد أنفع بن ناجي الصلاحي ،النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة ، مركز الدراسات والبحوث اليمني ، صفاء ، ط١ ، ١٩٩٤ ،وأيضاً ينظر هدى سعدون لفتة ، التحكيم في عقود الاستثمارات الاجنبية – دراسة مقارنة ،رسالة ماجستير، كلية القانون ،جامعة بابل، ٢٠٠٩ . وأيضاً ينظر نجم رياض نجم ، ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ،رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق،جامعة القاهرة ، ٢٠٠٣,.

٢-د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٢، ص١٧.

٣-د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ١٩٨١، ص١٩.

4- Foucharra, larbitrage Gommerca International , Dalloze, Paris, 1965, p. 62.

٥-المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى أقامة الدعاوي المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٢١٥ .

٦-تتعدد هذه المؤسسات فنجد هناك محكمة التحكيم الدائمة التابعة للغرفة التجارية في باريس (ICC)، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن (ICSID) ، والمركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الامريكي (AAA) ، ومركز

القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA) وغيرها من المؤسسات الدولية الاخرى .

٧-انظر في ذلك نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات العراقي ، ويجدر بالاشارة هنا ان المشرع العراقي نظم احكام التحكيم ضمن ستة وعشرين مادة (٢٥١-٢٧٦) وأشار هنا الى التحكيم الداخلي دون الاشارة الى التحكيم الدولي .

٨- قد عدل هذا القانون بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩١.

٩-أنظر في ذلك نص المادة (٧) من قانون الاستثمار المصري .

١٠- أنظر في ذلك نص المادة (١) من قانون التحكيم السعودي.

١١-أنظر في ذلك نص المادة (١٤٤٥) من قانون المرافعات الفرنسية لسنة ١٩٨١المنشور باللغة الأنكليزية على شبكة الانترنيت على الموقع الالكتروني

http:// www. Jus. Uio. No./IM/France. Arbrationcod of civil, Procedure, 1981/doc.

١٢-أنظر في ذلك القانون منشور على الموقع الالكتروني:

http;//www. Uncitval. Org.

١٣-تجدر الأشارة ، أن التحكيم التجاري ، يمكن أن يندرج تحت أحد مسميات ثلاثة هي:

أ) **التحكيم بالقانون** وهو الاتفاق الذي يبرمه طرفا عقد الاستثمار سواء كان شرطاً ضمن بنود عقد الأستثمار أم عقداً مستقلاً يتضمن أحالة النزاع إلى التحكيم على وفق القواعد الإجرائية والموضوعية لقانون معين.

ب) **التحكيم المؤسسي** هو أحد أنواع التحكيم الذي يدار من قبل هيئات أو منظمات دولية أو اقليمية أو وطنية ويطبق بشأنه قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً من قبل هذه الاتفاقيات ويتم أختيار المحكمين من بين قوائم معدة لهذا الغرض وقد أزداد عدد مؤسسات التحكيم الدائمة ومنها محكمة التحكيم الدائمة التابعة للغرفة التجارية في باريس (ICC) ، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن (ICSID) والمركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجميعة التحكيم الأمريكي (AAA) ، ومركز القاهرة الأقليمي للتحكيم التجاري الأولى (CRCICA) .

ج) **التحكيم الحر** هي تلك الصورة من التحكيم التي يختار فيها أطراف المنازعة المحكمين ونظام عمل التحكيم في كل حالة على حده ودون التقيد بنظام دائم ويجري في حالات فردية أنظر في ذلك د. محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، المجلد الأول ، عقود التجارة الدولية في مجال عقد نقل التكنلوجيا، مصدر سابق، ص٣٧١ وما بعدها.

١٤-أنظر في ذلك حكم محكمة النقض المصرية طعن رقم (١٤٠٣) لسنة ٥٥ جلسة ١١/٢٠/ ١٩٩٨. أشار إليه د. مراد محمود المواجده، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠١٠، ص٢٤.

١٥-أنظر في ذلك حكم المحكمة أعلاه طعن رقم (١٤٦٢) لسنة ٥٧ جلسة ٤/١١/ ١٩٩٤، اشار إليه المستشار معوض عبد التواب ، المستحدث في القضاء التجاري ،منشأة المعارف ، الاسكندرية ،١٩٩٧ ، ص٢٩٣.

١٦-أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ أشارت إليه د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٤٢.

١٧-حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (٩٤/١٧٧٤) منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية السنة ٤٣ ، ع٨- ٧، ١٩٩٥، ص١٩٨٥.

١٨-د . سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول ، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص٧٥.

١٩- د.مراد محمود المواجدة ، مصدر سابق ، ص٤٠ .

٢٠-انظر في ذلك نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات.

٢١-أنظر في هذا القرار منشور في مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل ، ع١، س٦، ص١٧٥.

٢٢-أنظر في ذلك نص المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري النافذ.

٢٣-أنظر في ذلك نص المادة (١) من قانون التحكيم السعودي النافذ.

٢٤-أنظر في تلك الاتفاقيات نص المادة (٢) من اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم لسنة ١٩٥٨ ، وكذلك م (١ ف٣/ أ) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ وكذلك ينظر في ذلك نص المادة (٢٥) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة ١٩٦٥.

٢٥-د. مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ، مصدر سابق ، ص٢٧.

٢٦-أشار إليه د. عبد الحميد الأحدث، الخطأ هو التسرع في توقيع العقد من دون معالجة الوضع القانوني الذي لا يجيز التحكيم في العقود الإدارية، مقال منشور على الموقع الالكتروني لجريدة السفير لسنة ٢٠٠١ ، واشار إليه أيضا

Jean Pobert, op.cit. P79.

٢٧-أنظر في ذلك نص المادة (٢٧ /٤ -٥) من قانون الاستثمار العراقي النافذ وأيضا نص المادة (٧) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري النافذ وكذلك نص المادة (١٣) من قانون الاستثمار السعودي النافذ.

٢٨-د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق، ص١١٩.

٢٩-وقد أخذت بنفس الاتجاه المادة (٢٣) من قانون التحكيم الأردني النافذ وكذلك نص المادة (٧٨/ ف٣) من القانون السويسري الجديد بشأن التحكيم الدولي الخاص لسنة ١٩٨٧ وايضا نص المادة (٦ف١) من قانون التحكيم التونسي النافذ .

٣٠-أشار إلى ذلك الحكم د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص١٢١ وما بعدها.

٣١-أشار إليه د. سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٢٠٣.

٣٢-أنظر نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية لسنة ١٩٩٨ منشور باللغة الأنكليزية على شبكة الانترنيت على الموقع الالكتروني

http:// www. Jus .uin. on /In/icc-arbitratio rules. 1998. Doc. Htm.

وأيضا نصوص هذا النظام موجود بالكامل لدى د. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم (وثائق تحكيمية)، الكتاب الثالث ، منشورات الجلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٨، ص٧٨٣ وما بعدها.

٣٣-أشار إليه د. سراج حسين ابو زيد، مصدر سابق، ص٩٣.

٣٤-أشار إليه د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلي الحقوقية ، بيروت ، ط١ ،٢٠٠٦، ص٣٩٨.

٣٥-د. سراج حسين ابو زيد، مصدر سابق، ص٣٦.

٣٦-د. إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط٢، ١٩٩٧، ص٩٨ وما بعدها.

٣٧-د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص٢٢٩.

٣٨-أشار إليه د. سراج حسين ابو زيد، مصدر سابق، ص٣٨١ــ ٣٨٢.

٣٩-أشار إليه د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مصدر سابق، ص٤٠١.

٤٠-د. سراج حسين ابو زيد، مصدر سابق، ص٣٠٤.

٤١-د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مصدر سابق، ص٤٠٥.

٤٢-د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٤، ص١٨ وما بعدها.

٤٣-وكذلك أشارت المحكمة نفسها في حكمها الصادر في ١٧ديسمبر ١٩٩١ في القضية المرفوعة من شركة (Catoil) التي تحمل جنسية دول (بنما) ضد الشركة الوطنية الايرانية للبترول ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الايراينة ، وتتلخص وقائعها أن شركة (Catoil) قد دفعت بعدم أختصاص هيئة التحكيم استنادا إلى بطلان شرط التحكيم بسبب عدم أهلية الشركة الوطنية للبترول لقبول شرط التحكيم دون الترخيص من البرلمان الإيراني وذلك وفقاً للمادة (١٣٩) من دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية ، إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع وأصدرت حكما جزئيا بنظر النزاع ثم أصدرت حكما نهائيا بإلزام الشركة برد المبالغ التي أحتجزتها إلى الشركة الإيرانية ، فطعنت الشركة بقرار المحكمين أمام محكمة اسئتناف باريس التي أشارت على أنه " بالنسبة للعقود الدولية المبرمة لحاجة المعاملات الدولية وطبقا لشروطها ومقتضياتها يعد الاتفاق متمشيا مع النظام العام الدولي الذي يحظر على المشروع العام أن يتمسك بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من أجل التنصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقا بين الاطراف ، كذلك فأن الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام لا يمكنه أن يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام إلى نص القانون الوطني لهذا المشروع، أشار إليه د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مصدر سابق، ص٣٧٦.

٤٤-د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٨ وما بعدها.

٤٥-صادق العراق على هذه الاتفاقية بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٨١المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٢٨٣٢ في ١/٦/ ١٩٨١.

٤٦-صادق العراق على هذه الاتفاقية بالقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٣ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٢٩٧٦ في ١٩٨٤/٣/١٦.

٤٧-صادق عليها العراق بالقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٨٢ وللمزيد في تفاصيل الاتفاقيات أعلاه ينظر في ذلك د. فوزي محمد سامي، الاتفاقيات العربية في التحكيم التجاري الدولي في مجال القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ٧، ع١-٢، ١٩٨٨، ص١٧ وما بعدها، ينظر أيضا د.

طارق كاظم عجيل، شرح قانون الاستثمار العراقي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩، ص١١٩وما بعدها.

٤٨-د. صفاء تقي العيساوي، مشروعات قوانين تدعم الاستثمار، بحث مقدم الى مؤتمر الاطار القانوني للأستثمار في العراق المنعقد في بغداد بتاريخ ٢٠٠٩/٥/١٧، ص١٢٨.

الخاتمة

ان دراسة التحكيم كضمانة اجرائية لتسوية منازعات الاستثمار قادتنا الى جملة من النتائج والمقترحات .

أولاً : النتائج

١ – لقد تعددت تعاريف الفقه للتحكيم إلا أنه بكونه ضمانة إجرائية للاستثمار فأنه يعرف بأنه ((طريق استثنائي يلجأ إليه أطراف عقد الاستثمار بناءاً على إتفاقهما المتخذ أما شرطاً يرد ضمن بنود عقود الاستثمار قبل نشوء النزاع أو مشارطة تحكيم تبرم قبل أو بعد نشوء النزاع وذلك بهدف حل نزاعاتهم بعيداً عن المماطلة بحكم ملزم ونهائي يقطع دابر الخصومة)).

٢ – تبين لنا أن أشكال أتفاق التحكيم يكون على شكلين هما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم ، حيث أن أتفاق التحكيم يمكن أن يرد كشرط ضمن بنود عقد الاستثمار وهذا ما يسمى بشرط التحكيم ، أو يمكن أن يكون في أتفاق مستقلاً عن عقود الاستثمار وهذا ما يسمى (مشارطة التحكيم).

٣ – يستلزم لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار تبني العديد من المبادئ القانونية والتي تتمثل باستغلال شرط عن عقد الاستثمار وأيضاً اختصاص المحكمين

بالفصل في النزاع ((مبدأ الاختصاص بالاختصاص)) فضلاً عن ذلك عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم .

ثانياً : المقترحات

١ – نقترح على المشرع العراقي بأعداد مشروع قانون يسمى (قانون التحكيم) يأخذ بأحدث النصوص الواردة في قوانين الدول السباقة في إصدار قوانين التحكيم مع ضرورة الاسترشاد بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٥ والمعدل سنة ٢٠٠٦ فنأخذ منه الأحكام الملائمة لنظامنا القانوني مع أجراء بعض التعديلات والإضافات التي تلائم واقع السياسة الاقتصادية في العراق.

٢ - نقترح على المشرع تنظيم التحكيم في أطار المؤسسات الإقليمية والدولية ليكون ضمانة إجرائية للمستثمرين وعاملاً مشجعاً للاستثمار في العراق.

٣ – ندعو العراق الانضمام الى الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم وعلى وجه الخصوص اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وأيضاً اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥ ، وغيرها من الاتفاقيات المعنية بهذا الشأن لأن ذلك سيشجع المستثمرين الأجانب للاستثمار في العراق ليكون ذلك واضحاً لدى المستثمر الأجنبي وهو يطلع على البيئة القانونية للاستثمار في العراق.

٤ – نقترح على المشرع العراقي تعديل تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ ليشمل بالإضافة الى تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ووفقاً للشروط التي يتطلبها القانون وهذا ما سيحقق للتحكيم الفعالية الكبيرة كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار.

المصادر

أولاً : الكتب

١ – د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٩٧.

٢ – د. أحمد أبو الوفاء ، التحكيم في القوانين العربية ، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة طبع .

٣ – د. أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي ، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة – مركز الدراسات والبحوث اليمني ، صنعاء ، ط١ ، ١٩٩٤ .

٤ – د. ابو زيد رضوان ، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ١٩٨١ .

٥- ١١ – د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١ ، ٢٠٠٦ .

٦- المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى أقامة الدعاوى المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦.

٧-د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ .

٨- د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠١.

٩- د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – اتفاق التحكيم ، الكتاب الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

١٠- د. سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ .

١١- د. طارق كاظم عجيل ، شرح قانون الاستثمار العراقي ، مكتبة السنهوري، بغداد ،٢٠٠٩.

١٢- د. عبد الحميد الآحدب ، موسوعة التحكيم (وثائق تحكيمية) ، الكتاب الثالث ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١ ، ٢٠٠٨ .

١٣- د. عصام الدين القيعي ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٤.

١٤- د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٢.

١٥- د. محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عقود التجارة الدولية في مجال عقد نقل التكنلوجيا ، مجلد ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ .

١٦– د . مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي – دراسة مقارنة – دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .

١٧ –المستشار معوض عبد التواب ، المستحدث في القضاء التجاري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ .

ثانياً : الرسائل والأطاريح

١ – هدى سعدون لفتة ، التحكيم في عقود الاستثمارات الاجنبية – دراسة مقارنة- رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٩ .

٢ – نجم رياض نجم ، ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٣ .

ثالثاً : البحوث والمقالات

١ – د. عبد الحميد الأحدب ، الخطأ هو التسرع في تدقيق العقد من دون معالجة الوضع القانوني الذي لايجيز التحكيم في العقود الادارية ، مقال منشور على الموقع الالكتروني لجريدة السفير ، لسنة ٢٠٠١.

٢ – د. فوزي محمد سامي ، الأتفاقيات العربية في التحكيم التجاري الدولي في مجال القانون الدولي الخاص ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد ٧ ، ع ١ – ٢ ، ١٩٨٨ .

٣ – د . صفاء تقي العيساوي ، مشروعات قوانين تدعم الاستثمار ، بحث مقدم الى مؤتمر الاطار القانوني للاستثمار في العراق المنعقد في بغداد بتاريخ ٢٠٠٩/٥/١٧ .

٤ - د. صفاء تقي العيساوي ، التحكيم متعدد الاطراف كأسلوب لتسوية منازعات العقود التجارية الدولية ، مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية ، مجلد ١٤ ، ع١ ، ٢٠٠٧ .

رابعاً : القوانين

١ – قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

٢ – قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٣ – قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ النافذ .

٤ – قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٩ .

٥ – قانون الاستثمار السعودي رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ النافذ .

٦ – قانون التحكيم السعودي رقم ٤٦ لسنة ١٤٠٣ هـ النافذ .

٧ – قانون المرافعات الفرنسي رقم ٥٠٠ /٨١ لسنة ١٩٨١ النافذ ، منشور باللغة الانكليزية على شبكة الانترنيت على الموقع الالكتروني .

http: // www . jus . uio . no/ lm /france – arbrationcod – of . civil . procedure , lg 81/doc

٨ – قانون التحكيم الانكليزي لسنة ١٩٩٦ النافذ .

٩ – قانون الأونيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ المعدل في سنة ٢٠٠٦ ، منشور باللغة العربية على شبكة الانترنيت على الموقع الالكتروني.

http://www .uncitval – org.

خامساً : الاتفاقيات والاعمال الدولية.

١ – مؤتمر الاطار القانوني للاستثمار في العراق المنعقد في بغداد بتاريخ ٢٠٠٩/٥/١٧.

٢ – أتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ احكام التحكيم لسنة ١٩٥٨ .

٣ – الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ .

٤ – نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية لسنة ١٩٩٨ ، منشور باللغة الانكليزية على شبكة الانترنيت على الموقع الالكتروني .

http://www .jus . uio – on /lm /icc – avbitration rulas -1998 –doc . htm .

سادساً : المجلات والدوريات

١ – جريدة الوقائع العراقية الرسمية .

٢ – مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، الصادرة عن جامعة بابل.

٣ – مجلة العلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد .

٤ – جريدة السفير الالكترونية .

٥ – مجلة نقابة المحامين ، تصدر عن نقابة المحامين في الأردن .

٦ – مجموعة الاحكام العدلية تصدر عن وزارة العدل العراقية .

سابعاً : المصادر الاجنبية :

1 – Foucharrd , Larbitrage commerce International , Dalloze , Parise , 1965 .

2 – Jen Robert, L'arbitvage droil international prive , se'dition , Dalloz , paris, 1983 .

Arbitration procedures to guarantee the settlement of investment disputes

(comparative study)

Dr. Ibraheem Ismaeel Ibraheem

Maher Mohsen Abood