



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUK UKU / ANABİLİM DALI

**TAHKİM YABANCI YATIRIM ANLAŞMAZLIKLARINI ÇÖZMENİN BİR YOLUDUR
İRAK HUKUKUNDA (KARŞILAŞTIRMALI ÇALIŞMA)**

BIZHAR AKRAM HUSEIN AL-ALLAF

Yüksek Lisans Tezi

LEFKOŞA
2022



جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون الخاص

التحكيم وسيلة لتسوية منازعات الاستثمار
في القانون العراقي (دراسة مقارنة)

بزار أكرم حسين العالف

رسالة ماجستير

**TAHKİM YABANCI YATIRIM ANLAŞMAZLIKLARINI ÇÖZMENİN BİR YOLUDUR
IRAK HUKUKUNDA (KARŞILAŞTIRMALI ÇALIŞMA)**

BIZHAR AKRAM HUSEIN AL-ALLAF

**YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUKU / ANABİLİM DALI**

Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN

YRD.DOÇ.DR.TAVGA ABBAS TOWFIQ

**LEFKOŞA
2022**

التحكيم وسيلة لتسوية منازعات الاستثمار
في القانون العراقي (دراسة مقارنة)

بزار أكرم حسين العالف

جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون الخاص

رسالة ماجستير

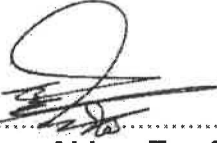
بإشراف

الاستاذ المساعد الدكتور ة تافكه عباس توفي ق

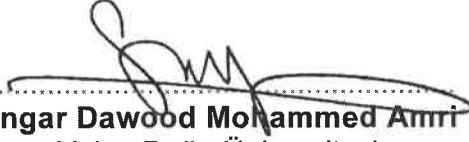
KABUL VE ONAY

Bizhar Akram Husein Al-Allaf tarafından hazırlanan "Tahkim Yabancı Yatırım Anlaşmazlıklarını Çözmenin Bir Yoludur Irak Hukukunda (Karşılaştırmalı Çalışma)" başlıklı bu çalışma, 19/02/2022 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir

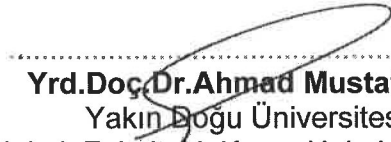
JÜRİ ÜYELERİ



Yrd.Doç.Dr.Tavga Abbas Towfiq (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü



Prof.Dr.Sangar Dawood Mohammed Amri (Başkan)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü



Yrd.Doç.Dr.Ahmad Mustafa Ali
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü

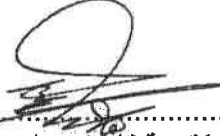


Prof. Dr. K. Hüsnü Çan Başer
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Müdürü

قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير بزار أكرم حسين العالف في رسالته الموسومة بـ " التحكيم وسيلة لتسوية منازعات الاستثمار في القانون العراقي (دراسة مقارنة)" نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2022/02/19، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير

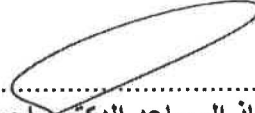
أعضاء لجنة المناقشة



.....
الاستاذ المساعد الدكتورة تافكه عباس توفيق (المشرف)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون الخاص



.....
الاستاذ الدكتور سه نكه ر داود محمد عمري (رئيس لجنة المناقشة)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون الخاص



.....
الاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام



.....
الاستاذ الدكتور ك. حسنو جان باشير
معهد الدراسات العليا
المدير

BİLDİRİM

Ben **Bizhar Akram Husein Al-Allaf** olarak beyan ederim ki **Tahkim Yabancı Yatırım Anlaşmazlıklarını Çözmenin Bir Yoludur Irak Hukukunda (Karşılaştırmalı Çalışma)**, başlıklı tezi '**YRD.DOÇ.DR.TAVGA ABBAS Towfiq**' nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı, tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih :

İmza:

Adı ve Soyadı: Bizhar Akram Husein Al-Allaf

الاعلان

أنا بژار أكرم حسين العالف، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان التحكيم وسيلة لتسوية منازعات الاستثمار في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، كانت تحت إشراف وتوجيهات الاستاذ المساعد الدكتور تافكه عباس توفيق ، ولقد أعددتها بنفسى تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأننى أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول اليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول اليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول اليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول اليها من أي مكان.

تاريخ:

التوقيع:

الاسم واللقب: بژار أكرم حسين العالف

TEŐEKKÜR

Sabrın ve işi tamamlama yeteneğinin kutsanması için önce Yüce Allah'a Őükredin ve övün, çünkü Tanrı bu nimetler için övgü olsun. Bu çalışmayı denetlemeyi tercih eden saygın **YRD.DOÇ.DR.TAVGA ABBAS Towfiq** teşekkürü ve takdirimi sunuyorum. Ayrıca, çalışmaya devam etmeyi desteklemiş ve buna yardımcı olsak bile, Yakındoęu Üniversitesi'ne yüksek lisans eğitimi alma fırsatı verdikleri için teşekkür ve minnettarlığımı, Sayın Kawar Musa'ya teşekkür ederim.

شكر وتقدير

الشكر والثناء للرب أولاً على نعمة الصبر والقدرة على انجاز العمل، واتقدم بالشكر والتقدير الى استاذتي الفاضلة الأستاذة المساعدة الدكتورة تافكه عباس توفيق التي تفضلت بإشرافها على هذه الرسالة، ولكل ما قدمته لي من دعم وتوجيه وارشاد لإتمام هذا العمل على ما هو عليه فلها أسمى عبارات الثناء والتقدير، كما اتقدم بالشكر والتقدير الى الأساتذة الاعزاء الذين لم يدخروا جهداً في مساندتنا لمواصلة الدراسة وكان لهم العون في ذلك، واتقدم بالشكر والتقدير الى جامعة الشرق الادنى لإتاحة الفرصة لي في دراسة الماجستير، كما اشكر الاخ كاوار موسى منسق القسم العربي على جهوده القيمة، كما اتقدم بالشكر والتقدير الى كل من ساهم في متابعة عملي.

ÖZ

Tahkim Yabancı Yatırım Anlaşmazlıklarını Çözmenin Bir Yoludur Irak Hukukunda (Karşılaştırmalı Çalışma)

Ticari tahkim, yabancılık unsuru içeren yatırım sözleşmelerinden doğan ve bu sözleşmelerin uygulanması sırasında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde yüklenicilerin yatırım sözleşmelerine dahil ettikleri bir garanti ve önemli bir araçtır. adli mahkemelerde takip edilmesi ve sözleşmenin yapıldığı ülke hukukuna aşinalık gerektirmemesinin yanı sıra ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcının çıkarları pahasına yatırım konusunda önyargılı olmamasının sağlanması. yatırım alanında meydana gelen gelişmeye ayak uyduramadığı ve devletin vatandaşlarına sunduğu hizmetleri iyileştirmek için yatırım sözleşmelerini cezbetme ihtiyacı nedeniyle Usul Kanunu'nda yer almaktadır.

Bu nedenle, araştırmamızda, Irak hukukunda yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde bir araç olarak tahkim konusuna bu karşılaştırmalı yaklaşımı izledik.

Irak Usul Kanunu'nda yer alan tahkim hükümlerindeki mevzuat eksikliği ve yatırım alanında deneyim, yetkinliğe ve uzmanlığa sahip hakemlerin bulunmamasının, yatırımcıların Irak ile sözleşme yapma konusunda isteksiz davranmasına yol açacağı ve dolayısıyla ekonomik kalkınmayı geciktireceği kanaatine vardık. İstenen altyapının geliştirilmesi ve Irak büyük ekonomik kayıplara uğrayacak ve diğer ülkelere ayak uydurma fırsatını kaçıracaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası ticari tahkim, yatırım sözleşmeleri, yatırım sözleşmesi uyuşmazlıkları, tahkim kararının verilmesi, tahkim kararının uygulanması.

ABSTRACT

Arbitration is a means of settling investment disputes in Iraqi law (a comparative study)

Commercial arbitration is a guarantee and an important means that the contractors include in investment contracts to resolve disputes arising from investment contracts with a foreign element that may arise during the implementation of those contracts. Investment contract disputes, as it provides a reassuring alternative to the routine followed in the judicial courts and does not require familiarity with the law of the country with which the contract is concluded, as well as ensuring that the host country is not biased towards investment at the expense of the interest of the foreign investor. The arbitration law contained in the Law of Procedures, as it falls short of keeping pace with the development taking place in the field of investment and the need for the state to attract investment contracts in order to improve the services it provides to its citizens.

Therefore, in our research, we followed this comparative approach to the subject of arbitration as a means of settling investment disputes in Iraqi law.

We have concluded that the legislative deficiency in the arbitration provisions contained in the Iraqi Procedure Law and the absence of arbitrators with experience, competence and specialization in the field of investment will lead to the reluctance of investors to contract with Iraq and thus delay economic development and the development of the desired infrastructure, and Iraq will incur huge economic losses and miss the opportunity to keep pace with other countries.

Keywords: International commercial arbitration, investment contracts, investment contract disputes, issuance of arbitration award, implementation of arbitration award.

المخلص

التحكيم وسيلة لتسوية منازعات الاستثمار في القانون العراقي (دراسة مقارنة)

ان التحكيم التجاري يعد ضماناً و وسيلة مهمة يدرجها المتعاقدون في عقود الاستثمار لحل المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار ذات العنصر الاجنبي التي يمكن ان تنشأ اثناء تنفيذ تلك العقود، ذلك ان التحكيم قد اكتسب ثقة المتعاقدين نتيجة المزايا الكثيرة التي يتميز بها والتي تتلائم بشكل كبير مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار كونه يوفر بديلاً مطمئناً عن الروتين المتبع في المحاكم القضائية ولا يتطلب الالمام بقانون الدولة التي يتم التعاقد معها وكذلك ضمان عدم انحياز الدولة المضيفة للاستثمار على حساب مصلحة المستثمر الاجنبي، وهذا ما يلزم الدولة من سن قانون تحكيم دولي ينظم هذه المنازعات وعدم الاقتصار على قانون التحكيم الوارد في قانون المرافعات كونه يعد قاصراً عن مواكبة التطور الحاصل في مجال الاستثمار وحاجة الدولة الى استقطاب العقود الاستثمارية من اجل النهوض بالخدمات التي تقدمها لمواطنيها.

لذلك اتبعنا في بحثنا هذا المنهج المقارن لموضوع التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار في القانون العراقي، اذ سنعتمد المقارنة بين القانون العراقي والمصري من دون اغفال الفقه المقارن ومع الاشارة الى موقف القضاء العراقي والمصري أينما تيسر لنا ذلك.

وقد توصلنا الى ان النقص التشريعي في نصوص التحكيم الواردة في قانون المرافعات العراقي وعدم وجود محكمين من ذوي الخبرة والكفاءة والاختصاص في مجال الاستثمار سيؤدي الى عزوف المستثمرين عن التعاقد مع العراق وبالتالي تاخر التنمية الاقتصادية وتطوير البنية التحتية المرجوة، وتكبد العراق لخسائر اقتصادية كبيرة وتفويت الفرصة لمواكبة الدول الاخرى.

الكلمات المفتاحية: التحكيم التجاري الدولي، عقود الاستثمار، منازعات عقود الاستثمار، اصدار حكم التحكيم، تنفيذ حكم التحكيم.

قائمة المحتويات

.....	قرار لجنة المناقشة
.....	BİLDİRİM
.....	الاعلان
VIII	TEŞEKKÜR
IX	شكر وتقدير
X	ÖZ
XI	ABSTRACT
XII	المخلص
XIII	قائمة المحتويات
1	المقدمة
3	فصل الاول
3	ماهية التحكيم في منازعات الاستثمار
4	1.1 مفهوم منازعات عقود الاستثمار
5	1.1.1 تعريف منازعات الاستثمار
12	2.1.1 انواع عقود الاستثمار وخصائصها واثارها
22	2.1 مفهوم التحكيم التجاري في منازعات الاستثمار
23	1.2.1 تعريف اتفاق التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار وشروطه

2.2.1 مميزات وعيوب اللجوء إلى التحكيم واثاره.....30

الفصل الثاني.....41

اجراءات التحكيم واصدار حكم التحكيم وحجيته.....41

1.2 اجراءات التحكيم في عقود الاستثمار.....42

1.1.2 اجراءات التحكيم في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية.....42

2.1.2 القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار.....54

2.2 اصدار حكم التحكيم والطعن عليه وتنفيذه.....62

1.2.2 اصدار حكم التحكيم.....63

2.2.2 الطعن على حكم التحكيم وتنفيذه.....69

الخاتمة.....77

المصادر والمراجع.....80

تقرير الاستيلاء.....90

المقدمة

اولا: مدخل للتعريف بموضوع الدراسة:

اصبح التحكيم التجاري الدولي وسيلة مهمة يدرجها المتعاقدون في عقود الاستثمار لحل المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار ذات العنصر الاجنبي التي يمكن ان تنشأ اثناء سريان تلك العقود، ذلك ان التحكيم قد اكتسب ثقة المتعاقدين نتيجة المزايا الكثيرة التي يتميز بها والتي تتلائم بشكل كبير مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار كونه يوفر بديلا مطمئنا عن الروتين المتبع في المحاكم القضائية ولا يتطلب الالمام بقانون الدولة التي يتم التعاقد معها وكذلك ضمان عدم انحياز الدولة المضيفة للاستثمار على حساب مصلحة المستثمر الاجنبي.

كما ان التحكيم التجاري الدولي يوفر السرية التامة لاطراف النزاع مما من شأنه عدم المساس بمراكزهم وسمعتهم في المجال التجاري، اضافة الى سرعته في فض النزاع وتوفير الوقت والجهد والمصاريف، و للتحكيم ايضا أهمية في مجال الاستثمار و تزداد هذه الاهمية كونه يساهم في جلب المستثمرين وتلافي ببطء التقاضي.

لذلك سعت الدول ومن بينها العراق الى ايجاد حلول يمكن من خلالها جذب الاستثمار الاجنبي لذلك كان لا بد من اللجوء الى التحكيم باحالة النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود بين الاطراف الى هيئة تحكيمية مستقلة تاخذ على عاتقها تطبيق ارادة الاطراف المتنازعة وفي حالة عدم اتفاقهم تقوم الهيئة بتطبيق ماتراه مناسبا على اجراءات النزاع.

اولا: اشكالية البحث

ان امكانية حل منازعات عقود الاستثمار في العراق ذات العنصر الاجنبي في ظل النقص التشريعي للتحكيم التجاري الدولي، رغم عدم وجود قانون خاص ينظم احكامه والاقتصار على احكام قانون التحكيم الوطني الوارد في قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل والافتقار الى محكمين ذوي الخبرة والكفاءة.

ثانيا: اهداف البحث:

يهدف البحث الى ابراز دور التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار في ظل عدم وجود قضاء دولي مختص في نظر تلك المنازعات وبما يتلائم مع طبيعة العلاقات التجارية الدولية وما يتمتع به التحكيم من خصائص ومميزات تجعله متقدما في هذا المجال.

وكذلك ابراز دور المشرع العراقي في كيفية التغلب على المعوقات في الاحالة الى التحكيم التجاري الدولي في ظل وجود قانون تحكيم داخلي فقط في العراق.

ثالثا: اهمية البحث

يعد التحكيم الطريقة المستخدمة لجذب الاستثمارات ولجدارته في حسم منازعات الاستثمار بعيدا عن القضاء الرسمي للدولة المضيفة للاستثمار الذي يكون غير معروف لدى المستثمر اضافة الى انه يجنبهم مشكلة عدم العلم بالقواعد الموضوعية والاجرائية في القانون الاجنبي.

ويعتبر التحكيم في الوقت الحالي الوسيلة الاصلية في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية حيث يكاد لا يخلو أي عقد تجاري دولي من النص في صلبه على شرط التحكيم بحيث يرجع الفضل في ذلك الى ما يمتاز به من خصائص تتلاءم مع طبيعة هذا النوع من العقود.

كما تكمن اهمية البحث الى رفع التوصيات للمشرع العراقي في سبيل اصدار قانون تحكيم تجاري دولي يواكب التطور الحاصل في بقية الدول ويكون امتدادا للاتفاقيات الدولية المختصة بتنظيم التحكيم.

رابعا: منهجية البحث:

سنتبع في دراستنا منهج الدراسة المقارنة لموضوع التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار في القانون العراقي، اذ سنعمد المقارنة مع القانون المصري كونه قد قطع اشواطا كبيرة في هذا المجال من دون اغفال الفقه المقارن ومع الاشارة الى موقف القضاء العراقي والمصري أينما تيسر لنا ذلك.

خامسا: خطة البحث

سنقسم موضوع البحث على فصلين، حيث سنتناول في الفصل الاول تحديد المقصود باتفاق التحكيم وأثاره في عقود الاستثمار والذي سنعالجه في مبحثين، نتناول في المبحث الاول ماهية اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار، في حين سنتطرق لاثار اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار في مبحث ثان.

اما الفصل الثاني فقد خصصناه لاجراءات التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار واصدار حكم التحكيم وحجيته، حيث سنقسمه الى مبحثين، المبحث الاول لاجراءات التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار، في حين المبحث الثاني لاصدار حكم التحكيم التجاري الدولي وحجيته.

فصل الاول

ماهية التحكيم في منازعات الاستثمار

يعد التحكيم وسيلة مهمة يلجأ إليها المتعاقدون في كافة العقود وعلى الأخص في عقود الاستثمارات الأجنبية لحل المنازعات التي يمكن أن تثار، ذلك ان التحكيم أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، ويرجع ذلك الى كونه يتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، فمن جانب انه يقلل من مخاوف المستثمرين من الاقتراب 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.

كما إن للتحكيم مزايا تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمارات الأجنبية نظراً لكون هذه العقود تتمتع بطبيعة خاصة ناجمة عن أطراف العقد "الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي" من جهة والى 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.

كما ويعد 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 ايضاً بالحياد الذي يجب أن يتوفر للسلطة القضائية الوطنية التي يمكن عرض النزاع عليها في حالة نشأته.

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.

لذا قسمنا هذا الفصل الى مبحثين، المبحث الاول لبيان مفهوم منازعات عقود الاستثمار، في حين خصصنا المبحث الثاني لبيان مفهوم التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار.

1.1 مفهوم منازعات عقود الاستثمار

لكي نستطيع تحديد مفهوم منازعات الاستثمار لابد ان نفهم المقصود بالاستثمار، والوقوف على تعريفه في القوانين الوطنية ومن ثم في الاتفاقيات الدولية، وفي تعاريف الفقهاء، لاستخلاص المعنى الدقيق لمفهوم الاستثمار وبيان الطبيعة القانونية له .

ان عملية الاستثمار ترتبط ارتباطا وثيقا بخطط التنمية للدول طالبة الاستثمار، فهو يمتلك خصوصية على المستوى الوطني والدولي وله كذلك وزنا قانونيا واقتصاديا، كونها تبرم بين طرفين غير متكافئين، ذلك ان احد اطرافها يمثل الدولة او احد تابعيها من الهيئات والمؤسسات العامة، في حين يكون الطرف الثاني اما شخصا طبيعيا او معنويا.

وبذلك فان مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعملية الاستثمار تعد من المسائل الدقيقة والمهمة والمعقدة بسبب تضارب مصالح الاطراف المتعاقدة، فالشخص الطبيعي (المستثمر الاجنبي) يسعى دائما لتحقيق مصلحته الخاصة، اما الطرف الاخر (البلد المضيف للاستثمار) فانه يسعى لتحقيق منفعة عامة وهو ما دفعه لجذب الاستثمار للداخل.¹

وقد نظم المشرع العراقي احكام الاستثمار في قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006، والذي جرى تعديله فيما بعد بالقانون رقم 50 لسنة 2015، وكذلك صدر قانون الاستثمار في اقليم كردستان العراق رقم 4 لسنة 2006، اما في مصر فقد جاء قانون ضمانات وحوافز الاستثمار الاجنبي الصادر رقم (8) لعام 1997 لينظم احكام الاستثمار الاجنبي.

وعلى الصعيد الدولي فقد جاءت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول اخرى لعام 1965، وكذلك الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لسنة 1980 والمعدلة عام 2015، والتي صادق عليها العراق عام 1970، وغيرها من الاتفاقيات التي اهتمت بتنظيم احكام الاستثمار الاجنبي.

¹ روى علي عطية، النظام القانوني للتحكيم كوسيلة لتسوية نزاعات الاستثمار الاجنبي في التشريع العراقي واقليم كردستان (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- جامعة بغداد، المجلد 32، العدد الثاني 2017، ص455 وما بعدها.

وللوقوف على مفهوم لمنازعات الاستثمار وطبيعتها القانونية لابد من بيان مفهوم الاستثمار اولا ومن ثم معرفة طبيعته القانونية، لذا قسمنا هذا المبحث الى مطلبين، المطلب الاول لبيان مفهوم الاستثمار في القانون العراقي والمقارن، اما المطلب الثاني فليبيان الطبيعة القانونية للاستثمار .

1.1.1 تعريف منازعات الاستثمار

للإلمام بمنازعات الاستثمار لابد من تعريف الاستثمار اولا ومن ثم التعريف بمنازعات الاستثمار وكالتالي:

اولا: التعريف بالاستثمار

جاء بيان مفهوم الاستثمار في العراق بموجب الأمر الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة المرقم(39) في 12 أيلول 2003 والملغي بقانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 بان "الاستثمار في أي أصل من الأصول المتواجدة في العراق بما في ذلك الملموسة، وغير الملموسة، وحقوق الملكية المتعلقة بها ، والأسهم، وغيرها من اشكال، وصكوك المشاركة في الكيان التجاري ، كما تعني حقوق الملكية و الخبرة التقنية"²، وفي الوقت ذاته حدد مجالات هذا الأستثمار.³

وقد اهتم المشرع العراقي بالاستثمار فنص عليه في صلب الدستور لسنة 2005 في المادة (25) منه بان " تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق اسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتنميته) ايضا ما في المادة (٢٦) فيها: " تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة، وينظم ذلك بقانون".

واستنادا لما نص عليه الدستور العراقي لعام 2005 فقد صدر قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 والمعدل بالقانون رقم 50 لسنة 2015 ، حيث عرف الاستثمار بمعناه العام دون حصره بجنسية المستثمر وذلك في المادة الاولى فقرة (سادسا) منه بانه " الاستثمار : توظيف راس المال في أي نشاط او مشروع اقتصادي يعود بمنفعة على الاقتصاد الوطني وفقا لاحكام هذا القانون".

² ينظر ف(3) من القسم الأول من الأمر رقم 39 الصادر عن سلطة الائتلاف والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 3980 في إدار سنة 2004 .

³ ينظر القسم السادس من الأمر رقم 39 الصادر عن سلطة الائتلاف.

وجاء في المادة ذاتها في الفقرة (تاسعا) تعريف المستثمر العراقي بأنه " المستثمر العراقي : الشخص الحاصل على اجازة الاستثمار و الذي يحمل الجنسية العراقية اذا كان شخصا طبيعيا او شخصا معنويا مسجلا في العراق ". وفي الفقرة (عاشرا) تعريفه للمستثمر الاجنبي بأنه " الشخص الحاصل على اجازة الاستثمار و الذي لا يحمل الجنسية العراقية اذا كان شخصا طبيعيا او شخصا معنويا مسجلا في بلد اجنبي " .

وبذلك فان المشرع العراقي قد اخذ ببيان مفهوم الاستثمار بشكل مرن يهدف افساح المجال امام المستثمرين الاجانب بكافة المجالات من دون قيود، شريطة ان تكون غير مخالفة للنظام العام، أو الاداب، للنهوض بعملية التنمية الاقتصادية، والاجتماعية، وتطويرها وجلب الخبرات التقنية، والعملية، وتنمية الموارد البشرية، وايجاد فرص عمل للعراقيين بتشجيع الاستثمارات، ودعم عملية التأسيس الاستثماري في العراق، وتوسيعها، وتطويرها على مختلف الاصعدة الاقتصادية.⁴

اما في اقليم كردستان العراق فقد عرف قانون الاستثمار رقم 4 لسنة 2006 المستثمر في المادة (1)ف(9) منه بأنه " الشخص الطبيعي، أو المعنوي الذي يستثمر أمواله في الأقليم وفق أحكام هذا القانون وطنياً أم اجنبياً"، كما بين مفهوم الاستثمار من خلال تحديد المجالات أو الاموال التي يمكن ان يقع عليها الاستثمار وذلك في المادة (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 الالعاب.
- 4- الصحة، والبيئة.
- 5- الابحاث العلمية، والتكنولوجية، وتكنولوجيا الاعمال.
- 6- النقل، والاتصالات الحديثة.
- 7- البنوك، وشركات التأمين، والمؤسسات المالية الأخرى.
- 8- مشاريع البنية التحتية، ومنها مشاريع البناء، الاعمار، الاسكان، الطرق، الجسور، سكك الحديد، المطارات، والري والسدود.
- 9- المناطق الحرة، والاسواق التجارية المعاصرة ،والخدمات الاستشارية المرتبطة بها.

⁴ رؤى علي عطية، مصدر سابق، ص467.

10- التعليم بجميع مراحلها في اطار السياسة التعليمية للاقليم ."

ولم يكتفي المشرع الكوردستاني عند هذا الحد بل وسع المجالات التي يمكن الاستثمار فيها يرى مجلس الاستثمار شمولها باحكام هذا القانون، وذلك في الفقرة(11) من ذات المادة والتي نصت على " أي مشروع في أي قطاع اخر يقرر المجلس الموافقة على شموله بأحكام هذا القانون ."

اما القوانين المقارنة ومنها قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997، فانها لم تورد تعريفاً لبيان مفهوم الاستثمار الا انها عدت اوجه ومجالات الاستثمار،⁵ وهذا ما اخذ سار على نهجه المشرع الكوردستاني في قانون الاستثمار رقم 4 لسنة 2006.

اما تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية والاقليمية، فنجد أن بعض الاتفاقيات قد تجنبت النص على تعريف الاستثمار، كما هو الحال في اتفاقية واشنطن 1965 (المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار) (ICSID)⁶، حيث لم تتعرض لتعريف مصطلح الاستثمار، والعلة في ذلك هي تشجيع انتقال رؤوس الاموال من خلال وجود الوسائل الضمانية لتسوية منازعات الاستثمار، فضلا عن مد اختصاص المركز الى الكثير من هذه المنازعات.⁷

وقد جاء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لسنة 1980 والمعدلة عام 2015، والتي صادق عليها العراق عام 1970، تعريف الاستثمار في مادتها السادسة بانه " هو استخدام راس المال العربي في احدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في اقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي او تحويله اليها لذلك الغرض وفقا لاحكام هذه الاتفاقية".⁸

وجاء في الاتفاقية الثنائية المبرمة بين جمهورية العراق وجمهورية ارمينيا اذ عرفت الاستثمار بانه " اي نوع من انواع الاصول على اراضي احد الطرفين المتعاقدين والتي تكون مملوكة لمستثمر الطرف الاخر او تحت سيطرته المباشرة او غير المباشرة والتي تضيف قيمة الى الاقتصاد...".⁹

5 المادة الاولى من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997.

6 انضم العراق الى اتفاقية اتفاقية واشنطن 1965 (المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار) (ICSID) بموجب القانون رقم (64) لسنة 2012. الوقائع العراقية في العدد 4283 الصادر في 20 رمضان 1434هـ / 29 تموز 2013 السنة الخامسة والخمسون.

7 أحمد قاسم فرح و رشا محمد نيسري خطاب، مفهوم الاستثمار في اتفاقية واشنطن لعام 1965 بين غياب النص وتضارب اجتهادات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (قراءة تحليلية نقدية، مجاة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 17، العدد 1، يونيو 2020، ص 801.

8 صفوت احمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الاجنبي في تطوير احكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005، ص 68.

9 عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر، ط1، 2010، ص 90.

وقد اعتمدت هذه الاتفاقيات الثنائية في التعبير عن الاستثمار بانه راس المال والموجودات وهي تعد بذلك صورة من صور الاستثمار.

وبذلك هناك تعريفان لمصطلح الاستثمار، الاول تعريفه مباشرة والثاني تحديده من خلال ما يمكن ان يقع عليه او ما يمثل محلا له، وهذا ما يماثل العقود التي تنظم الاستثمارات مع فارق اختلاف مواطن هذين الاتجاهين، حيث تعددت الاراء واختلفت المضامين المعطاة لهذه العقود من اجل تحديد ماهيتها وذلك نظرا للخلط الذي وقع فيه البعض بينها وبين عقود الدولة الاخرى.¹⁰

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.¹¹

كما أن عدم وجود عقد مسمى يمكن ان نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار كان دافعاً كافياً لعد فكرة هذه العقود أقرب ما تكون الى كونها فكرة وضعية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوفر فيها خصائص معينة، فتعرف أنها "عقود للقيام بأستعمال الاموال في الانتاج اما مباشرة ككشراء الالات والمواد الأولية، او بطريقة غير مباشرة كشراء الاسهم، والسندات لأجل تحقيق ربح يتم توزيعه على الأطراف بحسب النسب المنفق عليها".¹²

ومن ثم فقد ذهب جانب من الفقه الى تعريفها بأنها " تلك العقود المبرمة بين الدوله أو إحدى الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار"¹³.

أو أنها " كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من اشخاص القانون الخاص الأجنبي التي تتعلق بمباشرة الانشطة والتي تدخل في اطار التنمية الاقتصادية للبلاد"¹⁴.

ويلاحظ على التعاريف اعلاه أنها قد اقتصرت على الطرف المستثمر بالطرف الخاص في حين أنه يمكن أن يكون طرفا عاما وخصوصا، لأنه لا يشترط في المتعاقد مع الدولة المضيفة أن يكون شخصاً من اشخاص القانون الخاص، ومن ثم عدم جواز ان تدخل الدولة او إحدى الهيئات التابعة لها في عقد الاستثمار الأجنبي

¹⁰ د. عصام الدين القصيبي ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ،دار النهضة العربية،1993 ، ص3.

¹¹ د. علي ابراهيم ، العلاقات الدولية وقت السلم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص317

¹² أحمد حسين جلاب ، النظام القانوني لعقد الاستثمار ، اطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهرين ،2006 ، ص 11 .

¹³ د. عصام الدين القصيبي ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، مصدر سابق ، ص6.

¹⁴ د. بشار محمد الاسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص12 .

لكون الدولة شخصاً عاماً، إذ قد يكون الطرف الأجنبي شخصاً خاصاً وشخصاً عاماً أيضاً، وذلك لان هناك الكثير من عقود الاستثمار وخصوصاً الاستثمارات الكبيرة تقوم بها الدولة، وامثلة ذلك نجدها في عقود البترول التي تشكل جانباً مهماً من الاستثمارات المباشرة .

وعليه فان عقود الاستثمارات الأجنبية تعرف بانها " تلك العقود التي تبرمها الدولة المضيفة للاستثمار مع طرف آخر أجنبي طبيعياً، أم معنوياً خاصاً، كان، أو عاماً، والتي من شأنها ان تنهض بعملية التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار وتحقق عوائد مجزية للمستثمر الأجنبي".

ثانياً: التعريف بمنازعات الاستثمار

أن الأطراف في عقود الاستثمارات الأجنبية تتمثل 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، وقد 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 الهيئات العامة التابعة لها بذلك¹⁵.

اما الطرف الاخر فهو المستثمر الاجنبي سواء كان شخص طبيعيا ام معنوياً خاصا كان ام عاماً، فهذه العقود تبرم بين طرفين غير متكافئين وبذلك فان عقود الاستثمارات الاجنبية تخضع للمبدأ القانوني العقد شريعة المتعاقدين فهذا المبدأ الذي حرصت التشريعات على الحفاظ عليه وتطبيقه يظهر اثاره في تدارك النزاعات الناشئة عن العقود الادارية ذات الطابع الدولي بخلاف العقود الادارية الوطنية التي تخضع تماما للقضاء الوطني دون غيره ولربما بعض التشريعات لم تجز التحكيم اصلا في هكذا منازعات عقدية ادارية داخلية. وبذلك كان للعقد الاداري الدولي طابع مميز خاصة اذا ما تضمن شرطا تحكيميا فانه بذلك سيتحول من حكم القانون العام الى انطباق احكام القانون الدولي الخاص عليه، وقد ساهمت التشريعات الدولية والاتفاقيات التحكيمية في بيان الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود الدولية وبالتالي بيان الطبيعة القانونية للنزاع الدولي الناجم عن هذا العقد.

وتعد عقود الاستثمار احد انواع العقود الادارية الدولية واهمها على الاطلاق، الا انه قد ينشأ عند تنفيذ هذه العقود الادارية ذات الصبغة الدولية نزاعا فان الامر سيكون معقدا كونه قد يمس سيادة الدولة ومكانتها

¹⁵ غسان محمد المعموري، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة بابل 2006، ص 84.

السياسية، وفي ذات الوقت فان المتعاقد الاجنبي مع الادارة يخشى من تسلط الدولة وسيطرتها على قضائها وبالتالي يكون قد خسر دعواه مقدما، لذلك نظمت الاتفاقيات الدولية هذا الامر فشرعت على عدم جواز تدرع الدولة بحصانها، الا ان المشكلة التي تعيق هذا الامر رغم اهلية الادارة في ابرام العقود الدولية، فقد تتمسك الدولة بتطبيق قانونها الوطني على موضوع النزاع فقد بينت التعاملات الدولية بان للاشخاص المتعاقدة مع الادارة في هذه الحالة امكانية وضع شروط لتامين جانبهم الاقتصادي ومن اهم هذه الشروط هو شرط القوة القاهرة وشرط الثبات التشريعي ليكون الطرفين متكافئين في العقد.

وقد اورد المشرع العراقي في قانون الاستثمار النافذ في المادة (27) فقرة (5) منه على انه "المنازعات الناشئة بين الهيئة او 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 الأستثمار العراقي قد أجاز للدولة، او اشخاص القانون العام ابرام اتفاقات التحكيم إذ ان عبارة المنازعات الناشئة بين الهيئة او أي جهة حكومية أخرى تدل على امكانية ابرام اتفاق التحكيم من قبلهم.

اما قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم (83) لسنة 1969 فقد خلا من أي نص بشأن أهلية الدولة والاشخاص العامة في أبرام اتفاق تحكيم، ولما كان الأصل هو جواز اللجوء الى التحكيم، فليس هناك ما يمنع الدولة أو اشخاص القانون العام من أبرام 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 أشخاص القانون الخاص أم من أشخاص القانون العام فأتفاقيات نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958¹⁶ وأن لم تنص صراحة على هذه المسألة إلا أنها حددت في م (1) منها نطاق تطبيقها بقولها " تطبق الاتفاقيات على القضايا المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الناشئة عن المنازعات بين الاشخاص الطبيعية والمعنوية " وهذا النص من العموم مما يمكن القول معه بأنه يشمل جميع

¹⁶ انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958) بالقانون رقم (14) لسنة 2021 . المنشور في

الأشخاص المعنوية بيد أن الاتفاقية تركت لكل دولة حرية تقرير أهلية حكومتها، و مؤسساتها العامة، و الشركات التابعة لها في الاتفاق على التحكيم" 17 .

أما بالنسبة لقانون الاستثمار الكوردستاني رقم 4 لسنة 2006 فقد أحالت المادة (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. 18

أما 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 أيا كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع". 19

وجاء في اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الصادرة 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 الاجهزة التابعة لها التي تقوم الدولة بتحديد لها للمركز". 20

17 د. عبد الحميد الأحمد ، وثائق تحكيمية ، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، ص561 وما بعدها.

18 روى علي عطية، النظام القانوني للتحكيم كوسيلة لتسوية نزاعات الاستثمار الاجنبي في التشريع العراقي واقليم كوردستان (دراسة قانونية مقارنة)، مصدر سابق، 457.

19 د. منصور فرج السعيد ، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، الكويت ، العدد الثالث ، السنة السابع والعشرون ، 2003، ص278

20 د. شريف محمد غنام ، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص299.

2.1.1 انواع عقود الاستثمار وخصائصها واثارها

اولاً: انواع عقود الاستثمار

تتميز عقود الاستثمارات الأجنبية بالتعدد والتباين وذلك تبعاً الى تعدد المعايير المستخدمة في تطبيق هذه الاستثمارات وتباين تفصيلات واختيارات الدولة المضييفة 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 الاستثمار الأجنبي ذاته.

وإذا كان الاستثمار الأجنبي ينقسم من الناحية الاقتصادية على استثمار 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 استثمار قصير الأجل ان كانت المدة تقل عن سنة، واستثمار متوسط الأجل ، وهو ما زاد على سنة، وقل عن خمس سنوات ، والاستثمار طويل الأجل ،الذي يزيد على خمس سنوات ، ومن حيث القائم عليه فيقسم على استثمار خاص وهو الذي يقوم به فرد خاص سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً ، واستثمار عام وهو الذي تقوم به الدولة أو أحد أجهزتها العامة ،أو جهاز ذي كيان دولي ، واستثمار مختلط وهو الذي يحوي النوعين السابقين معاً .²¹

وقد يقسم تبعاً لمن يملك السيطرة والتحكم في الاستثمار ان كان المستثمر الأجنبي ذاته، ام الدولة المضييفة الى استثمار مباشر، وغير مباشر، استناداً الى تعاريف الاستثمار الأجنبي يمكن ان يعد معياراً أو تقسيماً تدوب أو تنصهر فيه المعايير أو التقسيمات لعقود الاستثمار، 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 الاستثماري. ومن ثم فإن ابرز ما تتخذه هذه العقود يتجلى لكونها اما عقود استثمارات أجنبية مباشرة، أو غير مباشرة، وكالاتي:

1- عقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة .

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

²¹ د. صفوت احمد عبد الحفيظ , دور الاستثمار الاجنبي في تطوير احكام القانون الدولي الخاص , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , 2005.

وكذلك عرف 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 أجنبياً ملكيةً وحصصاً تمكنهم من السيطرة، وادارة هذه المشروعات أو تعطيهم حق المشاركة في الادارة ".²²

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".²²

وهناك من يعرفه بأنه " العقد الذي ينصب على عمليات شراء، أو 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، أو شركة تحت سيطرة اجنبية".

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، أو مشروعات مشتركة، وبما يؤدي الى انتقال رأس المال الى الدول المضيفة لاستثمار عن طريق هذه الشركات .

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 تبيح له ذلك.

ويعرف هذا النوع من عقود الاستثمار الأجنبي بأنه " ذلك العقد الذي يتخذ محله شكل قروض 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 ان لا يكون للمستثمر الأجنبي من الأسهم ما يخوله حق ادارة الشركة والسيطرة عليها".²³

²² د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 40.

²³ د.صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الاجنبي في تطوير احكام القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص33.

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 كالبانوك وشركات التامين". أو هو "عقد شراء الاوراق المالية بهدف الحصول على الارباح الموزعة والعوائد المجدية لرأس المال".²⁴ ويمكن ان تتخذ عقود الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة صوراً عدة منها :-

- 1- شراء السندات الدولية، وشهادات الايداع المصرفية الدولية المقدمة بالعملة 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 الاجل.
- ومن ثم فإن أساس 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 الرقابه ، فهو ليس الا ظاهرة مالية، وتحويل لملكية الموارد من يد الى أخرى .²⁵
- فالمستثمر في عقد الاستثمار غير المباشر لا يستطيع استثمار امواله، الا من خلال دراسة مستفيضه 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 اعلاه او اللجوء الى وكالات متخصصة لتشجيع الاستثمار، وهذه الوكالات بمثابة وكالات دولية تستوفي اتعابها على صورة عمولات بالتوفيق بين عروض طلب المال ،أو المشورة الفنية، والعروض التي تمنح تلك الاحتياجات .²⁶

24 د. عبد السلام ابو قحف ، اقتصاديات الاستثمار الدولي ، ط 2 ، دون مطبعة ، 1991 ، ص 21.

25 د. بشار محمد الاسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مصدر سابق ، ص 44.

26 د. منصور فرج السعيد، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد (دراسة قانونية اقتصادية مقارنة)، بحث منشور من مجلة الحقوق، تقرير مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون، ايلول، 2001، ص 333.

ثانياً: خصائص عقود الأستثمارات الأجنبية.

تتميز عقود الأستثمارات الأجنبية بخصائص وسمات تعطيها طبيعة خاصة، فضلا عن الخصائص العامة من حيث كونها من العقود الرضائية ومن العقود الملزمة للجانبين، ومن عقود المعاوضه والمده، هناك خصيصتان أساسيتان تميزها عن سائر العقود وهما :-

1- عقود دولية .

تتكون عقود الأستثمارات الأجنبية من عناصر اساسية ثلاثة هي أطراف هذه العقود ، و موضوعها ، وهدفها او وظيفتها، فأطراف هذا العقد هم المستثمر الأجنبي، والدولة المضيفة للأستثمار ، وموضوع هذا العقد هو الأستثمارات 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 الأستثمار 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 ثانية. مما يترتب معه عد عقد الأستثمار الأجنبي عقدا دوليا.²⁷

والدولة بوصفها شخصاً سيادياً (أي تمتلك حق السيادة على اقليمها برمتها) ستكون متمتعة بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الطرف الأخر ما يترتب عليه وجوب ان يكون لدى المستثمر الأجنبي ضمانات تساعده 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 قضائية .²⁸

والضمانات التي يمكن تصورهما في هذا الصدد التي يطلق عليها شروط الثبات التشريعي، 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 للأستثمار بوصفها سلطة تشريعية في ذات الوقت بعدم اصدار اية تشريعات جديدة على نحو يؤدي الى الاخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والاضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها، والضمانة الأخرى هي توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ من هذه العقود، ويترتب على أتصاف هذه العقود بالدولية نتائج عدة أهمها:

²⁷ د.أحمد سيد أحمد السيد و د.أحمد حمود أحمد الحبسي، خصائص عقد الاستثمار وطبيعته القانونية، المجلة القانونية ، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، المجلد4، العدد4، 2018، ص136.

²⁸ د. سامي عبد الباقي أبو صالح، الاطار القانوني للأستثمارات الأجنبية في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2003 ، ص73.

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 دولي.²⁹

2- 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 الاستثمارات الأجنبية ، إذ أنها ليست كبقية العقود والعلاقات الاقتصادية التي تستهدف تحقيق الربح فقط، وذلك لما ترومه من تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار 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 الاقتصادي .

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 الاستثمار.³⁰

وهذا ما اكدته صراحةً الاعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار 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 ، فإنهم مدفوعون بالرغبة في تقوية الشراكة بين الدول من أجل التنمية الاقتصادية وإنشاء مؤسسة تهدف الى تسوية منازعات الاستثمار ، يمكن ان تكون

²⁹ هدى سعدون لفته، التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، 2009، ص17 وما بعدها.

³⁰ د. أحمد سيد أحمد السيد و د. أحمد حمود أحمد الحبيسي، خصائص عقد الاستثمار وطبيعته القانونية، مصدر سابق، ص140.

خطوة هامة على طريق خلق مناخ اساسه الثقة المتبادلة، ومن ثم تشجيع الأستثمار في الدول التي تسعى لجذبه اليها " .

وكذلك يتضح من خلال المقدمة للأتفاقية التي ورد فيها ما يأتي:- " تقديراً لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية ، ولأهمية الدور الذي تؤديه الأستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال " 31 .

ثالثاً: الطبيعة القانونية لعقود الأستثمار

يرى بعض الفقهاء بان عقود الأستثمار تدخل ضمن العقود الادارية الدولية، حيث عرفوا عقد الأستثمار بأنه " العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الإقتصادية مع شخص خاص أجنبي يلتزم بنقل قيم إقتصادية لإستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق الربح لأطراف العقد . "

ووفقاً لعقود الإستثمار، يلتزم المستثمر الأجنبي بتقديم رأس المال اللازم لإقامة المشاريع الإنتاجية أو الخدماتية، أو بتقديم الخبرات الفنية اللازمة في مجالات البترول أو التنمية الصناعية أو الأشغال العامة ، ويقتصر الإستثمار على تقديم رأس المال دون الدخول في تنفيذ مثل هذه المشروعات 32 .

وقد تعددت الاراء حول الطبيعة القانونية لعقود الدولة ذات الطابع الدولي او كما يسميها البعض بالعقود التجارية الدولية ذات الصبغة الادارية، فهناك اتجاه يرى بان هذه العقود هي عقود ادارية، في حين يرى اتجاه اخر بانها عقود ذات طبيعة خاصة.

حيث يرى بعض الفقهاء بان عقد الأستثمار الذي تيرمه الدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة يكون عقدا اداريا، وذلك بسبب توافر الاركان المميزة للعقد الاداري، كون ان احد اطراف العقد هي الدولة او احد اشخاصها المعنوية، كما انه يتصل بنشاط مرفق عام، ويتضمن شروطا استثنائية غير مالوفة في عقود القانون الخاص. 33

ويرى البعض الاخر منهم بان عقد الأستثمار ليس عقدا اداريا بل عقدا دوليا ذو طبيعة خاصة جديدة، حيث أنه وإن كان أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيه، وإتصاله بنشاط مرفق عام إلا أنه يتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة في العقود الإدارية، مثل شرط الثبات التشريعي، وشرط ثبات العقد، شرط التحكيم لفض

31 أحمد قاسم فرح و رشا محمد تيسري خطاب، مصدر سابق، ص805.

32 هدى سعدون لفته، مصدر سابق، ص33.

33 حفيفة السيد الحداد ، مصدر سابق، ص45.

المنازعات التي قد تنشأ عن إبرام العقد وكذا القانون الواجب التطبيق كما أنه يكون للأطراف عند إبرام هذا النوع من العقود حرية أكبر في التعاقد، حيث يتجلى مبدأ سلطان الإرادة على العكس تماما من العقود الإدارية الداخلية.³⁴

ان العقود الدولية ذات الصبغة الادارية هي عقود مستحدثة نسبيا في مجال العلاقات التعاقدية الدولية، وقد اهتم بها الفقه اهتماما خاصا كون هذا النوع له خصوصية تميزه عن باقي العقود الاخرى لذا يمكن تعريفه بانه :
ان عقد الاستثمار هو "عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية من جانب آخر، ويتعلق باستغلال الموارد الطبيعية ويتضمن شروطا غير مألوفة في العقود الداخلية مثل شرط الإعفاء الضريبي ، شرط الإعفاء الجمركي ، ويخضع هذا في بعض جوانبه للقانون العام ، وفي بعض جوانبه للقانون الخاص".

وعرفه اخرون بانه "عقود طويلة المدة طرفاها هما الحكومة أو جهاز تابع لها من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو إعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود بإستثمارات ضخمة، وتتضمن شروطا ومزايا غير مألوفة".³⁵

ومن التعاريف اعلاه فان هذه العقود تتميز بذاتيتها واعتبارها من عقود الدولة التي تخرج عن طائفة عقود التجارة الدولية المألوفة، واهم مميزاتها هي:

- أ- تبرم هذه العقود باسم الدولة، او عن طريق رئيس الدولة، أو رئيس الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناء على قانون الدولة التي يتبعها هذا الشخص
- ب- أن هناك طرفا من أشخاص القانون الخاص الأجنبية، يساهم في خطط التنمية الإقتصادية والإجتماعية في الدولة المضيفة
- ت- أن تتعلق هذه العقود بإستغلال الثروات الطبيعية للدولة، أو تتعلق بالملكية العامة، أو بإدارة المرافق العامة، أو إنشاء المرافق العامة للدولة ومشروعات البنية الأساسية

³⁴ عمر حلمي ، معيار تميز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1993 ، ص 64

³⁵ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008، ص64.

ث- تتميز هذه العقود عادة بطول مدتها وذلك بحكم طبيعتها ، لأنها تتعلق بإستغلال الموارد الطبيعية في خلال فترة زمنية طويلة، على نحو يتم معه إقامة منشأة وتجهيزات دائمة، تظل مملوكة للطرف الأجنبي طوال مدة العقد.

ج- تخضع هذه العقود لبعض قواعد القانون الخاص، وقواعد غير مألوفة في القانون الخاص كمفهوم السلطة التنفيذية، مراعاة التوازن المالي للعقد، القوة القاهرة مراجعة الأسعار .. الخ .

ح- يتمتع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بمزايا مختلفة مثل الإعفاء الضريبي تخفيض الجمارك أو تثبيت الضرائب الداخلية والجمركية، وبالمقابل فإن هناك مخاطر يتعرض لها الطرف الأجنبي في علاقته بالدولة المتعاقدة معه ، نتيجة تمتع هذه الأخيرة من سيادة وسلطات واسعة إتجاهه

خ- تثير هذه العقود سواء من ناحية إبرامها أو تنفيذها فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الأجنبية التي يتبعها الطرف المتعاقد مع الدولة.³⁶

رابعاً: الآثار المترتبة على عقد الاستثمار:

تترتب على عقد الاستثمار حقوق وواجبات تقع على كل من الدولة المضيفة والمستثمر وكالتالي:

1- حقوق الدولة المضيفة للاستثمار: وتشمل هذه الحقوق ما يأتي:

أ- حق الدولة في الرقابة والإشراف: عقود الاستثمار تكفل للدولة دائماً حق الرقابة على المستثمر لمتابعة إنجاز الأعمال المسلده على الوجه المطلوب، ويتجاوز حق الدولة دس إلى حد فرض قيود بعدم إسناد الأعمال إلى طرف ما إذا كان هذا الطرف غير مرغوب فيه كما يختلف الرقابة والإشراف من دولة مضيفة إلى أخرى على حسب الاتفاق في العقد.³⁷

ب- من حق الدولة المضيفة أن تقوم بمصادره وتاسيم الأموال الموجودة داخل الدولة سواء كان المستثمر شخص طبيعي أو معنوي، وطني أو اجنبي.

ت- من حق الدولة المضيفة أن تقوم بإلغاء العقد إذا أحل المستثمر بالتزاماته كان يتاخر في إنجاز المهام المطلوبة منه أو مثلاً إذا تنازل المستثمر عن العقد للغير دون إخطار الدولة بذلك، بل ومن حق الدولة توقيع الجزاءات التي تراها على المستثمر إذا كان هناك تقصير أو إحلال في التزاماته سواء كانت

³⁶ قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر، 2009، ص1
³⁷ مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الاجنبية بالوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الاول، دار الكتب القانونية، دار

شنت للنشر، مصر، الامارات، 2016، ص56.

هذه الجزاءات جزاءات مالية أو كانت جزاءات ضاغطة مثل وضع المشروع تحت الحراسة بالنسبة لعقود الامتياز أو الشراء على حساب المورد بالنسبة لعقود التوريد.³⁸

2- التزامات الدولة المضيفة للاستثمار: تلتزم الدولة بمساعدة المستثمر في تنفيذ التزاماته في المشروع وذلك بتقديم التسهيلات في المصالح الحكومية بتسهيل الحصول على التراخيص وتلتزم بملح من كافة الحوافز والتسهيلات التي وعدت بها، ويجب عليها تقديم الحماية للمستثمر وبيان المخاطر والعقبات الوارد حصولها أثناء سير المشروع وعليها في حالة عدم القدرة على حماية وتأمين المستثمر يجب عليها إصدار التشريعات اللازمة لذلك.³⁹

3- حقوق وواجبات المستثمر: من حق المستثمر على الدولة إزالة كافة المعوقات التي تحول دون تنفيذ التزاماته لذلك كان من الواجب إنشاء لجنة خاصة بالمشروع تقوم بدراسة كافة مطالب المستثمر وتذليل العقبات من أجل إتمام المشروع. وفي سبيل ذلك يحصل المستثمر على استثمارات تضمنها له قوانين الاستثمار مثل تسهيل دخول المعدات والأدوات التكنولوجية التي يحتاج إليها، والحق في استقدام الأيدي العاملة الأجنبية من الخارج كما يرى ومن حقه، ويحق له أن يطلب من الدولة المصيفة حسان عدم وجود مشاريع منافسة له وكذلك يحق له الحصول على الأراضي التي يحتاج إليها وضمان عدم تعرض الغير . ومقابل ما يكون للمستثمر من حقوق فإنه يقع على عائلته التزامات مثل أن يقوم بتلقت بلود العقد لأن هذا هو مضمون العقد والغرض منه وإذا لم يتم بتلتي ما عليه من التزامات فيتعين عليه تعويض الدولة عما أصابها من إصرار حراء ذلك.⁴⁰

خامسا: اسباب منازعات الاستثمار

تختلف اسباب منازعات الاستثمار بحسب قانون الدولة المرخصة للاستثمار ، وبحسب طبيعة ونوع العلاقة التي تربط المستثمر مع الطرف الاخر، كأن تكون الدولة المضيفة للاستثمار، او جهات حكومية ، او مستثمر اخر ، او مواطن من الدولة المضيفة للاستثمار وكالتالي:

³⁸ محمود الكيالي، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الاول، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2009، ص73.

³⁹ هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2007، ص211.

⁴⁰ محمود الكيالي، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الاول، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مصدر سابق، ص102.

1- النزاع بين المستثمر والدول المضيفة للاستثمار، اذا تعذر منح المستثمر الامتيازات والضمانات والاعفاءات المقررة بموجب الاتفاقية، او القانون الاستثماري او العقد. او قيام الدولة بالحجز على اموال المشروع أو مصادرتها، بدون أمر قضائي، او التأميم بدون مسوغ قانوني. او اعلان حالة طوارئ التي يقع فيها المشروع الاستثماري، مما يؤدي الى تضرر عمل المشروع.

وتشمل كذلك مخالفة المستثمر لشروط الترخيص او العقد او الاتفاقية ، او مخالفة المستثمر لواجباته وفق الترخيص لجهة عدم مباشرة العمل بالمشروع خلال المدة المحددة قانونا ، او مثلا اخفاقه في رفع تقارير دورية عن سير عمل تنفيذ المشروع للسلطة المرخصة المختصة خلال المدة المحددة قانونا، او عدم مسك سجل منظم يدون فيه اصول المشروع والمواد المستوردة المعفاة من الرسوم.⁴¹

2- النزاع بين مستثمر ومستثم: يحدث هذا النزاع غالبا في المشاريع الاستثمارية العائدة لاكثر من شخص سواء تم الترخيص من البداية لاكثر من شخص او لاحقا قام احد الاشخاص المرخص لهم بابرام عقد مع شريك او شركاء اخرون ووافقت السلطة المرخصة على ذلك. ومن خلال التنفيذ تقوم منازعات كثيرة تتعلق بكيفية ادارة المشروع الاستثماري او التصرف فيه، او اقتسام ارباحه او الرغبة في زيادة الشركاء او خروج احدهم.

3- النزاع بين الجهة المرخصة للمستثمر ومواطنين: المشاريع الاستثمارية المصدقة بواسطة السلطات المختصة ، والعقود والاتفاقيات الموقعة يمتد اثرها الى جهات حكومية اخرى كالجمارك والمالية والدوائر العقارية وغيرها، ومن المعلوم ان هذه المشاريع تحتاج الى اراض لإقامة المشاريع عليها ، وغالبا ما تظهر نزاعات بين المشاريع الاستثمارية ومواطنين حول ملكية اراض المشروع المخصص من قبل السلطة المختصة بترخيص المشروع الاستثماري، او نطاق حدوده . وعادة ما تظهر المنازعات بين سلطات الدولة المضيفة للاستثمار والمواطنين بسبب نزع ملكية الاراضي وتخصيصها للمستثمرين قبل حسم النزاع مع صاحب الارض.⁴²

4- نزاع بين دولة ودولة: وهذا يتعلق بوجود اتفاقية ثنائية استثمارية ، ويحدث نزاع بشأن اخلال احد الطرفين ببندوها ، او نزاع بشأن عقد استثمار لمواطن في دولة مضيفة للاستثمار، وفي حال فشلت الدولة

⁴¹ هبة نزاع، توازن عقود الاستثمارات الاجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الاولى 2016، ص66.

⁴² عمر ناشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008، ص35.

المضيفة للاستثمار في تسوية النزاع او رفضت الدولة المضيفة للاستثمار تنفيذ الحكم التحكيمي، في هذه الحالة تستطيع الدولة -دولة المستثمر وفقا لنظرية الحماية الدبلوماسية ان تدعي على الدولة المضيفة للاستثمار (عملا بالمادة 27 الفقرة 1 من الاكسيد).⁴³

2.1 مفهوم التحكيم التجاري في منازعات الاستثمار

يعد التحكيم الوسيلة الاكثر قبولا في تسوية منازعات عقود الاستثمار، كونه يسمح للاطراف بتسوية نزاعاتهم باختيار محكمين من ذوي الخبرة والكفاءة العالية في هذا المجال، مما يساعد في الفصل في هكذا نزاع بسهولة وسرعة، ذلك ان التحكيم لا يتقيد بالاجراءات والمواعيد كما في القضاء الوطني، وبذلك يمكن الاطراف من تحديد مكان التحكيم وزمان بدء اجراءاته وتحديد موضوع النزاع، كما ويتيح للاطراف الاتفاق القانون الواجب التطبيق على الموضوع وكذلك اختيار القانون الواجب التطبيق على الاجراءات التحكيمية وفقا لما ينسجم مع طبيعة النزاع العقدي المعروض على التحكيم.⁴⁴

وفي العراق فقد انضم الى اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي في عام 1983،⁴⁵ حيث تعتبر هذه الاتفاقية من اهم الاتفاقيات التي عقدت في نطاق جامعة الدول العربية والتي تضمنت على 72 مادة ، حيث افردت هذه الاتفاقية المادة 37 منها لمعالجة احكام التحكيم الخاصة تحت عنوان المحكمين، كما ان العراق قد انضم مؤخرا لاتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية لعام 1958، بموجب القانون رقم (14) لسنة 2021.⁴⁶

فالتحكيم بمفهومه القانوني العام هو اتفاق بين طرفي النزاع باحالته الى شخص ثالث لحسمه دون اللجوء الى القضاء سواء كان هذا الاتفاق قبل نشوء النزاع وضمن عقد الاستثمار فيدعى (شرط تحكيم) او بعد نشوءه فيدعى (مشاركة تحكيم)، وذلك لاجل تعيين المحكمين وتحديد اجراءات التحكيم او القانون الواجب التطبيق ويمكن ان يكون هذا التحكيم داخليا او دوليا.

⁴³ هبة بزاع، مصدر سابق، ص70.

⁴⁴ د. منصور فرج السعيد، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد (دراسة قانونية اقتصادية مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق، تقرير مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون، ايلول، 2001، ص333.

⁴⁵ صادق العراق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي في عام 1983 بالقانون رقم 110 لسنة 1983 ونشر القانون بجريدة الوقائع العراقية العدد 2976 في 1984/3/16.

⁴⁶ نشر القانون في العدد (4633) من جريدة الوقائع العراقية الصادر في 31/5/2021

ولما كان القضاء الإداري هو المختص بالنظر في مثل هذه المنازعات إلا أن مشاركة هذه الدول من خلال إحدى إداراتها في ميدان التجارة الداخلية والخارجية بغية تحقيق التنمية الاقتصادية وإشباع الحاجات العامة لمواطنيها من خلال جذب الاستثمارات مما اضطرها لإبرام عقود مع أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، الأمر الذي تسبب في ازدياد حالات التنازع بين أطراف هذه العقود، وبالتالي لا بد من الابتعاد عن القانون الداخلي لتلك الدولة المضيفة للاستثمار كي يطمأن الطرف الآخر بتحقيق العدالة وعدم استخدام الدولة لسلطاتها، فكان لا بد من اللجوء إلى التحكيم لفض تلك المنازعات.⁴⁷

ونظراً لأهمية التحكيم في عقد الاستثمار الأجنبي تجعل من الأهمية بيان المقصود به من خلال بيان تعريف اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار الأجنبي في مطلب أول، تحديد آثار اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار الأجنبي في مطلب ثاني.

1.2.1 تعريف اتفاق التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار وشروطه

أولاً: تعريف اتفاق التحكيم التجاري في منازعات الاستثمار

عرفت اتفاقية نيويورك عام 1958 بشأن التنفيذ والاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية اتفاق التحكيم في المادة الثانية منها بأنه:

- أ- " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم بكل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".
- ب- يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات.
- ج- على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق.⁴⁸

⁴⁷ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، 1996، ص 37.

⁴⁸ المادة الثانية من اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958.

وجاء في اتفاقية واشنطن لعام 1965 والمعروفة باسم المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار في الفصل الرابع (التحكيم) القسم الاول (طلب التحكيم) في المادة 36 منها بانه"

- 1- الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة الذي يرغب في الالتجاء إلى طريق التوفيق، يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى السكرتير العام، الذي يقوم بإرسال صورة منه إلى الطرف الآخر...
- 2- ويجب أن يشتمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم.
- 3- يتعين على السكرتير العام تسجيل الطلب، إلا إذا قدر في ضوء البيانات الواردة بالطلب، أن النزاع يخرج بشكل جلي عن اختصاص المركز. ويجب على السكرتير العام أن يخطر الأطراف على الفور بتسجيل الطلب أو رفض تسجيله".⁴⁹

أما بالنسبة للتشريعات فوجد ان قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 (المعدل) لم يشر إلى تعريف التحكيم ولكنه أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما أجاز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي عن تنفيذ عقد معين.⁵⁰

وعرف قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 اتفاق التحكيم بانه" اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية".⁵¹

أما ما جاء في الفقرة الثانية من ذات المادة (10) "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين , وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (30) من هذا القانون , كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية , وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق

المسائل التي يشملها التحكيم والا كان الاتفاق باطلا".

⁴⁹ وما تجدر الإشارة إليه ان العراق انضم الى اتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين دول ومواطني دول اخرى (اتفاقية واشنطن لعام 1965) بموجب قانون الانضمام رقم 64 لسنة 2012. اما جمهورية مصر العربية فقد انضمت لهذه الاتفاقية بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 90 لسنة 1971.

⁵⁰ المادة (251) من قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 (المعدل)

⁵¹ المادة (10 فقرة 1) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

وجاء في الفقرة الثالثة "ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

والتحكيم التجاري يكون تحكيماً دولياً إذا ما كانت المنازعات حاصلية بين أشخاص القانون الخاص وأشخاص القانون العام ولا يقتصر على المنازعات التي تنشأ بين الدول حصراً.⁵²

وقد عرف المشرع العراقي التحكيم الدولي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 بأنه "... 2- التحكيم الدولي: لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى أو المهمة وعندما يكون أحد طرفي العقد اجنبياً على أن يراعى ما يأتي:

أولاً: أن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة.

ثانياً: تحديد مكان ولغة التحكيم.

ثالثاً: اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق.

رابعاً: أن تتوافر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب".

وقد نص المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في المادة (3) منه "بان التحكيم يكون دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفاً التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

⁵² د. عبد الكريم محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين – الطاقة بين القانون والاقتصاد، 2013/5/21-20،

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة.

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب- مكان تنفيذ جانب جوهري من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

ت- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.⁵³

كما ويكون التحكيم التجاري الدولي تحكيميا تجاريا وفقا لنص المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في المادة (2) منه " يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع إقتصادي عقدية كانت أو غير عقدية ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية.⁵⁴

وبذلك فان المشرع العراقي في المواد (من 251 الى 276) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 نظمت التحكيم الداخلي فقط دون التحكيم الدولي والذي يعد غريبا عن النظام القانوني العراقي الذي لايجيزه الا في اطار ضيق يتمثل في مصادقته على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 والتي عالجت كيفية الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه في المادة (37) من الاتفاقية.⁵⁵

وعلى الرغم من ان العراق قد وافق اخيرا للانضمام لاتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ الاحكام الاجنبية لعام 1958 الا انه مازل حديث العهد بالتحكيم التجاري الدولي ولايمتلك قانونا تحكيميا خاصا يجيز التحكيم التجاري الدولي اسوة بمصر.⁵⁶

⁵³ المادة (3) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994.

⁵⁴ المادة (2) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994

⁵⁵ د.عجيل كاظم طارق، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة-، مجلة جامعة اهل البيت العدد25، الاثنين، 25 نوفمبر 2019، ص418.

⁵⁶ قانون انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958)، موقع مجلس النواب العراقي الرسمي

الاتي: <https://ar.parliament.iq/2021/03/04> تمت زيارة الموقع بتاريخ 2021/4/17.

اما التحكيم التجاري الدولي ذات الصبغة الادارية فيعرف بانه "عقد يبرم بين طرفين، أحدهما يكون تابعاً لأشخاص القانون العام والآخر من أشخاص القانون الخاص بهدف تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وحيث أن إرادة الطرفين هي التي تنشأ الاتفاق التحكيمي لذلك لا بد من أن يجيزها المشرع بنص قانوني من خلال ذكر مسائل التحكيم المسموحة، أو المحظورة ووضع التنظيم القانوني الذي يحكمه والتعرف على كيفية التنفيذ لأحكام المحكمين والطعن فيها، لذا فإن قواعد العقد الإداري تكون مستمدة إما من النصوص التشريعية أو من أحكام القضاء الإداري ويكون للقاضي دور في استخلاص القواعد القانونية التي تحكم العقد، دون التقيد بنصوص القانون المدني.⁵⁷

وهذا ما نص عليه قانون التحكيم المصري في المادة (1) منه بانه " مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون .وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص".

اما المشرع العراقي ففيما يتعلق بالتحكيم في العقود الادارية فقد اجاز لطرفي النزاع عند حدوث خلاف بينهما الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم، شريطة استحصال موافقة الوزير المختص وان يلتزم كل طرف بالاستمرار في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد.⁵⁸

ويمكن تعريف التحكيم التجاري الدولي في العقود الإدارية الدولية بأنه " تسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية الدولية من غير طريق القضاء الإداري الوطني سواء كان داخل الدولة المتعاقدة أو خارجها وفقا للمعاهدات الدولية والعقد".⁵⁹

وعليه يمكن القول بأن التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية هو "اتفاق الأطراف المتعاقدة في عقود

⁵⁷ سنان عبد الحسين صالح، التحكيم في منازعات العقود الادارية (دراسة مقارنة)، المجلة الدولية للعلوم الانسانية والاجتماعية ، العدد 23، اغسطس 2021، ص62.

⁵⁸ المادة (4) من قانون المناقصات والمزايدات العراقي رقم 89 لسنة 1998 .

⁵⁹ مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010، ص233.

الاستثمارات الأجنبية على استبعاد قضاء الدولة المضيفة للاستثمار أو أي دولة أخرى في حل النزاع القائم أو المحتمل الوقوع بينهما واختيار اشخاص او منظمات ذات خبرة في مجال العلاقة الاستثمارية في حل ذلك النزاع ، على ان يتمتع قرارهم بصفة الالتزام ."

مما تقدم فالباحث يرى ان التحكيم في منازعات الاستثمار هو تحكيم تجاري دولي ذو صبغة ادارية يلجأ اليه الاطراف سواء كانوا اشخاص القانون الخاص او اشخاص القانون العام في حالة نشوب نزاع عن تنفيذ العقود الاستثمارية التي يكون احد اطرافها من اشخاص القانون الخاص الاجنبي والطرف الثاني من اشخاص القانون العام .

ثانيا : انواع التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبي

1- التحكيم المؤسسي⁶⁰

ان التحكيم المؤسسي هو ذلك التحكيم الذي يتفق فيه الأطراف على إحالة المنازعات التي ستنشأ أو التي نشأت بالفعل إلى التحكيم أمام إحدى مؤسسات التحكيم الدائمة، حيث تتولى العملية التحكيمية من بدايتها، أي منذ لحظة تلقي الطلب وحتى إصدار حكم التحكيم عن طريق أجهزتها الإدارية ولوائحها التي وضعت سلفاً.⁶¹ ويشترط لكون التحكيم مؤسسيا ان يتوافر فيه مايلي:

أ- وجود مركز تحكيم دائم من مقر مجلس ادارة ومقر تحكيم وقائمة محكمين وقواعد تحكيم .

ب- ان يقوم المركز التحكيمي بتنظيم العملية التحكيمية وادارتها والاشراف عليها بدءا من تلقي الطلبات التحكيم وحتى اصدار قرار التحكيم .⁶²

وبذلك فان اللجوء الى التحكيم المؤسسي من شأنه ان يولد التزاما على الاطراف المتنازعة وذلك بعدم اللجوء الى القضاء الوطني للفصل في النزاع محل التحكيم الا ان دفع سبق الاتفاق على التحكيم يجب ان يثار قبل الدخول بالموضوع من قبل اي من الطرفين وفي حالة عدم الدفع فان القاضي ينظر بالدعوى كون هذا

⁶⁰ ويطلق على التحكيم المؤسسي مسميات اخرى، مثل تحكيم المنظمات الدائمة، تحكيم الهيئات الدائمة، التحكيم النظامي، التحكيم التنظيمي، التحكيم المنظم، وتتولى هذا النوع من التحكيم هيئة تحكيمية تدعى مؤسسة تحكيم او غرفة تحكيم او جمعية تحكيم او لجنة تحكيم او محكمة تحكيم.

⁶¹ محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 419.

⁶² جمال محمود الكردي، القانون الواجب في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 33

الدفع لا يتعلق بالنظام العام فليس للقاضي ان يثيره من تلقاء نفسه مالم يطلبه الخصوم، كما يمكن للاطراف التنازل عن هذا الالتزام سواء بارادة صريحة او ضمنية.⁶³

ويلتزم اطراف النزاع بما تنص عليه قواعد المركز التحكيمي المؤسسي الذي اتفقوا باحالة النزاع اليه، وتاخذ قواعد المركز المؤسسي على عاتقها بتحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم، وكذلك اختيار المحكمين وتحديد مكان التحكيم، ذلك ان الاتفاق على احالة النزاع الى مركز تحكيمي مؤسسي معين يستدل منه ضمناً على اتفاق الاطراف باتباع لوائح وتعليمات ذلك المركز، وتعد احالة النزاع الى التحكيم امام مركز تحكيمي مؤسسي بمثابة اعطاءه الصلاحيات في ادارة النزاع وفقاً لما تنص عليه قواعد التحكيمية ووفقاً لما ينص عليه النظام العام.⁶⁴

وفي ذات الوقت يلتزم المركز التحكيمي المؤسسي بالحيادية والاستقلال واتمام الاجراءات في الوقت المحدد مسبقاً، كونه يمتلك خبرة فنية في هذا المجال وقادر على متابعة الاجراءات التحكيمية في كافة مراحلها بما يملكه من كادر اداري متخصص وترجمة وتامين الوثائق وهذا غير متوافر في التحكيم الحر.⁶⁵

الا ان المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية والتجارية لم ينص على هذا النوع من التحكيم المؤسسي وكذلك لم يشر الى كيفية انشاءها او تنظيم عملها، اما المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 حيث اجاز للاطراف فيما يتعلق بالاجراءات التحكيمية بالاحالة الى قواعد المركز او مؤسسة او غرفة تحكيم معينة لنظر النزاع وبذلك يكون كل من اتفاق التحكيم ولوائح المركز دليلاً للاجراءات التحكيمية.⁶⁶

2- التحكيم الحر

ان التحكيم المؤسسي يقوم على اساسين هما :

أ- وجود مركز تحكيم دائم من مقر مجلس ادارة ومقر تحكيم وقائمة محكمين ولائحة تحكيم .

63 د. اياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 622.

64 د. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 163.

65 د. أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء، وهيئات التحكيم العربية والدولية دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة 2005، ص 55.

66 المادة (2) و (4) و (5) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

ب- ان يقوم المركز التحكيمي بتنظيم العملية التحكيمية وادارتها والاشراف عليها بدءا من تلقي الطلبات التحكيم وحتى اصدار قرار التحكيم.

لذا فان التحكيم لا يكون مؤسسيا بل يعد تحكيميا حرا في حالة عدم وجود مركز تحكيم يتكون من مجلس ادارة ومقر وكذلك في حالة عدم قيامه بالتدخل في تنظيم العملية التحكيمية بل يعطي التحكيم الحر لاطراف النزاع الحرية الكاملة في اختيار القواعد التحكيمية واجراءاته التي يتبعها المحكم وعادة ما تكون متمثلة باختيار قواعد الاونيسترال لعام 1976، وتقوم هذه القواعد بالنص على الية اختيار المحكمين ورئيس الهيئة وكذلك تحديد مكان النزاع الذي اتفق عليه الاطراف وفي حالة عدم اتفاقهم وبما لا يتعارض مع القواعد الأمرة أو النظام العام.⁶⁷

فالتحكيم الحر يعد اقدم انواع التحكيم حتى انه قد سبق التحكيم المؤسسي بفترات طويلة، ذلك ان التحكيم الحر لا تحكمه قواعد كما هو الحال في التحكيم المؤسسي ولا يخضع لادارة او اشراف مؤسسة تحكيمية، بل ان عملية التحكيم تتم وفقا لما اتفق عليه الطرفان من القواعد الاجرائية، وفي حالة عدم اتفاق الاطراف على هذه الاجراءات التحكيمية فان القانون الذي يكون واجب التطبيق عادة هو قانون مكان التحكيم.⁶⁸

وبذلك فاذا اختار الاطراف التحكيم الحر (الخاص) فيجب عليهم ان يتوسعوا في تفصيل الاجراءات التي سوف تتبع وكذلك اخذ الاحتياطات كي لا تكون هذه الاجراءات معقدة فتعطي للمدعي عليه فرصة تجميد التحكيم.⁶⁹

2.2.1 مميزات وعيوب اللجوء إلى التحكيم واثاره

اولا: مبررات اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار

تعد مشكلة بطء التقاضي مشكلة عالمية، وليست مشكلة في العراق مصر، ولكنها تفاقمت وتزايدت مشكلاتها، حتى وصل الحال ببعض المنازعات بان تبقى مستمرة أمام القضاء لعدة سنين.

إن مشكلة بطء التقاضي وارتفاع عدد القضايا أمام القضاء، وإرهاق العاملين بالنظام القضائي بتلك القضايا في ظل التعقيدات الإدارية، وطول مدة التقاضي والظعن في الأحكام القضائية على درجتين. بالإضافة إلى انه

⁶⁷ يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط، المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط والانشاءات الدولية، من 26-28 اغسطس/اب 2014، ص11.

⁶⁸ طارق عزت رجا، دور القانون الدولي في حل مشكلات استغلال الثروات البترولية، دار النهضة العربية، ط1، 2008، ص224.

⁶⁹ حمزة احمد حداد، كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية، ورقة عمل مقدمة لمركز دبي للتحكيم التجاري بتاريخ 31 / 12 / 2003، ص4.

في بعض الأحيان يصدر الحكم القضائي غير مراعي المصالح المتبادلة بين الأطراف مما يؤدي إلى القطيعة النهائية بينهما.⁷⁰ مما له من تأثير كبير على الحياة الاقتصادية بكل جوانبها.

وكذلك يمتد تأثيرها للحياة الاجتماعية حيث تؤثر سلبا على الحقوق والحريات، كما إن تأخر الفصل في القضايا جعل المتقاضين يستغلون ذلك في عدم رد الحقوق في مواعيدها، لذلك فظاهرة بطء التقاضي تحول دون التقدم والتنمية وخاصة فيما يشهده العالم من تطور في النقل البحري واعتماده كليا عليه. فالقضاء يجب أن يكون من أولويات الدولة لحل مشكلاته.⁷¹

كما إن لجوء الأطراف في منازعات الاستثمار لحلها بعيدا عن القضاء يرجع لعدة أسباب، فمنها أسباب عملية، وقانونية، ونفسية، ومادية.

أما الأسباب العملية، فتتعلق بأهمية المبادلات التجارية الدولية في الوقت الحاضر، حيث فرضت هذه الأهمية إيجاد إطار خارج قضاء الدولة، متمثلا في استحداث هيئات قضائية دولية (مراكز تحكيم مؤسسي أو حر) من اختيار الأطراف تنسجم مع متطلبات التجارة الدولية من حيث سرعة الفصل في هذه المنازعة كون القضاء الوطني وكما أسلفنا يعاب عليه ثقله وطول إجراءاته وإهدار عامل الزمن في العمليات التجارية، لان منازعات الاستثمار ذات العنصر الأجنبي تتعلق بأطراف من عدة أقاليم متباعدة مما يشكل تكاليف باهضة على الكلفة النهائية للفصل في المنازعة عند تسوية هذه المنازعة.⁷²

حيث يلجأ إلى إدراج شرط التحكيم في العقود والاتفاقات الدولية، الأطراف ذات المركز القوي بحل النزاع بعيدا عن القضاء الوطني وعادة ما يكون الأجنبي هو الطرف الأقوى في عملية التعاقد نتيجة للملائمة المالية لكلا الطرفين ومدى احتياج كل طرف لإبرام هذا التعاقد أو الصفقة، حيث يضطر الطرف الضعيف إلى قبول ما يمليه الطرف الآخر من الشروط.

⁷⁰ ندوة التكامل بين القضاء والتحكيم، نظمها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالتعاون مع ديوان المظالم بالملكة العربية السعودية، للفترة من 14-15 ربيع الثاني 1431 هجرية، 30-31 مارس، 2010، الرياض بالملكة العربية السعودية منشور على الموقع الإلكتروني

www.gcac.biz

⁷¹ محمد احمد عزام، ظاهرة بطء التقاضي المشكلات والحلول، 2012، منشور على الموقع الإلكتروني لشبكة محامين العرب،

www.mohamoon.com

⁷² ذ سقف جلال، التحكيم الدولي كوسيلة بديلة لحل المنازعات قراءة تحليلية في قانون الأعمال، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني لجريدة القانونية أول جريدة قانونية إلكترونية احترافية بالمغرب، www.alkanounia.com

ولما كان من المقرر بان العقد شريعة المتعاقدين ويلزم كل من الطرفين ببند وشروط التعاقد المبرم بينهما، لذا ينعقد الاختصاص الدولي لمحكمة التحكيم في البلد الأجنبي للمتعاقد الأجنبي، مما يكون له أثر سلبي على طرف المتعاقد الوطني.

ويرى الباحث لتجنب هذه الآثار السلبية في الواقع العملي لتسوية المنازعات التجارية الدولية ذات الصبغة الادارية أن تهتم الدولة بالمنازعات الدولية وتعاملها بشيء من الخصوصية بإعطائها الأولوية عند الفصل فيها لأن هذه المنازعات إذا ما اختصت بها المحاكم الأجنبية ستكلف الدولة والمواطنين الكثير من الأموال وضياع للفرص وتؤثر في تكافؤ أطراف التعاقد والمنازعة، وذلك في سبيل الحفاظ على سمعة القضاء الوطني والثروة الوطنية الخاصة والعامة، ولما تتطلبه التجارة بشكل عام من ضرورة توفر عدالة ناجزة لا تفوت على صاحبها منفعة عند لجوؤه إلى القانون الوطني.

وإذا ما تحققت سرعة الفصل في المنازعات الدولية فان ذلك من شأنه تمكين الطرف الوطني بان يتمسك قبل الطرف الأجنبي بإدراج شرط التحكيم في التعاقد المبرم على انعقاد الاختصاص القضائي سواء العادي أو المحاكم التجارية وفقا للقوانين الداخلية أو الدولية في كلا البلدين على قدم المساواة وعدم فسح المجال للطرف الأجنبي بالتدفع ببطء الإجراءات أمام المحاكم الوطنية وجعل موقف الطرف الوطني ضعيف دائما.

أما الأسباب القانونية فان ازدياد منازعات الاستثمار كما وتعقيدا، وتنوع أساليبها، جعل أطراف النشاط التجاري أمام عائق هام في حل النزاعات الناشئة بينهم في إطار معاملاتهم التجارية، لان مهمة فض المنازعات يقوم بها قضاء الدولة. لكن ما يشهده اليوم من تكدس ملفات القضايا وطول إجراءاتها المعقدة جعل من القضاء لا يكفي لمتطلبات فض نزاعات التجارة الدولية. وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: جهل المتعاملين في مجال التجارة الدولية للقوانين الوطنية المختلفة وإجراءاتها، وفي نفس الوقت محاولة للتخلص من عقبة القانون الدولي الخاص وما يتسبب به من مشاكل في تحديد قاعدة قانونية مطبقة والتي تفضل قانون وطني على حساب قانون وطني آخر مما يشكل مشكلة تواجه المستغلين.⁷³

⁷³ ذ سقف جلال، التحكيم الدولي كوسيلة بديلة لحل المنازعات قراءة تحليلية في قانون الأعمال، مقالة، منشورة على جريدة القانونية ، أول جريدة قانونية الكترونية احترافية بالمغرب، مصدر سابق.

السبب الثاني: ويتمثل بعامل الزمن، فالزمن يمثل عنصراً بالغ الأهمية بالنسبة للتاجر، حيث الارتفاع المفاجئ لقيمة الأسهم وانخفاض قيم أخرى، وكذلك العملات الأجنبية. كما إن مرور الزمن يرفع في قيمة الفوائد المالية.

السبب الثالث: انعدام المرونة في كل ما يتعلق بالتقاضي أمام قضاء الدولة، حيث يتسم قانون الدولة بصبغته الأمرة وخاصة في الإجراءات. ويخضع المتقاضي بذلك لجملة من الإجراءات يغلب عليها الطابع الشكلي والتي تكون مضيعة للوقت بحجة ضمان محاكمة عادلة ونزيهة، أما القانون الموضوع فيفتقر إلى الحلول العملية والواقعية السريعة والناجعة لحل النزاعات المتعلقة بالأساليب الجديدة للتعامل التجاري والتي تكون معقدة أحياناً.

لذلك يلجأ أطراف النزاع التجاري إلى التحكيم التجاري الدولي للتحري من الالتزام بالقانون الإجرائي للدولة، إذ يضعون بكل حرية الإجراءات التي يريدون اتباعها، كما يمكنهم من اختيار القانون المطبق على أصل النزاع أو تجاوز القانون أصلاً والالتجاء إلى قواعد العدالة والإنصاف.⁷⁴

أما الأسباب النفسية نتيجة لازدهار التجارة الدولية، أصبح التحكيم التجاري وسيلة مقبولة لتسوية الخلافات الناشئة عنها، لأن المتعاملين هم من جنسيات مختلفة، ولا يقبل أحدهم بالخضوع للاختصاص القضائي والتشريعي لدولة الأخرى، لأنه يجهل قانون الدولة الثانية، وقد يكون يخشى التحيز في المعاملة لعدم اطمئنانه إلى القضاء فيها. فليس أمام الطرفين إلا التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بينهما دون خضوع أحدهما لقانون دولة الأخرى.

لذا كان وجود التحكيم كقضاء مريح وعدالة ناجزة فاعلة خارج إطار المحاكم الوطنية وبالسرعة المطلوبة وبتكاليف معقولة. فبرز دور التحكيم التجاري في سرعة الفصل في هذه المنازعات على وجه الخصوص، وسرية المحاكمة وإصدار حكم يرضي الأطراف على أساس الاتفاق والذي يساعد في نفس الوقت من تقليص عدد القضايا التي تعرفها المحاكم.⁷⁵

ويرى الباحث مما سبق انه على الرغم مما يوفره التحكيم التجاري الدولي من عدم خضوع أحد الأطراف لقانون دولة أخرى، إلا أننا نرى بان مراكز التحكيم المؤسساتية والحررة تكون خاضعة للقانون الوطني للبلد الذي توجد فيه هذه المراكز.

⁷⁴ محمد المهدي الفازع، التحررية في مادة التحكيم التجاري الدولي، www.jurispedia.org

⁷⁵ ندوة التكامل بين القضاء والتحكيم، نظمها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالتعاون مع ديوان المظالم بالملكة العربية السعودية. مصدر سابق.

كما وان قوائم المحكمين في كل مركز يكونوا من نفس البلد وعند عدم اتفاق القانون المطبق على الإجراءات أو على الموضوع فان المحكمين يسعون في تطبيق قانونهم الموضوعي للحكم في وقائع النزاع بدلا من تطبيق قوانين أخرى، أي تكون الأحكام الصادرة ذات نزعة وطنية.

وذلك يرجع كله إلى إهمال المشرع الوطني لإيجاد نظام قانوني يعجل بحسم المنازعات التجارية الدولية. لجعل المتعاقد الوطني بموقف أقوى مما هو عليه الآن، كما إن المشرع العراقي بذلك يساهم في التنازل عن اختصاصه القضائي لدولة أخرى دون وجه حق سوى انه لا يوجد محكمة لا تعاني ببطء إجراءات التقاضي وتحقق العدالة الناجزة.

ومع ذلك يبقى القضاء هو الشامل والتحكيم هو الاستثناء، رغم المعوقات التي ذكرت، وما التكامل بين القضاء والتحكيم إلا دليل على اتحاد هدف كل من هذين النظامين ألا وهو تحقيق العدالة.

فلقضاء الدولة دور داعم للتحكيم من خلال ما يقدمه من مساعده الهدف منها ضمان نجاعة التحكيم بمساعدة القضاء في تشكيل هيئة التحكيم واتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفطية وهذا ما يؤكد علاقة التكامل بين القضاء الرسمي والخاص.⁷⁶

كما إن ما تفرضه التجارة العالمية لإزالة القيود التي تعترضها لاتساع الأسواق والتطور التكنولوجي والمعلوماتي والتقدم في وسائل الاتصال، قد جعل التحكيم ضرورة ملحة باعتباره عامل مهم في تطور العلاقات التجارية بين البلدان وداعما رئيسيا في هذا الشأن.

فالتحكيم عملا اتفاقيا كما يراه البعض في مصدره، لكنه عمل قضائي في أثاره. لذا فتدخل القضاء بالمساعدة في إجراءات التحكيم هو الذي اضى على التحكيم القوة التي تسهل للمحكم تحقيق الدعوى وعناصرها أو الأمر بالإجراء التحفظي أو الوقتي. وعدم السماح للأطراف بتعطيل إجراءات التحكيم أو تعطيل هيئة التحكيم ذاتها من السير في الخصومة ومراقبة عدم افتقادها لاحد الشروط اللازمة لاعتبار الحكم بين الأطراف التحكيمية أو شرطا من الشروط التي اتفق عليها الأطراف. وكل ذلك لا يمنع قضاء الدولة من التدخل الرقابي ضمانا لالتزام بقواعد النظام العام ومبادئ الإجراءات الأساسية من لحظة بدء إجراءات التحكيم وبعد إصدار الحكم التحكيمي وإضفاء الصيغة التنفيذية عليه.⁷⁷

Edgar Chin :Claims Director, Growth of arbitration in Singapore, Standard Bulletin: Arbitration Special Edition, ⁷⁶

February 2012, page 7.

⁷⁷ محمد المهدي الفازع، التحريرية في مادة التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق.

ثانياً: اثار اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار

بعد ان يتفق الاطراف باحالة النزاع الذي ينشأ بينهما الى التحكيم التجاري الدولي، فانه ينشأ التزامهما بعرض النزاع على هيئة التحكيم وهذا ما يسمى بالاثر الايجابي، وفي ذات الوقت ينشأ التزام الاطراف بالامتناع عن عرض نزاعهما على القضاء الوطني وهذا ما يسمى بالاثر السلبي.

وكذلك فان الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي بين الاطراف يظهر اثره بشكل واضح على تمسك الدولة المضيفة للاستثمار للتمسك بالحصانة القضائية والتنفيذية لها.

واضافة لما تقدم فان احالة النزاع الى التحكيم فينتج عنه كذلك عدة اثار يتم بموجبها منح هيئة التحكيم صلاحية الفصل في اختصاصها بالنزاع المعروض عليها (مبدأ الاختصاص بالاختصاص)، وكذلك عدم جواز سلب اختصاص هيئة التحكيم في تسوية النزاع المعروض عليها سواء من القضاء الوطني ام من قبل هيئة تحكيم اخرى، كما ان من اثار الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار من شأنه سلب الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة المضيفة، واستقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار الاصيلي وبالتالي:

1- مبدأ الاختصاص بالاختصاص

ويعني مبدأ الاختصاص بالاختصاص بان المحكم يختص بتحديد اختصاصه في نظر المنازعة المعروضة عليه، فهو الذي يقرر فيما اذا كان هناك اتفاق تحكيم من عدمه وذلك في حالة اثاره احد الخصوم مسألة عدم صحة او انعدام الاتفاق او كان موضوع الاتفاق مخالفا للنظام العام".⁷⁸

أن تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص يقطع الطريق بوجه الطرف الذي يحمل سوء النية والذي يهدف إلى تعطيل إجراءات التحكيم فيما لو أجاز له الطعن في اختصاص المحكمين أمام القضاء.⁷⁹ وقد أكدت على العديد من اتفاقيات التحكيم الدولية وكذلك معظم قوانين التحكيم الوطنية على مبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث نصت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961م في المادة الخامسة فقرة 3 بانه " مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي، فانه يقتضي

⁷⁸ سراج حسين، التحكيم في منازعات البترول، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص361.

⁷⁹ د. إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي، ماهر محسن عبود الخيكاني، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار (دراسة مقارنة)، كلية القانون - جامعة بابل، ص71. بحث منشور على الموقع الإلكتروني

على الحكم المطعون بصلاحياته ألا يتخلى عن القضية. وهو له الحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية كذلك بصدد وجود وصحة اتفاقية التحكيم أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزءاً منه".

وبذلك فإن هذه الاتفاقية تقرر بأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يشمل ليس فقط ما يتعلق ببطلان اتفاق التحكيم وإنما أيضاً ما يتعلق بوجوده، وكذلك ما يتعلق بتحديد نطاق ولاية هيئة التحكيم أي شمول اتفاق التحكيم أو عدم شموله للمسائل المطروحة أمام هيئة التحكيم.⁸⁰

وقد أكدت قواعد الاونيسترال المنقحة عام 2010 في المادة 23 فقرة 1 منها وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بنسخته المنقحة لعام 2006م ما جاء في الاتفاقية الأوروبية أعلاه في المادة 16 فقرة 1 منه. بأنه "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في الاعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته. ولهذا الغرض، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم.

في حين لم يرد أي نص يتعلق بمبدأ الاختصاص بالاختصاص في اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية عام 1958م. وكذلك الحال في اتفاقية هامبورج عام 1978م الخاصة بالنقل البحري. وقانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي عام 2002م.

أما قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م فلم يبتعد كثيراً عن الاتفاقيات والقوانين التي أكدت على مبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث نص على ذلك في المادة (22) فقرة 1 "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع"

وفي الجانب العملي ووفقاً لقانون التحكيم المصري يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعي عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة (30) من هذا القانون ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول.⁸¹

⁸⁰ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص 146.

⁸¹ (محكمة النقض المصرية طعن رقم 291 لسنة 70 ق جلسة 2001/6/17)

والهيئة التحكيمية الفصل في الدفوع بعدم اختصاصها قبل الفصل في الموضوع او ان تضمه الى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة (53) من قانون التحكيم المصري.⁸²

وفي العراق ونتيجة لعدم وجود قانون تحكيم دولي مستقل، واقتضاره على مواد التحكيم المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية العراقي، فإنه لم يورد نصاً على هذا المبدأ، الا انه في الواقع العملي فإنه يمكن للمحكم او الهيئة التحكيمية الفصل بالدفع بعدم اختصاصها.⁸³

2- نزع الاختصاص من القضاء الوطني

ان اهم اثر يترتب على اتفاق الاطراف على احالة نزاعهما الى التحكيم هو سلب النزاع من ولاية القضاء الوطني، لكي تختص بنظره هيئة التحكيم، ويمتنع بذلك على الاطراف من اللجوء الى القضاء الوطني لطلب الفصل في نزاعهما.

كما ان حجب القضاء الوطني من نظر النزاع يعتبر تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق او مبدأ العقد شريعة المتعاقدين باعتباره من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود.⁸⁴

وجاء في قانون المرافعات العراقي في المادة 253 الفقرة الاولى منه بانه " اذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى امام القضاء الا بعد استنفاد طريق التحكيم."

مما يعني ان اتفاق التحكيم في القانون العراقي لاينزع 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 اذا وافق الخصوم على ذلك.

وهذا ماكدته محكمة التمييز العراقية في حكمها الصادر في 1967/8/30 عندما ردت الطعن التمييزي الخاص بوجود اتفاق تحكيم بحجة "ان للمحاكم ولاية النظر في جميع الخصومات حتى ولو ورد اتفاق التحكيم

⁸² د. هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000، ص36

⁸³ د. عبد الباسط عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2005، ص91.

⁸⁴ د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 401.

في العقد فانه لايجعل المحكمة غير مختصة اذا اعرض عنه الخصم وفضل اقامة الدعوى امام القضاء مباشرة".⁸⁵

وجاء في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة (13/ف1) بانه " يجب على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ان تحكم بعدم قبول الدعوى ادا رفع المدعى عليه قبل ابدائه اي طلب او دفاع في الدعوى".

3- عدم قبول دفع للدولة المضيغة للاستثمار بعدم اهليتها للتحكيم

ياتي هذا المبدأ من فكرة السيادة والمساواة بين الدول وعلى ذلك لا يجوز لدولة أن تختصم دولة أجنبية أمام قضائها الوطني، لأن هذا يمس سيادة الدولة الأخيرة، فكل دولة في علاقاتها المتبادلة مع الدول الأخرى تحرص على أن لا تخضع لغير سلطان القضاء فيها، وهكذا بإمكان أي دولة بما لها من سيادة أن تدفع بحصانها القضائية حال اختصاصها أمام قضاء دولة أجنبية قياساً على ذلك ذهب البعض من الفقهاء إلى القول أن التحكيم يتعارض مع الحصانة القضائية للدولة، وذلك لأن قضاء التحكيم على غرار قضاء الدولة يعد بمثابة منظمة أجنبية، فهو يجري خارج إقليمها ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية، كما أن المحكمين المنوط بهم الفصل في النزاع هم أشخاص مختلفة.⁸⁶

لذا تحاول الدول التي تكون طرفاً في عقود الاستثمار التخلص من اتفاقها على التحكيم قبل المستثمر الاجنبي، بانها ذات سيادة ولا تخضع لقضاء رسمي او قضاء تحكيمي لدولة اخرى، وبالتالي لايجوز اخضاع المنازعات التي تكون الدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة المنبثقة عنها طرفاً فيها لغير قضاء هذه الدولة.⁸⁷

الا ان الوضع في التحكيم يكون مختلفاً حيث ان هذه الدولة قد لجأت باراتها الحرة الى ادراج شرط التحكيم في العقد الاستثماري، وبالتالي فلا يجوز للدولة المضيغة للاستثمار ان تتمسك بحصانها القضائية امام المحكم او هيئة التحكيم، ذلك ان اتفاق التحكيم هو قضاء خاص لا ينتمي الى سلطة أي دولة، ومن ثم فهو لا يمثل اعتداء على سيادة الدولة الطرف في النزاع، فضلاً عن ذلك فان الدولة تدخل في تلك العلاقة القانونية باراتها المطلقة،

⁸⁵ حميد فيصل الدليمي، القانون الواجب التطبيق على مسائل التحكيم، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص142.

⁸⁶ جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص59.

⁸⁷ د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص385.

وبموجب قانون يسمح لها بذلك, وبرضاء مسبق منها, وبدون هذا الرضا المسبق لا يمكن ارغام الدولة على اللجوء الى المثل امام هيئات التحكيم.⁸⁸

وتذهب الأتفاقيات الدولية الى ابعد من ذلك، بل ويعد سابقة خطيرة في مجال التحكيم التجاري الدولي فنلاحظ أنها قد تنص على رجوع الأطراف الى التحكيم في المنازعات الأستثمارية حتى في الاحوال التي لا يبرم فيها المستثمر مع الدولة المضيفة للاستثمار، أي أتفاق 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 أتفاقية أستثمارية يحيل الى المركز الدولي لمنازعات الأستثمار، فقد تقدمت الشركة المذكورة من هونغ كونغ (التي كانت مؤجرة لانكلترا في ذلك الوقت) بطلب تحكيم الى المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار في 8 يوليو 1987 من اجل الزام جمهورية سيريلانكا بدفع تعويض عن الاضرار التي اصابها 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 الأتفاقية 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 أتفاق تحكيمي بين المستثمر ودولة سيريلانكا ، واسسوا حكمهم على أتفاقية الأستثمار التي تضمنت موافقة الدولة العضو في الأتفاقية على الالتجاء 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 المركز⁸⁹ .

4- استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي:

ان فقه التحكيم والقضاء قد استقر على أن الاتفاق على التحكيم مستقل عن الاتفاق الاصلي، فلا يتأثر به،

⁸⁸ د. عصام الدين القصي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1994، ص18.

⁸⁹ ينظر القضية منشورة على الموقع الالكتروني

ولا يبطل لبطلانه، الا اذا كان شرط التحكيم في حد ذاته باطلا، بأن تحققت به إحدى الحالات التي تنص على أنه لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وارباب العمل بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي واصابات العمل وأمراض المهنة، والمنازعات المتعلقة بالجنسية أو بالاهلية على أنه يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديرا لنفقه واجبة في النظام الزوجي والعائلي أو في اختلاف على مقدار المهر أو الباننة او دعاوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية. كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ولا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.⁹⁰

⁹⁰ د.فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1، 2007، ص89.

الفصل الثاني

اجراءات التحكيم واصدار حكم التحكيم.وجحيته

ان التحكيم في منازعات الاستثمار يتميز بالسهولة والسرعة في ادارة اجراءته من قبل هيئة التحكيم، حيث يتم اللجوء اليه في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدولة المضيفة ، حيث يعد التحكيم هنا بمثابة ضمان للمستثمر الاجنبي كونه سيتمكن من اختيار محكمين مستقلين ومؤهلين لحل ذلك النزاع وبالتالي امكانية الوصول الى حكم ملزم وقابل للتنفيذ.⁹¹

وبذلك يتمكن المستثمر الاجنبي من تخطي الاختصاصات القضائية الوطنية التي قد تكون متحيزة او تفتقر الى الاستقلال، وحل النزاع تحت الحماية والضمانات الممنوحة بموجب معاهدات التحكيم الدولية، ولكي تبدأ اجراءات التحكيم هذه لابد ان تكون الدولة المضيفة قد وافقت على ذلك، ذلك ان موافقة تلك الدولة على التحكيم تكون من خلال دخولها المسبق في اتفاقيات الاستثمار الدولية بما في ذلك المعاهدات الثنائية وكذلك اتفاقيات التجارة الحرة والاتفاقيات المتعددة الاطراف، او ان يكون القانون المحلي للدولة المضيفة يجيز اللجوء الى التحكيم في هذا النوع من العقود الاستثمارية.

وتشترط معظم اتفاقيات التحكيم في مجال الاستثمار على دخول كل من المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة في مفاوضات بغية ايجاد حل ودي، وتكون هذه المفاوضات الملزمة سواء وفقا للاتفاقيات الدولية ام القانون الوطني للدولة المضيفة سابقة على البدء باجراءات التحكيم، واذا ما فشلت تلك المفاوضات فانه على المستثمر تقديم طلب التحكيم وفقا للقواعد التحكيمية التي يختارها الطرفين على ان لا يكون قد لجأ اي منهما الى المحاكم القضائية الوطنية.

ومن المؤسسات التحكيمية المختصة في منازعات الاستثمار هي المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) والتي مقرها في واشنطن، وقد ينص اتفاق التحكيم الاستثمار الى التحكيم وفقا لقواعد الاونسترال بعيدا عن مؤسسات التحكيم المؤسسية التي تدير الإجراءات، ذلك ان التحكيم الحر وفق قواعد الاونسترال تعد أقل تكلفة من إجراءات (ICSID).

لذا قسمنا هذا الفصل الى بحثين، المبحث الاول لبيان الية اجراءات التحكيم في عقود الاستثمار في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، اما المبحث الثاني لاصدار الحكم التحكيمي والطعن عليه وتنفيذه، وكالتالي:

91 اسعد فاضل مندبل، احكام عقد التحكيم واجراءاته - دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، دار نيبور، ص13.

1.2 اجراءات التحكيم في عقود الاستثمار

اثبت التحكيم التجاري الدولي جدارته في حل المنازعات الناشئة بين ذوو الشأن في منازعات الاستثمار، ومما ساعد في هذا النجاح الدور الكبير لمراكز التحكيم الدولية وما تصدره من توجيهات وتعليمات، مما كان من شأنه ازدياد الثقافة التحكيمية للعاملين في مجال الاستثمار، إضافة إلى ما عرفت به هذه المراكز التحكيمية من حيادية ومهنية ومحكمين إكفاء من ذوي الاختصاص والخبرة.

مما دعى التشريعات الدولية أن تبدي اهتماما كبيرا في سبيل تيسير الإجراءات التحكيمية وتذليل كافة المعوقات التي تعترضها، وتأثرت كافة التشريعات الوطنية بما سلكته التشريعات الدولية فكان نتيجة لذلك إسناد القضاء الوطني للعملية التحكيمية في جميع مراحلها في سبيل إنجاحها كونها عاملا مهما لتخفيف العبء وتراكم القضايا المعروضة أمام القضاء الوطني.

ومن نتائج قبول الدول بالتحكيم كوسيلة لإنهاء المنازعات أنها قامت بتحديث قوانينها التحكيمية أو بسنها لقوانين تحكيمية جديدة تتنافس فيما بينها لتسهيل عملية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي وإزالة العقبات عن طريقه والاعتراف باتفاقاته وأحكامه. ومن نتائجه كذلك قيام القضاء الوطني في بعض الدول بتفسيرات لصالح نفاذ اتفاقات التحكيم واستمرار الإجراءات التحكيمية واحترام الأحكام التحكيمية في إطار من التعاون المتزايد مع هيئات التحكيم المختلفة.

ولأجل الإلمام باجراءات التحكيم في عقود الاستثمار من قبل هيئات التحكيم التابعة لمراكز التحكيم البحري المؤسسي والحر، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين وكالتالي:

1.1.2 اجراءات التحكيم في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية

سننترق في هذا المطلب لاجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار في قواعد المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار وكذلك في القانونين العراقي والمصري.

اولا: اجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار وفقا لقواعد المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID):

1- التعريف بالمركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID):

تم انشاء هذا المركز بموجب اتفاقية متعلقة بالاستثمارات عام 1965، وسميت باسم المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار ، وهدف المركز الرئيسي هو التوفيق والتحكيم من اجل تسوية منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الدول المتعاقدة من ناحية ورعايا الدول المتعاقدة الاخرى.⁹²

ويقع مقر هذا المركز في مقر البنك العالمي للانشاء والتعمير، كما ويمكن نقل مقره نقل المركز الى اي مكان اخر بناء على قرار من قبل المجلس الاداري للمركز يصدر باغلبية ثلثي الاعضاء، حيث يتالف هذا المركز من مجلس اداري وسكرتارية، اضافة الى امتلاك المركز لقائمة من الموفقين وقائمة من المحكمين.⁹³ والتحكيم في هذا المركز وفقا للشروط التي تميز بين مراكز التحكيم المؤسسية ومراكز التحكيم غير المؤسسية، فانه يعد مركز تحكيم استثماري مؤسسي لما تقوم به من رقابة واشراف على عملية التحكيم برمتها،⁹⁴ حيث يتكون من مجلس ادارة ممثلا بكل الدول المتعاقدة بنائب يمثل كل دولة، وفي حالة غياب او مرض هذا النائب يقوم محافظ البنك ونائبه بالوظائف الخاصة بممثل الدولة ونائبه.⁹⁵

ويعد محافظ البنك رئيسا للمجلس الاداري الا انه لا يملك حق التصويت، وفي حالة غيابه او مرضه فيحل محله نائبه في البنك العالمي ليقوم بوظيفة رئيس المجلس الاداري، وللمجلس الاداري عدد من الاختصاصات هي:

- أ- تبنى اللائحة الإدارية واللائحة المالية للمركز.
- ب- تبنى لائحة الإجراءات المتعلقة بتقديم المنازعات إلى التوفيق والتحكيم.
- ت- تبنى لائحة الإجراءات المتعلقة بدعاوى التوفيق والتحكيم (المسميتان فيما بعد لائحة التوفيق ولائحة التحكيم).
- ث- الموافقة على كافة الترتيبات التي تتخذ مع البنك العالمي بغرض استخدام أمكنته وخدماته الإدارية.
- ج- تحديد شروط تعيين السكرتير العام والسكرتيرين العاملين بالمساعدين.
- ح- إقرار الميزانية السنوية لإيرادات ومصروفات المركز

⁹² المادة الاولى من اتفاقية المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID).

⁹³ المادة الثانية والثالثة من المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID).

⁹⁴ احمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط1، 2015، ص15.

⁹⁵ المادة الرابعة من المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID).

خ- الموافقة على التقرير السنوي بشأن أوجه نشاط المركز - ونلاحظ أن القرارات التي تتخذ في المسائل الواردة بالفقرات (أ.ب.ج.و) يجب أن تصدر بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الإداري.

وللمجلس الإداري أن ينشئ أية لجان يراها ضرورية لإنجاز أعمال المركز. ويباشر المجلس الإداري كافة الاختصاصات الأخرى التي يراها ضرورية من أجل وضع أحكام هذه الاتفاقية موضع التطبيق⁹⁶.

كما ويختص المركز الى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة واحد رعايا دولة متعاقدة اخرى، والتي تتصل اتصالا وثيقا باحد الاستثمارات ، بشرط ان يوافق اطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز، ومتى ابدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فانه لايجوز لاي منهما سحبها بمفرده، كما ان موافقة المؤسسات العامة والاجهزة التابعة للدولة المتعاقدة لاتكتمل الا بعد اقرارها من تلك الدولة.⁹⁷

2- الاجراءات التحكيمية المتبعة في المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID):

تبدأ الاجراءات التحكيمية بتقديم طلب التحكيم من قبل الدولة المتعاقدة او احد رعاياها معربة بذلك عن رغبتها باللجوء الى التحكيم، ويقدم الطلب الى السكرتير العام للمركز الذي يقوم بارسال صورة منه الى الطرف الاخر، حيث يشتمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الاطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الاجراءات المتعلقة بطرح النزاع على التحكيم، حيث يتعين على السكرتير تسجيل الطلب مالم يقرر السكرتير ان النزاع يخرج عن اختصاص المركز، كما ويجب ان على السكرتير ان يخطر الاطراف على الفور بتسجيل الطلب او رفض تسجيله.⁹⁸

وإذا ما تم تسجيل الطلب من قبل السكرتير العام للمركز تشكل الهيئة التحكيمية (المحكمة التحكيمية)، وتتكون من محكم واحد او عدد من المحكمين يتم تعيينهم وفقا لاتفاق الاطراف، وفي حالة عدم اتفاقهم بشأن عدد المحكمين وطريقة تعيينهم، فان المحكمة التحكيمية تتكون من ثلاثة محكمين، حيث يعين كل طرف محكمه ويعين رئيس المحكمة بالاتفاق بين الطرفين.⁹⁹

⁹⁶ المادة السادسة من المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID).

⁹⁷ المادة (25) من المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID).

⁹⁸ المادة (36) من المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID).

⁹⁹ المادة (37) من المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID).

ويجب ان تشكل المحكمة التحكيمية خلال التسعين يوما التالية للاخطار بالتسجيل من قبل السكرتير العام للاطراف، او خلال المدة التي يتفق عليها الطرفين، حيث يقوم الرئيس بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التسجيل وبعد التشاور مع الاطراف بتعيين المحكمين ان لم يكونوا قد عينوا بعد، على الا يكون المحكمون بواسطة الرئيس من رعايا الدولة التي تكون طرفا في النزاع، او الدولة المتعاقدة التي يكون احد رعاياها طرفا في النزاع، مالم يتفق الاطراف على خلاف ذلك.

ويمكن ان يتم اختيار المحكمون من خارج قائمة التحكيم التابعة للمركز، مالم يكونو قد تم تعيينهم من قبل الرئيس ففي هذه الحالة يجب ان يعينوا من ضمن القائمة التابعة لمركزه، على ان تتوافر في المحكمين المعينين من خارج القائمة الشروط والمؤهلات التي يشترطها المركز.¹⁰⁰

اما صلاحيات المحكمة التحكيمية (الهيئة التحكيمية)، فانها محددة مسبقا، فاذا ما اثير دفع بعدم اختصاصها من قبل احد الاطراف بان النزاع لايدخل ضمن اختصاص المركز، او اي سبب اخر له علاقة بالمحكمة التحكيمية، فان الهيئة تقوم بفحص النزاع باعتباره مسألة شكلية وكذلك فحص النقاط الموضوعية.

وتفصل المحكمة التحكيمية في النزاع وفقا للقواعد التي يتفق عليها طرفي النزاع، وهنا تظهر مدى اهتمام المشرع الدولي بارادة الاطراف، حيث جرت العادة على ان التحكيم المؤسسي يتميز بالصرامة ولايراعي ارادة الاطراف الا في نطاق ضيق، اما في حالة عدم اتفاق الطرفين على قواعد محددة فان المحكمة التحكيمية تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، وكذلك مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع،¹⁰¹ وإذا ثارت مسألة إجرائية لم يتصل عليها في هذا القسم إذ في لائحة التحكيم أو أي لائحة أخرى يتبناها الأطراف، تتولى المحكمة الفصل فيها على كل ما تراه ملائم.¹⁰²

ولا يجوز للمحكمة التحكيمية ان ترفض الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونية ويمكن في حالة اتفاق الطرفين على الحكم بموجب بمبادئ العدل والانصاف.

وللمحكمة التحكيمية ان تطلب مالم يوجد اتفاق مخالف :

1- تطلب من الاطراف تقديم كافة الوثائق ووسائل الاثبات الاخرى.

100 المادة (39) والمادة (40) من المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID).

101 المادة (41) والمادة (42) والمادة (43) من المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID).

102 المادة (44) من المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID).

2- تنتقل الى الموقع وتجري التحقيقات التي تراها ضرورية.

وفي حالة تغيب احد الطرفين عن حضور المرافعة او امتنع عن تقديم اوجه دفاعه، فان ذلك لايعني صحة ادعاءات الطرف الاخر، اما في حالة تغيب أحد الطرفين أو امتنع عن تقديم أوجه دفاعه في أي مرحلة من مراحل الخصومة، فيجوز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة الاكتفاء بما تم وإصدار حكمها بناء على ذلك. ويجب على المحكمة – مع اخطارها الطرف المتغيب أو الممتنع عن تقديم أوجه دفاعه بالطلب الذي تلقته، أن تمنح هذا الطرف مهلة لتدبير الأمر قبل إصدار حكمها، ما لم تقدر المحكمة عدم توافر النية لديه للحضور إلى المحكمة أو السير في الخصومة.

وفيما يتعلق بالطلبات العارضة والاضافية والمقابلة التي ترتبط بشكل مباشر بالنزاع ان تفصل المحكمة فيها شريطة ان تكون داخلية في اختصاص المحكمة التحكيمية وقد اتفق الاطراف مسبقا على شمولها باتفاق التحكيم، كما وللمحكمة التحكيمية اتخاذ التدابير التحفظية التي تستهدف فقط المحافظة على حقوق الاطراف.¹⁰³

ثانيا: اجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار وفقا للقانون العراقي والمصري

لكي يتم الاتفاق على حالة المنازعات الناشئة عن الاستثمار الى التحكيم التجاري فلا بد من اجراءات اشترطها المشرع الوطني لكي تكون تلك الاحالة صحيحة وهذه هي شروط التحكيم في منازعات العقود الدولية ذات الصبغة الادارية عدة شروط .

وتتمثل هذه الشروط بالموافقة المسبقة على شرط التحكيم، حيث يعد البعض اللجوء الى التحكيم فيه مساس بسيادة الدولة وبسلطتها القضائية، كما أن التحكيم يتضمن اخلالا لمبدأ الفصل بين السلطات القضائية والادارية، الا ان هناك استثناءات تجيز اللجوء الى التحكيم في بعض العقود الادارية، وقد يكون بنص اتفاقي او بشرط الحصول على موافقة من جهة ادارية اعلى، وقد تختلف الدول بمنح الاذن فمنهم من يشترط موافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه على الشرط التحكيمي.¹⁰⁴ وهي ذات الشروط في اتفاقية المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار في المادة (25) منها.

اما موقف المشرع العراقي فعلى الرغم من عدم وجود قانون مستقل بالتحكيم الا ان المشرع خصص له الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المواد من المادة (251) الى المادة (276)،

¹⁰³ المادة (46) والمادة (47) من المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID).

¹⁰⁴ د. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص33 وما بعدها.

فمن خلال نص المادة (251) يتبين بانه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع سواء كان هذا النزاع ناشئا عن علاقة عقدية او غير عقدية ، ولم يحدد المشرع نوع العقد او طبيعته فقد جاء تعبير عقد معين بصورة مطلقة سواء كان مدنيا ام اداريا.¹⁰⁵

كما ونص المشرع العراقي في الفقرة 2 ح في القسم 12 من قانون العقود العامة الصادر بامر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم 87 لسنة 2004 اجازة اللجوء الى التسوية البديلة للنزاع شريطة ان يتفق الطرفان على ذلك.¹⁰⁶

وكذلك نصت الشروط العامة للمقاولات لعمال الهندسة المدنية في المادة (69) منها على امكانية اللجوء الى التحكيم في حال حدوث نزاع بين صاحب العمل والمقاول، كما جاء في م(27/أولا) من قانون الاستثمار الحالي رقم 13 لسنة 2006، وذلك بإخضاع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون الى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق.¹⁰⁷

فقد نصت المادة 27 (أولا) منه على انه " تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون الى القانون العراقي و ولاية القضاء العراقي ، و يجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني او الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته و القانون الواجب التطبيق. ثانيا – اذا حصل نزاع بين الشركاء يتم اتباع الاجراءات الاتية:

أ – اذا توقف العمل بالمشروع لمدة تزيد على (3) ثلاثة اشهر فيوجه انذار الى المستثمر بتسوية الخلاف خلال (30) ثلاثين يوما من تاريخ الانذار و عند عدم الاستجابة يتم تحميل المستثمر المتلكا غرامة تاخيرية تتناسب و مدة التأخير على ان لا يزيد المجموع التراكمي عن (10%) عشرة من المائة من كلفة المشروع .

105 د. عبد الرحمن رحيم عبد الله، دراسات قانونية، مطبعة شهاب، اربيل، ط1، 2010، ص157.

106 ابراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي وماهر محسن عبود الخيكاني، التحكيم ضمانات إجرائية لتسوية منازعات الإستثمار، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 3، العدد 2 (30 يونيو/حزيران 2011)، ص 88.

107 بسمة عامر نظمي، ومحمد نعيم عمر، التحكيم في منازعات العقود الاداري في العراق ومشروعيته في ضوء الشريعة الاسلامية، بحث منشور في مجلة الرسالة، المجلد3، العدد4، بغداد، 2019، ص99 وما بعدها.

ب - يستبعد الطرف المخل بالتزاماته بعد مضي المدة المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذا البند و يحل الشريك غير المخل او من يرتضيه محله في الحقوق و الالتزامات بعد استحصال موافقة الهيئة مانحة الاجازة و دون الاخلال بحق الهيئة في سحب اجازة الاستثمار بعد مضي المدة المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذا البند.

ثالثا - في حالة توقف العمل في المشروع الاستثماري بسبب النزاع بين المستثمر و الغير و بعد مراعاة المدة الزمنية المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذا البند فان للهيئة اتخاذ الاجراءات القانونية بتصفية المشروع مع اخطار مالك المشروع و ايداع مبلغ التصفية في احد المصارف بعد استيفاء حق الدولة او أي حقوق للغير ثابتة بحكم قضائي يقضي باستحقاقها ، كما ان للغير اذا كان مقرضا او ممولا الحق قبل بدا اجراءات التصفية مطالبة الهيئة مانحة الاجازة باستبدال المستثمر و يعود تقدير قبول او رفض ذلك الطلب الى الهيئة مانحة الاجازة " .

الا ان المشرع العراقي استثنى في المادة (29) من قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 خضوع الاستثمار في مجال النفط والغاز لاحكام هذا القانون بقوله " تخضع جميع مجالات الاستثمار لاحكام هذا القانون باستثناء ما ياتي:

اولا : الاستثمار في مجالي استخراج و انتاج النفط والغاز.

ثانيا : الاستثمار في قطاعي المصارف وشركات التأمين".

كما اشترطت في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 عند اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية حيث نص البند ثانيا من المادة (8) منها بانه " عند عدم التوصل الى اتفاق ودي يتم اللجوء الى احد الاساليب التي يجب ان ينص عليها في العقد وهي:

1- التحكيم الوطني: ويكون وفقا للاجراءات المحددة في شروط المناقصة او بقانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 .

2- التحكيم الدولي: لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى او المهمة وعندما يكون احد طرفي العقد اجنبيا على ان يراعى ما يأتي:

اولا: ان يتم اختيار احدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة.

ثانيا: تحديد مكان ولغة التحكيم.

ثالثاً: اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق.

رابعاً: ان تتوافر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الاسلوب.¹⁰⁸

وقام المشرع الكوردستاني باقرار التحكيم في العقود الادارية و اشار الى ان هذا التحكيم يخضع الى قواعد اتفاقية واشنطن لسنة 1965 او قواعد المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID) وكذلك امكانية اتباع قواعد تحكيم الامم المتحدة الخاصة بقانون التجارة العالمية (UNCITRAL) و قواعد التحكيم المتبعة من قبل محاكم لندن للتحكيم الدولي (LCIA).

كما واجاز المشرع الكوردستاني اتباع اية قاعدة معترفا بها على صعيد التجارة الدولية دون اخلاله بحرية ارادة المتعاقدين في اختيارهم للقواعد التي تنظم اجراءات التحكيم من ضمنها طريقة تعيين المحكمين والفترة الزمنية التي يتوجب اتخاذ القرار من خلالها). حيث نص في قانون النفط والغاز لكوردستان العراق رقم 22 لسنة 2007 في المادة (50) منه.¹⁰⁹

وفي الغالب يتم تطبيق قواعد القانون الاداري على الدعوى ذلك ان العمل الاداري له طبيعة خاصة لاتصاله بمرفق عام، مما ينبغي خضوعه لقواعد القانون الاداري، حيث انها تتحرر من القيود المفروضة عليها من قبل هيئة التحكيم، ولهذا يجب ان تتمسك الوزارات والمؤسسات الادارية بتطبيق قواعد القانون الاداري عند لجوئها الى التحكيم في منازعات عقودها الادارية.¹¹⁰

الا انه في العراق فان منازعات العقود الإدارية تكون خاضعة لاختصاص القضاء المدني ممثلاً بمحكمة البداية، تطبيقاً لنص المادة (3) من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 التي تنص على أن " تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية، العامة والخاصة، إلا ما استثنى بنص خاص". ولم تكن منازعات العقود الإدارية مستثناة بنص خاص من الخضوع لولاية القضاء المدني.¹¹¹ رغم تأسيس

¹⁰⁸ منير عباسي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية – قسم الحقوق – جامعة خميس مليانة، 2013-2014، ص16.

¹⁰⁹ مصعب ثائر عبد الستار العبيدي، منازعات التحكيم التجاري في عقود البترول، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط1، 2018، ص203 وما بعدها.

¹¹⁰ رضوان أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص30 وما بعدها

¹¹¹ رنا محمد راضي، التحكيم في العقود الادارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق – جامعة النهدين، 2007، ص56.

قضاء اداري من خلال قانون مجلس الدولة العراقي وقانون مجلس الشورى الا انه لا يخضع لاختصاصه سوى القرارات الادارية فقد دون العقود الادارية.

اما في التشريع المصري فقد صدر قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 ونصت مادته الأولى على مايلي "مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا أو دوليا يجري في الخارج و اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

وقد اعتبر أنصار هذا الإتجاه أن هذا النص دليل على عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، وإستندوا في ذلك على الحجج التالية :

أ- عدم ذكر مصطلح العقود الإدارية صراحة في نص المادة السابقة، كما أنه بالرجوع لأحكام المادة الثانية نجدها قد قامت بتعداد أمثلة للعقود الخاضعة للتحكيم ، وأن الهدف من هذا التعداد هو تجنب النص صراحة على التحكيم في العقود الإدارية ..

ب- إستندوا كذلك لعنوان القانون ذاته، حيث أنه يخص التحكيم في المواد المدنية والتجارية وهذا، ما يعني إستبعاد العقود الإدارية، كما استندوا أيضا إلى نص المادة 172 من الدستور المصر والتي تقضي بأن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى، وعليه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية، بالإضافة إلى المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري التي نصت صراحة على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام، أو الأشغال العامة، أو التوريد أو أي عقد آخر .¹¹²

وقد كان تفسير الفقه لعبارة "دون غيرها " التي وردت في النص هو ان يتمتع كل قضاء بخلاف القضاء الإداري على نظر تلك العقود سواء كان قضاء عاديا أو قضاء التحكيم.¹¹³

كما ويتطلب التحكيم في عقود الاستثمار شروطا اهمها الاهلية في الخصوم المحتكمين، وهي اهلية تصرف لما ينتجه عقد الاتفاق من آثار قانونية دون ان يكون هناك اي عارض من عوارض الاهلية القانونية، وهذا ما

112 وليد محمد عباس ، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، 2010 ، ص196 .

113 علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008، ص211 .

أشارت إليه م(254) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969: " التحكيم لا يصلح الا في المسائل التي يجوز فيها الصلح وممن له اهلية التصرف في حقوقه".¹¹⁴

وقد اشترط القانون والقضاء تراضي ارادة الاطراف في ابرام الاتفاق التحكيمي لأحداث الأثر القانوني لها، وهذه الارادة يجب ان تكون حرة لا أكره فيها ولا غلط والا فالاتفاق باطل، أما فيما يخض شروط المحكم فلا يجوز تحكيم القاصر والمحجور عليه لأي، سبب كان لسفه او غفلة أو من في حكمهم ويقع باطلا كل اتفاق يتضمنه في ذلك. وهذا ما اكدت عليه م(255) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

وكذلك يجب مراعاة الشروط التي ترجع الى محل النزاع فلا يصح التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها (المادة 254 مرافعات مدنية عراقية)، كذلك يشترط لصحة التحكيم الا يكون موضوعه مخالفاً للنظام العام والآداب العامة.¹¹⁵

وقد نظم قانون المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية والتجارية التحكيم على الصعيد الداخلي، حيث نص في المادة (255) منه على عدم جواز ان يكون المحكم من رجال القضاء الا باذن مجلس القضاء، كما اورد شروطا بان يكون المحكم راشداً وغير محكوم عليه بجناية او مفسداً .

وفي حالة وقوع النزاع وكان الخصوم قد اتفقوا على تسمية المحكمين مسبقاً، فلا تثور اية مشكلة، اما في حالة امتناع احد المحكمين او اكثر عن العمل او وجد مانع من القيام بمباشرته لعمله، ففي هذه الحالة لاي من الطرفين اللجوء الى المحكمة المختصة بنظر النزاع من خلال تقديم عريضة لتعيين المحكم او المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع اقوالهم، حيث يكون قرار المحكمة بهذا التعيين قطعياً وغير قابل للطعن عليه، كما ويجب ان يكون عدد المحكمين وتراً.

كما واجاز المشرع العراقي بموافقة الاطراف ان يحكم المحكمين بالصلح، كما يجب ان يعرب المحكم عن قبوله كتابة في حالة لم يتم تعيينه عن طريق المحكمة، كما لايجوز بعد قبول المحكم لعملية التحكيم ان يتنحى بدون عذر مقبول ولايجوز عزله الا بتفاق الخصوم، الا انه يجوز رد المحكم لنفس الأسباب التي يرد بها المحاكم ولا يكون ذلك إلا لأسباب تظهر بعد تعيين المحكم.¹¹⁶

114 رنا محمد راضي، التحكيم في العقود الادارية، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص61.

115 مثير محمود الوتري، بحثي في كتاب، ج1، مطبعة الشعب، بغداد، 1978، ص7.

116 رنا محمد راضي، التحكيم في العقود الادارية، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص64.

والزم المشرع العراقي هيئة التحكيم باتتبع الاوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات، ويجوز للاطراف تضمين اتفاق التحكيم او اي اتفاق لاحق اعفاء المحكمين منها صراحة ووضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون، اما اذا كان المحكمون مفوضون بالصلح فانهم يعفون من التقيد من اي اجراءات سواء في قانون المرافعات ام قواعد القانون الا ما يتعلق منها بالنظام العام.

وكذلك على المحكمين ان يفصلوا في النزاع المعروض عليهم وفقا لاتفاق التحكيم او شرطه وما يقدمه الخصوم لهم ، حيث عليهم ان يحددوا مدة للخصوم لتقديم لوائحهم ومستنداتهم، وللهيئة في هذه الحالة الحكم وفقا للمستندات واللوائح المقدمة اليهم حتى وان كانت من جانب واحد اذا ما امتنع احد الاطراف عن تقديم ما لديه من دفاع وفقا للمدة المحددة.

وعلى المحكمين حين القيام باجراءات التحقيق ان يكونوا مجتمعين، وان يقوموا بالتوقيع على المحاضر، وفي حالة كونهم قد ندبوا واحدا منهم للقيام بتلك الاجراءات منفردا فعليهم تدوين ذلك في المحضر.¹¹⁷

وفي قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 فقد نظم المشرع المصري التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وكذلك التحكيم الاداري ، حيث نصت المادة (1) منه على انه "... تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون. وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك.

اما فيما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم فانها تتفاوت بحسب قانون التحكيم المطبق أو ما تنص عليه لائحة المركز التحكيمي سواء كان المركز مؤسسيا أو حرا، حيث عمدت بعض قوانين التحكيم إلى اشتراط العدد الوتري عند تشكيل هيئة التحكيم في حين البعض الآخر لم يشترط ذلك وجعله مناطا بالأفراد أن يختاروا ما يشاؤون من المحكمين.¹¹⁸

117 هدى سعدون لفته ، التحكيم في عقود الاستثمارات الاجنبية – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2009، ص48.

118 احمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، مصدر سابق، ص33.

وقد نص قانون التحكيم المصري ذي الرقم 27 لسنة 1994م المادة (15) فقرة (1) منه " تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر ، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة." وأكدت الفقرة الثانية من المادة أعلاه بأنه " إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا والا كان التحكيم باطلا". وفي الواقع العملي للتحكيم في مصر " اذا ما أراد الأطراف تعيين محكما واحدا فإنه يجوز لكل من الطرفين أن يقترح على الآخر اسم شخص واحد ليكون المحكم الوحيد أو أسماء جملة أشخاص يمكن اختيار المحكم من بينهم.¹¹⁹

كما جاء في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م في المادة (16) منه حول المحكم بأنه " لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه الاعتبار". ولا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك".

وتفصل هيئة التحكيم في دفعات المتعلقة بعدم اختصاصها، وكذلك الدفعات المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أى من هذه الدفعات ، أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فورا ، وإلا سقط الحق فيه ، ويجوز أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب معقول، حيث يجب تفصل هيئة التحكيم في الدفعات المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا ، فإذا قضت برفض الدفع ، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها.

ويجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع ، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به.

وتعين هيئة التحكيم مكان التحكيم سواء داخل مصر أو خارجها في حالة لم يكن الاطراف قد اتفقوا على تعيين مكان محدد، ويجري التحكيم باللغة العربية وللأطراف الاتفاق على لغة أخرى، حيث يسري حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية ، وكذلك على كل قرار

119 طبقا لقواعد الاونسترال المعتمدة من قبل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المادة السادسة منه.

تتخذ هذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك.¹²⁰

والجدير بالذكر ان جمهورية مصر العربية قامت بانشاء مركز للتحكيم التجاري الدولي ياخذ على عاتقه تنظيم اجراءات التحكيم منذ تقديم الطلب وحتى اصدار الحكم التحكيمي وهو مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ويعد مركز تحكيم مؤسسي ويخضع في قواعده الى قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، لذا نهيب بالمشرع العراقي ان يسلك ما انتهجه المشرع المصري ويبادر الى انشاء مركز تحكيمي متخصص يحاكي مركز القاهرة الاقليمي يكون مقره في بغداد.

2.1.2 القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار

وسنخصص هذا المطلب لكل من القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع التحكيم الاستثماري، وكذلك القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم وكالتالي:

اولا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

ان من اهم المسائل التي تثار اثناء السير باجراءات التحكيم من قبل الهيئة التحكيمية هي مسألة تحديد القواعد التي تحكم موضوع النزاع الاستثماري المتنازع فيه، وذلك لما لهذه المسألة من اهمية تتعلق بصحة ماينتهي اليه المحكم في حكمه التحكيمي، والتي يتبعها تحديد الاجراءات الشكلية والتي تعتبر امر ضروري لتطبيق القانون.

وتعد القواعد القانونية التي تحكم سير المنازعة المطروحة على التحكيم من المسائل الجوهرية في التحكيم في منازعات الاستثمار، فاطراف المنازعة في عقود الاستثمار الاجنبي لايلجأون الى التحكيم الا للتوصل الى حل سريع وعادل، وهذا الحل لايتوقع الحصول عليه في ظل اتباع القوانين الوطنية والتي تطبقها المحاكم القضائية والتي تتسم بالعلانية مما يعرض الاطراف الى افشاء الاسرار اضافة الى الوقت المستغرق لنظر النزاع.

لذا يفضل الاطراف اللجوء الى اجراءات التحكيم لكونها اجراءات تخضع لقانون الارادة او ماينفق عليه اطراف العلاقة الاستثمارية من قواعد اتفاقية، وفي حالة عدم اتفاقهم على قواعد قانونية معينة تطبق على النزاع الاستثماري فان الذي يطبق هو القانون الذي يقرره المحكم او الاتفاقيات الدولية، وكالتالي:

1- اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

¹²⁰ رضوان أبو زيد، مصدر سابق، ص54 وما بعدها

إن المقصود بالقانون الواجب التطبيق على النزاع التي يتفق عليها الطرفان ليست مجرد قاعدة يتفق عليها الطرفان، وإنما يستمد القانون الواجب التطبيق وصفه كقاعدة قانونية من كونها قاعدة قانونية مقررة في قانون وضعي أو قاعدة في نظام قانوني معين، أو مبدأ من المبادئ القانونية العامة أو قاعدة من قواعد العرف الجاري أو العادات الجارية في المعاملات البحرية. أما ما يرد في اتفاق الطرفين من أحكام خاصة من خلقهما فلا ينطبق عليها وصف القواعد القانونية المعنية.¹²¹

كما ويقصد بالقانون الواجب التطبيق على أساس النزاع بأنه "مجموعه القواعد القانونية التي يرى المحكم إنها الملائمة للتطبيق أيا كان مصدرها".¹²²

وللأطراف الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يجب على المحكمين تطبيقه على أساس النزاع¹²³، وإن أي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن تعتبره الهيئة التحكيمية اتفاق مباشر على القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعد الخاصة بتنازع القوانين (قواعد الإسناد) ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك صراحة.¹²⁴

إلا أنه إذا جاز للأطراف الاتفاق على تطبيق نظام قانوني معين، كالاتفاق على تطبيق القانون المصري أو العراقي، فإنه ليس لهم الاتفاق على تطبيق نصوص معينه في هذا القانون يلزمون هيئة التحكيم بتطبيقها في غير الأحوال التي تطبق فيها. ذلك أن تكييف الوقائع القانونية واختيار القاعدة القانونية واجبة التطبيق على الواقعة هي مهمة المحكم وليست مهمة الأطراف. لذا عليه أن يطبق فرع القانون الأكثر انطباقاً على موضوع النزاع. كما أنه لا يلزم أن يكون القانون المنفق عليه بين الأطراف بالنسبة للإجراءات هو نفس قانون البلد المنفق عليه بالنسبة للموضوع.¹²⁵

وتقرر معظم التشريعات الوطنية بان الأولوية لارادة الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الاستثماري طالما ان ذلك لاينطوي على أي خروج عن القواعد الامرة والمتعلقة بالنظام العام في الدول المعنية، او يكون هذا الاختيار مشوباً بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض تطبيقه على موضوع النزاع.

121 د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص419.

122 د. احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 17، العدد الأول والثاني، 1993، ص174.

123 قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م في المادة (39) فقرة 1.

124 قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م في المادة (39) فقرة 1.

125 د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص419 وما بعدها.

وهذا وقد اخذ القانون العراقي بقانون الارادة, فقد اعطى الحرية للاطراف في الاتفاق على القواعد القانونية, اذ نصت المادة (265) من قانون المرافعات النافذ على انه "يجب على المحكمين اتباع الاوضاع 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".

اما قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2007, فقد اخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون الى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي, ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني او الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق...".¹²⁶

وجاء في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة (39) فقرة 1 منه بانه " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان, وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين, ما لم يتفق على غير ذلك. وجاء في الفقرة الثالثة من ذات المادة بان "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة".

وبذلك فان قانون التحكيم المصري اخذ في حالة اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانونية معينة فإنها تطبق دون قواعد الإسناد مع مراعاة أحكام العقد والأعراف الجارية في نوع المعاملة.

وعلى الرغم من ظهور ما يعرف ب Lex Mercatoria¹²⁷ ويدعى " قواعد القانون" الذي طرحه العاملون في حقل التجارة الدولية, وهذه القواعد لا تشكل نصوص قانونية داخلية, بل هي قواعد اعتاد الفرقاء على تطبيقها بحرية, حتى يمكن للمحكمين الفصل في النزاع المعروض عليهم على أساسها وهذه العادات تمثل المبادئ العامة للقانون والأعراف التجارية الدولية. إلا أنها اعتدت كذلك باتفاق الأطراف عليها.

كما أن هذه القواعد لم يعتد بها القضاء واعتبرها جزء من الوقائع أو إنها تشبه عادات التجارة الدولية بقواعد القانون الأجنبي التي لا تراقب تطبيقها ولا وجودها.¹²⁸

¹²⁶ المادة (27) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2007.

¹²⁷ Goldman, clunet 1987, p.647

مشار اليه لدى د. عبد الحميد الأحذب, موسوعة التحكيم الدولي مصدر سابق, ص375.

¹²⁸ قرار محكمة النقض الفرنسية, الغرفة الأولى, في 1987/1/6 مشار اليه لدى د. عبد الحميد الأحذب, موسوعة التحكيم الدولي, ج2, مصدر سابق,

ص375.

2- حالة عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.

ينهض دور الهيئة التحكيمية بتحديد هذه القواعد الواجبة التطبيق إذا تخلف الأطراف في تحديدها بموجب اتفاق التحكيم حيث يمكن أن يكون هذا القانون المختار من قبل الهيئة التحكيمية هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم كما هو الحال في مراكز التحكيم البحري المؤسسي والتحكيم البحري الحر. أو أي قاعدة قانونية أخرى شريطة أن تكون هذه القواعد المختارة هي الأكثر اتصالاً بالنزاع المعروف عليها. ويفرض على الهيئة التحكيمية أنه في حالة اختيارها للقواعد القانونية الواجبة التطبيق فليس لها عند اختيار قانون معين تطبيق بعض قواعده دون البعض الآخر تراها مناسبة في قانون معين وإنما تختار القانون بجميع قواعده المنطبقة على النزاع.¹²⁹

لذا فإن دور المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية يختلف عن القاضي الوطني في كون الأخير يمارس هذه السلطة مقيدا باتباع قوانينها التي هي بمثابة قانون اختصاصه بحيث إذا اراد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروف أمامه، فما عليه الا تطبيق قواعد الاسناد الواردة في قانونه الوطني، في حين المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية لا يستمد سلطانه الا من اتفاق الأطراف ومن ثم فإنه لا يتمتع بما يتمتع به القاضي الوطني من وجود قانون يطبقه اثناء نظر النزاع ضمن اختصاصه.

وقد اخذت العديد من القوانين الوطنية ومنها قانون المرافعات العراقي في المادة (265) فقرة (1) منه على انه " 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".¹³⁰

وكذلك جاء في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م في المادة 39 فقرة 2 منه يرى بأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، فتطبق الهيئة التحكيمية القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالاً بالنزاع. وهذا ما جاء كذلك في لائحة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 35 فقره منها.

أما مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي فقد جاء في المادة (35) (القانون واجب التطبيق والمحكم المفوض بالصلح) في الفقرة الأولى من لائحة المركز الإقليمي بأنه " تُطَبَّقُ هيئةُ التحكيم قواعداً

129 د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص423.

130 فالج محمد صالح، التحكيم التجاري، منشورات غرفة تجارة وصناعة بغداد، بغداد، 1987، ص34.

القانون التي يتفق الأطراف على تطبيقها على موضوع النزاع، فإذا لم يتفق الأطراف على هذه القواعد، طبقت هيئة التحكيم القانون الأوثق صلة بالنزاع."

وجاء في الفقرة الثالثة من ذات المادة بانه " وفي جميع الأحوال، تَفْصِلُ هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد، إن وجد، وبمراعاة الأعراف التجارية السارية على المعاملة"¹³¹.

لذا يرى الباحث بوجود اختصاص المحكم في منازعات الاستثمار دون غيره من اطراف النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الاستثماري وان هذا الاختيار يجب أن يكون مبنيًا بالدرجة الأولى على تقدير الهيئة التحكيمية وحجره الأساس هو أعراف وعادات التجارة الدولية حفاظاً على خصوصية المنازعات الاستثمارية، فلو كان هذا المحكم مقيداً مسبقاً باختيار قاعدة قانونية جاهزة فما كان هناك حاجة لاشتراط مواصفات معينة يجب توافرها في المحكم ومنها الخبرة في المجال التجاري الدولي المتنازع فيه ولكان أولى بهذه التشريعات أن تنص فقط على وجوب أن يكون المحكم محامي أو قاضي وينتفي بذلك شرط الخبرة.

3- تطبيق هيئة التحكيم الاعراف والاتفاقيات الدولية على موضوع النزاع الاستثماري

ان هيئة التحكيم في عقود الاستثمارات الاجنبية تلجأ في حل النزاع الى قواعد من خلق العادات واعراف التجارة الدولية التي تستقل عن القوانين الوطنية، وذلك لقصور القوانين الوطنية واختلاف مفاهيمها اختلافاً من شأنه ان يعيق تقدم التجارة الدولية بصورة عامة والاستثمار الاجنبي بصورة خاصة، اذ انها تتميز بعدم اتساع مبادئها، او مستوى قواعدها، الا بقدر ما يتطابق مع العلاقات الداخلية.¹³²

وقد اجازت العديد من القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم للاطراف الذين يرغبون في عدم تطبيق قانون وطني اخضاع المنازعات التي يمكن ان تنشأ فيما بينهم لاحكام قانون التجارة الدولية، حيث قرر قانون التحكيم المصري ذلك بموجب المادة (39) فقرة (3) التي نص فيها على ان " يجب ان تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع شروط حل النزاع والاعراف الجارية في نوع المعاملة."

اما بالنسبة للقانون العراقي فنلاحظ انه لم يوجد حكم خاص حول القانون الموضوعي الذي يتوجب على المحكم تطبيقه على النزاع المعروض امامه، مما يقتضي الرجوع للقواعد العامة في تنازع القوانين التي

131 عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص72.

132 علي بركات، الطعن في احكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص78.

تقضي بتطبيق قانون ارادة الاطراف على العلامة التعاقدية, وفي حالة عدم الاتفاق على تطبيق قانون معين يطبق قانون الموطن المشترك, واذا اختلف يطبق المحكم قانون مكان ابرام العقد.¹³³

ان تنوع مصادر قواعد التجارة الدولية واختلافها باختلاف مجالات التجارة الدولية, كونها في عقود الاستثمارات الاجنبية تقتصر على الاتفاقيات الدولية وشروط العقد محل النزاع والعادات والاعراف التجارية في مجال الاستثمار الاجنبي.

وتعد الاتفاقيات الدولية مصدرا مهما من مصادر قانون التجارة الدولية التي يطبقها المحكمون في مجال المنازعات الاستثمارية, بوصفها تشريعات دولية, وان لم تكن ملزمة الا للموقعين عليها, الا ان هدفها الاساسي هو انشاء قواعد مقبولة عالميا لتنظيم التجارة الدولية للاستثمار الاجنبي كما هو الحال في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن الذي يتخصص في نظر المنازعات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الاجانب.¹³⁴

وكذلك بالنسبة لشروط العقد محل النزاع التي لا تحتاج من المتعاملين سوى التوقيع عليها لتصبح ملزمة لهم, اما العادات والاعراف فهي ناتجة عن تكرار المستثمرين لعادات معينة تتميز بالخصوصية المهنية التي تكون اعراف مستقرة بمرور الزمن يلجأ اليها المحكم في عقود الاستثمارات الاجنبية بوصفها ثمار الممارسات الاستثمارية المهنية المتخصصة حتى لو تعارضت مع نص قانوني غير امر, على اعتبار ان المحكم لا يستمد اختصاصه من قانون وطني معين اذ انه يعمل بدون اختصاص وطني محاولا صياغة قانون خاص به.¹³⁵

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم

ان تقديم طلب التحكيم من قبل اطراف عقد الاستثمار الاجنبي لتشكيل هيئة التحكيم وتحديد المهمة المحكمين, تبدأ اجراءات العملية التحكيمية وتقوم الهيئة التحكيمية بمباشرة عملها في نظر النزاع في عقود الاستثمارات الاجنبية والتحقق من ادلتها واسانيدها في مواجهة الاطراف لتكوين عقيدتها ورأيها من اجل الفصل فيها.

133 فالج محمد صالح، التحكيم التجاري، مصدر سابق، ص38.

134 عصام العطية، القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة، جامعة بغداد، 1987، ص90.

135 علي محمد بدير و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر، بغداد، 1993، ص233.

والاصل ان يبدأ النظر في العملية التحكيمية في عقود الاستثمار الاجنبي في حضور الاطراف او في الغالب في حضور ممثلين من اختيارهم، ولكنها في بعض الاحيان قد تسير في غياب الطرف الذي اقيمت عليه، اذ قد يرفض المشاركة في الاجراءات، وهذا وقد يتغيب الطرف الذي اثار النزاع الاستثماري مهملا العملية التحكيمية.¹³⁶

وتبدأ في الحالة الاولى اجراءات التحكيم في عقود الاستثمارات في مواجهة الاطراف، او غالبا في مواجهة من ينييه الاطراف في تمثيلهم في الاجراءات، اذ لا يوجد في الاتفاقيات سواء تلك المتعلقة بالتحكيم بصورة عامة او نزاعات الاستثمار الاجنبي بصورة خاصة او القواعد الوطنية التحكيمية ما يمنع اطراف التحكيم في عقود الاستثمار من تعيين ممثلين ينوبون عنهم في العملية التحكيمية في المجال الاستثماري ومن ثم هم يملكون ايضا الحرية الكاملة في تعيين ممثلين ينوبون عنهم في الحضور امام تلك الهيئة، وذلك احتراماً لحقهم في الدفاع عن انفسهم وهو حق ثابت وجوهري من حقوق اطراف التقاضي والتحكيم.¹³⁷

وفيما يتعلق بتمثيل الأطراف في الخصومة التحكيمية فان قانون التحكيم المصري لا يجيز تمثيلهم لغير المحامي بالحضور أمام المحكمين باعتباره وكيلاً عن أحد الخصوم، إذ تنص المادة (3) من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 على انه "... لا يجوز لغير المحامين مزاوله المحاماة، ويعد من أعمال المحاماة: 1- الحضور عن ذوي الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم". كما يجب أن تتضمن الوكالة إلى المحامي وكالة خاصة بالخصومة أمام التحكيم أو على الأقل بالمرافعة أمام القضاء.

ولهذا لا يجوز لمحامي أجنبي الحضور ممثلاً للخصم أمام هيئة تحكيم تنعقد في مصر ولو كان الخصم أجنبياً أو كان التحكيم تجارياً دولياً أو كان القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً إلا وفقاً لأحكام هذه المادة. أما إذا كان الممثل ينوب عن أحد الأطراف كونه شخصاً اعتبارياً فيمكن أن يكون من غير المحامين.¹³⁸

وبذلك فلا توجد قيود على الأشخاص المختارين من قبلهم كممثلين اذ لا يشترط توافر صفات معينة في من يعمل ممثلاً لاحد الاطراف امام هيئة التحكيم، فيجوز ان يكون محامياً او مستشاراً او قانونياً او أي شخص اخر ممثل تمثيلاً صحيحاً من اطراف العملية التحكيمية، ولكن ينبغي فقط على الطرف الراغب في تعيين من يمثله امامها ان يعلن عزمه هذا الى الطرف الاخر في وقت يسمح له أيضا بتعيين ممثل اذا اراد الاخير ذلك،

136 رجاء خضير عبود موسى، اثر الأستثمار الأجنبي على بعض القطاعات الاقتصادية، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الادارة والأقتصاد في جامعة الكوفة، سنة 2004، ص 56 وما بعدها.

137 درع حماد عبد، عقد الامتياز، اطروحة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق في جامعة النهريين سنة 2003، ص 77.

138 د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص 335.

ومن ثم فان اغفال هذا الاعلان يجعل معه الحق للطرف الاخر ان يطلب من هيئة التحكيم التأجيل في نظرها وعليها الموافقة والا فان الرفض قد يرتقي الى مخالفة القانون.¹³⁹

وفي بعض الاحيان قد يقف المدعى عليه موقفا سلبيا ممتنعا عن الرد على مطالبة المدعى بالتحكيم في الاستثمار رافضا المشاركة في العملية التحكيمية ساعيا وراء التخلص من التزامه باتفاق التحكيم واضعا عقبة في طريقه, وهنا فانه من حق المحكم او هيئة التحكيم في عقود الاستثمارات الاجنبية ان ترد عليه قسدا والا تتوقف الاجراءات التحكيمية الاستثمارية بل تستمر في السير فيها حتى اصدار حكم التحكيم في غياب المدعى عليه المتخلف وهذا الحق مقرر في القوانين التحكيمية.

وجاء القانون العراقي بنص عام يشمل كلا الطرفين, اذ نصت المادة (266) من قانون المرافعات المدنية على انه "يفصل المحكمون في النزاع على اساس عقد التحكيم او شرطه والمستندات وما يقدمه الاطراف لهم وعلى المحكمين ان يحددوا لهم مدة لتقديم لوائحهم ومستنداتهم ويجوز لهم الفصل في النزاع بناء على الطلبات والمستندات المقدمة من جانب واحد اذا تخلف الطرف الآخر عن تقديم ما لديه من اوجه الدفاع في المدة المحددة."

وكذلك قررت المادة (34) فقرة (2) من قانون التحكيم المصري النافذ من انه "يجب على المدعى عليه الرد بمذكرة بدفاعه خلال المدة المقررة اتفقا, او التي تعينها هيئة التحكيم, فاذا تخلف عن ذلك وجب على هيئة التحكيم الاستمرار في الدعوى التحكيمية."

اما في حالة تخلف المدعى في منازعات الاستثمار الاجنبي او مستشارية عن الحضور فانه يترتب على ذلك عدم قدرة المدعى عليه عن مواصلة السير في العملية التحكيمية, وذلك لعدم علمه فيما اذا كان دفاعه مؤثرا ام لا ومن ثم اذا تخلف المدعى ومن ثم المدعى عليه عن متابعة سير العملية التحكيمية في هذه المنازعات فللمحكم او لهيئة التحكيم سلطة الحكم بالغاء الاجراءات التحكيمية, اذ يعد هذا التخلف من المدعى بمثابة تنازل عن اتفاق التحكيم الذي ابرمه ومن ثم لايجوز له المطالبة بحقة عن طريق التحكيم ثانية.¹⁴⁰

139 محمد فوزي دباس العبادي، التسهيلات الاستثمارية واثرها على الاستثمار الاجنبي المباشر، رسالة ماجستير مقدمة الى المعهد العالي للدراسات السياسية والدولية في الجامعة المستنصرية، سنة 2003، ص101.

140 أسعد فاضل منديل، التحكيم في قانون المرافعات العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهرين سنة 2002، ص55 وما بعدها.

ولايتقيد المحكم او هيئة التحكيم في عقود الاستثمار الاجنبي اثناء المرافعة بالقواعد المعمول بها امام المحاكم الوطنية, بل يمتلك سلطات واسعة عند عدم اتفاق الاطراف على القواعد الواجبة الاعمال التي تمتد لتشمل مسائل الاثبات, اذ يمتلك المحكم سلطة الموازنة بين مختلف الوسائل المقدمة والتقارير حول مدى صحة الدليل وجدواه بالنسبة للقضية المنظورة من اثبات بالوثائق والمستندات او بشهادة الشهود, او باجراء معاينة, او بانتداب خبير, كما قد يرى في اطار التعاون مع المحكمة القضائية المختصة اصدار امر باتخاذ اجراءات وقتية او تحفظية تأمينا لتنفيذ حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الاجنبية المنظر اصداره.

وعلى المحكم ان يطبق القواعد الموضوعية والاجراءات الشكلية في القانون المنفق عليه مالم يتفق الخصوم على اعفائه من هذه الاجراءات, وقد قرر المشرع العراقي في حالة عدم وجود ادنى اختلاف في الاجراءات الشكلية المتبعة امام المحاكم العراقية سواء اكانت هذه المحاكم من الدرجة الاولى كمحاكم البدأة, ام من الدرجة الثانية كمحاكم الاستئناف هذا من ناحية, كون التشريع العراقي ينص على ان قرار المحكم لاينفذ مالم تصادق عليه المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع, الامر الذي يفهم منه انه على المحكم والخصوم اتباع اجراءات المحكمة المختصة بنظر النزاع.¹⁴¹

2.2 اصدار حكم التحكيم والطعن عليه وتنفيذه

يصدر حكم التحكيم التجاري الدولي باسم المركز التحكيمي أو باسم المحكم على خلاف الحكم القضائي الذي يصدر باسم الشعب، فبعد أن تنتهي هيئة التحكيم من نظر الدعوى التحكيمية المعروضة عليها، حيث تنتهي المدة المنفق بشأنها لإتمام الدعوى وسواء كان هذا الميعاد قانونا أو اتفاقا، تقوم الهيئة التحكيمية بقفل باب المرافعة لغرض المداولة فيما بينها لتقوم بعد ذلك بإصدار حكم التحكيم البحري النهائي مستنفدة ولايتها بشأن المنازعة المعروضة عليها.

أما في حالة عدم اتفاق أطراف اتفاق التحكيم على ميعاد إصدار الحكم التحكيمي فيتم تحديد هذا الميعاد طبقا لللائحة مركز التحكيم الذي أحال اليه الأطراف نزاعهم وفي حالة خلو تلك اللائحة من النص على هذا الميعاد فيتم الرجوع إلى القانون المطبق على إجراءات التحكيم.

وتكون مرحلة المداولات بين أعضاء الهيئة التحكيمية المشتركين فعلا في الفصل في النزاع عادة سرية وتصدر الأحكام بأغلبية الأصوات ويجب أن تتضمن عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ويجب أن تكون مسببة وتتضمن هذه الأحكام بيانات مهمة متمثلة باسم المحكم أو المحكمين وتاريخ صدور الحكم

141 درع حماد عبد، عقد الامتياز، اطروحة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق في جامعة النهريين سنة 2003 ، ص90 وما بعدها.

ومكان إصداره وكذلك أسماء والقاب الأطراف وموطنهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها بالإضافة إلى أسماء المحامين ومن ساعد الأطراف، كما ويجب أن يتضمن الحكم توقيع جميع المحكمين وفي حالة امتناع الأقلية عند التوقيع يجب ذكر سبب الامتناع.

وقد اعتادت مراكز التحكيم المؤسسي منها والحر أن تنص ضمن لوائحها الحرية التامة للهيئة التحكيمية في تنظيم كيفية المداولة وبالطريقة التي تراها ملائمة لهم، كما وألزمت هذه اللوائح هيئة التحكيم اشتراك جميع المحكمين الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الأطراف مع ملاحظة في حالة رفض أحد هؤلاء المحكمين الاشتراك في المداولة لأي سبب كان شريطة أن يقوم هذا المحكم بإبداء ملاحظاته وآرائه حول مشروع الحكم وتعديلاته قبل امتناعه أو تخلفه عن المشاركة.

وبعد صدور حكم التحكيم تتخلى هيئة التحكيم عن النزاع الذي فصلت فيه، غير أنه يمكن لها تفسيره أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه طبقاً للأحكام الواردة في اللوائح التحكيمية أو القانون الذي تتبعه هذه اللوائح. وتحوز هذه الأحكام التحكيمية حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه.

وفيما يتعلق بتاريخ إصدار حكم التحكيم فيحسب هذا التاريخ بإعلان الحكم وتسليمه للأطراف وتقع مهمة إعلان حكم التحكيم على عاتق هيئة التحكيم البحري وبهذا الإعلان يكون حكم التحكيم قد تم إصداره. وتلي مرحلة إعلان الحكم التحكيمي إيداعه حيث يتم هذا الإيداع إما في مركز التحكيم المؤسسي أو الحر الذي انعقد التحكيم تحت لوائه أو بموجب لائحته أو إيداعه في إحدى المحاكم القضائية التي صدر الحكم على إقليمها. لتبدأ بعد ذلك مرحلة الطعن في الحكم وفقاً للتشريعات التي تتيح ذلك إما في التشريعات التي لاتجيز الطعن فيصدر الحكم التحكيمي باتاً قاطعاً، ليدخل مرحلة التنفيذ وفقاً لقوانين البلد المطلوب التنفيذ فيه بعد ان يمنحها القضاء صبغة التنفيذ.

لذا خصصنا هذا المبحث لبيان آلية إصدار حكم التحكيم، وذلك في مطلبين حيث خصصنا المطلب الأول لإصدار الحكم التحكيمي، في حين خصصنا المطلب الثاني للطعن على الحكم التحكيمي وتنفيذه وكالاتي:

1.2.2 إصدار حكم التحكيم

وتعد المداولة اجراءاً جوهرياً ومبدأ من مبادئ التقاضي الأساسية حيث يترتب على إغفالها بطلان حكم التحكيم لتعلقها بالنظام العام، كما أن من شأن إشراك محكم في المداولة من غير المحكمين الذين نظروا الدعوى التحكيمية إبطال عمل المحكمين في حالة تعددهم كون المداولة في التحكيم امر ضروري سواء الوطني أو الدولي.

ويجب أن تتم المداولة بسرية تامة لضمان استقلال المحكم وعدم تأثره برأي من اختاره محكما والهدف بسرية المداولة هي عدم إفشاء ما دار من تبادل للرأي لأطراف الخصومة إلا أن المحكم الذي يخالف ذلك لا يبطل حكمه إلا انه يكون عرضه للمسؤولية المدنية.

ولا تشترط التشريعات أن يصدر الحكم التحكيمي بالإجماع حيث يكفي لإصداره أغلبية الآراء على أن يكتب رأي المحكم المعارض على صدور الحكم أو نقطة فيه.¹⁴²

ويجب أن يكون حكم التحكيم ملزما للأطراف الصادر بينهم، فهو ليس اقتراحا أو رأيا استشاريا. كما ويجب أن يكون الحكم التحكيمي القابل لرفع دعوى البطلان منهيًا للخصومة أمام الهيئة التحكيمية.

يتمتع الحكم التحكيمي بمجرد صدوره بالقوة الإلزامية والتي تستمد أولا من اتفاق الأطراف أي من توقيعهم لاتفاق التحكيم،¹⁴³ كما ويكون حكم التحكيم ملزما ونهائيا استنادا للقانون المطبق على موضوع النزاع أو استنادا للائحة المركز التحكيمي البحري.

ان حكم التحكيم يشمل الأحكام التي تفصل في كامل المنازعة، وكذلك الأحكام التي تفصل في أحد عناصر المنازعة بشكل جزئي، ويمثله الفقه الفرنسي حيث عرف كويلارد حكم التحكيم بأنه " القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه، سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها، أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة".¹⁴⁴

وبذلك فان القرارات الصادرة عن المؤسسات التحكيمية والتي تستهدف تنظيم العملية التحكيمية لا تعتبر أحكام تحكيمية ومن أمثلتها القرار المتعلق بطلب رد المحكم، إجراءات التحقيق في الدعوى والتي لا تهدف إلى الفصل في النزاع حيث تعتبر إجراءات إدارية ذات طابع قضائي لا يجوز الطعن عليها.

وما تجدر الإشارة اليه وجوب التفرقة بين الأوامر الصادرة في مسائل إجرائية بحتة (كتكليف الخصوم بالإدلاء بدفاعهم كتابة وتحديد أجل الحضور أو الرد وتقديم أو استكمال المستندات...) وبين القرارات القضائية الفاصلة في دفع أو مسألة اختصاص أو مسألة من مسائل الموضوع المتنازع عليها كتفسير شرط التحكيم

¹⁴² المحامي محمود ياقوت، شروط حكم التحكيم، مقال منشور على مدونة المحامي محمود ياقوت:

<http://kenanaonline.com/users/yakout2012/posts/545159>

¹⁴³ محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص340.

¹⁴⁴ مشار اليه لدى إبراهيم رضوان الجعبر، بطلان حكم المحكم، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص30.

وتكييف التعاقد وما إلى ذلك. فلو نازع أحد الأطراف في اختصاص المحكمين أو في صحة شرط التحكيم أو تفسيره وصدر من المحكمين قرار في هذه المسألة كان هذا القرار قابلاً للطعن فيه بطريق البطلان.¹⁴⁵ كما وإن القرارات الصادرة عن المحكم والتي لا تفرض على الأطراف إلا بناءً عن قبولهم الصريح لها لا تعد أحكاماً تحكيمية.¹⁴⁶

ولذا فإن جميع القرارات التي تتعلق بالموضوع أو الإجراءات كالحكم الذي يفصل في اختصاص هيئة التحكيم أو بصحة العقد أو بتقرير مسؤولية أحد الأطراف أو بتحديد القانون الواجب التطبيق، تعد أحكاماً تحكيمية، يجوز رفع دعوى بطلان بصدها.¹⁴⁷

أما الأوامر وأحكام التحكيم الوقتية فقد حازت على أهمية كبيرة في التحكيم الدولي، كون الأوامر والأحكام الوقتية التحكيمية قد تتضمن اتساعاً عريضاً من المسائل الموضوعية والإجرائية في التحكيم أو قد تنص على تدابير وقتية أو تحفظية انتظاراً للحكم النهائي أو تأمر بإبراز أدلة الأثبات وكشفها للاستخدام في التحكيم ولكون أن المحكمين تنقصهم السلطة للإجبار على الامتثال لأوامرهم وأحكامهم الوقتية فإن الالتجاء إلى المحاكم لالتماس نفاذها يصبح ضرورياً.

وقد اشترطت بعض التشريعات لنفاذ أحكام التحكيم الوقتية أن تكون هذه الأحكام نهائية وبصفة قاطعة للمسائل الكامنة في القضية بصرف النظر عما إذا كان الحكم الوقتي يتخذ شكل الأمر أو الحكم. وفي ذلك قررت محكمة استئناف في الولايات المتحدة بأن "القرار التحكيمي الذي يتخذ شكل امر يعتبر نهائياً وقابلاً للمصادقة القضائية وللنفاذ طبقاً لاتفاقية نيويورك".¹⁴⁸ وعليه فإن الأحكام الوقتية يمكن اعتبارها أحكاماً جزئية ونص بصفة أدق وقتية.¹⁴⁹

ولكي يكون حكم التحكيم صحيحاً ومعتداً به يجب أن يكون صادراً من المحكمين الذين تم اختيارهم للقيام بمهمة الفصل في النزاع بين الأطراف، ذلك أن إصدار الحكم التحكيمي على خلاف ذلك فإنه يعد عيباً من

145 د. حسن بغدادي، القانون الواجب تطبيقه في شأن صحة شرط التحكيم وقرارات هيئات التحكيم وتنفيذها، مجلة الفضاة، السنة 19، العدد الأول، يناير-يونيو 1986، ص 88.

146 د. حفيفة السيد حداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 294.

147 د. محسن شفيق، التحكيم في القانون المصري، مقال منشور في الكتاب السنوي للتحكيم التجاري، ج 4، 1979، بند 1 و 4 من الفصل الخامس.

148 الدائرة السابعة - 2000 بمحكمة الاستئناف في الولايات المتحدة قضية

publicis communication v. true north communications inc., 206 f. 3d 725

مشار إليه في مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس-2002، ص 49.

149 د. محمد فاضل الليلي، الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى الذكري الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى 2007، المملكة المغربية، ص 280 وما بعدها.

العيوب الجوهرية التي تؤدي الى بطلان الحكم التحكيمي، وللمحكمة المختصة ان تقدر اما اعادة الدعوى الى هيئة التحكيم لاصلاح ذلك العيب الجوهرى او ان تفصل المحكمة بنفسها في النزاع ان كانت القضية صالحة للفصل فيها وبحسب نص المادة (274) من قانون المرافعات المدنية العراقي.¹⁵⁰

وكذلك فيجب ان يكون حكم التحكيم مكتوبا وبذات الطريقة التي يكاب فيها الحكم القضائي، والا كان الحكم التحكيمي قابلا للابطال من قبل المحكمة المختصة التي ستطفي عليه طابع التنفيذ، وهذا ما نصت عليه المادة (270) من قانون المرافعات العراقي، والمادة (43) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، وبذلك يجب ان يتضمن الحكم التحكيمي على بيانات هي: اسماء الخصوم وصفاتهم ومواطنهم واسماء المحامين. وملخص الادعاءات الخاصة بالاطراف ومستنداتهم واسم المكان الذي اصدروا فيه القرار تاريخ القرار واسماء وتواقيع المحكمين الذين اصدروه.¹⁵¹

أما قانون التحكيم الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011م، فقد نصت المادة (1481) وكذلك المادة (1482) منه بوجود أن يشمل الحكم التحكيمي الصادر على البيانات التالية:

- 1- القاب وأسماء الأطراف وموطنهم أو مركزهم الرئيسي.
- 2- اسم المحامي أو أي شخص يمثل الأطراف أو يساعدهم.
- 3- أسماء المحكمين الذين أصدروا الحكم التحكيمي.
- 4- تاريخ الحكم التحكيمي.
- 5- المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي.
- 6- ملخصات للطلبات الخاصة بكل طرف ودفعوهم.
- 7- أسباب الحكم.

كما ويجب أن يتضمن حكم التحكيم التجاري الدولي المواضيع التالية:

1- الفصل في موضوع النزاع البحري المعروض على هيئة التحكيم دون تجاوز المحكمين لحدود ولايتهم.

2- تكاليف التحكيم والتي تتضمن:

أ- أتعاب هيئة التحكيم، ومصروفاتها.

¹⁵⁰ قرار محكمة التمييز رقم 586 -مدنية اولى- 1979 - بتاريخ 15/11/1980، مجلة الاحكام العدلية، العدد الرابع، السنة، الحادية عشر، 1980، ص 255.

¹⁵¹ د. فتحي والي، مصدر سابق، ص 913

- ب- النفقات الإدارية التي يتم دفعها لمركز التحكيم.
 ت- أتعاب المحامين والمستشارين القانونيين والمساعدين.
 ث- المصروفات الفنية، كأتعاب الخبير والمقيم ونفقات الاستدعاء للشهود وغيرهم
 ج- الفوائد.

حيث يتعين على هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع الاستثماري المعروف عليها أن تلتزم بنطاق اتفاق التحكيم الذي أحال النزاع إليها وان لا تحكم في المسائل التي تخرج عن سلطتها الممنوحة لها سواء من الأطراف في شرط أو مشاركة التحكيم أو بموجب القانون.

كما ووجبت المشرع العراقي في المادة (162) من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969، بضرورة تذييل الحكم التحكيمي بتوقيع المحكم كما هو الحال في الحكم القضائي من قبل القاضي، حيث يعتبر التوقيع بمثابة التصديق للحكم التحكيمي من قبل هيئة التحكيم اما اذا صدر الحكم التحكيمي بالاتفاق نتيجة تعدد المحكمون فيجب ان يحتوي هذا الحكم التحكيمي على جميع توابع المحكمين الذين اصدره.

وإذا ما صدر الحكم التحكيمي باغلبية المحكمين المطلقة، ففي هذه الحالة يكفي توقيع اغلبية المحكمين لصدوره، وإذا جاء القرار التحكيمي خالياً من توقيع احد المحكمين الذين اصدره فسوف يكون مصيره البطلان وكذلك ضرورة توقيع العضو المخالف واسباب مخالفته، وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (270) من قانون المرافعات العراقي، كما ونص عليه المشرع المصري الفقرة الاولى من المادة (43) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994.¹⁵²

ويجب ان يتضمن الحكم التحكيمي على الوقائع والاسباب التي بني عليها الحكم التحكيمي والمنطوق او القرار، وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (270) من قانون المرافعات العراقي، وكذلك نص عليه المشرع المصري في الفقرة الثالثة من المادة (43) من قانون التحكيم المصري، حيث تصدر قرارات المحكمين على اساس الحجج والعلل والاسباب القانونية المقنعة التي دفعت هيئة التحكيم الى اتخاذ مثل هذا القرار العادل مما يبعد عن تلك القرارات شبهة التمييز وعدم العدالة.¹⁵³

اما في التشريع العراقي فقد جاء خالياً من النص على مثل هذه الحالات، الا انه لا يوجد ما يمنع من تطبيق ما جاء به التشريع المصري، لأن هذه الحالات هي من المبادئ العامة التي نص عليها قانون المرافعات وقياساً على تصحيح الاحكام القضائية، على اعتبار ان المحكمة التي

152 د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الاحكام والمحرمات الموثقة، الطبعة التاسعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 85.

153 د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مصدر سابق، ص 259.

تصدر القرار القضائي هي وحدها تملك سلطة تفسيره وتصحيحه من الاخطاء في حالة وجودها. وان المسألة التي من الواجب التأكيد عليها هي انه يجب ان يتم التصحيح والتفسير للقرار التحكيمي خلال المدة المحددة لاتفاق التحكيم والا فان هذه المسألة تكون من اختصاص المحكمة بنظر النزاع.¹⁵⁴

مما تقدم اعلاه فانه اذا ما تم الانتهاء من المداولة وإعداد وصياغة الحكم التحكيمي وكان مستوفيا لجميع شروطه الموضوعية والشكلية، أي يكون مشتملا على بيانات معينة اختلفت التشريعات في تحديدها، فان الحكم التحكيمي النهائي يصدر في الميعاد المحدد لإصداره سواء اتفاقا أو قانونا، حيث يعتبر الحكم التحكيمي صادرا من هيئة التحكيم سواء بإعلانه أو من لحظة توقيعه ويخرج بذلك عن ولاية الهيئة التحكيمية.

وبعد إصدار الحكم التحكيمي فعلى الأطراف اتباع الإجراءات القانونية من اجل تنفيذه بحسب قانون البلد المراد تنفيذه فيه، في حين يكون للمركز التحكيمي المؤسسي أو الحر واستنادا على ما تنص عليه لوائحها التحكيمية، حرية نشر الحكم التحكيم الدولي الصادر عنها ساء بموافقة الأطراف أو يقوم المركز التحكيمي بنشر الحكم دون حاجة لموافقة سابقة على هذا النشر.

ويصدر الحكم التحكيمي مكتسبا للحجية الكاملة، حيث يقصد بحجية الحكم التحكيمي ما يتصف به من قوة أو قرينة تمنع من إعادة عرض ما فصل فيه من نزاع من جديد على الجهة التحكيمية التي فصلت فيه أو على القضاء إلا إذا كان ذلك بطريق الطعن الذي قرره القانون.

وينتج عن حجية الحكم التحكيمي اثرين، حيث يقضي الأثر الأول أن يكون لمن صدر الحكم الصالحة أن يتمسك بمقتضاه دون حاجة لان يثبت من جديد وجود هذا الحق. أما الأثر الثاني فان حجية الحكم التحكيمي تقتضي منع من صدر الحكم ضده من أن يرفع من جديد دعوى يطالب فيها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.¹⁵⁵ والحجية لا تكون إلا للأحكام القطعية التي تحسم موضوع النزاع بأكمله أو تحسم جزء منه أو مسألة إجرائية منفرعة عنه.¹⁵⁶

154 د. احمد هنيدي، اصول المحاكمات المدنية والتجارية، بيروت، الدار الجامعية، 1989، ص 472.

155 د. عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، مصدر سابق، ص 171

156 عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 43.

2.2.2 الطعن على حكم التحكيم وتنفيذه

إن لجوء الأفراد للتحكيم وإقرار ذلك من قبل الدول وتنظيمها له من خلال قوانين التحكيم الوطنية لا يعني أن هذه الدول قد تنازلت عن دورها في تحقيق العدالة في المجتمع، بل على العكس من ذلك قامت بإخضاع المحكمين الذين اختارهم الأطراف كونهم محل ثقة لديهم لرقابة قضاءها الوطني خشية الانحراف عن دوره ووظيفته في تحقيق العدالة. وبغية تخفيف العبء عن محاكمها القضائية.¹⁵⁷

كما وعاملت التشريعات التحكيمية الدولية والوطنية الأحكام التحكيمية الصادرة عن المحكمين المعيّنين من قبل أطراف النزاع على أنها أحكام نهائية وملزمة، ولها حجية وقوة تخدم العدالة والقانون بالمعنى الواسع. إلا أن التشريعات الوطنية قد سعت بالمخالفة مع التشريعات الدولية في فرض الرقابة على الحكم التحكيمي لم تجزها التشريعات الدولية ألا وهي إخضاع الحكم التحكيمي لرقابة محاكمها القضائية كونها هي وحدها المؤهلة لإصدار الأحكام باسم الدولة وبموجب الدستور.

واستناداً لذلك فقد اختلفت صور الرقابة القضائية على أحكام التحكيم باختلاف نوع الخطأ الذي يبيح لقضاء الدولة التدخل في أحكام المحكمين بعد صدورها، مما من شأن هذه الرقابة أن تلتهم كل مزايا التحكيم، وبخاصة السرعة والسرية والاقتصاد في التكاليف. إلا أنها تبرر ذلك بضرورة عدم التسليم بحكم مشوب بالخطأ.

كما واشترطت التشريعات على المحتكمين قبل اللجوء إلى المحاكم القضائية بغية الطعن في الحكم التحكيمي أن تستنفد كافة المحاولات الممكنة أمام الهيئة التحكيمية التي أصدرت الحكم من أجل الوصول إلى حل عادل وسريع دون اللجوء إلى القضاء إلا في حالة الضرورة.¹⁵⁸

والخطأ الذي يمكن أن يشوب حكم التحكيم ويبرر الرقابة عليه، لا يخرج عن أحد ثلاثة وهي، الخطأ المادي والخطأ في التقدير سواء كان خطأ في الواقع أو في القانون، والخطأ في الإجراء.

ويقصد بالخطأ المادي هو ما يصيب الحكم التحكيمي عند كتابته، سواء كان خطأ كتابيا أو حسابيا. وهذه الأخطاء لا يتصور قيام موجب للطعن عليها، وإنما يمكن تصحيحها من قبل هيئة التحكيم التي أصدرت هذا الحكم التحكيمي.

¹⁵⁷ أمال الفزائري، دور القضاء في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993، ص73 وما بعدها.

¹⁵⁸ المادة (2) من قانون التحكيم الإنجليزي عام 1996م.

أما الخطأ في الإجراء، فهو الخروج عن أي من المقتضيات الإجرائية القضائية السابقة أو المعاصرة لصدور حكم التحكيم من قبل هيئة التحكيم على نحو يؤثر في مشروعيته. كأن يصدر الحكم من محكمين لم يعينوا طبقاً للاتفاق التحكيمي أو طبقاً للقانون، أو صدوره في مسألة تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم، أو مخالفة الحكم التحكيمي لقواعد التقاضي الأساسية كمبدأ المساواة بين الخصوم واحترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة أو إذا لم يتوفر في الحكم الشروط الشكلية والموضوعية التي حددها القانون أو مخالفة المحكم لقاعدة من قواعد النظام العام.

فكل هذه الأخطاء جزاؤها البطلان، وهي وحدها التي تتفق قوانين التحكيم على جواز فرض الرقابة على أحكام المحكمين بناءً عليها من خلال دعوى مباشرة تسمى دعوى البطلان ويطلق عليها باللغة الإنجليزية (Annulment) أو (Setting Aside).

أما الخطأ في التقدير، ويشمل هذا الخطأ في الواقع أي في تقدير الوقائع أو الخطأ في القانون أو تفسيره أو تأويله، حيث يوجد هذا الخطأ إذا اعتبر المحكم قاعدة قانونية معينة موجودة وهي لا وجود لها أو العكس. أو إذا اعتبر القاعدة المجردة منطبقة على رابطة معينة أو مركز معين لا يخضع لها. والحكم التحكيمي في هذه الحالة ينتج آثاره القانونية كافة إلا أن هذه الآثار تظل قائمة بالنسبة للحكم التحكيمي إلى أن يطعن فيه، ويلغى أو يفسخ من محكمة الطعن إذا ما أجاز المشرع الطعن عليه بالاستئناف. وهذا ما أجازته كل من إنجلترا وفرنسا كما سنرى.

وقد أتاحت مراكز التحكيم المؤسسي للأطراف باستئناف الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئات التحكيمية في الدرجة الأولى، حيث تقوم هيئة التحكيم الاستئنافية بنظر الاستئناف ضمن صلاحيات أنيطت بها من قبل لوائح تحكيم المركز بهدف إصدار الحكم التحكيمي الاستئنافي والذي يعد الحكم الوحيد والنهائي في القضية. وبذلك فإن الغاية من دعوى بطلان حكم التحكيم هي للتثبت من وظيفة المحكم والمهمة المناطة به للقيام بها، وضرورة احترامه للمقتضيات الإجرائية القضائية عند أدائه هذه المهمة وإصداره لحكم التحكيم. كما وتعد دعوى بطلان حكم التحكيم وسيلة الرقابة الأساسية والمباشرة التي يحق للقضاء الوطني في دولة مقر التحكيم ممارستها على جميع أحكام التحكيم الصادرة على إقليم دولته.

وعليه فإن حالات بطلان حكم التحكيم تتعلق بمجملها بالعيوب الشكلية أو الإجرائية الخاصة بحكم التحكيم سواء المتعلقة بالإجراءات التي أدت إلى إصدار الحكم أو التي لازمت إصداره، كالعيوب الذاتية في ورقة الحكم باعتباره عملاً إجرائياً شكلياً أو عيوباً في الإجراءات السابقة على صدوره، كانهدام اتفاق التحكيم أو

بطلانه أو انتهائه، أو عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم أو تجاوزها سلطتها أو عدم مراعاتها للمبادئ الأساسية في التقاضي أو للإجراءات المتفق عليها أو المحددة بنص القانون.¹⁵⁹

كما وقد تكون العيوب الإجرائية معاصرة لإصدار الحكم التحكيمي، كعدم توقيع المحكم أو عدم تسببيه إذا كان ذكر الأسباب واجبا، أو فصله في موضوع لا يجوز التحكيم فيه أصلا أو كان مخالفا للنظام العام في دولة مقر التحكيم. لذا فإن الخطأ في الإجراء الذي يشوب هو وحده الذي يؤدي إلى بطلانه وصيرورته كأنه لم يكن.¹⁶⁰

أما دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي فقد اتفقت غالبية التشريعات الدولية والوطنية ولوائح مراكز التحكيم المؤسسي منها والحر على اعتبار التحكيم عقد (اتفاق) لذا فلا يمكن مهاجمة الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية إلا بذات الطريق الذي تهاجم به العقود، وهي رفع دعوى أصلية ببطلانه.¹⁶¹

لذا فإن مفهوم البطلان هو الجزاء الذي قرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد (التراضي - الشكل في العقود الشكلية - المحل - السبب) أو شرط من شروط الصحة (الأهلية - سلامة الإرادة) فالعقد الباطل هو العقد الذي لا تتوافر فيه مقومات وشروط العقد الصحيح فلا يقوم العقد صحيحا إلا إذا استجمع أركان انعقاده من رضى ومحل وسبب والشكل في حالة اشتراط القانون أو الاتفاق شكل محدد للانعقاد.¹⁶²

ودعوى البطلان هي الدعوى التي ترفع من أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر والأصل هو لجوء الأطراف المتنازعة إلى قاضيهم الطبيعي (المحكمة) فيما ينشأ بينهم من نزاع مرتبط بما أبرموه من عقد. واستثناء من ذلك، قد يتفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع في خصوص ما تعاقدوا عليه إلى التحكيم، وهو ما يعرف بشرط التحكيم أو مشاركة التحكيم.¹⁶³

¹⁵⁹ المادة (52) والمادة (53) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

¹⁶⁰ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، 1997، بند 30، ص 19.

¹⁶¹ د. أحمد السيد الصاوي، الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة 3، دون مطبوعة ص 346 وما بعدها.

¹⁶² المحامي البيسبوني محمود أبو عبده، بطلان العقد ومفهوم البطلان وأنواع، مقال منشور على موقع المحامي الاتي: <http://kenanaonline.com/users/basune1/posts/831026> استخرج بتاريخ 5/22/

2017م.

¹⁶³ جريدة الاقتصادية الإماراتية، آراء وتحليلات، بطلان العقد وبطلان اتفاق التحكيم، جريدة الاقتصادية الإماراتية على الموقع الإلكتروني الاتي:

<http://www.alkhaleej.ae/analyzesandopinions/page/6c19bbc7-5115-4320-99b4-8523907547dd>

استخرج بتاريخ 5/22/2017.

فالتبعية العقدية لقضاء التحكيم ذاته، تجعل الحكم التحكيمي الصادر غير قابل للاستئناف بمعنى إعادة عرض موضوع النزاع مرة أخرى أمام القضاء، كون اختيار التحكيم تم بناء على إرادة الأطراف، وهم الذين اختاروا هيئة التحكيم وحددوا لها نطاق المنازعة واختاروا القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته هو كافة تفاصيل العملية التحكيمية، لذا فمن الطبيعي أن يصدر الحكم متمتعاً بوصف النهائية، بحيث يمتنع إعادة عرض النزاع الموضوعي مرة أخرى.¹⁶⁴

وان الهدف من الطعن في أحكام التحكيم، هو تمكين المحكوم ضده بإقامة دعوى ببطلان حكم التحكيم لأسباب حددتها على سبيل الحصر، وبالتالي فإن هذه الدعوى لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع أو تعيب ما قضى به حكم التحكيم في شأنه، فلا تمتد سلطة القاضي فيها إلى مراجعة الحكم التحكيمي وتقدير ملائمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم سواء في فهم الواقع وتكييفه أو في تفسير القانون وتطبيقه، كون ذلك مما يختص به قاضي الاستئناف لا قاضي البطلان. وان دعوى البطلان ليست طعناً بالاستئناف على حكم التحكيم لان التشريعات.¹⁶⁵

في حين الهدف من الطعن على الأحكام القضائية، بان الحكم القضائي الصادر عن المحكمة الأقل درجة، مشوباً بخطأ في التقدير وتكييف الواقع وإنزال حكم القانون عليه، أو الخطأ في تطبيق القانون. لذلك فإن الطعن عليه أمام المحكمة الأعلى يستهدف دائماً إصلاح هذا الخطأ، عن طريق إلغاء الحكم السابق، والقضاء مجدداً بما يتفق مع صحيح الواقع والقانون، أي تعديل منطوق الحكم المطعون عليه.¹⁶⁶

وعليه فإن البطلان هو وصف يلحق بعمل إجرائي نتيجة عدم توافر شروط صحته، مما يؤدي إلى عدم ترتب النتائج التي يخلعها القانون على العمل الصحيح.¹⁶⁷ أما انعدام الحكم فهو انهيار ركن جوهري أو أكثر من أركان العمل الإجرائي لا يستقيم بدونه.

وتترتب على البطلان عدة نتائج أهمها:

- 1- إذا لحق البطلان بالحكم التحكيمي فإنه يتمتع بحجية الأمر المقضي ولو باطلاً.
- 2- الحكم الباطل قابل للتصحيح ولو كان متعلقاً بالنظام العام.
- 3- بطلان الحكم لا يعني انتفاء طبيعته القضائية.

164 د. محمد عبد الرؤوف، دراسة تحليلية للقضاء المصري في دعاوى بطلان أحكام المحكمين، مجلة التحكيم العربي، العدد السادس، أغسطس 2003، ص141 وما بعدها.

165 استئناف رقم 119/70 ق جلسة 2002/11/27 غير منشور.

166 د. حفيظة السيد حداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم، مصدر سابق، ص10 وما بعدها.

167 خالد احمد حسن، بطلان حكم التحكيم، مصدر سابق، ص142.

4- تحتاج دعوى بطلان الحكم إلى قالب قانوني تصاغ فيه.¹⁶⁸

وقد اختلف الفقه فقد في جواز الطعن ضد الحكم التحكيمي، ذلك أن البعض يرى بعدم جواز الطعن ضد حكم التحكيم كونه يقتصر هذا الطعن على أحكام القضاء، وان نظام التحكيم يتميز بالسرعة بغية الفصل في النزاع، وان إخضاعه لطرق الطعن العادية يؤدي إلى تبديد هذه الميزة وبالتالي يؤثر على حجية الحكم التحكيمي.¹⁶⁹

في حين يرى اتجاه فقهي آخر بجواز الطعن على حكم التحكيم أمام القضاء إلا أن هذا الطعن يجب أن يتم في حدود ضيقة مقارنة مع أحكام القضاء العادية. وظهر اتجاه فقهي ثالث مؤكدا ضرورة التوسع في طرق الطعن على الحكم التحكيمي أمام القضاء، كون القضاء من شأنه تصحيح المسار التحكيمي وضمان التزام المحكم بالحدود التي رسمها المشرع التحكيمي.

اما فيما يتعلق بقرارات التحكيم بعد ايداعها لدى قلم المحكمة المختصة فانها لا تكون واجبة التنفيذ الا بأمر تصدره المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع وان قاضي التنفيذ هو القاضي المختص بصدد هذه المسألة،¹⁷⁰ وهذا ما اقره نص المادة (56) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 .

اما المشرع العراقي فقد نص ايضا على وجوب تصديق المحكمة المختصة على قرارات التحكيم ودفع الرسوم المقررة كي يتمكن الخصوم من تنفيذ قرارات هيئة التحكيم، وغاية المشرع من هذا الاجراء هو منع الرقابة القضائية للمحكمة المختصة وذلك من خلال حكم التصديق او الابطال الذي تصدره المحكمة المختصة علما ان هذه الرقابة تماثل رقابة محكمة التمييز على الاحكام القضائية ويكون الغرض منها هو التحقيق من خلو القرارات التحكيمية من العيوب الجوهرية التي قد تشوبها والتي تؤدي بدورها الى بطلان هذه القرارات.¹⁷¹

وتلك الرقابة القضائية تهدف لتفادي ان يكون القرار التحكيمي مخالفا لنص من النصوص القانونية، فالمحكم ليس كالقاضي لديه الدراية والعلم الكافي بجميع النصوص القانونية غير ان هذا الامر لا يستلزم من المحكمين الاشارة الى النصوص القانونية التي يعتمدونها في

168 د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مصدر سابق، ص366.

169 د. حمدي علي عمر، حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، 2009، ص96.

170 د. نبيل اسماعيل عمر، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، بالاسكندرية، ط1، 1986، ص 219

171 د. صلاح الدين الشاهي، الوجيز في مبادئ التنفيذ الجبري، ط1، دار المهدي للنشر والتوزيع، عمان، 1984، ص 21

قراراتهم، بل يكفي النتائج الصحيحة من الناحية القانونية التي يتوصلون اليها حتى وان كانت تختلف عما ينظر اليه المحكمة كونه الانسب في التطبيق.¹⁷²

وقد سار التشريع والقضاء المصري على هذا الاتجاه اذ قررت محكمة النقض المصرية صحة قرارات التحكيم بغض النظر عما يشتمل عليه من اسباب قانونية، الا ان المشرع المصري قد منح حق ممارسة هذه الرقابة للمحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع وقيدها ولم يجيز لها التطرق في البحث والتدقيق الى مناقشة المسائل الموضوعية في الدعوى التحكيمية.¹⁷³

وفيما يتعلق بالتشريع العراقي فنلاحظ ان موضوع الرقابة تختلف في بعض الجوانب عما هو عليه الحال في التشريع المصري اذ نجد ان المشرع العراقي لا يعرف ما يسمى بقاضي التنفيذ بل يوجد ما يسمى بمنفذ العدل الذي يعمل بمديرية التنفيذ على تنفيذ الاحكام القضائية الباتة، علما ان قانون التنفيذ اجاز ان يكون قاضي البداء الاول هو منفذ عدل مديرية التنفيذ ان لم يكن لها منفذ عدل خاص بها.¹⁷⁴

اما بالنسبة لتصديق القرار التحكيمي وابطاله في هذا القانون فالاصل ان القرار التحكيمي لا ينفذ لدى دوائر التنفيذ ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة،¹⁷⁵ رغم ان قرار التحكيم ينفذ طوعا وباختيار الخصوم الا انه في حالة رفض المحكوم عليه التنفيذ طوعا فيحق للمحكوم له اللجوء الى المحكمة المختصة لغرض تصديق القرار وتنفيذه، وعلى المحكمة المختصة ان تدعوا الخصمين في جلسة علنية لينظر في طلب التصديق او البطلان وبعدها تصدر قرارها اما بالتصديق او الابطال بحسب قناعتها في الحجج والاسباب التي يوردها الخصوم.¹⁷⁶

اما في التشريع المصري فلا بد من تقديم طلب الى المحكمة المختصة حتى يتم تنفيذ القرار التحكيمي ويجب ان يرفق مع طلب التنفيذ المستندات التالية (اصل الحكم او صورة موقعة منه اذا كان باللغة الوطنية، اما اذا كان الحكم اجنبيا فيجب ترجمته الى اللغة العربية).

172 د. عبد العزيز خليل ابراهيم، قواعد واجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1980، ص 107

173 د. احمد ابو الوفا، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص 164.

174 الفقرة الرابعة والخامسة من المادة (6) من قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980

175 د. ممدوح عبد الكريم، شرح قانون المرافعات العراقي، الطبعة الاولى، ج1، مطبعة الازهر، بغداد، 1971-1972، ص 405

176 د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1981، ص 97

بالإضافة الى صورة من اتفاق التحكيم مع صورة من المحضر الدال على ايداع القرار التحكيمي طبقاً لنص المادة (56) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

كما ان المشرع المصري في قانون التحكيم قد منع التظلم من الامر بالتنفيذ واجاز فقط التظلم من امر رفض التنفيذ. وذلك خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ اصدار الامر وهذا المسلك يحمل عليه المشرع المصري ذلك لأن الغرض من اللجوء الى اتفاق التحكيم هو اختصار الوقت فلا داعي اذن الى التظلم من امر التنفيذ.¹⁷⁷

اما بخصوص ما يتعلق بالتشريع العراقي فأن تنفيذ القرار التحكيمي فلا بد ان يسبقه طلب يقدمه الخصم الذي صدر ذلك القرار لصالحه الى المحكمة المختصة بعد ان يدفع الرسم القانوني المقرر له، اذ يكون قاضي محكمة البداية هو صاحب الاختصاص في النظر في مثل هذا الطلب وعندما تنظر المحكمة المختصة في طلب التصديق فانها تفحص ذلك القرار من حيث صحة اختيار المحكميين والاجراءات المتبعة من قبلهم وهل تم حسم النزاع في المدة المحددة له وغيرها من الاجراءات الشكلية.¹⁷⁸

اما من حيث الموضوع فتلاحظ المحكمة صحة النتائج التي توصلت اليها هيئة التحكيم فإن تأكدت من صحة هذه المسائل الجوهرية تدعو الخصمين لتتلوا عليهم القرار التحكيمي وتستمع لاقوالهم ان كانت لديهم اقوال بهذا الشأن ثم تصدر قرارها بالتصديق علناً، اما اذا اكتشفت المحكمة المختصة وجود نقص في المسائل الجوهرية فأنها تصدر قرارها بابطال القرار التحكيمي كلاً او جزءاً.

وفي مثل هذه الحالة تكون المحكمة مخيرة في ان ترجع الدعوة الى هيئة التحكيم لغرض اصلاح كل الاخطاء او سد كل النواقص التي تخلت قرارها او تبطل القرار التحكيمي وتفصل هي بذاتها في النزاع محل اتفاق التحكيم وفقاً لنص المادة (274) من قانون المرافعات العراقي وفي كلتا الحالتين فأن حكمها يكون قابلاً للطعن به بكافة طرق الطعن المقررة قانوناً المادة (275) من قانون المرافعات العراقي.

177 د. امينة النمر، احكام التنفيذ الجبري وطرقه، طبعة ثانية، منشأة المعارف، اسكندرية، 1971، ص 80

178 عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية - ج4، مطبعة الزهراء، بغداد، 1990، ص 481.

الخاتمة

توصلنا الى عدد من الاستنتاجات والمقترحات في بحثنا هذا وكالاتي:

اولا: الاستنتاجات

1- عرف المشرع العراقي الاستثمار في قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 والمعدل بالقانون رقم 50 لسنة 2015، بانه " توظيف راس المال في اي نشاط او مشروع اقتصادي يعود بمنفعة على الاقتصاد الوطني وفقا لاحكام هذا القانون"، في حين عرفه المشرع الكوردستاني في قانون الاستثمار رقم 4 لسنة 2006 في المادة 2 منه حيث بين مفهوم الاستثمار من خلال تحديد المجالات او الاموال التي يمكن ان يقع عليها الاستثمار، وهو ذات الاتجاه الذي سلكه المشرع المصري في قانون الاستثمار رقم 8 لسنة 1997.

2- لم تعرف الاتفاقيات الدولية وبعض الاتفاقيات الاقليمية الاستثمار، كونها ركزت على تشجيع انتقال رروس الاموال من خلال توفير الضمانات عند نشوب النزاع بين الدولة المتعاقدة من جهة وبين المستثمر الادنبي من جهة اخرى.

3- ان عقود الاستثمار تعد من العقود الدولية الادارية وتكون ذات طابع خاص اذا ماتضمنت شرطا تحكيميا حيث يتخضع لاحكام القانون الخاص، وقد اختص المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (ICSID) بالنظر في هذه المنازعات وبيان الية التحكيم واجراءاته وشروطه.

4- ان عقود الاستثمارات الأجنبية تتكون من عناصر اساسية ثلاثة هي أطراف هذه العقود، وموضوعها، وهدفها او وظيفتها، فأطراف 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 ثانية. مما يترتب معه عد عقد الاستثمار الأجنبي عقدا دوليا.

5- اجاز المشرع العراقي في قانون الاستثمار النافذ في المادة (27) فقرة (5) منه اللجوء الى التحكيم لتسوية منازعات عقود الاستثمار وكذلك الحال في قانون الاستثمار الكوردستاني وقانون الاستثمار المصري النافذ، شريطة اللجوء الى التسوية الودية اولاً، كما واجازت الاتفاقات الدولية على اللجوء للتحكيم في منازعات الاستثمار مثل اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية لعام 1958 والتي انضم اليها العراق مؤخرًا.

- 6- ان المشرع العراقي رغم عدم وجود قانون تحكيم دولي الا انه حاول تنظيم التحكيم في منازعات الاستثمار ذات العنصر الاجنبي في قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2007 وكذلك فعل المشرع الكوردستاني في قانون النفط والغاز في المادو (50) منها.
- 7- وفقا للقانون العراقي وقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 فان لجوء اطراف النزاع الى اتفاق التحكيم لا يعني التنازل عن الحق في اللجوء الى القضاء، لأن هذا الاخير يعد من الحقوق العامة التي لا يجوز التخلي عنها، بل ان اللجوء الى اتفاق التحكيم يقيد هذا الحق بحدود معينة، حيث يمكن اللجوء للقضاء الوطني في حالة استصدار الاوامر التحفظية والوقائية وتعيين المحكمين وغيرها من الامور.
- 8- ان من اهم مبررات اللجوء الى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبية هي مشكلة بطء التقاضي وارتفاع عدد القضايا امام القضاء، وإرهاق العاملين بالنظام القضائي بتلك القضايا في ظل التعقيدات الإدارية، وطول مدة التقاضي والطعن في الأحكام القضائية على درجتين.
- 9- الزم المشرع العراقي هيئة التحكيم باتباع الاوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات، ويجوز للطراف تضمين اتفاق التحكيم او اي اتفاق لاحق اعفاء المحكمين منها صراحة ووضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون، اما اذا كان المحكمون مفوضون بالصلح فانهم يعفون من التقيد من اي اجراءات سواء في قانون المرافعات ام قواعد القانون الا ما يتعلق منها بالنظام العام.
- 10- ان حكم التحكيم يشمل الأحكام التي تفصل في كامل المنازعة، وكذلك الأحكام التي تفصل في أحد عناصر المنازعة بشكل جزئي، فهو القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه، سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها، أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة.

ثانيا: المقترحات

- 1- ندعو بالمشرع العراقي بتشريع قانون تحكيم تجاري يمكن من خلاله تسوية منازعات الاستثمار والمنازعات الاخرى ولاسيما تلك المتعلقة بالبترول وغيرها اسوة بالمشرع المصري والذي يمتلك قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 خاصة وان العراق طرفا في اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية لعام 1958.

- 2- ضرورة انشاء غرفة تحكيم عراقية تكون مختصة بإجراءات التحكيم لعقود الاستثمار على غرار غرف التحكيم في القاهرة ولندن وباريس، وتدريب كوادر قانونية عراقية من كل اختصاص تمتلك الخبرة لكي يكونوا محكمين معتمدين.
- 3- ندعو المشرع العراقي لاعتبار التحكيم كمبدأ اساسي في مجال تسوية منازعات الاستثمار والتي يكون احد اطرافها الدولة او احد هيئاتها العامة في حين يكون الطرف الاخر المستثمر الاجنبي، كون التحكيم اصبح يمثل اهم الضمانات للمستثمر الاجنبي وعامل جذب مهم فيه.
- 4- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (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 الأستثمار العراقي النافذ التي تتعلق بشروط صدور القرار التحكيمي إذ اشترط المشرع العراقي أن يوقع جميع المحكمين المحددين في أتفاق التحكيم، لتصبح كالاتي "يجب ان يشتمل القرار بوجه خاص على ملخص أتفاق التحكيم واقوال الخصوم ومستنداتهم واسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر به وتاريخ صدوره وتواقيع المحكمين الذين اصدروه " وهذا يعني الاكتفاء بتوقيع المحكمين الأستثماريين الذين أصدروا الحكم بالفعل وليس كل المحكمين المحددين لضمان سرعة الفصل في النزاع .
- 5- ان من شأن المادة (275) من قانون المرافعات العراقي والتي تجيز الطعن بالحكم وفقاً للطرق المقررة في القانون وهذا ما يؤدي بدوره الى اطالة امد النزاع مما من شأنه ان يؤثر سلباً في تسوية المنازعات الاستثمارية وبالتالي تذهب الحكمة من اللجوء الى التحكيم، لذا نقترح تعديلها وفقاً للقوانين المقارنة وهي الطعن بالبطلان فقط.

المصادر والمراجع

اولاً: الكتب القانونية

- 1- إبراهيم رضوان الجعبر، بطلان حكم المحكم، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 2- ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- 3- ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- 4- احمد ابو الوفا، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط9، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1986.
- 5- احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، ط5، منشأة المعارف الاسكندرية، 1988..
- 6- احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط1، 2015.
- 7- احمد السيد الصاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة 3، دون مطبعة.
- 8- أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء، وهيئات التحكيم العربية والدولية دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة 2005 .
- 9- احمد هنيدي، اصول المحاكمات المدنية والتجارية، بيروت، الدار الجامعية، 1989.
- 10- اسعد فاضل منديل، احكام عقد التحكيم واجراءاته - دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، دار نيبور.
- 11- أمال الفزايري، دور القضاء في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993.
- 12- امينة النمر، احكام التنفيذ الجبري وطرقه، طبعة ثانية، منشأة المعارف، اسكندرية، 1971.
- 13- اياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
- 14- بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 15- بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 16- جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

- 17- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 18- جمال محمود الكردي، القانون الواجب في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 19- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، دار النهضة العربية، 1996.
- 20- حفيظة السيد حداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007،
- 21- حمدي علي عمر، حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، 2009.
- 22- رضوان أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف الاسكندرية، 1971
- 23- رمزي سيف، قواعد تنفيذ الاحكام والمحرمات الموثقة، الطبعة التاسعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
- 24- سامي عبد الباقي أبوصالح، الاطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 25- سراج حسين، التحكيم في منازعات البترول، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
- 26- شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000،
- 27- صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الاجنبي في تطوير احكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005.
- 28- صلاح الدين الشاهي، الوجيز في مبادئ التنفيذ الجبري، ط1، دار المهدي للنشر والتوزيع، عمان، 1984.
- 29- طارق عزت رخا، دور القانون الدولي في حل مشكلات استغلال الثروات البترولية، دار النهضة العربية، ط1، 2008.
- 30- عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 31- عبد الباسط عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2005.
- 32- عبد الحميد الأحذب، وثائق تحكيمية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008

- 33- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية – ج4، مطبعة الزهراء، بغداد، 1990.
- 34- عبد الرحمن رحيم عبد الله، دراسات قانونية، مطبعة شهاب، اربيل، ط1، 2010.
- 35- عبد السلام ابو قحف، اقتصاديات الاستثمار الدولي، ط2، دون مطبعة، 1991.
- 36- عبد العزيز خليل ابراهيم، قواعد واجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1980
- 37- عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر، ط1، 2010.
- 38- عصام الدين القصي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الأستثمار، دار النهضة العربية، 1993.
- 39- عصام الدين القصي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1994.
- 40- عصام العطية، القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة، جامعة بغداد، 1987.
- 41- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 42- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008.
- 43- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية: في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم : دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2008
- 44- علي ابراهيم، العلاقات الدولييه وقت السلم، دار النهضة العربييه، القاهرة، 1997.
- 45- علي بركات، الطعن في احكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 46- علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر، بغداد، 1993.
- 47- عمر حلمي، معيار تميز العقد الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1993.
- 48- عمر ناشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008.
- 49- عيد محمد القصاص، حكم التحكيم دراسة تحليله في قانون التحكيم المصري والقانون المقارن، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2007
- 50- فالح محمد صالح، التحكيم التجاري، منشورات غرفة تجارة وصناعة بغداد، بغداد، 1987.

- 51- فالح محمد صالح، التحكيم التجاري، منشورات غرفة تجارة وصناعة بغداد، بغداد، 1987.
- 52- فتحي والي، التنفيذ الجبري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1981.
- 53- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1، 2007.
- 54- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر، 2009.
- 55- محسن شفيق، التحكيم في القانون المصري، مقال منشور في الكتاب السنوي للتحكيم التجاري، ج4، 1979، بند 1 و4 من الفصل الخامس.
- 56- محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 57- محمد فاضل الليلي، الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى الذكري الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى 2007، المملكة المغربية
- 58- محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2008.
- 59- مصعب ثائر عبد الستار العبيدي، منازعات التحكيم التجاري في عقود البترول، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط1، 2018
- 60- ممدوح عبد الكريم،، شرح قانون المرافعات العراقي، الطبعة الاولى، ج1، مطبعة الازهر، بغداد، 1971-1972.
- 61- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الاجنبية بالوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الاول، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، الامارات، 2016.
- 62- محمود الكيالي، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الاول، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2009.
- 63- مثير محمود الوتري، بحثي في كتاب، ج1، مطبعة الشعب، بغداد، 1978.
- 64- نبيل اسماعيل عمر، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، بالاسكندرية، ط1، 1986.
- 65- هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، 1997.
- 66- هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية. 2000.
- 67- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثار بشأنه، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2007.

- 68- هبة نزاع، توازن عقود الاستثمارات الاجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الاولى 2016.
- 69- وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- 70- وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات دار الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، 1999 .
- 71- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر ، 2010.

ثانيا: الرسائل الجامعية

- 1- أحمد حسين جلاب، النظام القانوني لعقد الأستثمار، اطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهريين، 2006 .
- 2- أسعد فاضل مندبل، التحكيم في قانون المرافعات العراقي ،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهريين سنة 2002.
- 3- حميد فيصل الدليمي، القانون الواجب التطبيق على مسائل التحكيم، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.
- 4- خالد احمد حسن، بطلان حكم التحكيم (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس-كلية الحقوق، 2006.
- 5- درع حماد عبد، عقد الامتياز ،اطروحة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق في جامعة النهريين سنة 2003 .
- 6- رجا خضير عبود موسى ،اثر الأستثمار الأجنبي على بعض القطاعات الاقتصادية ،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الادارة والأقتصاد في جامعة الكوفة ،سنة 2004.
- 7- رنا محمد راضي، التحكيم في العقود الادارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق – جامعة النهريين، 2007.
- 8- غسان محمد المعموري، عقد الأستثمار الأجنبي للعقار، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة بابل 2006.

- 9- محمد فوزي دباس العبادي، التسهيلات الأستثمارية واثرها على الأستثمار الأجنبي المباشر، رسالة ماجستير مقدمه الى المعهد العالي للدراسات السياسيه والدوليه في الجامعه المستنصريه، سنة 2003
- 10- منير عباسي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية – قسم الحقوق – جامعة خميس مليانة، 2013-2014.
- 11- هدى سعدون لفته، التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبيبة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، 2009.
- 12- وسن مقداد عبد الله الشاهين، التزامات الاداره في عقود الأستثمارات النفطية، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة الموصل سنة 2005.

ثالثا: المجالات و الدوريات

- 1- إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي وماهر محسن عبود الخيكاني، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الإستثمار، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 3، العدد 2 (30) يونيو/حزيران 2011).
- 2- احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 17، العدد الأول والثاني، 1993.
- 3- أحمد سيد أحمد السيد و د.أحمد حمود أحمد الحبسي، خصائص عقد الاستثمار وطبيعته القانونية، المجلة القانونية ، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، المجلد4، العدد4، 2018.
- 4- أحمد قاسم فرح و رشا محمد تيسري حطاب، مفهوم الاستثمار في اتفاقية واشنطن لعام 1965 بين غياب النص وتضارب اجتهادات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (قراءة تحليلية نقدية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 17، العدد1، يونيو 2020.
- 5- بسمة عامر نظمي، ومحمد نعيم عمر، التحكيم في منازعات العقود الاداري في العراق ومشروعيته في ضوء الشريعة الاسلامية، بحث منشور في مجلة الرسالة، المجلد3، العدد4، بغداد، 2019.
- 6- حسن بغدادي، القانون الواجب تطبيقه في شأن صحة شرط التحكيم وقرارات هيئات التحكيم وتنفيذها، مجلة القضاة، السنة 19، العدد الأول، يناير-يونيو 1986.
- 7- حمزة احمد حداد، كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية، ورقة عمل مقدمة لمركز دبي للتحكيم التجاري بتاريخ 31 / 12 / 2003.

- 8- رؤى علي عطية، النظام القانوني للتحكيم كوسيلة لتسوية نزاعات الاستثمار الاجنبي في التشريع العراقي واقليم كردستان (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- جامعة بغداد، المجلد 32، العدد الثاني 2017.
- 9- سنان عبد الحسين صالح، التحكيم في منازعات العقود الادارية (دراسة مقارنة)، المجلة الدولية للعلوم الانسانية والاجتماعية ، العدد 23، اغسطس 2021.
- 10- عبد الكريم محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين – الطاقة بين القانون والاقتصاد، 20-21/5/2013.
- 11- عجيل كاظم طارق، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة-، مجلة جامعة اهل البيت العدد 25، الاثنين، 25 نوفمبر 2019.
- 12- محمد عبد الرؤوف، دراسة تحليلية للقضاء المصري في دعاوى بطلان أحكام المحكمين، مجلة التحكيم العربي، العدد السادس، أغسطس 2003.
- 13- مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010.
- 14- منصور فرج السعيد ، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، الكويت ، العدد الثالث ، السنة السابعة والعشرون ، 2003.
- 15- منصور فرج السعيد، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد (دراسة قانونية اقتصادية مقارنة)، بحث منشور من مجلة الحقوق، تقرير مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون، ايلول، 2001.
- 16- يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط، المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط والانشاءات الدولية، من 26-28 اغسطس/اب 2014.

رابعاً: المواقع الالكترونية

- 1- جريدة الاقتصادية الإماراتية، آراء وتحليلات، بطلان العقد وبطلان اتفاق التحكيم، جريدة الاقتصادية الإماراتية على الموقع الإلكتروني الاتي:

[http://www.alkhaleej.ae/analyzesandopinions/page/6c19bbc7-5115-4320-](http://www.alkhaleej.ae/analyzesandopinions/page/6c19bbc7-5115-4320-99b4-8523907547dd)

[99b4-8523907547dd](http://www.alkhaleej.ae/analyzesandopinions/page/6c19bbc7-5115-4320-99b4-8523907547dd) استخرج بتاريخ 22 /5 /2017.

- 2- ندوة التكامل بين القضاء والتحكيم، نظمها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالتعاون مع ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية، للفترة من 14-15 ربيع الثاني 1431 هجرية، 30-31 مارس، 2010، الرياض بالمملكة العربية السعودية منشور على الموقع الإلكتروني www.gcac.biz
- 3- قانون انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958)، موقع مجلس النواب العراقي الرسمي الاتي:
<https://ar.parliament.iq/2021/03/04> تمت زيارة الموقع بتاريخ 2021/4/17.
- 4- محمد احمد عزام، ظاهرة بطء التقاضي المشكلات والحلول، 2012، منشور على الموقع الإلكتروني لشبكة محامين العرب، www.mohamoon.com
- 5- ذ سقف جلال، التحكيم الدولي كوسيلة بديلة لحل المنازعات قراءة تحليلية في قانون الأعمال، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني لجريدة القانونية أول جريدة قانونية إلكترونية احترافية بالمغرب، www.alkanounia.com
- 6- محمد المهدي الفازع، التحررية في مادة التحكيم التجاري الدولي، www.jurispedia.org
- 7- إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي، ماهر محسن عبود الخيكاني، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار (دراسة مقارنة)، كلية القانون-جامعة بابل، ص71. بحث منشور على الموقع الإلكتروني:
- http://www.uobabylon.edu.iq/publications/law_edition4/article_ed4_1.doc
- 8- ينظر القضية منشورة على الموقع الإلكتروني:
[http / www.worldbank.org /icsid/cases/me_cement-award.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/me_cement-award.pdf).
- 9- المحامي محمود ياقوت، شروط حكم التحكيم، مقال منشور على مدونة المحامي محمود ياقوت:
<http://kenanaonline.com/users/yakout2012/posts/545159>

10- المحامي البسيوني محمود أبو عبده، بطلان العقد ومفهوم البطلان وأنواع، مقال منشور على موقع المحامي الاتي

<http://kenanaonline.com/users/basune1/posts/831026>

خامسا: قرارات المحاكم القضائية المنشورة

- 1- محكمة النقض المصرية طعن رقم 291 لسنة 70 ق جلسة 2001/6/17
- 2- قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة الأولى، في 1987/1/6
- 3- الدائرة السابعة – 2000 بمحكمة الاستئناف في الولايات المتحدة قضية publicis communication v. true north communications inc., 206 f. 3d 725 مشار إليه في مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس-2002، ص49.
- 4- قرار محكمة التمييز رقم 586 –مدنية اولى -1979 – بتاريخ 15/11/1980، مجلة الاحكام العدلية، العدد الرابع، السنة، الحادية عشر، 1980، ص 255.
- 5- استئناف محكمة تمييز العراق رقم 119/70 ق جلسة 2002/11/27 غير منشور.

سادسا: القوانين

- 1- قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 المعدل.
- 2- القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
- 3- قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل .
- 4- قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980
- 5- قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 (المعدل)
- 6- قانون المناقصات والمزايدات العراقي رقم 89 لسنة 1998
- 7- الأمر رقم 39 الصادر عن سلطة الائتلاف والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 3980 في إذار سنة 2004 .
- 8- قانون الأستثمار رقم 13 لسنة 2006 النافذ.
- 9- قانون الأستثمار الكوردستاني رقم 4 لسنة 2006 النافذ.
- 10- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- 11- لائحة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

- 12- قانون التحكيم الإنجليزي عام 1996م
 13- قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997

سابعاً: القواعد والاتفاقيات الخاصة بالتحكيم

- 1- الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961
 2- اتفاقية المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICSID).
 3- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لسنة 1980 والمعدلة عام 2015
 4- اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية لعام 1958.
 5- قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1976.

ثامناً: المراجع باللغة الاجنبية

- 1- Edgar Chin :Claims Director, Growth of arbitration in Singapore, Standard Bulletin: Arbitration Special Edition, February 2012, page 7.
 2- Goldman, clunet 1987, p.647

Tahkim yabancı yatırım anlaşmazlıklarını çözenin bir yoludur Irak Hukukunda (Karşılaştırmalı Çalışma)

ORIGINALITY REPORT

17%

SIMILARITY INDEX

16%

INTERNET SOURCES

0%

PUBLICATIONS

6%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	www.masrlaw.info Internet Source	1%
2	www.alnoor.se Internet Source	1%
3	iraql.d.hjc.iq Internet Source	1%
4	bu.univ-ouargla.dz Internet Source	1%
5	www.ummtto.dz Internet Source	1%
6	aladalacenter.aladalacenter.net Internet Source	1%
7	bmailoud.blogspot.com Internet Source	1%
8	revues.univ-ouargla.dz Internet Source	<1%
9	9lib.net Internet Source	<1%