محتويات الرسالة

المقدمة	7-4
التمهيد : التعريف بعقود الأستثمارات الأجنبية	22-7
الفصل ألاول:ماهية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	69-23
المبحث ألاول:مفهوم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	53-23
المطلب ألاول: تعريف التحكيم واطرافه في عقود الأستثمارات الأجنبية	37-24
الفرع ألاول:تعريف التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	29-24
الفرع الثاني: أطراف التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	37-29
المطلب الثاني:أنواع التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	53-37
الفرع ألاول:التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري	40-37
الفرع الثاني:التحكيم بالقانون والتحكيم طبقاً لقواعد العدل والانصاف	43-40
الفرع الثالث:التحكيم الحر، والتحكيم المؤسسي	47-44
الفرع الرابع:التحكيم الدولي ،والتحكيم الداخلي	53-47
المبحث الثاني:الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وتمييزه عما يشتبه به من اوضاع	69-53
المطلب ألاول:الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	62-53
الفرع ألاول:الطبيعة الأتفاقية للتحكيم	56-54
الفرع الثاني:الطبيعة القضائية للتحكيم	58-56
الفرع الثالث:الطبيعة المختلطة للتحكيم	60-59
الفرع الرابع:الطبيعة المستقلة للتحكيم	62-60
المطلب الثاني:تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية مما يشتبه به من أوضاع	69-63
الفرع ألاول:تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن القضاء	64-63
الفرع الثاني: تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن الصلح	67-65
الفرع الثالث: تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن الوكالة	68-67
الفرع الرابع: تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن الخبرة	69-68
الفصل الثاني:أجراءات التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	133-70
المبحث ألاول:ألاتفاق على التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	94-70
المطلب ألاول:المقصود بأتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	80-71

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع ألاول:تعريف أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	75-71
الفرع الثاني :صور أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	80-75
المطلب الثاني:أثار أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	94-80
الفرع ألاول:اختصاص المحكمين بالفصل بالنزاع مبدأ الاختصاص بالاختصاص	84-81
الفرع الثاني:عدم اختصاص القضاء الوطني	89-84
الفرع الثالث:أثر أتفاق التحكيم على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة المضيفة للاستثمار	94-90
المبحث الثاني:اختيار المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية	116-94
المطلب ألاول:شروط المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية	106-96
الفرع ألاول:أن يكون المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية شخصاً طبيعياً	98-96
الفرع الثاني:أن يكون المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية محايداً ومستقلاً	101-98
الفرع الثالث:أن يكون عدد المحكمين فردياً	103-102
الفرع الرابع:تخصص المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية	105-104
المطلب الثاني :طرق تعيين المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية	116-106
الفرع ألاول:اختيار المحكم عن طريق الأطراف	110-106
الفرع الثاني: اختيار المحكم بواسطة المحاكم الوطنية	113-110
الفرع الثالث: اختيار المحكم من المراكز التحكيمية	116-114
المبحث الثالث:السير في عملية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	133-116
المطلب ألاول:القانون الذي يحكم عملية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	128-117
الفرع ألاول:خضوع المحكم لقانون أرادة الأطراف	121-118
الفرع الثاني:حرية المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق	125-121
الفرع الثالث:تطبيق المحكم لقانون التجارة الدولية	128-125
المطلب الثاني:الشكلية اللازم اتباعها في التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	133-128
الفصل الثالث:أثار التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	178-134
المبحث ألاول: حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	162-135
المطلب ألاول: ماهية حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	142-135

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع ألاول:أعداد حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	136-138
الفرع الثاني:إصدار حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	139-142
المطلب الثاني: الصيغة القانونية لحكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	142-151
الفرع ألاول:شكل حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	143-149
الفرع الثاني: أثار حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	149-151
المطلب الثالث: الطعن بحكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وأسباب بطلانه	152-162
الفرع ألاول:الطعن بحكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	145-155
الفرع الثاني:أسباب بطلان حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	156-162
المبحث الثاني:تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	162-178
المطلب ألاول:معنى تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	163-173
الفرع ألاول:أنواع تنفيذ حكم التحكيم	163-164
الفرع الثاني:شروط تنفيذ حكم التحكيم	165-168
الفرع الثالث:أجراءات تنفيذ حكم التحكيم	169-173
المطلب الثاني :أساليب تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية	173-178
الفرع ألاول:أسلوب المراجعة	173-175
الفرع الثاني:أسلوب المراقبة	176-178
الخاتـــــمة	179-181
المصـــــادر	181-194
Abstract	

المقدمة

اولاً : موضوع البحث

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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

ولاشك ان شرط التحكيم الذي يرمي الى تسوية المنازعات التي تثور او التي يمكن ان تثور بمناسبة تنفيذ عقود الأستثمار ، يحتل مكاناً هاماً وبارزاً في مجال هذه الضمانات ، إذ ان الأستثمارات الأجنبية تمثل عصباً رئيسياً لأقتصاديات الدول وخصوصاً الناميه منها، ومن ثم كان من الطبيعي ان يكون توفير الامكانات المناسبه لجذب وتشجيع هذه الأستثمارات محل اهتمام هذه الدول وهدفاً اساسياً تدور حوله جل سياستها ، على اعتبار أنه القناة الرئيسية التي يتدفق عبرها رأس المال والخبرة العلمية والفنية ، لذلك تقرر الدول الضمانات التي تشجع المستثمرين في الأستثمار داخل أقاليمها لكونها ترتبط بحركة تداول رؤوس الأموال واستغلالها داخليا وخارجيا.

وقد تأكدت اهمية اللجوء الى التحكيم ايضاً بعد صدور قوانين الأستثمار في كثير من الدول النامية ، فقد حرصت هذه الدول على تضمين هذه القوانين مجموعة من المزايا والضمانات الكفيلة بتشجيع وجذب المستثمرين الاجانب ، إلا ان هذه المزايا او تلك الضمانات التي ينص عليها قانون الدولة المضيفة تصبح نظرية محضة ، ومجرد وعود من جانب الدولة وآمال من جانب المستثمر ، في غياب وسيلة فعالة كالتحكيم .

وهكذا فإن ارادة حماية الأستثمارات الأجنبية الخاصة لاتشكل نهاية المطاف او الهدف الوحيد ، فهي ليست الا وسيلة لتحقيق سياسات التنمية الاقتصادية للبلاد ، فهذه الاخيرة يجب ان تحظى بأهتمام لايقل عن سابقتها،أخذاً بهذه ألاعتبارات ، فأن وضع التحكيم وتوظيفه في خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية يجب ان لاتقتصر فحسب على تشجيع الأستثمار الخاص الأجنبي وانما يجب ان يتم من منظور المصلحة المتبادلة للطرفين وهو ما يقتضي ألاخذ في ألاعتبار الطبيعة الخاصة لمنازعات الأستثمار .

ثانياً : . أهمية الموضوع

يعد التحكيم من الوسائل المهمة التي يلجأ إليها المتعاقدون في كافة العقود وعلى الأخص في عقود الأستثمارات الأجنبية لحل المنازعات التي يمكن أن تثار ، إلى الحد الذي يمكن أن نقول بأن التحكيم أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، ويرجع هذا إلى المميزات التي يتميز بها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والتي تتناسب مع طبيعة عقود الأستثمار، فمن جانب 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 أخر ما تتميز به سرية، الأمر الذي يؤدي إلى تجنب المساس بمركزهم وبسمعتهم لمجال النشاط الاقتصادي ، هذا فضلاً عن السرعة في البت في النزاع مما يؤدي إلى توفير الوقت وغير ذلك حسب النقاط الآتية:-

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

أ . اختصار الوقت والاقتصاد بالنفقات .

ب . التيسير على أطراف النزاع وذلك عن طريق رفع العناء الذي تقتضيه أقامة الدعوى.

ج . السرية التي تتفق وحاجة المعاملات التجارية التي تتضمن أسرار يحرص الخصوم في عقد الأستثمار الأجنبي على بقائها طي الكتمان.

د . اطمئنان أطراف النزاع وقناعتهم بأن الفصل في النزاع سيكون عادلاً بثقتهم بحياد المحكمين ونزاهتهم، لأنه تم اختيارهم من الخصوم أنفسهم.

2. يعد التحكيم أهم وسيلة يرغب المتعاملون في الأستثمار الأجنبي والتجارة الدولية اللجوء اليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم ،إذ يتمسك المستثمر الأجنبي بالتحكيم نظراً لخصوصية عقود الأستثمار 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 ، هذا من جهة ومن جهة أخرى يتمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم بسبب تخوفه من تمسك الدولة بالحصانة القضائية، إذ تتمتع الدولة بما لها من استقلال وسيادة تجعلها على قدم المساواة مع الدول الأخرى، بالحصانة القضائية التي تغل يد القضاء الوطني لأي دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيه.

ثالثاً: . أسباب اختيار الموضوع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من أهم الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار موضوع البحث هي :

1. أهمية الأستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الاقتصادية في البلدان ألاخذة بالنمو، إذ أن الدول تتنافس فيما بينها من اجل جذب الأستثمارات الى اراضيها وخصوصاً في العراق بعد سقوط النظام السابق وظهور الفراغ الكبير في جانب الأستثمار، وتخوف الدول المتقدمة من الأستثمار فيه بسبب المشاكل الأمنية .

2. أهمية التحكيم بالنسبة لعقود الأستثمار الأجنبي ،إذ أنه أصبح في الوقت الحاضر البديل الناجح للنظام القضائي في حسم منازعات الأستثمار .

3. عدم وجود قانون خاص يعالج التحكيم بوصفه وسيلة لحل منازعات الأستثمار، على الرغم من أهميته في هذه العقود.

4. التزايد المستمر في عدد المنازعات القانونية الأستثمارية وتنوعها.

رابعاً: . منهجية البحث

سنتبع في دراستنا موضوع البحث الموسوم بالتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية منهج الدراسة المقارنة، وستكون القوانين التي نركز دراستنا فيها القانون الفرنسي ،والسويسري، و الهولندي من القوانين الأجنبية والتي تمكنا من الحصول عليها ، والقانون المصري والعراقي ، هذا من دون إغفال بقية القوانين العربية. وكذلك سنعالج موضوع البحث من خلال الأتفاقيات الدولية المختصة بمجال التحكيم في الأستثمار الأجنبي، كأتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الأستثمار لعام 1965 ،وأتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول العربية لعام 1950، و الأتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1974 ،وكذلك الأتفاقيات الخاصة بالتحكيم الدولي كأتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958، والأتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961.

التمهيد

التعريف بعقود الأستثمارات الأجنبية

لتحديد التعريف بعقود الأستثمارات الأجنبية، فأنه يجدر بنا البحث في مسائلٍ ثلاث أولها بيان المقصود بالأستثمارات الأجنبية وتعريف عقودها ، وثانيها الشكل القانوني لعقود الأستثمارات

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأجنبية ، ونفرد المسأله الثالثة للخصائص التي تمتاز بها هذه العقود ، وعلى النحو الآتي:-

أولاً: تعريف عقود الأستثمارات الأجنبية .

الأستثمار لغةً ، مصدر أستثمر يستثمر وهو للطلب بمعنى طلب الأستثمار،وأصله من الثمر وله معانٍ عدة منها ما يحمله الشجر وينتجه ، ومنها الولد إذ يقال ، الولد ثمرة القلب ، ومنها انواع المال ، ويقال ثمَر(بفتح الميم) الشجر ثموراً أي ظهر ثمره. وثمر الشيء أي نضج وكمل ويقال ثمر ماله أي كثر ، وأثمر الشجر أي بلغ أوان الاثمار ،وأثمر الشيء أي أتى نتيجته ، وثمُر ماله (بضم الميم) كثر ، وأثمر القوم : أطعمهم الثمر ، ويقال أستثمر ماله أي أستخدمه في الانتاج[1].

وإذ أن الأستثمار الأجنبي يعد عملية مركبة من عناصر أقتصادية وأخرى قانونية، لذلك نلحظ أنه كان محلاً لأهتمام فقهاء الأقتصاد والقانون على حدٍ سواء ، تعريفاً وبياناً ً، فقد وردت تعريفات عدة للأستثمار الأجنبي ، وذلك بحسب المفهوم الاقتصادي من جهه والمفهوم القانوني من جهةٍ أخرى ، ومما عرف به الأستثمار الأجنبي وفقاً للمفهوم ألاول أنه" العملية الناشئة عن تدخل إيجابي لأحد الافراد بهدف إيجاد تجهيزات دائمة تؤمن خدمات عاجله"[2].

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

أو هو" اضافة جديدة الى الاصول الانتاجية الموجودة في المجتمع بقصد زيادة الناتج في الفترات التالية"[4] ،وهناك من يعرفه بأنه "الأتفاق على الاضافات الجديدة الى السلع الأنتاجية بأنواعها، كالمواد ألاولية، والمكائن، والالات، والمعامل ،ودور السكن، وغيرها، مما يشكل جزءاً من الثروة الوطنية وهو بمجموعه يمثل الاضافات الصافية الى تخزين رأس المال الحقيقي في

---

[1] ابن منظور ، معجم لسان العرب،المجلد ألاول ، دار بيروت للطباعة ، لبنان ، 1956ص273 .

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

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

[4] د.هناء عبد الغفار السامرائي ،الأستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية،بيت الحكمة ،بغداد ،2002،ص13.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البلاد"[1].

ونلحظ على التعاريف الاقتصادية أعلاه أنها لم تعرف الأستثمار الأجنبي وفق نطاقٍ معينٍ ومحددٍ، إذ أنها تجمع على تعريفه بنطاقه الواسع ،بمعنى ان الأستثمار كما يرى البعض هو" توظيف للنقود لإي اجل، وفي أي أصل ،أو ملكية، أو ممتلكات ،أو مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال، أو تثمينه، سواء أرباح دورية أم زيادات في قيمة الاموال في نهاية ،المدة او بمنافع غير مادية"[2].

أما على صعيد المفهوم القانوني فقد عرف الأستثمار الأجنبي فقهاً على أنه "انتقال رؤوس الاموال من الخارج الى الدولة المضيفة بقيمة تحقيق ربح المستثمر الأجنبي، وبما يكفل زيادة الانتاج والتنمية في الدولة المضيفة"[3] .

أو" أنه تحركات رؤوس الاموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر"[4].

وكذلك عُرف بأنه" تقديم الاموال المادية أو المعنوية والاداءات من شخص طبيعي، او معنوي لا يحمل جنسية الدولة المستقبلة للمساهمة المباشرة ،وغير المباشرة في مشروع قائم، أو سيتم أنشاءه للقيام بنشاط أقتصادي ما خلال مدة معقولة من الزمن"[5].

وبالرجوع الى أغلب متون القوانين والتشريعات ونصوصها نلاحظ ان بعضها قد عرف الأستثمار الأجنبي من خلال وضع بيان تفصيلي للمال المستثمر المراد استخدامه في مجالات الأستثمار كقانون ضمانات وحوافز الأستثمار الأجنبي المصري رقم 8 لعام 1997في المادة (1) منه التي حددت مجالات الأستثمار بصورة تفصيلية واعطى في م(2) من القانون ذاته صلاحيات الى مجلس الوزراء بأضافة المجالات التي يراها مناسبة لخطة التنمية الاقتصادية أي أنه أعتنق مفهوماً موسعاً لتحديد مجالات الأستثمار.[6]

ومما يؤخذ على هذه الطريقة أنها تعيق التطور الاقتصادي والتقدم العلمي على اعتبار ان

---

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

[2] ينظر د.صفوت أحمد عبد الحفيظ ،مصدر سابق ،ص20.

[3] د.أبو العلاعلي أبو العلا النمر ، نظرة انتقادية للسياسية التشريعية المصرية في مجال الأستثمار ،ط1،دار النهضة العربيه ،القاهرة، 2003 ،ص8.

[4] نقلاً عن د.دريد محمود السامرائي ،الأستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات،ط1،بيروت،2006،ص50.

[5] د.جميل الشرقاوي ،المقاصد الاساسية لقوانين الأستثمار،دار النهضه العربيه ،القاهرة ،1978،ص23 .

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

http/www.Arifonet.dataladil.investement countries.htm.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأستثمار الأجنبي يعد من الادوات القانونية المستخدمة في نقل التكنلوجيا الى الدولة المضيفة للأستثمار [1] .

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

لهذا فيلاحظ أن البعض الاخر من التشريعات قد تجنبت ذكر بيان تفصيلي للأموال المستثمرة وأعتمدت في تعريفها للأستثمار على وضع معيارٍ عام للمال المستثمر الذي يخضع لأحكام القانون[2].

أما بالنسبة للقانون العراقي فيلاحظ أنه لم يحدد مجالات الأستثمار في قانون الأستثمار العربي الملغي رقم 62 لسنة 2002 ، بمعنى أنه أعتنق المفهوم المرن في تعريف الأستثمار[3]، في حين أنه وبموجب الأمر الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة المرقم(39) في 12 أيلول 2003 قد بيّن ان المقصود بالأستثمار الأجنبي هو "الأستثمار في أي أصل من الاصول 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"[4]، كما أنه وفي الوقت ذاته قد حدد مجالات هذا الأستثمار[5]. اما قانون الأستثمار النافذ رقم13 لسنة 2006 فقد عرف الأستثمار بمعناه العام من دون حصره بالأجنبي منه ومن دون الولوج الى

---

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

3 كالمشرع الفلسطيني في قانون تشجيع الأستثمار رقم(1) لسنة 1998 حسب نص م(1) منه، وكذلك المشرع القطري في قانون تنظيم رأس المال الأجنبي رقم 13 لسنة 2000 حسب م(2) منه. ينظر مجموعة التشريعات الأستثمارية العربية منشورة على شبكة الانترنيت **http/www.Arifonet.dataladil.investement countries.htm.**

[3] صدر هذا القانون عن مجلس قياده الثوره المنحل بتاريخ2002/11/22 ونشر في الوقائع العراقيه بالعدد 3959 في 2002/12/2 ولقد الغي بموجب الماده 35 من قانون الأستثمار النافذ رقم 13 لسنة 2006 .

[4] ينظر ف(3) من القسم ألاول من الأمر رقم 39 الصادر عن سلطة الائتلاف والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد3980 في إذار سنة 2004 .

[5] ينظر القسم السادس من الأمر أعلاه ،ولا يفوتنا القول الى ان هذا الأمر قد الغي بموجب الماده 35 من قانون الأستثمار النافذ رقم 13 لسنه 2006.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تحديده من خلال مجالاته،وذلك في م(1) ف(ن) منه على أنه "توظيف المال في أي نشاط أو مشروع أقتصادي يعود بالمنفعه المشروعه على البلد "[1].

ومما تقدم يتبين لنا أن القانون العراقي قد اخذ بالتحديد المرن للأستثمار وهو أمر يبدو أنه ناجم عن رغبته في أفساح المجال أمام المستثمرين الاجانب في الأستثمار بكافة المجالات من دون قيود، شريطة ان تكون غير مخالفة للنظام العام، أو الاداب ، وذلك من اجل رفع عملية التنمية الاقتصادية، والاجتماعية، وتطويرها وجلب الخبرات التقنية، والعملية،وتنمية الموارد البشرية ،وايجاد فرص عمل للعراقيين بتشجيع الأستثمارات، ودعم عملية التأسيس الأستثماري في العراق ،وتوسيعها، وتطويرها على مختلف الاصعدة الاقتصادية .

ولما كان الأستثمار الأجنبي يمثل في حقيقته أنتقالاً لرأس المال ،والخبرة الفنية، والتكنلوجيا عبر الحدود ،فقد أبرمت أتفاقيات عديدة لضمان الأستثمار ولتسوية المنازعات الناجمة عنه، ولقد تضمن البعض من تلك الأتفاقيات تعريفاً مباشراً للأستثمار إذ عرفت م(6) من الأتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية الصادره في 1950 الأستثمار بأنه " أستخدام رأس المال العربي في أحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في أقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي ،أو تحويله اليها لذلك الغرض، وفقاً لأحكام هذه الأتفاقية ".

---

[1] نشر في الوقائع العراقية في العدد 4031 في 17 كانون الثاني 2007 ،وتجدر الاشاره الى ان قانون الأستثمار في أقليم كوردستان رقم 4 لسنة 2006 قد بيّن معنى الأستثمار من خلال تحديد المجالات أو الاموال التي يمكن ان يقع عليها الأستثمار وذلك في المادة (2) منه والتي نصت على (تطبق أحكام هذا القانون على المشاريع التي توافق عليها الهيأة 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، والتكنلوجية ،وتكنلوجيا 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 .
10-التعليم بجميع مراحله في اطار السياسة التعليمية للاقليم .) إلا أنه نص في ف(11) من المادة نفسها على "أي مشروع في أي قطاع اخر يقرر المجلس الموافقة على شموله بأحكام هذا القانون " وهذا يعني امكانية الاضافه الى هذه المجالات .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في حين ذهب البعض الآخر منها الى تعريفه من خلال بيان ما يمكن الأستثمار فيه ،أما بأيراد تحديدٍ تفصيلي للأموال المستثمرة الخاضعة لأحكامها القانونية كما في أتفاقية أنشاء الوكالة الدولية لضمان الأستثمار التي أعدها البنك الدولي، والتي تقرر بان الأستثمار الدولي يشمل حقوق الملكية والقروض المتوسطة، و الطويلة الأجل التي يقدمها ،أو يضمنها المشاركون في ملكية المشروع المعني فضلاً عن صور الأستثمار المباشر المختلفة[1].

وكذلك أتفاقية المؤسسة العربية لضمان الأستثمار والصادرة سنة1952 التي نصت على ان مصطلح الأستثمار يشمل الأستثمارات المباشرة كالمشروعات ،وفروعها، ووكالاتها، ،وملكية الحصص، والعقارات، كما يشمل الأستثمارات غيرالمباشرة مثل الاكتتاب في الاسهم، والسندات، وكذلك القروض التي يتجاوز أجلها 3 سنوات[2]، وأيضاً أتفاقية تشجيع انتقال رؤوس الاموال والأستثمارات بين الكويت ومصر م(1)[3]،أو بوضع معيارٍ عامٍ للأموال المستثمرة الخاضعة لأحكامها القانونية كالأتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية التي حددتها في م(1)ف(5) منها بأنها "كل مال يمكن تقويمه بالنقد من حقوق مادية ومعنوية بما في ذلك الودائع المصرفية والأستثمارات المالية " [4].

وبين هذا وذاك حاولت بعض الأتفاقيات الدولية أعطاء مفهوم شامل للأستثمار الأجنبي من خلال الجمع بين المعيارين المتقدمين في تحديد الاموال المستثمرة المشمولة بأحكامها فتضع معياراً عاماً لتلك الاموال ثم تعد الامثلة ،كما هو الحال بالنسبة لأتفاقية تشجيع حماية الأستثمارات بين العراق والسودان سنة1999 التي نصت المادة الثالثة منها على أنه "تعني كلمة استثمار جميع الاصول التي يملكها أحد مستثمري طرف متعاقد، ويستثمر في إقليم الطرف المتعاقد الأخر في وقت لاحق لدخول هذه الأتفاقية حيز التنفيذ والذي يقترن بقبول هذا الطرف الاخير لكونه استثماراً وفقاً لقوانينه وأنظمته، ويشمل مصطلح الأستثمار بوجه خاص وليس على سبيل الحصر :

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

ب – قيم، وأسهم، وحصص، وسندات الشركات .

---

[1] ينظر نص م(1) من أتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الأستثمار التي تم التوقيع عليها في1953/9/7 .

[2] ينظر م(15) من أتفاقية المؤسسة العربية لضمان الأستثمار التي تم التوقيع عليها في 1953/9/7.

[3] ينظر نص م(1) من أتفاقية تشجيع أنتقال رؤوس الاموال والأستثمارات بين الكويت ومصر المعقوده في 1966/2/12.

[4] ينظر نص م (1) من الأتفاقية الموحده لأستثمار رؤوس الاموال العربية التي تم التوقيع عليها في عام 1974 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج . المطالبات بأموال أو أي قيمة أقتصادية متعلقة بالأستثمار " [1].

وهناك من ترك للأطراف في أتفاق الأستثمار سلطة تقديرية واسعة في تقرير ما إذا كانت معاملة ما ،أو صفقة تمثل أستثماراً من عدمه،كما هو الحال لأتفاقية تسوية منازعات الأستثمار في المركز الدولي في واشنطن الصادرة عام 1965[2] .

ويتضح مما تقدم أن معظم الأتفاقيات الدولية تتجه نحو التوسع في تحديد مفهوم الأستثمار الأجنبي وبما لايقصره على الأستثمارات النقدية، أو المادية، بل يشمل كل إسهام في مشروع عن طريق تقديم أصول فيه سواء أكانت تلك الاصول مادية ملموسة أم معنوية كالمعرفة الفنية والتكنلوجية وبراءات الاختراع ،وهو أتجاه نعتقد بدقته لما يمثله المفهوم الواسع من تغير وتطور، وذلك تبعا للظروف والاوضاع الاقتصادية على المستوى الدولي، فهو قد يضيق وقد يتسع حسب ظروف الدولة السياسية والاقتصادية .

وإذا كان أمر بيان الأستثمار الأجنبي تعريفاً، قد تجاذبه أتجاهان بين النص على تعريفه مباشرةً وبين تحديده من خلال ما يمكن أن يقع عليه أو ما يمثل محلاً له ، فأن ما يماثل ذات الأمر يمكن تلمسه فيما خص العقود التي تنظم هذه الأستثمارات ، مع فارق في أختلاف مواطن هذا التجاذب فقد تعددت الاراء واختلفت المضامين المعطاة لهذه العقود من أجل تحديد ماهيتها، وذلك نظراً للخلط الذي وقع فيه البعض بينها وبين عقود الدولة الأخرى[3] ،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 مباشرةً كشراء الالات والمواد ألاولية، او بطريقة غير مباشرة كشراء الاسهم ،والسندات لأجل تحقيق ربح يتم توزيعه على الأطراف بحسب النسب المتفق عليها "[4].

---

[1] أشار اليها د.دريد السامرائي ،مصدر سابق ،ص45.

[2] ينظر م (5) ف (1) من هذة الأتفاقية على الموقع الالكتروني

http/ www.law berkely. Edu-faculty-ddcaron-documents-RPID20 documents/ rpo40، 12.h.

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

[4] أحمد حسين جلاب ، النظام القانوني لعقد الأستثمار ، اطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهرين ،2006 ، ص11 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن ثم فقد ذهب جانب من الفقه الى تعريفها بأنها" تلك العقود المبرمة بين الدوله أو أحدى الهيئات التابعه لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الأستثمار"[1].

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"[2] .

ويلاحظ على التعاريف اعلاه أنها قد قصرت الطرف المستثمر بالطرف الخاص في حين أنه يمكن أن يكون طرفاً عاماً وخاصاً ، لأنه لايشترط في المتعاقد مع الدولة المضيفة أن يكون شخصاً من اشخاص القانون الخاص؛ ومن ثم عدم جواز ان تدخل الدولة او أحدى الهيئات التابعة لها في عقد الأستثمار الأجنبي لكون الدولة شخصاً عاماً ،إذ قد يكون الطرف الأجنبي شخصاً خاصاً وشخصاً عاماً ايضاً، وذلك لان هناك الكثير من عقود الأستثمار وخصوصاً الأستثمارات الكبيرة تقوم بها الدولة؛ وامثلة ذلك نجدها في عقود البترول التي تشكل جانباً مهماً من الأستثمارات المباشرة .

هذا ويعرف عقد الأستثمار النفطي بوصفه من اهم أنواع عقود الأستثمارات الأجنبية؛ بأنه:- "ذلك العقد الذي تمنح الدوله بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث،أو التنقيب عن الموارد النفطيه الكامنة في أقليمها أو جزء منه،والحق في أستغلال هذه الموارد والتصرف فيها ، وذلك خلال فترة زمنية معينة مقابل حصول هذه الدوله على فرائض معينه".[3] وهناك من يعرفه على أنه "العقد الذي بواسطته تمنح الدوله مشروعاً أجنبياً حقاً مطلقاً له في البحث في أقليمها عن النفط وأستخراجه واستغلاله، وذلك خلال فترة زمنية محددة ".[4]

كما عرفه آخر بأنه "عقد يبرم بين سلطة عامة ومشروع ما، يكون في الغالب أجنبياً، يعطى بموجبه هذا الأخير حق أستثمار مرفق النفط لحسابه الخاص،مع حق التملك للآبار التي يكتشفها مقابل بعض العائدات التي يتوجب عليه دفعها للدولة".[5]

cavin كما تعرضت بعض أحكام التحكيم لتحديد المقصود بهذه العقود إذ وصف المحكم ضد شركة النفط الوطنية الايرانية سنة 1967 عقد sapphireفي تحكيم شركة النفط الكندية

---

[1] د.عصام الدين القصبي ، مصدر سابق ، ص6.

[2] د. بشار محمد الاسعد ، عقود الأستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 ،ص12 .

[3] **Leboulanger Philip :Les contract enter etats et enter ،Paris ،1985 ،P. 14 .**

[4] د.حفيظه السيد الحداد،العقود المبرمه بين الدوله والاشخاص الأجنبية،ط1،دار النهضةالعربية،1996 ،ص175 .

[5] وسن مقداد عبد الله الشاهين،التزامات الاداره في عقود الأستثمارات النفطيه،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة الموصل سنة 2005،ص13.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأستثمار بأنه "عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام، وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، ومحل هذا العقد يختلف عن العقود التجارية المعتادة أي العقود المبرمة بين اشخاص القانون الخاص ،إذ أنه يمنح الشركة الأجنبية حق أستغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة، ويلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة، ومنشآت بها طابع الدوام ، وكذلك يربط بين شركة وطنية تخضع للقانون العام من ناحية ، وشركة تجارية أجنبية تخضع للقانون الخاص من ناحية أخرى "[1].

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

ثانياً : الشكل القانوني لعقود الأستثمارات الأجنبية.

يقصد بالشكل القانوني لعقود الأستثمارات الأجنبية الصيغه التي يمكن أن تتم هذه العقود بمقتضاها إذ تتصف اشكال عقود الأستثمارات الأجنبية بالتعدد والتباين وذلك تبعاً الى تعدد المعايير المستخدمة في تطبيق هذه الأستثمارات وتباين تفصيلات واختيارات الدولة المضيفة من ناحية والطرف المستثمر سواء أكان دولة أم شخص معنوي أم طبيعي من ناحية أخرى، ذلك أن هذه العقود تتحدد في شكلها بالمحل الذي تنظمه،وهو الأستثمار الأجنبي ذاته[2].

وإذا كان الأستثمار الأجنبي ينقسم من الناحيه الاقتصادية على أستثمار منتج، وغيرمنتج تبعاً لمجموع قيمة الخدمات والسلع المنتجة؛ خلال مدة من الزمن فيما إذا كانت أعلى أو أدنى من الكلفة المباشرة ، فأنه 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 ، والأستثمار 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 ، وأستثمار عام وهو الذي تقوم به الدولة أو أحد أجهزتها العامة ،أو جهاز ذي كيان دولي ، وأستثمار مختلط وهو الذي يحوي النوعين السابقين معاً [3]. وقد يقسم تبعاً لمن يملك السيطرة والتحكم في الأستثمار ان كان المستثمر الأجنبي ذاته، ام الدولة المضيفه الى أستثمار مباشر، وغير مباشر، وذلك لأنه ، واستناداً الى تعاريف الأستثمار الأجنبي سالف الاشارة اليها،يمكن ان يعد معياراً أو تقسيماً تذوب

---

[1] وسن مقداد ، مصدر سابق ، ص23.

[2] د.صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مصدر سابق ،ص32.

[3] د.دريد محمود السامرائي ، مصدر سابق ، ص60.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أو تنصهر فيه المعايير أو التقسيمات السابقة اعلاة ، إذ أن المهم من ابرام عقد الأستثمار الأجنبي ليس مدته او الشخص القائم به بقدر ما يمكن ان يترتب عليه من ضمان لأدارة وتوجية المستثمر للمشروع الأستثماري[1]، ومن ثم فأن ابرز ما تتخذه هذه العقود من اشكال يتجلى لكونها اما عقود استثمارات أجنبية مباشرة،أو غير مباشرة، وهذا ما سنتناوله تباعاً وذلك في نقطتين.

1. عقود الأستثمارات الأجنبية المباشرة .

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

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

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

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

ويلاحظ من هذه التعريفات أنها تدور جميعاً حول مفهومٍ معينٍ لعقود الأستثمار الأجنبي المباشر هو ضمان سيطرة المستثمر الأجنبي على ادارة وتوجيه المشروع الأستثماري ،إذ يقوم

---

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

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

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

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

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المستثمرون عادةً بالأستثمار المباشر من خلال ايجاد فروع لشركاتهم المتعددة الجنسية، او مشروعات مشتركة، وبما يؤدي الى انتقال رأس المال الى الدول المضيفة لأستثمار عن طريق هذه الشركات[1] .

2. عقود الأستثمارات الأجنبية غير المباشرة

لا ينطوي هذا النوع من الأستثمار على حق للمستثمر بالقيام بمهمة الأشراف والرقابة والادارة المباشرة؛ إذ ليس له أمكانية أتخاذ القرارات الأستثمارية إذا كانت نسب مساهمته في المشروع الأستثماري لا تبيح له ذلك.

ويعرف هذا النوع من عقود الأستثمار الأجنبي بأنه" ذلك العقد الذي يتخذ محله شكل قروض مقدمة من الافراد، أوْ الهيئات، أوْ الشركات الأجنبية، او 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"[2] .

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 للأستثمار بقصد المضاربة، وتتم عادة من مؤسسات التحويل كالبنوك وشركات التامين"[3].

أو هو" عقد شراء الاوراق المالية بهدف الحصول على الارباح الموزعة والعوائد المجدية لرأس المال"[4] .

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

1. شراء السندات الدولية، وشهادات الايداع المصرفية الدولية المقدمة بالعملات الأجنبية، وشهادات الايداع في سوق العملات الدولية .
2. شراء سندات الدين العام، أو الخاص .
3. شراء القيم المنقولة.

---

[1] يقصد بالشركات المتعددة الجنسيات "مشروعات ضخمة تتكون من شركات وليده تزاول نشاطها في دول متعدده وتتمتع كل منها باستقلال قانوني عن الأخرى ولكنها تخضع في ممارستها لنشاطها لسيطرة وهيمنة شركة أُم تتولى ممارسة الرقابة عليها لتحقيق أستراتيجية واحدة " للمزيد ينظر د.عوني محمد فخري ،مصدر سابق ،ص8 .

[2] د.دريد محمود السامرائي ،مصدر سابق ،ص66.

[3] د.هناء عبد الغفار السامرائي ، مصدر سابق ، ص17.

[4] محمد فوزي ، مصدر سابق ، ص14.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

4.الايداع في البنوك المحلية.

5. شراء الذهب والمعارف النفيسة.

6. قروض الحكومات الأجنبية العامة، والخاصة سواء أكانت طويلة أم متوسطة الاجل[1].

ومن ثم فإن ألاساس الذي نستطيع أن نميز بموجبه بين عقود الأستثمار المباشر، وغير المباشر، هو السيطرة والتحكم في الأستثمار ، فألاول 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 . فالمستثمر في عقد الأستثمار غير المباشر لا يستطيع استثمار امواله، الا من خلال دراسة مستفيضه للعوامل الاقتصادية، القانونية، والاجتماعية، والسياسية، في البلد الذي يروم الأستثمار فيه،فالربح المبتغى في عملية الأستثمار لا يتحقق ،الا بتحقيق عوامله ألاولية التي تتأثر بالعوامل الاقتصادية، والقانونية، والاجتماعية ،والسياسية ،السابقة الذكر او اللجوء الى وكالات متخصصة لتشجيع الأستثمار، وهذه الوكالات بمثابة وكالات دولية تستوفي اتعابها على صورة عمولات بالتوفيق بين عروض طلب المال ،أو المشورة الفنية، والعروض التي تمنح تلك الاحتياجات [2].

ثالثا:- خصائص عقود الأستثمارات الأجنبية.

تتميز عقود الأستثمارات الأجنبية بخصائص وسمات تعطيها طبيعة خاصة ، فضلاً عن الى الخصائص العامة من حيث كونها من العقود الرضائية ومن العقود الملزمة الجانبين، ومن عقود المعاوضه والمده[3]، هناك خصيصتان أساسيتان تميزها عن سائر العقود وهما :-

1. أن عقود الأستثمارات الأجنبية هي عقود دولية.

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

وهذا ما سنتناوله تباعا :

---

[1] للمزيد حول صور الأستثمار غير المباشر ينظر د.صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص46 وما بعدها .

[2] أحمد حسين جلاب ، مصدر سابق ، ص67 .

[3] يقصد بالعقود الرضائية " هي تلك العقود التي يكفي مجرد الرضا في انعقادها أي اقتران الايجاب بالقبول" ، اما بالنسبة للعقود الملزمة لجانبين فيقصد بها " هي تلك العقود التي تنشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين " ، اما عقود المعاوضة فهي" العقود التي يأخذ فيها المتعاقد مقابلاً لما اعطى " ، اما عقود المدة فهي "تلك العقود التي يكون الزمن فيها عنصراً جوهرياً ". ولمزيد من التفصيل في بيان معنى هذه الخصائص ينظر د.عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ،ج1،دار النهضة العربية،القاهرة،1964،ص1139وما بعدها ود. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب ألاول ، مصادر الالتزام ، التصرف القانوني والارادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، 1974 ، ص53 وما بعدها .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1. أن عقود الأستثمارات الأجنبية هي 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 للاستثمار ، وموضوع هذا العقد هو الأستثمارات الصادرة من أحدى الدول والآتية لدولة أخرى ، ووظيفتة 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 الأخر، الدولة من جهة و الشخص الأجنبي التابع لدولة أخرى من جهة ثانية[1]. مما يترتب معه عد عقد الأستثمار الأجنبي عقداً دولياً.[2]

والدوله بوصفها شخصاً سيادياً (أي تمتلك حق السيادة على اقليمها برمته) 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 التعاقدي على اعتبار ان الدولة تستطيع ان تمارس نفوذها على كافة المستويات سواء أكانت تشريعية أم تنفيذية أم قضائية [3].

والضمانات التي يمكن تصورها في هذا الصدد التي يطلق عليها شروط الثبات التشريعي[4]

---

[1] د.بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص66.

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

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

[4] لقد تعرضت بعض أحكام المحكمين لهذا الموضوع منها حكم المحكم في قضية Sahbire ضد الحكومة الايرانية إذ ذهب المحكم في الحكم الصادر في 15 مارس 1963 الى أنه " بمقتضى الأتفاق المبرم بين الطرفين ، فإن الشركة الأجنبيةSahbire قدمت لأيران مساعدات مالية وفنية واستثمارات تتضمن مسئوليات ومخاطر واسعة ومن ثم يبدو من الضروري ان تتم حمايتها ضد التعديلات التشريعية التي يمكن ان تؤثر في حقوق الأطراف والتزاماتهم ، وان يكفل لها الأمان القانوني ، وهو ما يصعب تحقيقه إذا تم التطبيق الخالص والبسيط للقانون الايراني ، الذي يكون من سلطة الدولة الايرانية ان تعدله ".اشارت له وسن مقداد ، مصدر سابق ، ص101 .وكذلك الحكم الذي صدر في قضية Liamco في 12 ابريل 1977 بشأن النزاع بين الشركة الأجنبية والحكومة الليبية فقد ذهب المحكم الى " لغرض تعزيز الطبيعة التعاقدية في امتياز ليامكو وغيره من الالتزامات المشابهه ، بالنظر لكون أحد المتعاقدين هو الدولة ، فقد وجد أنه من الضروري لضمان حماية معينة للحقوق التعاقدية لأصحاب الامتياز ، إذ أن من المعتاد ان يكون المستثمرون الأجانب الذين قبلوا المخاطرة باستثمار مبالغ طائلة من المال ، واعداد كبيرة من العمال لتشغيل امتيازاتهم ، حريصين على الحصول على ضمانٍ كافٍ

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

،والتي بمقتضاها ينص الأطراف صراحةً على ان قانون الارادة الذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون المختار بأحكامه وقواعدة النافذة فقط وقت ابرام العقد مع استبعاد تطبيق أي تعديل يطرأ عليه في وقتٍ لاحق ، وبموجبه تتعهد الدولة المضيفة للاستثمار بوصفها سلطة تشريعية في ذات الوقت بعدم اصدار اية تشريعات جديدة على نحوٍ يؤدي الى الاخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والاضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها[1]. والضمانة الأخرى هي توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ من هذه العقود[2]. ويترتب على أتصاف هذه العقود بالدولية نتائج عده أهمها:

أ. افلات العقد من نطاق تطبيق قانون وطني محدد كان سيطبق عليه تطبيقاً مباشراً من دون حاجة للرجوع الى قواعد الأسناد لو لم تتوفر له الصفة الدولية.

ب . أخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الخاص سواء ما كان منها معتبراً من قواعد تنازع القوانين ام لا ، ومن ثم منح الأطراف مكنة أختيار 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 أتفاق دولي .[3]

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

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

من اجل احترام مبدأ قدسية العقد ، ولغرض ضمان مثل هذه الحماية ، جرى ادخال نص بعينه بهذا المعنى في البند 16 من أتفاقية الشركة المذكورة ، يدخل هذا البند في نطاق ما اصطلح عليه بشرط الثبات، وعدم جواز خرق العقود ، وهو شرط ملزم قانوناً بموجب قواعد القانون الدولي " . اشار اليه د. بشار محمد الأسعد ، مصدر سابق ، ص169 .

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

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هام في تحديث الأقتصاد الوطني وفي الاسراع بوتيرة النمو الأقتصادي .[1]

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 وأيضا أستخدام التكنلوجيا 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 الأستثمار[2].

وهذا ما اكدته صراحةً الاعمال التحضيرية لأتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965 ،وذلك من خلال التقرير المقدم من المديرين التنفيذيين وعلى وجه الخصوص في البند(9) الذي ينص على " ان المديرين التنفيذيين ،وهم يقدمون الأتفاقية المرفقة للحكومات ، فأنهم مدفوعون بالرغبة في تقوية الشراكة بين الدول من أجل التنمية الاقتصادية وإنشاء مؤسسة تهدف الى تسوية منازعات الأستثمار ، يمكن ان تكون خطوة هامة على طريق خلق مناخ اساسه الثقة المتبادلة ، ومن ثم تشجيع الأستثمار في الدول التي تسعى لجذبه اليها "[3] . وكذلك يتضح من خلال المقدمة للأتفاقية التي ورد فيها مايأتي:- " تقديراً لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية ، ولأهمية الدور الذي تؤديه الأستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال ....."[4].

وقد اوضحت هيأة التحكيم في قضية شركة Amco ضد الحكومة الاندونيسية ان تحكيم المركز الدولي ليس في مصلحة المستثمر وحسب، وانما ايضاً الدولة المضيفة ، وانتهت قائلة "

---

[1] د.دريد محمود السامرائي ،مصدر سابق ،ص83

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

[3] مشار الى هذا التقرير في مؤلف د. جلال وفاء محمدين ، مصدر سابق ، ص45 .

[4] ينظر المقدمة منشورة على الموقع الالكتروني
http/www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/Dccumonts/RPID%20documents/rpo42.h

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن ثم فأن الأتفاقية تهدف الى حماية المستثمر، وكذلك الدولة المضيفة بالدرجة والحماس نفسه مدركةً لحقيقة ان حماية الأستثمار في الأصل يعني حماية المصلحة العامة للتنمية بالدول المضيفة"[1] .

الفصل ألاول

ماهية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية .

للتحكيم دوراً هاماً في حسم المنازعات التي يمكن ان تثيرها عقود الأستثمارات الأجنبية ، الى درجة يمكن عده القضاء الطبيعي في هذا المجال ، إذ يفضل الأطراف في هذه العقود اللجوء الى التحكيم في حسم منازعاتهم ، ويرجع ذلك الى أسباب عدة يتعلق بعضها بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات هذه العقود، كما يتعلق البعض الاخر بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء الى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار ،وعليه ومن اجل بيان ماهية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية، فأن الأمر يتطلب منا تقسيم هذا الفصل على مبحثين سنتناول في المبحث ألاول منهما مفهوم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية، في حين سنحدد في المبحث الثاني الشكل القانوني للتحكيم في هذه العقود [2].

---

[1] مشار اليها في مؤلف د .جلال وفاء محمدين ، مصدر سابق ، ص12 .

[2] تجدر الاشارة الى اننا سنعتمد في تحديد ماهية التحكيم في هذه العقود فيما خص القانون الداخلي للدولة المستضيفة على القوانين التي نظمت أحكامه العامه كقوانين المرافعات المدنية وقوانين التحكيم ، وذلك لأن اغلب قوانين الأستثمار التي اجازت اللجوء اليه بوصفها وسيلةً لحل المنازعات الناشئة عن العقود الأستثمارية قد نصت

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث ألاول

مفهوم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية.

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

المطلب ألاول

معنى التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

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

الفرع ألاول

تعريف التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

التحكيم لغةً يعني التفويض في الحكم و مصدره(حَكَمَ) . يقال حَكَمْتُ فلاناً في مالي تحكيماً أي إذا فوضت اليه الحكم فيه فأحتكم عليه في ذلك،وحَكَموه فيما بينهم ،أمروه أن يحكم في الأمر

صراحةً على الرجوع الى قانون تلك الدولة الداخلي الذي ينظم مبادئ التحكيم العامه ، من دون تخصيص او افراد له فيما يتعلق بهذه المسألة ضمن طيات تلك القوانين الأستثمارية .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أي جعلوه حكماً فيما بينهم[1] .

قال تعالى " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم"[2].

أما مصطلح التحكيم فقد وردت بشأنه تعريفات عده،نلحظ فيها تركيزها على جوانب معينة فيه،فمن جانب الفقه فقد ركز البعض منهم على الوظيفه التي يقوم بها التحكيم، إذ أنه لديهم يعني " احالة النزاع أو الخلاف القائم بين شخصين على الأقل من أجل حسمه بعد سماع المتنازعين بطريقة قضائية وذلك بوساطة اشخاص ليسوا من قضاة المحاكم" .[3]

وهناك من يعرفه بأنه : "هيأة تمتلك سلطة خاصة تهدف من خلالها حل نزاع مستبعد من سلطة القضاء" .[4]

او هو "نظام للقضاء الخاص تعفى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، و يعهد بها الى أشخاص عاديين يختارون للفصل فيها" .[5]

في حين هناك من أعطى أهمية كبيرة لأتفاق التحكيم عند تعريفه ، ومن ثم فأنه يرى بأن التحكيم هو " وسيلة تهدف الى أعطاء حل مسألة تهم العلاقات بين أشخاص عدة عن طريق واحد أو أكثر يسمى محكماً أو محكمين ، يستمدون سلطتهم في أتفاق خاص و يقضون بمقتضى هذا الأتفاق من دون أن تمنحهم الدولة هذه المهمة" .[6]

أو أنه "أتفاق الأطراف على طرح خلافاتهم على أشخاص عاديين يختارونهم[7]".

او هو "نظام خاص للتقاضي ينشأ من الأتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة الى الاشخاص أو شخص من الغير، بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم و يتمتع بحجية الأمر المقضي به " .[8]

أو" أنه أتفاق الأطراف المعنية على أخضاع خلافاتهم لحكم أفراد تختارها هذه الأطراف"[9] .

---

[1] العلامة أبن منظور،مصدر سابق،ص688.

[2] سورة النساء الاية (65).

[3] Gill(w.h)،The Law of Arbiritration 2nd،Edeition،15

نقلاً عن د.هشام خالد ،أوليات التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.200،ص36

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

[5] د. سعيد يوسف ، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2004 ،ص226.

[6] Rene David، Larbitaytion Le Comere Intrnatial Economica،1982، Parise،P9.

نقلاً عن غسان محمد المعموري ، عقد الأستثمار الأجنبي للعقار ،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة بابل سنة 2006،ص164 .

[7] Fouchard،Larbitrage Commerca lInternatinal Dalloze ،Parise ،1965 ،P.62

[8] د.قحطان الدوري ، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والوضعي ، ط1، مطبعةالخلود، بغداد ،1985 ،ص20.

[9] المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى أقامة الدعاوي ، المكتبة القانونية ، بغداد،2006 ، 215 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهناك من نظر الى الغرض الذي من أجله يتم اللجوء الى التحكيم كأساس لتعريفه إذ يرى أنه" أنشاء قضاء خاص بواسطته يتم سحب المنازعات من القضاء العام بغرض حسمها بوساطة أشخاص يتمتعون بسلطة القضاء في حالة قضية معينة"[1].

أوْ أنه " مكنة أطراف النزاع بأقصاء منازعاتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبق القانون، لكي تحل عن طريق اشخاص يختارونهم ".[2]

أوْ أنه "الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع و البت فيه أمام شخص ،أو أكثر يطلق عليهم أسم المحكم ،أو المحكمون من دون اللجوء الى القضاء"[3].

وأن كانت مسألة وضع تعريف للتحكيم قد أوجدت خلافاً فقهياً، فأن هذا الخلاف يمكن تلمسه أيضاً في القوانين التي عالجت أحكام التحكيم في مدى تعريفها له من عدمه[4].

ومن القوانين التي وضعت تعريفاً للتحكيم قانون التحكيم المصري إذ ذهب الى أنه"ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بأرادتهما الحرة ، سواء أكانت الجهة التي تتولى أجراءات التحكيم بمقتضى أتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم أم لم يكن كذلك".[5]

وكذلك قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993 إذ نصت الماده(1)منه على ان التحكيم

---

[1] Jean Robert ،Arbitrage givil Et commercal en droit interne et intrnatianal Prive ، Iemeedition،Dalloz،Paris،1967 ،p.98.

[2] د.صادق محمد جبران ،التحكيم التجاري الدولي وفقاً للأتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 ،ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006،ص ،19.

[3] د.هشام خالد ، القانون القضائي الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ،2001 ،ص522 .

[4] تنقسم قوانين الدول من إذ تنظيمها أحكام التحكيم على قسمين، قسم منها نظم هذه الأحكام في قانون المرافعات المدنية والقسم الآخر نظمها في قانون مستقل ومثال القسم ألاول قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 في المواد (1442–1507) منه، وقانون المرافعات الهولندي لسنة 1986 الذي نظمه في م(1020–1076) ، والقانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1978 الذي نظم التحكيم في المواد (199/179) منه، وقانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 الذي تناوله في المواد (251–276) منه ، والقانون السوري إذ نظمها في الباب الرابع من قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر في 1952/9/28 في المواد(506–534)منه، والقانون الاماراتي الذي نظمها في قانون الأجراءات المدنية رقم 11 لسنة 1992 في الباب الثالث في المواد(203–218)، والقانون البحريني في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 9 لسنة 1994 في المواد (243–330)، ، واما القسم الثاني فقد تناوله في قانون مستقل كالقانون المصري الذي تناوله في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 . والقانون الاردني في قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 ،وكذلك قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993 ،وقانون التحكيم السعودي رقم 46 لسنة 1983 .

[5] ينظر م(4) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هو "طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من هيأة التحكيم، يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب أتفاقية تحكيم ".

وقد عرفت الماده(1)من مشروع قانون التحكيم السوري لسنه 2006 بأنه "أسلوب أتفاقي لحل النزاعات عن طريق التحكيم بدلاً من القضاء سواء أكانت الجهة التي تتولى أجراءات التحكيم بمقتضى أتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم".[1]

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

في حين نهجت قوانين أخرى منهجاً مغايراً،إذ لم تورد أي تعريف للتحكيم ، وأنما أكتفت ببيان جواز لجوء الأطراف بالأتفاق عليه كطريق لفض المنازعات الناشئه أو التي ستنشأ بينهم كقانون المرافعات الفرنسي[3]، والقانون الدولي الخاص السويسري[4] ،وقانون المرافعات العراقي[5].

وإذا كنا قد تطرقنا الى الجانب التشريعي والفقهي في تعريف التحكيم فأنه من المحتم علينا، هنا التطرق الى الجانب القضائي في هذا الأمر،على أعتبار أن سوح القضاء هي المجال الحقيقي لتطبيق نصوص القانون وبث الروح فيها، وهي السبيل لتحديد ما يمكن أن يفهم من هذه النصوص بشكل عملي لانظري ، وشأنها شأن آراء الفقهاء في تحديدهم للمقصود بالتحكيم فقد ذهبت الأجتهادات القضائية الى تعريفه بصورٍ عده منها :- ما ذكرته المحكمة الدستورية العليا المصرية من أنه "عرض النزاع المعين بين الطرفين على محكم من الأغيار يعين بأختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالأه ، مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابرالخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه

---

[1] ينظر م(1) من المشروع السوري في مؤلف الدكتور عبد الحميد الأحدب ، وثائق تحكيميه ،مصدر سابق ،ص126.

[2] ينظر القانون الهولندي على الموقع الالكتروني على شبكة الانترنيت
http/www. Jus . uio .no /im /nather gands . arbitration . act .1986 / doc .

[3] ينظر م(1445) من قانون المرافعات الفرنسي ينظر قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 منشور باللغة الانكليزية على شبكة الانترنيت على الموقع الالكتروني
http/www.jus.uio.no/lm/france .arbtration.code.of.civil.procedure.1981/do

[4] ينظر (179) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة1978 على الموقع الالكتروني
http/www.admin.com

[5] ينظر م(251)من قانون المرافعات العراقي .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية" [1].

وأيضا المحكمة الادارية العليا المصرية في أحدى القضايا التي فصلت فيها والتي أعطت مفهوماً للتحكيم إذ ذهبت الى أنه يعني " أتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه بصور من دون المحكمة المختصة " [2].

وقد ذهب القضاء السوري الى بيان أن المقصود بالتحكيم هو "ولاية أستثنائية شرعها قانون أصول المحاكمات المدنية لحل كل الخلافات وهي ترفع يد القضاء عن النظر فيها.[3]

اما بالنسبة لقوانين الأستثمار فلم تعالج هذه المسألة، إذ لم تبين سوى أمكانية حل المنازعات الأستثماريه بالتحكيم المنظم وفق قوانين خاصه فبالرجوع الى نص الماده(7) من قانون الأستثمار المصري رقم 8 لسنة 1997 التي نصت على أنه "يجوز تسوية منازعات الأستثمار المتعلقة بأحكام هذا القانون .....وفقاً لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 ....." وكذلك بالنسبه للقانون العراقي إذ بين في القانون رقم 13 لسنة 2006 في الماده 27 ف(4)منه على"يجوز لأطراف النزاع الالتجاء الى التحكيم وفقا للقانون العراقي...."[4].اما بالنسبة الى الأتفاقيات الدولية فنلاحظ أنها قد تنص على رجوع الأطراف الى التحكيم في المنازعات الأستثمارية حتى في الاحوال التي لايبرم فيها المستثمر مع الدولة المضيفة للاستثمار، أي أتفاق تحكيمي للدلالة على الأهمية الكبيرة له ، ويعد الحكم الصادرفي النزاع بين شركة المنتجات الزراعية المحدودة AAPL وجمهورية سيريلانكا اول حكم يؤسس اختصاص هيأة التحكيم استناداً الى وجود نص في أتفاقية استثمارية 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 اصابتها من جراء

---

[1] الدعوى الدستورية جلسة 18 /1 /1994 ،الطعن رقم 886 أشار اليه د.هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص46 .

[2] المحكمة الادارية العليا رقم13 جلسة 17 /12 /1994 أشار اليه د.عصمت الشيخ ،التحكيم في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص32 .

[3] الطعن رقم 132 لعام 1972 ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا السورية ص21 .اشار اليه د.هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري ، مصدر سابق ،ص60 .

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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 ألاول الى التحكيم وفقاً لقواعد المركز " .

وقد انتهت هيأة 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 المركز [1] .

وقد تم تأكيد هذا الاتجاة في الحكم الصادر عن المركز في قضية AMT في 21 فبراير 1982 بشأن النزاع بين المؤسسة الأمريكية للتصنيع والتجارة AMT ضد جمهورية الكونغو ، وتتلخص وقائع هذه القضية في ان افراداً من الجيش الزائيري هدموا ونهبوا شبكة معامل عائدة لشركة امريكية ، ومن ثم تقدمت هذه الشركة بطلب تحكيم لدى المركز الدولي لمنازعات الأستثمار للمطالبة بدفع تعويض عن الاضرار التي اصابتها ، وقد عد المحكمون انفسهم مختصين للنظر في النزاع على اساس أتفاقية حماية الأستثمار المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية زائير والمبرمة سنة 1984 إذ تنص الفقرة الثانية من المادة السابعة من الأتفاقية المذكورة على أنه " يوافق على احالة منازعات الأستثمار الى المركز الدولي لمنازعات الأستثمار لتحسم عن طريق التوفيق والتحكيم "، إذ اعلنت هيأة التحكيم " بما أنه من العودة الى الأتفاقية الأستثمارية (التي تحيل الخلافات الأستثمارية الى المركز الدولي) يتبين بوضوح ان الولايات المتحدة وجمهورية زائير قد توافقنا على ان الخلافات مثل تلك المعروضة على الهيأة التحكيمية يمكن عرضها أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار ، فيكون كل طرف من جهته قد وافق على اختصاص المركز [2] .

وعليه فيمكننا القول بأن التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية هو :

---

[1] ينظر القضية منشورة على الموقع الالكتروني
http / www.worldbank.org /icsid/cases/me cement-award.pdf.

[2] ينظر القضية بالتفصيل منشورة على الموقع الالكتروني
http/www.worldbank .org/icsid/cases/csob /csob decision.pdf.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

"أتفاق الأطراف المتعاقدة في عقود الأستثمارات الأجنبية على أستبعاد قضاء الدولة المضيفة للأستثمار أوْ أي دولة أخرى في حل النزاع القائم أوْ المحتمل الوقوع بينهما واختيار اشخاص او منظمات ذات خبرة في مجال العلاقة الأستثمارية في حل ذلك النزاع ، على ان يتمتع قرارهم بصفة الالزام ".

الفرع الثاني

أطراف النزاع التحكيمي في عقود الأستثمارات الأجنبية

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

أولا : الطرف الوطني في عقود الأستثمارات الأجنبية.

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

،أو الهيئات العامة التابعة لها بذلك[1].

ولا تثور أي صعوبة فيما يتعلق بتحديد الطرف الوطني في هذه العقود في الفرض الذي تتولى فيه الدولة ذلك مباشرةً عن طريق من يمثلها ، بيد أن الصعوبة قد تثور في الفرض الذي لا تتولى فيه الدولة هذا الأمر مباشرة مع الطرف الأجنبي؛ وأنما يتم بواسطة أحد الشركات ،أو المؤسسات التابعة لها التي على الرغم من تمتعها بشخصيةٍ معنويةٍ، وذمةٍ ماليةٍ مستقلة عن الدولة؛ إلاّ أنها في الوقت نفسه،ترتبط معها بعلاقة تبعية ، فهل تعد الدولة في هذه الحاله طرفاً في هذا العقد أم لا ؟

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

وبموجب المعيار الاقتصادي فأن تمتع الهيئات، أو المؤسسات العامة بالشخصية القانونية لا يحول من دون القول أنها تمثل الدولة على المستوى القانوني ، بمعنى ان الدولة التي تعمل المؤسسة أو الهيأة العامة في أطارها تعد طرفاً في هذه العقود، وذلك بالنظر الى الرابطة الاقتصادية المتينة التي تربط بين الدولة ،وهذه المؤسسة ،او الهيأة العامة على الرغم من الاستقلال القانوني الذي للأخيرة.[2]

---

[1] غسان محمد المعموري ، مصدر سابق ،ص 84.

[2] من أحكام التحكيم التي اخذت به الحكم الذي أصدرته أحدى هيئات التحكيم في اطار مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم 51 لسنة 1994 .وذلك بشأن النزاع بين أحدى شركات المقاولات= =الافريقية ووزير الاسكان وبجهاز حكومي افريقي خاص بالصرف الصحي التي تتلخص وقائعه في أنه قد تم الأتفاق على أن تقوم شركة المقاولات بتنفيذ مشروع للصرف الصحي بحساب لجهة الحكومة الافريقية ، ولما كانت م(2) من الأتفاق تنص على أنه يحق للمقاول المطالبة بالتعويض في حالة حدوث عقبات لم يكن من الممكن توقعها عند حدوث العطاء، وكان قد اعترض تنفيذ الاعمال المتعلقة بالمشروع عدة عقبات خارجة عن أرادة الشركة فقد لجأت الشركة، الى التحكيم للمطالبة بتعويضها عن الاضرار التي لحقت بها، وجاء دفاع المحتكم ضدهما بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة، إذ ورد به أن العبرة هي بالعقد الذي هو أساس مطالبة الشركة في التحكيم فلا توجه الدعوى ألا من أحد أطراف العقد و لا توجه الا للطرف الآخر في العقد فلا يجوز تبعاً لذلك أن توجه المطالبة الى من لم يكن طرفاً في التعاقد، و من لا يتحمل بالالتزامات الناشئة عنه طالما ان المطالبة هنا أساسها هو العقد الذي يكون حجة قاصرة على أحد طرفيه من دون أن يمتد ليشمل من لم يكن طرفاً فيه، و إذ ورد من الثابت أن العقد الذي أقامت الشركة المحتكمة دعواها الراهنة على هدى من أحكامه وأسست طلباتها على ما تضمنه من التزامات تعاقدية تحكم طرفية لم يوقع بين الجهاز التنفيذي للصرف الصحي والشركة، وأن ذلك الجهاز لم يكن طرفاً فيه فلا يجوز توجيه هذه المطالبة اليه، وهو ما يؤدي الى عدم قبول طلب التحكيم الراهن لتقديمه ضد من هو ليس بصاحب صفة، وقد انتهت هيأة التحكيم في حكمها الذي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما بالنسبة للمعيار القانوني فأنه يعتمد على العملية المادية للتوقيع بمعنى أنه طالما أن المؤسسة ،أو الهيأة التي أبرمت العقد تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة؛ فيجب ان تتحمل المسؤولية الكاملة لتعاقدها من دون ان تشاركها الدولة في هذه المسؤولية، ومن ثم لا تعد الدولة ذاتها طرفا في العقود التي تبرمها هذه المؤسسات المتمتعة بشخصية قانونية مستقلة.[1]

وقد أستند القائلون بهذا الميعار على أتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الأستثمار الصادرة في عام 1965 إذ نصت م(25) ف(1) منها على أن "يختص المركز بنظر ،المنازعات القانونية الناشئة بين أحدى الدول المتعاقدة، أو أحدى الهيئات العامة، أو الاجهزة التابعة لها التي تقوم الدولة بتحديدها للمركز"[2].

اصدرته في 23 مارس 1996 الى أنه" لما كانت اعتمادات الجهاز التنفيذي للصرف الصحي للعاصمه قد ادرجت ضمن موازنة الجهاز المركزي للتعمير، وذلك من موازنه 81 /1982 حتى 84 /1985 ، كما تم أدراج أعتماداته ضمن موازنة قطاع الاسكان ضمن موازنة 85 /1986 الأمر الذي يؤكد أن الجهاز أضحى واجهة الدولة التي تهيمن على مشروع الصرف الصحي تحت مظلة الجهاز المركزي للتعمير ثم بعده وزارة الاسكان، ومن ثم فأن الدولة تعد طرفاً في هذا العقد" . ينظر د.محي اسماعيل علم الدين ، أحكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم (1982. 2000)ط1، دار النهضه العربيه ، القاهره ،2002 ، ص45 .

[1] ينظر في هذا المعيار د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامه للتحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص38 .وغسان محمد المعموري ،مصدر سابق ، ص87 ، وخليل ابراهيم محمد خليل ،القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، سنة 2005 ، ص55 .

[2] ومن أحكام التحكيم في مجال الأستثمارات الأجنبية التي أخذت بهذا المعيار الحكم الذي أصدرته أحدى هيئات التحكيم في اطار نظام التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس في 24 يوليو 1985 ، وتتلخص وقائع هذه القضية ان دولة أسيوية اتفقت مع شركة أوربية على أنشاء مصنع للوقود النووي في الدولة الاسيوية وذلك لأغراض سلمية، وتم الأتفاق على ان يقوم هذا المصنع بكافة مراحل صناعة هذا الوقود مع الخضوع لاشراف الوكالة الدولية للطاقة الذرية ، وقد أشتمل العقد على تقديم الآلآت والمواد والمستندات والخبرات الفنية والتدريب السكاني للدولة الاسيوية ، وقد اثار الأتفاق عاصفة من الاعتراضات في دولة أوربية أخرى خوفاً من استخدام المصنع لاغراض عسكرية ما دفع الدوله الأوربية التابعة لها الشركة الى الامتناع عن الموافقة لها على نقل المعدات والأسرار وهو ما أضطر الشركة الأوربية الى أخطار الدولة الاسيوية بقرار الحظر، وأنه يعد قوة قاهرة تجعل تنفيذ التزاماتها مستحيلة فلجأت الدولة الأسيوية الى التحكيم وقد ذهبت هيأة التحكيم الى "أن القوة القاهرة تعني وجود حادث خارج عن سيطرة الشركة؛ وهذا الحادث هو قرار الحظر ، ولما كانت الشركة لا تعد جزءاً من الحكومة؛ وان لها الشخصية المعنويه المستقلة وتستطيع اتخاذ القرارات بمفردها؛ فان هذا القرار يعد عملاً من أعمال الحكومة، او اعمال السيادة التي تعد بالنسبة للشركة الأوربية قوة قاهرة "وهو ما يعني أن هيأة التحكيم أستندت الى تمتع المشروع العام بالشخصية القانونية المستقلة لتقرير عدم انصراف الآثار التي ترتبها تعاقداتها الى الدولة من دون النظر الى اعتبارات أخرى ينظر في هذا المعيار د.محي الدين أسماعيل ، منصه التحكيم

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويبدو ان الميعار الاقتصادي هو اقرب للدقه ؛ وذلك لأن الدولة تتأثر بالعقود التي تبرمها الهيئات والمؤسسات التابعة لها على المستوى الاقتصادي والاجتماعي، هذا فضلاً عن ان ألاخذ بالميعار القانوني يؤدي الى تضييق النطاق في الضمان والائتمان للمستثمر الأجنبي الذي كان هدفه وراء اللجوء الى التحكيم ،هو الزيادة في الضمان والائتمان ، ويمكن تلمس ما يؤيد ذلك فيما نصت عليه أغلب القوانين الوطنية من أمكانية عد الدوله، أو أحدى الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها طرفاً في أتفاقيات التحكيم عموماً ،والأتفاقيات التحكيمية المتعلقة بالعقود الأستثمارية على وجه الخصوص كقانون التحكيم الانكليزي لعام 1997 ؛ الذي قرر في م(7) منه تطبيق أحكام قوانين التحكيم الانكليزي على أتفاقات التحكيم التي تكون الدولة طرفاً فيها[1]. ولكن القانون الفرنسي لم يتضمن نصاً بشأن أهلية الدولة والاشخاص العامة في الأتفاق على التحكيم فعلى الرغم من أن م (1004) من قانون المرافعات الفرنسي القديم كانت تقضي بعدم جواز أبرام الأتفاقات التحكيمية بصدد المنازعات التي كان القانون يشترط ابلاغها للنيابة العامة،إذ حددت م(83) من هذا القانون المنازعات وذكرت من بينها المنازعات التي تكون أحد أطرافها الدولة، أو البلديات ،أو المؤسسات العامة ،ومن ثم فأن الدولة أو الاشخاص المعنوية العامة يحظر عليها أبرام أتفاقات التحكيم بنوعيها سواء أكانت شرط أم مشارطة[2].

ألا أن هذه القاعدة قد قلبت رأسا على عقب عن طريق القضاء الذي قرر من دون نص خصوصية هذه القاعدة التشريعية للأتفاقات التحكيمية الداخلية ؛ بحيث لا يمتد المنع للدولة والاشخاص المعنوية العامة الى الأتفاقات التحكيمية الدوليه، فقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 10 ابريل 1985 فيما يتعلق بأهلية الدوله في الخضوع للتحكيم" ان الحظر او المنع المقرر على الدوله في ابرام أتفاق التحكيم يكون قاصراً على العقود في القانون الداخلي، ولا يطبق على الأتفاقات ذات الطابع الدولي " ، وعليه فلا يمتد أثر هذا المنع الى عقود الأستثمار الأجنبي على اعتبار أن العقود المذكورة من العقود الدولية وهذا ما معمول به في الوقت الحاضر[3]. وايضاً محكمة باريس سارت في الأتجاه نفسه إذ قررت في الحكم الصادر في

التجاري الدولي ، ج1 ، من دون مكان نشر،1986 ،ص224 ود. شريف محمد غنام ، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص299 .

[1] ينظر م(7) من قانون التحكيم الانكليزي منشور على شبكة الانترنيت على الموقع

http/ www. Jus . uio . ho(im) England arbitiration .act /1996 .com .

[2] ينظر د.عصام الدين القصبي ، مصدر سابق ، ص18 وما بعدها .

[3] وفي حكمها الصدر في 17 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة **Catoil** ضد الشركة الوطنية الايرانية للبترول ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الايرانية ، التي تتلخص وقائعها في ان الشركة المذكورة قد دفعت بعدم اختصاص هيأة التحكيم استناداً الى بطلان شرط التحكيم بسبب عدم اهلية الشركة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يوليو عام 1987 " أن الحظر او المنع يكون قاصراًعلى العقود الداخلية ولا يطبق على الأتفاقات ذات الطابع الدولي، كما أن الحظر لايتعلق بالنظام العام الدولي" .[1]

اما بالنسبة للقانون المصري فقد نصت (7) من قانون الأستثمار المصري "يجوز تسوية المنازعات الأستثمارية بالطريقة التي يتم الأتفاق عليها مع المستثمر، كما يجوز الأتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في اطار الأتفاقيات 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 الأستثمار المصري قد احال الموضوع الى قانون التحكيم وبالرجوع الى هذا القانون نجد ان م(1) منه قد نصت على ان "مع عدم الاخلال بأحكام الأتفاقيات الدولية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من اشخاص القانون العام، أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع".

أما بالنسبة للقانون العراقي فقد نصت م(27) ف(5) من قانون الأستثمار النافذ على ان "المنازعات الناشئة بين الهيأة إوْ 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 أتفاقات التحكيم إذ ان عبارة المنازعات الناشئة بين الهيأة او أي جهه حكومية أخرى تدل على امكانية ابرام أتفاق التحكيم من قبلهم [2]، اما قانون المرافعات

الوطنية الايرانية للبترول لقبول شرط التحكيم من دون الترخيص المسبق من البرلمان الايراني، وذلك وفقاً للمادة 139 من دستور الجمهورية الاسلامية الايرانية ، إلاّ أن هيأة التحكيم رفضت هذا الدفع واصدرت حكماً جزئياً بنظر النزاع ثم اصدرت بعد ذلك حكماً نهائياً بالزام الشركة برد المبالغ التي احتجزتها الى الشركة الايرانية . فطعنت الشركة على الحكمين المتقدمين أمام محكمة استئناف باريس والتي اعلنت أنه " بالنسبة للعقود الدولية المبرمة لحاجة المعاملات الدولية وطبقاً لشرطها ومقتضياتها يعد الأتفاق على التحكيم متمشياً مع النظام العام الدولي الذي يحظر على المشروع العام أن يتمسك بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من اجل التنصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقاً بين الأطراف ، كذلك فان الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام لايمكنه ان يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام الى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع " .اشار اليه د. بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص377 .

[1] اشار اليه د. هشام خالد ، معيار دولية التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص44 .

[2] اما بالنسبة لقانون الأستثمار الكوردستاني رقم 4 لسنة 2006 فقد أحالت م(17) منه الى القانون الذي عالج التحكيم إذ نصت على أنه "تحل منازعات الأستثمار 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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العراقي النافذ فقد خلا من أي نص بشأن أهلية الدولة والاشخاص العامة في أبرام أتفاق تحكيم، ولما كان الأصل هو جوازاللجوء الى التحكيم ،فليس هناك ما يمنع الدولة أو اشخاص القانون العام من أبرام أتفاقات التحكيم لتسوية ما قد ينشأ من منازعات بشأن العقود الدولية الخاصة التي تبرمها.

وإذا امعنا النظر على الأتفاقيات الدولية ذات الصلة لوجدنا أن معظمها أشار الى أمكانية تطبيقها،أياً كان أطراف أتفاق التحكيم،سواء أشخاص القانون الخاص أم من أشخاص القانون العام فأتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958 وأن لم تنص صراحة على هذه المسألة إلاّ أنها حددت في م (1) منها نطاق تطبيقها بقولها " تطبق الأتفاقية 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 الاشخاص المعنوية بيد أنالأتفاقية تركت لكل دولة حرية تقرير أهلية حكومتها، و مؤسساتها العامة، و الشركات التابعة لها في الأتفاق على التحكيم" [1] .

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

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

وكذلك فقد اجازت أتفاقية واشنطن لفض المنازعات الناشئة عن الأستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965 أن تكون الدولة أو أحدى مؤسساتها طرفاً في النزاع.[3]

المبينة أحكامه في القوانين المرعية في الاقليم، او وفقاً لأحكام تسوية المنازعات الواردة في الأتفاقيات الدولية ،او الثنائية التي يكون العراق طرفاً فيها " .

[1] ينظر أتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958 في مؤلف د. عبد الحميد الأحدب ، وثائق تحكيمية ، مصدر سابق ، ص561 وما بعدها. .

[2] ينظر الأتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961 على الموقع
http/www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.genev .1961/doc.

[3] ينظر بهذا الخصوص م(25)من أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً : **الطرف الأجنبي في عقود الأستثمارات الأجنبية.**

أن المستثمر الأجنبي في عقود الأستثمار قد يكون شخصاً طبيعياً ،أو معنوياً، أو مجموعة من الاشخاص، و قد يكون الطرف الأجنبي كياناً موحداً، أو عدد من الكيانات الذاتية التي تشترك في النشاط التجاري، او الصناعي، وأحيانًا يكون بينها مؤسسات مالية لتمويل المشروع برأس المال الكافي لأتمام ممارسة نشاطه التجاري، أو الصناعي ، و كثيرًا ما يكون المستثمر الأجنبي شركة تجارية ،وقد يكون قبولها مشاركة الوطنيين بدافع توسيع نشاطها الأستثماري الخارجي، أو تأمين مصادرها بالمواد ألاولية ،أو لأن المشاركة هي الطريقة الوحيدة لأنشاء هذا المشروع في الدولة المضيفة للأستثمار[1].

هذا ولا يؤثر في طبيعة عقود الأستثمارات أن يكون الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة شخصاً طبيعياً طالما ان محل العقد و مضمونه يتعلقان بالتنمية الأقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة في تطورها ،ولقد جاءت تشريعات الأستثمار المعاصرة في معظم البلدان العربية بالنص صراحة على أمكانية أن يكون المستثمر شخصاً طبيعياً [2].

والسوآل الذي يمكن أن يثار، هنا كيف يمكن أن يتم التمييز بين الشخص الوطني والأجنبي ؟ للأجابة نلاحظ ان المعيار السائد [3]في الوقت الحالي هو معيار الجنسية.[4]

فالجنسية هي المعيار أوالضابط الواجب الأتباع في تحديد مدى تمتع الأشخاص الطبيعية أوْ

---

[1] أحمد حسين جلاب ، مصدر سابق ، ص29 .

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

[3] إذ يكون المعيار المتبع في تحديد اجنبية الشخص هو الموطن ، أوْ الاقامة ، أوْ محل وجود الشخص وقت حصول النزاع . ينظر د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص ، ج1 ، ط1 ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ص32 وما بعدها .

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المعنويـة بالصـفة الأجنبيـة او الوطنيـة [1]، وأسـتناداً لهـذا المعيـار يمكـن القـول بـأن الشـخص الطبيعـي، او المعنـوي المتعاقد يعد اجنبياً عندما لا يتمتـع بجنسية الدولـة المتعاقدة معه، ويعد وطنياً عندما يحمل جنسيتها،بمعنى يمكن أن تلحق الصفة الأجنبية بكل شخص طبيعي،أوْ معنوي لا يتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة[2].

ولكن كيف يمكن أن تحدد وطنية الشخص الطبيعي، أوْ المعنوي المتعاقد مع الدولة المضيفة للأستثمار، أو أجنبيته إذا كان هذا الشخص يتمتع بأكثر من جنسية، وكانت أحدى الجنسيات التي يحملها هي جنسية الدولة المتعاقدة، فهل يعد أجنبيا بالنسبة لهذه الدولة ؟

يبدو أن الأجابه على هذا الأمر وبحسب القواعد العامة، أنه لا يمكن أن يعد الشخص أجنبياً في دولة يحمل جنسيتها لمجرد أنه يتمتع بجنسية دولة أخرى، ذلك ان من المستقر عليه أن تعدد الجنسيات يحمل الدولة على تغليب جنسيتها عما سواها[3].

المـطلب الثـاني

أنواع التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

الأصل أن التحكيم لايتخذ نوعاً واحداً، وأنما يتخذ أنواعاً متعددة، وذلك بحسب الزاوية التي ينظر منها اليه، فمن حيث مدى حرية الأطراف في اللجوء اليه من عدمه يمكن تقسيم التحكيم على أختياري، وأجباري، ومن حيث مدى سلطة المحكمين في الفصل في النزاع المطروح عليهم يقسم على تحكيم بموجب القانون ،والتحكيم طبقاً لقواعد العدل والانصاف ، ومن إذ كيفية أدارته

---

[1] أخذ بهذا المعيار د .ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، ط1، بغداد ، بيت الحكمه ، ص40 ،ود حسن الهداوي ، الجنسيه ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي ، ط3، بغداد ، من دون مكان طبع ، 1973، ص13، ود. منصور فرج السعيد ، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ،الكويت ، العددالثالث ،السنه السابعه والعشرون ،2003، ص278 .

[2] ينظر أتفاقية واشنطن 1965 إذ نصت م(25)ف(2) منها على ان:

"يقصد برعايا الدول الأخرى المتعاقدة :-

أ. كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع.

ب .كل شخص معنوي يحوز جنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع .

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يمكن أن يكون تحكيماً حراً، ومقيداً "مؤسسي"، ومن إذ النظام القانوني الذي ينتمي اليه فيتحدد بالتحكيم الداخلي، والتحكيم الدولي .

ولأستيضاح هذه الانواع مع بيان نوعية التحكيم المتفق عليه بصدد عقود الأستثمارات الأجنبية سنقسم هذا المطلب على فروعٍ أربعة سنخصص الفرع ألاول للتطرق الى التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري وسنعقد الفرع الثاني لتناول التحكيم بالقانون ،والتحكيم طبقاً لقواعد العدل والانصاف ، أما الفرع الثالث فسنبين فيه التحكيم الحر، والتحكيم المؤسسي ،و أخيراً في الفرع الرابع سنحدد التحكيم الداخلي ،والتحكيم الدولي

الفــرع ألاول

التحكيم الأختياري و التحكيم الأجباري في عقود الأستثمارات الأجنبية

عادةً يكون اللجوء الى التحكيم إختيارياً، ومن ثم للأطراف الخيار بين أعتماد التحكيم طريقاً لفض النزاع ،أو طرحه على القضاء المختص وهذا ما يسمى بالتحكيم الأختياري إذ يكون التحيكم اختياراً إذا لم يكن اللجوء اليه أمراً مفروضاً على الأطراف المحتكمين "أطراف عقد الأستثمار الأجنبي " أي إذا كان اللجوء اليه يتم بأرادتهم [1].

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

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

ومن ثم فأن التحكيم لا يوجد للفصل في منازعات الأفراد والجماعات كأساسٍ عام ؛الا بموجب أتفاق، وذلك أعمالاً لمبدأ سلطان الارادة سواء تمثل هذا الأتفاق في عقد وطني أو عقد دولي و هذا النوع من انواع التحكيم يقوم على دعاميتين اساسيتين و هما:

1. الارادة الذاتية للأطراف المحتكمين "أطراف الأتفاق على التحكيم ".

---

[1] د.أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، ط5 ، منشأة المعارف، الاسكندرية ،1988،ص39 .

[2] د. شعيب أحمد سليمان ، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية ، من دون اسم مطبعة ، بغداد ،1981 ، ص12 .

[3] د.سراج حسين ، التحكيم في منازعات البترول ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،2004 ،ص144.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2. أقرار الأنظمة القانونية الوضعية و على أختلاف مذاهبها و أتجاهاتها لهذه الارادة[1].

أما التحكيم الأجباري فهو الذي ينص المشرع على الالتزام باللجوء اليه بوصفه طريقاً لحل النزاع وهو غالباً ما تسبقه أجراءات للتفاوض نص عليها القانون حتى إذا تعذرت التسوية الودية تعين طرح النزاع على هيأة التحكيم التي نص القانون على تشكيلها والتي تصدر أحكاماً يجري لتنفيذها بالطرق الجبرية بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها. [2]

هذا ويعد التحكيم الأجباري طريقاً واجباً سلوكه للخصوم بحيث لا يجوز لهم أطلاقاً اللجوء الى القضاء العادي بخصوص النزاع ،الا بعد طرحه على هيأة التحكيم التي نص عليها المشرع[3]، بمعنى أنه ليس للأطراف خيار فيه ولا يتولد عن أتفاقهم ولاينبع عن أرادتهم ،أو رغباتهم، وانما هو مقرر بنص في القانون ملزم للأطراف ومجبرين على أتباعه[4].

وبالرجوع الى قوانين الأستثمار نلحظ أنها قد جعلت التحكيم إختيارياً للأطراف وهذا ما اخذت به م(27)ف(5) من قانون الأستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 [5] . وكذلك نصت م(7) من قانون الأستثمار المصري على أنه "يجوز تسوية منازعات الأستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقه التي يتم الأتفاق عليها مع المستثمر، أو وفقاً لأحكام قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 ...."

بمعنى ان التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يعد من إذ الاساس من قبيل التحكيم الاختياري؛ وذلك لأنه لايفرض على الطرفين ،ولا يتم اللجوء اليه ما لم تتجه ارادتهم اليه، وذلك في أتفاق التحكيم سواء أكان في صورة شرط أم مشارطة للتحكيم. ولكن على الرغم من ذلك قد نصادف بعض الحالات التي يكون فيها التحكيم أجبارياً في اطار منازعات الأستثمار مثل ما نصت عليه م(40) من الشروط العامة لدول (الكوميكون) عام 1968 على ان " كل المنازعات

---

[1] د.محمود السيد عمرالتحيوي ، مفهوم التحكيم الاختياري والاجباري ، منشأة المعارف ،الاسكندرية،2001 ، ص76.

[2] د.علي عوض حسن ، التحكيم الاختياري والاجباري في المنازعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص20 .

[3] خالد عزت المالكي ، التحكيم ، مؤسسة النوري للطبع والنشر ، دمشق ،2003 ، ص125.

[4] د.محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم الاختياري والاجباري ، منشأة المعارف الاسكندرية، 2003 ، ص76 .

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التي تنجم عن العقد أو تتولد بمناسبة يجب عرضها على التحكيم مع أستبعاد أختصاص المحاكم القضائية العادية بذلك، أو يكون عرضها أمام محكمة التحكيم المنشأة للنظر في هذه المنازعات في بلد المدعى عليه أو في بلد ثالث عضو في المعونة الأقتصادية المتبادلة متى أتفق أطراف النزاع على ذلك" [1]

الفـــرع الـثاني

التحكيم بالقانون والتحكيم طبقاً لقواعد العدالة والانصاف.

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

وعادةً يكون الفصل في النزاع على اساس أحكام القانون التي تحكم موضوعه فيمارس المحكم سلطة القاضي في تطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه،ويلتزم بالحدود المرسومة لهذه السلطة وتحقيقاً لذلك يتقدم كل من الطرفين بادعاءته أمام المحكم ، الذي يتحقق بادىء ذي بدىء من مدى صحة الادعاءات من خلال التعرف على وقائع النزاع و أنزال حكم القانون على ما ثبت لديه منها ورفض ما عداه، وادراج كل ذلك في حكمه بصرف النظر عن تقديره لمدى عدالة النتائج التي توصل إليها، كما يفعل القاضي[2]، فالتحكيم بالقانون هو الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد الأجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع ،كما يتصور اخضاع كل مراحل التحكيم لقانون واحد ،فمن الممكن ايضاً اخضاع كل مرحلة من مراحله لقانون مختلف، وذلك حسب ارادة المحتكمين[3].

اما التحكيم طبقاً لقواعد العدل والانصاف فهو الذي يعفي المحكم فيه من التقيد بأحكام القانون ويفصل في النزاع،وفقاً لما يراه محققاً للعدالة وصولاً الى حكم يحفظ التوازن بين مصالح المحتكمين حتى لو كان في هذا الحكم مخالفة للأحكام القانون التي تحكم وقائع النزاع والتي يلتزم

---

[1] أشار اليها ، د.سراج حسين ، مصدر سابق ، ص145.

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

[3] د.مهند أحمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،2005 ، ص47.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القاضي بتطبيقها فيما لو عرض النزاع عليه ، ألا أنه مقيد في ذلك بالالتزام بالمبادئ الاساسية في التقاضي وأهمها أحترام حقوق الدفاع[1].

وسواء أكان التحكيم بالقانون أم طبقاً لقواعد العدل والانصاف، فأن قرار المحكم يتمتع بقوة ألزامية في مواجهة المحتكمين وهو بالوقت نفسه مقيد بمقتضيات النظام العام[2] . هذا وقد أجازت معظم التشريعات المتعلقة بالتحكيم كلا النوعين كقانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 فبعد أن نص في م(1496) على ان يفصل المحكم في النزاع طبقاً لقواعد القانون المختار بوساطة الأطراف ،أو تلك التي يرى المحكم أنها مناسبة في حالة عدم أتفاق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق نص في م(1497) ،على أنه "يفصل المحكم كمحكم مفوض بالصلح إذا ما أتفق الأطراف على ذلك " [3].

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

وعلى النهج نفسه سار المشرع الهولندي في قانون المرافعات المدنية الهولندي لسنة 1986 حسب نص م(1036) منه [5].

اما قوانين الأستثمار فنلاحظ أن اغلبها قد أخذت بالتحكيم طبقاً لأحكام القانون ، كقانون الأستثمار العراقي النافذ 2006 في م(27)ف(5) [6] والقانون المصري للأستثمار إذ نصت الماده (7) منه على "يجوز تسوية منازعات الأستثمار وفقاً لأحكام التحكيم في المواد المدنيه

---

[1] د.محسن شفيق ، القانون التجاري الدولي ،دار النهضه العربيه ، القاهره ،1997،ص85 .

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

[3] ينظر قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 منشور باللغة الانكليزية على شبكة الانترنيت على الموقع الالكتروني .http/www.jus.uio.no/lm/france .arbtration.code.of.civil.procedure.1981/do

[4] ينظر القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1978 على الموقع الالكتروني
http/www.admin.com

[5] ينظر م(1036) من قانون المرافعات الهولندي .
http//www.jus.uio.no/IM/netherLands.arbitration.act.1986/doc .

[6] وعلى النهج نفسه ذهب قانون الأستثمار لأقليم كوردستان في م(17). اما قانون المرافعات العراقي النافذ فقد نصت م(265) منه على أنه " يجب على المحكمين أتباع الأوضاع والأجراءات المقررة في قانون المرافعات إلاّ إذا تضمن الأتفاق على التحكيم أوْ أي أتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين صراحةً أوْ وضع أجراءات معينه يسير عليها المحكمون " .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والتجاريه الصادر بالقانون رقم27 لسنة 1994 ... "[1].

كما اخذت بكلا النوعين من التحكيم بعض الأتفاقيات الدولية كالأتفاقية الأوربية لسنة 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي إذ بينت م(7) ف(1) من هذه الأتفاقية ان" للأطراف حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع وأنه في حالة تخلف أي بيان من الأطراف عن هذا القانون يطبق المحكمون القانون المعين بواسطة تنازع القوانين التي يرونها ملائمة في القضية" . في حين نصت ف(2) من المادة نفسها على أنه "يفصل المحكمون في النزاع بوصفهم محكمين مفوضين بالصلح إذا رغب الأطراف في ذلك وكان القانون الذي يحكم التحكيم يجيز ذلك" [2].

وكذلك الأمر بالنسبة لأتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الأستثمار إذ نصت م(42) ف(1) منها "أن هيأة التحكيم تفصل النزاع طبقاً لقواعد القانون المتبناة من الأطراف، و في حالة عدم وجود أتفاق بين الأطراف تطبق المحكمة قانون الدولة الطرف في النزاع، وكذلك مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص" ، ونصت ف(3) من المادة نفسها على أنه "يجوز لهيأة التحكيم أن تفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدل والانصاف، إذا ما أتفق الأطراف على ذلك "[3].

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

ألاول: أن أتفاق الأطراف على اللجوء الى التحكيم بصدد هذه العقود قد يأتي مطلقاً من دون

---

[1] ينظر الأمر ذاته في م(24) من قانون تنظيم رأس المال الأجنبي الليبي ،وم(40) من قانون رقم 1 لسنة 1998 بشأن تشجيع الأستثمار في فلسطين ،وم(26) من قانون الأستثمار السوري ،وم(11) من قانون تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي القطري رقم 13 لسنة 2000 ،وم(17) من قانون الأستثمارالجزائري، وم(16) من قانون رقم 8 لسنة 2001 في شأن تنظيم الأستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي الكويتي . اما بالنسبة لقانون التحكيم المصري النافذ فيلاحظ أنه بعد أن نص في م(39) ف(2،1) على ان تفصل هيأة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان أو القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى هيأة التحكيم أنه الاكثر اتصالاً بالنزاع إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجب التطبيق على موضوع النزاع ، نص في ف(4) من المادة نفسها على أنه "يجوز لهيأة التحكيم إذا أتفق طرف التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والانصاف من دون التقيد بأحكام القانون".

[2] http/www.law.berkeley.edu/facalty/ddcaron/documents/rpid%20documents/rpo4012

[3] ينظر أتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الأستثمار على الموقع الالكتروني
http/www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.genev.1961/doc

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أن يقترن بتفويض المحكمين صراحةً سلطة الفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدل والانصاف ، وإذ أن الأصل في التحكيم أن يكون طبقاً لقواعد القانون ،وأن التحكيم طبقاً لقواعد العدل والانصاف هو الاستثناء، ومما يقتضي معه لزوم أتفاق الأطراف صراحةً على ألاخذ به،والا عد التحكيم المتفق عليه تحكيماً بموجب قواعد القانون[1]. والثاني: قد يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مما يترتب عليه عده تحكيماً طبقاً لقواعد القانون.

ولكن هذا لايعني أن التحكيم طبقاً لقواعد العدل والانصاف لم يعرف طريقه الى عقود الأستثمار الأجنبي فهناك بعض العقود قد نصت صراحةً على تفويض المحكمين سلطة الفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدل والانصاف، ومثال ذلك العقد المبرم بين الشركة الوطنية الايرانية للبترول والمؤسسة الفرنسية للأبحاث والاستكشافات البترولية عام 1966 إذ بينت م(41) منه على أمكانية لجوء المحكمين الى قواعد العدل والانصاف[2]. وكذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في عام 1994 في قضية تتلخص وقائعها في أن الشركة الفرنسية impex قد قامت بتصدير كميه من الحبوب الى أربع شركات أيطاليه على أساس تصوير العمليه على أنها بيع الى البرتغال ، وسويسرا، ومنها الى أيطاليا وذلك للافاده من المزايا المقررة من السوق الأوربية المشتركة في حالة التصدير لدول أخرى خارج السوق، مما دعا السلطات الفرنسية الى رفض تراخيص التصدير على أساس الغش . وقد أثيرت مسألة العقود المبرمة مع الشركات الايطالية على أساس أن الاستعانة بدول أخرى خارج المجموعه الأوربية يشكل خرقاً للقانون الفرنسي ، وأخيراً أنتهت المحكمة الفرنسية الى أن بطلان العقود الأصلية لعدم مشروعيتها بسبب الغش لايؤثرعلى صحة حكم المحكم بموجب مبادئ العدل والانصاف استناداً الى شرط التحكيم الوارد في هذه العقود الذي يتعين النظر اليه أستقلالاً.[3]

---

[1] ينظر بذات الأتجاه م(18) من العقد المبرم بين موريتانيا وشركتي planet oil et unversal corporattion اشار اليها د. بشار الاسعد ، مصدر سابق ، ص78 .

[2] ينظر د . بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص79 .

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث

التحكيم الحر، و التحكيم المؤسسي

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

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

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

وعلى الرغم من ان التحكيم الحر قد سبق في الظهور المؤسسي منه، ألاّ أنه قد قلت أهميته ولم يعد له ألا دوراً قليلاً في الفصل في المنازعات إذ أصبح الأخير هو القاعدة في مجال المعاملات الدولية خاصةً، وذلك لعدم وجود أشراف أوْ رقابة من منظمة للتحكيم الحر،الأمر الذي قد يؤدي الى عدم دقة الأحكام الصادرة منه .[5]

ونظراً لاهمية التحكيم المؤسسي في مجال المعاملات الدولية فقد نشأت العديد من المراكز والمؤسسات ذات الطابع الدولي وأهمها المحكمة الدولية للتحكيم، وغرفة التجارة الدولية بباريس

---

[1] د.أحمد خليل،قواعد التحكيم،منشورات الحلبي الحقوقيه،بيروت،2003 ،ص22 .

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

[3] د.مصطفى محمد الجمال،د.عكاشة عبد العال ،مصدر سابق ،ص127.

[4] د.فوزي محمد سامي ،التحكيم التجاري الدولي ،ط1 ،بيت الحكمة ، بغداد ،1994 ،ص137.

[5] د.أبو زيد رضوان ،الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ،منشأة المعارف ، الاسكندرية ،1971 ، ص22 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهيأة التحكيم الدولي في لندن، والمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الأستثمار بواشنطن ،والمركز الاقليمي للتحكيم التجاري بالقاهرة .[1]

هذا وقد أقرت أغلب القوانين الوطنية التحكيم بنوعيه المؤسسي والحر، من دون ادنى تفرقة بينهما إذ أخذ بكلا النوعين قانون المرافعات الفرنسي 1981 في م(1451) منه. وكذلك القانون الدولي الخاص السويسري في م(167) ف(3)منه ، وقانون المرافعات الهولندي الذي أجاز ذلك في م(1023) منه.

ولقد اخذ القانون المصري للاستثمار بكلا النوعين في م(7) إذ أنه نص بجواز اللجوء الى التحكيم؛ وذلك وفقاً لأحكام قانون التحكيم المصري، او أمام مركز القاهرة الأقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وهذا يعني أنه أجاز اللجوء الى التحكيم الحر والمؤسسي استناداً لما قررته م (4) ف(1) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 التي نصت على " ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم الذي يتفق عليه أطراف النزاع بأرادتهما الحرة سواء أكانت الجهة التي تتولى أجراءات التحكيم بمقتضى أتفاق الطرفين ،منظمة أم مركز دائم للتحكيم أم لم يكن كذلك ".[2]

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

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

وهو ما اخذت به الأتفاقية الأوربية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1961 ،إذ نصت م(1) ف (2) منها على ان "يقصد بالتحكيم تسوية المنازعات ليس بوساطة محكمين معينين للفصل في حالات محدده ، بل ايضاً بوساطة محكمين معينين بواسطة هيئات التحكيم الدائمة ".

---

[1] د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ،مصدر سابق ،ص 355.

[2] ينظر بالأتجاه ذاته م(11) من قانون تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي القطري رقم 13 لسنة 2000 ، وم(17) من قانون الأستثمار الجزائري، وم(24) من قانون تنظيم رأس المال الأجنبي الليبي ، وم(26) من قانون الأستثمار السوري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا ويحتل التحكيم المؤسسي أهمية كبيرة ترجع الى المزايا التي يحققها للمحتكمين والتي تتمثل بما يأتي :

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

2. أمتلاك هذه الهيئات والمنظمات لوائح معدة بالأجراءات التي تجري التحكيم لديها على أساسها وهي عادةً أجراءات بسيطة، وسريعة، وغير مكلفة تسير مسيرة التحكيم من دون أن تخل بأساسيات التقاضي، وهذا ما يجنب المحتكمين مؤنة الأتفاق على الأجراءات الواجبة الاتباع أمام المحكم.

3. أن المنظمة أوْ المركز المختص بالتحكيم يجري التحكيم في مقره ما لم يبين أنه بحاجة الى اختيار مكان أخر بالنظر لظروف النزاع ، وهذا ما يكفي المحتكمين عبء الأتفاق على مكان التحكيم ، ومن ثم يجنبهم تنازع القوانين، ولا يخفي ما قد يكون للمكان المختار من أثر على التحكيم باعتبار أن قضاء البلد الذي يتم فيه التحكيم يكون مختصاً في الفصل في العوارض التي تقابله ، وذلك عند الطعن بحكمه[1].

ومما تجدر الاشاره اليه أنه على الرغم من هذه المزايا التي يمتاز بها التحكيم المؤسسي الا أنه لم يكن السبيل الوحيد الذي يحتكم اليه أطراف العلاقة الأستثماريه، وان كان هو الوضع الغالب عندهم ، وهو ما يمكن ملاحظته من نص البعض من العقود الأستثمارية صراحةً على اللجوء الى التحكيم المؤسسي في حالة نشوء أي نزاع بخصوصه كالعقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الاسبانية المصرية للغاز " سيجاس" سنة 2001 لأنشاء وتشغيل واعادة تسليم رصيف بحري بترولي مخصص في ميناء دمياط بنظام b.o.t الذي نص في البند الثاني عشر منه على ان "المنازعات الناشئة عن هذا الترخيص يتم تسويتها طبقاً لقواعد التحكيم المعمول بها في مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة ، ويعد قرار المحكمين ملزماً ونهائياً للطرفين، ويتم التحكيم باللغة الانكليزية وتنطبق أحكام القانون المصري ويكون عدد المحكمين ثلاثة يعين كل طرف محكماً عنه ، وإذا لم يقم المدعى عليه كتابةً بأخطار أسم المحكم الذي عينه خلال 30 يوماً من أستلام أخطار المدعي قبله فيقوم المركز بناء على طلب المدعي بتعيين المحكم

---

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الثاني "[1].

وكذلك ما نصت عليه م(42) ف(2) من العقد المبرم بين المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيلبس الأمريكيه عام 1963من أن " أي نزاع ينشئ بين فيلبس والمؤسسه يقوم بالفصل فيه ثلاثة محكمين طبقاً للائحة التحكيم والمصالحة الخاصة بالغرفه التجارية الدولية ".[2]

في حين اتبعت عقود أخرى ألاخذ بأسلوب التحكيم الحر لحل ما ينشأ عنها من نزاعات كالعقد المبرم بين الحكومة اللبنانية ، واحدى الشركات الفرنسية الخاصه في 1994/11/18 من اجل تنفيذ ما يسمى الاتوستراد العربي الذي ورد فيه من أن فض الخلافات الناشئة عنه يكون خاضعاً للتحكيم، وفقاً لدفتر الشروط وملاحقه، مع تطبيق أحكام نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسترال) على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية، وعلى ان يطبق القانون اللبناني في اساس الموضوع[3].

الفرع الرابع

التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي

ان لتحديد نوعية التحكيم فيما إذا كان تحكيماً دولياً إوْ داخلياً أهمية كبيرة لما يترتب عليه من نتائج بالغة الخطورة في نواحي عدة ،أولها أنه يتوقف على نوع التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق إذ ان وصفه بأنه داخلي يستتبع بالضرورة تطبيق أحكام القانون الداخلي ،الأمر الذي يختلف عنه في التحكيم الدولي الذي يقتضي البحث عن القانون الواجب التطبيق[4]،كما ان تحديد المحكمة القضائية المختصة بنظر بعض المسائل المتعلقة بالتحكيم يتوقف على تحديد ما إذا كنا بصدد تحكيم داخلي أو دولي .[5]

ومن ناحيه أخرى فأن مجال اعمال فكرة النظام العام تختلف اختلافاً كبيراً فيما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم داخلي أوْ دولي، وذلك لما لهذه الفكرة من مجال أضيق في النوع الثاني عنه في

---

[1] أشار اليها د.بشار الاسعد ،مصدر سابق ،ص363 و 364 .

[2] أشار اليها د.سراج حسين ،مصدر سابق ،ص179 .

[3] أشار اليها د.بشار الاسعد ،مصدر سابق ،ص36.

[4] د.أبراهيم أحمد أبراهيم ،القانون الدولي الخاص ،ط2،دار النهضة العربية القاهرة ،1997 ،ص43 و 42 .

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ألاول[1]، كما أن تنفيذ أحكام التحكيم التي تعد اهم مرحلة من مراحله تتم وفقاً لأجراءات معينة وهذه الأجراءات تختلف من دولة الى أخرى كما أنها تختلف في الدولة الواحدة فيما إذا كانت تتعلق بتحكيم داخلي أوْ دولي، فضلاً عن ان هناك أتفاقيات دولية تحكم تنفيذ أحكام التحكيم الدولي من دون الداخلي[2].

وبطبيعة الأمر فقد قادت النتائج أعلاه الى ان ينال تحديد المعيار الذي يمكن بموجبه وصف التحكيم بكونه تحكيماً دولياً أوْ داخلياً ،أهتمام الفقه الذين أتجه البعض منهم الى القول بأن المعيار الذي ينبغي اعتماده لتحديد هذا الأمر، هومعيار قانوني وفقاً له تعد العلاقة دولية عندما تنطوي على عنصر اجنبي او اكثر[3] .فالعقد الدولي هو الذي يشمل عنصراً اجنبياً مهما كان هذا العنصر كأن يكون أحد الأطراف أجنبياً ،أوْ أن يكون العقد ابرم في الخارج أوْ أنْ يتم تنفيذه في دولة غير الدولة التي تم فيها العقد ، فلكل علاقة قانونية عناصرٍ ثلاثة ، ألاول سبب العلاقة، والثاني هو موضوع العلاقة ، والثالث أطرافها ، واي عنصر من هذه العناصر إذا تطرقت اليه الصفة الأجنبية كان العقد دولياً[4].وعلى ضوء ذلك ووفقاً لهذا المعيار فأن العلاقة في عقود الأستثمارات الأجنبية تعد دولية وذلك بسبب لكون المستثمر الأجنبي من جنسية تختلف عن جنسية الدولة المضيفة للاستثمار . وفي المعيار القانوني فإن العلاقة تعد دولية مهما كان العنصر الذي يتخلل العلاقة سواء أكان فعال أم غير فعال، وغير مؤثر .

ولقد انتقد هذا المعيار لكونه يؤدي الى تطبيق القانون بشكل آلي وجامد ، إذ يطبق بموجبه القانون الأجنبي كلما ارتبط بعنصر من عناصر العلاقة ، في حين أن العنصر الأجنبي قد يكون امراً عارضاً لاعلاقة له بالتجارة الدولية أوْ مصالحها، إذ قد يكون تطرق الصفة الأجنبية للعلاقة العقدية ذات طابع نسبي ،فما يكون مؤثراً في عقد قد لايكون كذلك في عقد اخر [5].

---

[1] فعلى سبيل المثال قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم يمكن أن لا تكون مبرراً لعدم تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن بالحكم مساس واضح وجدي بالنظام العام وذلك بصدد أحكام التحكيم الأجنبية، ويرجع ذلك أنه ليست كل قاعدة أمرة تتعلق بالنظام العام في القانون الداخلي، تعد من النظام العام في مجال العلاقات الدوليه.ينظر د. سراج حسين،مصدر سابق،ص155.

[2] د .ابراهيم أحمد ابراهيم ، مصدر سابق ،ص47

[3] ينظر د.منير عبد المجيد ،تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 1992،ص20 ود. ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ص419 .

[4] ينظر د. أحمد عبد الكريم سلامه، المختصر في قانون العلاقة الدولية ، ط1، دار النهضة العربية ، 1987 ، ص16. ود. فريد فتيان ، تنازع القوانين من إذ المكان ، بحث منشور في مجلة القضاء ، صادرة عن نقابة المحامين في بغداد ، العدد الثاني والثالث ، السنة الحادية عشرة ،كانون الثاني ،1953، ص19 .

[5] ينظر في هذه الانتقادات خليل ابراهيم خليل ، القانون الواجب التطبيق على سند الشحن في القانون الدولي الخاص ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، سنة 2005 ، ص67 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهناك من ذهب الى معيار القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأجراءات الخاصة بالتحكيم ، فإذا كان هذا القانون هو القانون الداخلي فأن التحكيم يعد داخلياً أما إذا كان القانون أجنبياً ،أوْ إذا كانت هذه الأجراءات مستمدة من نصوص أتفاقيات دولية أوْ أجنبية عندها يعد التحكيم دولي[1] . ولكن للانتقادات العديدة التي وجهت الى هذا المعيار ،ومنها ان أحتمال سير أجراءات التحكيم في دول عدة سيقود الى تعدد القوانين التي تحكم أجراءاته نتيجة لتنقل المحكمين بين دول عدة ، ومن ثم كيف سيمكن تحديد دوليته من عدمه بالنسبة للمحكم الذي طبق قانون بلده مع القوانين الأخرى[2].

ولهذا اتجه اخرون الى تحديد هذا الميعار لمعرفة صفة التحكيم بمكان صدور قرار التحكيم فإذا صدر داخل الدولة يعد داخلياً ،أما إذا صدر خارج الدولة فيعد دولياً [3]. وان كان قد أُخذ على هذا القول عدم دقته، خاصة في الحالات التي يعين الأطراف فيها مكاناً للتحكيم ويطبقون قانون أخر غير قانون دولة المكان المختار وعندها يعد التحكيم أجنبياً بالنسبة للدولة التي جرى على أقليمها التحكيم بسبب تطبيق القانون الأجنبي .[4]

في حين أخذ البعض بمعيار جنسية الأطراف أوْ محال اقامتهم أوْ جنسية المحكمين لتحديد صفة التحكيم إذ يعد التحكيم دولياً إذا ما اختلفت جنسية الخصوم ،أوْ محال اقامتهم، أوْ جنسية المحكمين ،وعلى العكس من ذلك يكون التحكيم داخلياً ،إذا ما توافقت جنسية الخصوم، أوْ محال اقامتهم، أوْ جنسية المحكمين[5] .

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

---

[1] من القائلين بهذا المعيار د .ابراهيم أحمد ابراهيم ،مصدر سابق ،ص60 ،ود .عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج1 ، الجنسبة والموطن وتمتع الاجانب بالحقوق ، ط1 ، مطابع الهيأة المصرية العامة للكتاب ، 1986، ص160 .

[2] د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2006 ،ص37 .

[3] ينظر د.هشام علي صادق ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 ، ص75 . ود. محمود محمد ياقوت ،حرية المتعاقدين في القانون الواجب التطبيق ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،2000 ،ص61.

[4] د. حسني المصري ، مصدر سابق ،46 .

[5] د.أشرف عبد العليم الرفاعي ، مصدر سابق ،ص221 ود. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على على عقود التجاره الدولية ، مصدر سابق ، ص52 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المشتملة على عنصر أجنبي[1] .

ولقد أخذ قانون المرافعات الفرنسي بالأتجاه الاخير إذ عد التحكيم دولياً إذا ما تعلق بالمصالح التجارية الدولية، وهذا ما نصت عليه م(1492) منه بأنه "يعد دولياً التحكيم الذي يضع في ميزانه مصالح التجارة الدولية[2]". واعمالاً لهذا النص قضت محكمة أستئناف باريس في حكمها الصادر في 5 ابريل لسنة 1990 بأنه لكي يكون التحكيم دولياً "يكفي في هذا الصدد أن تتضمن العملية الاقتصادية انتقالاً للأموال ،أوْ الخدمات ،أوْ لمصالح عبر الحدود، وفي المقابل فأن جنسية الشركات المعنية والقانون الواجب التطبيق على العقد أو التحكيم وكذلك مكان التحكيم لا يكون له اي أثر في هذا الشأن"[3] . وفي قضية أخرى هي قضية (mardele) ، التي تتلخص وقائعها في عقد بيع أبرم بين فرنسيين موضوعه تصدير كمية من القمح من دولة تشيلي الى فرنسا، وقد تضمن العقد شرط تحكيم يقضي بأن يحل النزاع وفقاً لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب ،ألا ان محكمة باريس قررت بطلان شرط التحكيم الذي يقضي بان يحل النزاع،وفقاً لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب بحجة أن العقد لا يعد دولياً لكونه قد أبرم في فرنسا وأن أطرافه يحملون الجنسية الفرنسية ،ومكان الدفع والتنفيذ هو فرنسا ومن ثم فأنه يخضع لأحكام

---

[1] للزيادة في الاطلاع حول هذه المعايير ينظر د. مصطفى محمد الجمال ود.عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ،ص300 وما بعدها ود. فوزي محمد سامي ،مصدر سابق ،ص188 وما بعدها .

[2] قبل صدور قانون المرافعات الفرنسي الحالي لسنة1981 كان السائد الاكتفاء بتوافر العنصر الأجنبي في العلاقة الأصلية التي أبرم الأتفاق بصددها سواء أكان هذا العنصر متأتياً من اختلاف جنسية المتعاقدين أمْ مواطنهما أمْ واقعتها المنشأة او مكان وجود المال ليعد التحكيم دولياً، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام 1980 في قضيةtradieu poul والتي تتعلق وقائع النزاع فيها بعقد أبرم في باريس في 8 يوليو 1977 بين شركة فرنسية (bourdun) والسيد(trdieu) الفرنسي الجنسية وبموجبه أوكلت الشركة للأخير بأن يمثلها لغرض بيع منتجاتها في كولمبيا، وقد أدرج في هذا العقد شرط تحكيم يشير الى اختصاص محكمة غرفة التجارة الدولية في باريس لفض الخلافات التي قد تنشأ عن هذا العقد ، بيد أن الشركة تجاهلت هذا الشرط و رفعت الأمر الى القضاء الفرنسي مما دعى السيد (trdieu) الى الدفع بعدم أختصاصها أستناداً الى شرط التحكيم الوارد في العقد،وقد قبلت المحكمة هذا الدفع وقررت عدم أختصاصها لكون العقد يعد دولياً وأن شرط التحكيم الوارد بضمنه يعد صحيحاً تبعاً لذلك، ألا أن الشركة طعنت بهذا الحكم أمام محكمة الاستئناف التي نقضت الحكم بحجة أن الحكم لا تتوفر له الصفة الدولية لكون العقد قد أبرم في فرنسا وأن طرفيه يحملان الجنسية الفرنسية وأنهما أقرا خضوع النزاع للقانون الفرنسي، كما أن عملة الوفاء هي الفرنك الفرنسي واللغة التي كتب بها العقد هي الفرنسية و من ثم فان الشرط يعد باطلاً لوروده بصدد علاقة وطنية وأن الاختصاص بنظر النزاع المترتب عن العقد يدخل في أختصاص محكمة باريس الابتدائية ".

اشار اليه حميد فيصل ، مصدر سابق ، ص14 .

[3] أشار اليه د.سراج حسين ،مصدر سابق،ص166.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القانون الفرنسي ،ولا يمكن أن يتحرر من القواعد الأمرة فيه التي تقرر بطلان شرط التحكيم الوارد في العقود الوطنيه ، بيد ان محكمة النقض الفرنسيه نقضت الحكم السابق وقضت بصحة شرط التحكيم لكونه وارداً بصدد عقد دولي ،وأستندت في تقريرها الدولية أنه يتصل بمصالح ومقتضيات التجارة الدوليه"[1].

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

وهو النهج ذاته في القانون المصري[3]، الذي عد التحكيم دولياً إذا ارتبط أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية بالصفة الأجنبية ،وذلك حسب نص م(3) من قانون التحكيم المصري النافذ [4].

---

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

وقد اتبعت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 9 تشرين الثاني 1984 النهج نفسه حينما انتهت الى دولية العقد المبرم في السويد بين شركة سويدية وفرنسي تم بمقتضاة تخويل هذا الاخير الحق في تسويق منتجات الشركة في فرنسا بوصفه وكيلاً عنها واستندت المحكمة في تقرير دولية العقد الى كونه قد ابرم في الخارج مع شركة اجنبية ، وهو ما يفيد توافر المعيار القانوني المستمد من العناصر الأجنبية التي تتضمنها العلاقة الأستثمارية واشارت المحكمة في معرض تأكيدها لدولية العقد ايضاً الى ما ستؤدي اليه العملية العقدية من تشجيع التصدير الى فرنسا لبضائع تم انتاجها في دولة اجنبية وهو ما يعني تحقق مصالح التجارة الدولية . اشار اليه د. هشام خالد ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص93-94 .

[2] اشار اليها خليل ابراهيم خليل ، مصدر سابق ، ص71 .

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

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما بالنسبة للقانون العراقي فالبرجوع الى قانون الأستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 الذي نص في م(27) ف(4) منه على "إذا كان أطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الأتفاق على آلية حل النزاع بما فيها الالتجاء الى التحكيم، وفقاً للقانون العراقي، او أي جهه أخرى معترف بها دولياً ".يتضح أنه قد أخذ بالنوعين معاً ، فعبارة (او أي جهه أخرى معترف بها دولياً) تعني أنه يجوز اللجوء الى التحكيم الدولي لغرض حل النزاع الأستثماري، اما قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ فنلاحظ أنه خصص ست وعشرين مادة من م(251-276) لتنظيم امور التحكيم من الأتفاق عليه لحين صدور الحكم وتنفيذه من دون ان توجد اي اشارة الى التحكيم الدولي، وأنما تقتصر تلك الأحكام على التحكيم الذي يجري في العراق وأن كان بين أطراف اجانب، إذ أنه حتى وأن كان موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية وكان كلا أطراف النزاع أوْ أحدهم من الاجانب فان القانون العراقي يعد التحكيم داخلياً ما دام يتم في العراق [1].

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

أما الأتفاقية الأوربية حول التحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 فقد نصت في م(1) منها على أنها تسري على " أتفاقات التحكيم المبرمة لتسوية المنازعات الناشئة ،أوْ التي ستنشأ عن

---

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

3- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله أتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة.

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

أ . مكان اجراء التحكيم كما يعينه أتفاق التحكيم واشار الى كيفية تعيينه .

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

ج . المكان الاكثر أرتباطا بموضوع النزاع .

[1] في حين ان القانون الأستثماري الكوردستاني بين في م(17)منه ان التحكيم هو طريق أستثنائي لايتم اللجوء اليه إلا بعد تعذر الحل الودي ، وفي حالة اللجوء اليه فيطبق أحكام التحكيم المنظمه في القوانين الداخليه او في القوانين والأتفاقيات الدوليه إذ نصت هذه المادة على ان "تحل المنازعات الأستثماريه وفق العقد المبرم بين الطرفين وعند عدم وجود فقره فيه بهذا الخصوص تحل بطريقه وديه وبتراضي الطرفين،وفي حالة تعذر الحل الودي يجوز للطرفين اللجوء الى التحكيم المبينة أحكامه في القوانين المرعية في الأقليم أوْ وفقاً لأحكام تسوية المنازعات الواردة في أي من الأتفاقيات الدوليه او الثنائيه التي يكون العراق طرفاً فيها ".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عمليات التجارة الدولية بين الاشخاص الطبيعية، أوْ المعنوية التي تقع محل أقامتها أو مقرها في دول متعاقدة مختلفة لحظة أبرام الأتفاق ".[1]

مما يتضح معه أنها تشترط لاكتساب التحكيم الصفة الدولية أن تكون المنازعات متعلقة بالتجارة الدولية وان يكون محل اقامة الأطراف ،أو مقرهم في دول مختلفة وذلك لحظة ابرام أتفاق التحكيم. وبالأتجاه نفسه أخذت أتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالأستثمارات الأجنبية لعام 1965 في نص م(25) منها .[2]

وفي العقود محل البحث يكون التحكيم دولياً وذلك بسبب وجود العنصر الأجنبي المتمثل بالمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدوله المضيفه للاستثمار أوْ أحد الأجهزة التابعة لها،وكذلك قد يكون التحكيم داخلياً ،وذلك في حالة أتفاق الأطراف في عقود الأستثمارات الأجنبية على تطبيق أحكام القانون الداخلي في الدولة المضيفة للاستثمار وعليه فلا يقتصر التحكيم على نوعٍ واحد وانما يشمل كلا النوعين، وذلك تبعاً للجهه التي تنظر به والقانون الذي يحكمه .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وتمييزه عما يشتبه به

لتوضيح الشكل القانون للتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية فأننا سنبين الطبيعة القانونية من جهه وتحديد ما يميزه مما عداه من أوضاع قانونيه أخرى تقترب معه في الغايه او النتيجه من جهة أخرى، وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين نحاول ان نستجلي في المطلب ألاول الطبيعة القانونيه لهذا التحكيم، في حين سيكون الثاني مخصصاً لأستيضاح ما يميزه عن غيره من الأوضاع القانونيه التي تشتبه به .

المطلب ألاول

الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

---

[1] الأتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على الموقع الالكتروني
http/www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.genev.1961/doc

[2] ينظر أتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الأستثمار على الموقع الالكتروني
.http/www.law.berkeley.edu/facalty/ddcaron/documents/rpid%20documents/rpo4012h

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لقد أختلفت الاراء الفقهيه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم فقد تجإذبته عدة أتجاهات،عده الأتجاه ألاول ذا طبيعه أتفاقية أوْ تعاقدية، في حين وصفه الآخر بأنه ذو طبيعه قضائية وبين هذا وذاك ظهر أتجاه ثالث مزج بين الأتجاهين ألاول والثاني ليعد التحكيم ذا طبيعة مختلطة، واخيراً نادى أتجاه رابع بالطبيعة الخاصة المستقلة للتحكيم، الأمر الذي يوجب علينا تقسيم هذا المطلب على أربعة فروع نخصص كل منها لبيان ما ذهب اليه كل أتجاه من هذه الأتجاهات على حده وعلى التفصيل الآتي .

الـفرع ألاول

الطبيعة الأتفاقية للتحكيم

ذهب جانب من الفقة الى الاعتداد بأرادة أطراف التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية كأساس قانوني لتحديد طبيعته على أعتبار أنها المنهل الذي يستمد منه هذا الأتفاق قوته الملزمه، إذ أن الأطراف بأتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات التي يوفرها النظام القضائي ويكتفون بما يوفره التحكيم من مزايا للأطراف [1].

فالتحكيم في عقود الأستثمار يقوم عندهم على أرادة الأطراف التي تبدو واضحة في الأتفاق عليه أولاً ، والأتفاق على انواعه ، والأتفاق على القانون الواجب التطبيق على الأجراءات التي يتبعها المحكمون الأستثماريون ، والأتفاق على البلد الذي يجري فيه التحكيم للاستثمار ، والأتفاق على الجهة التي تتولى التحكيم في الأستثمار وغيرها من الامور التي تخضع أبتداءً لأرادة الأطراف[2] .

بمعنى أن الأطراف المتنازعة عند أتفاقهم على التحكيم لعقود الأستثمار يتفقون ضمناً على التنازل عن المثول أمام القضاء والدعوى الناشئة عنها ويخولون المحكم الأستثماري سلطة الفصل في النزاع ، وأن مصدر هذه السلطة هي أرادتهم ، وعلى هذا الاساس فلا يمكن ان تكون هذه السلطة قضائية لأنها تستند الى ارادة الأطراف المتنازعة ومن ثم فان مصدر القوة التنفيذية لقرار

---

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التحكيم هو أتفاق أطراف النزاع فهو يفسر أكتساب هذه القرارات لقوة الشيء المقضي به وعدم قابلية الطعن فيها على اساس توافقه مع ارادة الأطراف المتنازعة[1] .

وعليه ووفقاً لما يراه أصحاب هذا الجانب فأن أجراءات التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وأن كانت تشبه الى حد ما الأجراءات القضائية، ألاّ أنه مع ذلك لاتسري عليها قواعد المرافعات المدنية والتجارية ، كما ان المحكمين الأستثماريين يتصرفون بصفة وكلاء أو مفوضين عن الأطراف ليس الا، كما ان التحكيم في عقود الأستثمار يختلف عن القضاء إذ يهدف القضاء الى تحقيق مصلحة عامه بينما يهدف التحكيم في عقود الأستثمار الى مصلحة خاصة، ومن ثم لا يتقيد المحكم الأستثماري بقواعد القانون بعكس القاضي الذي لا يملك غير تطبيق القانون[2].

فضلاً عن أنه لا مفر من أن يكون القاضي وطنياً باعتبار ذلك من مظاهر السيادة التي تحرص الدول عليها بعكس المحكم الأستثماري الذي يمكن ان يكون اجنبياً ، كذلك لا محل لأعتبار المحكم الأستثماري "بخلاف القاضي" منكراً للعدالة إذا لم يقم بالواجب المناط به[3].

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

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

وقد وجد هذا الأتجاه صدى لدى محكمة النقض الفرنسية في وقت مبكر فقد اكدته في حكمها الصادر في 27 يوليو 1937 الذي سجلت فيه "أن قرارات التحكيم الصادرة على اساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة، وتشاركها في حقيقتها التعاقدية"[4].كما سار القضاء المصري على خطا القضاء الفرنسي في أخذه بهذا الأتجاه [5].

---

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

[2] د.ابراهيم حرب محيسن ، مصدر سابق ، ص31.

[3] د .ابو زيد رضوان ، مصدر سابق ،ص24 .

[4] اشار لهذا الحكم د.مصطفى محمد الجمال ، د.عكاشة محمد عبد العال ،مصدر سابق،ص39 .

[5] فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها الى القول "بأن اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وان كان مرتكزاً اساساً الى حكم القانون الذي اجاز سلب اختصاص جهة القانون الا أنه يبنى مباشرةً وفي كل حالة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى الرغم ما لهذا الأتجاه من فضل في إبراز الدور الذي يؤديه الأتفاق في مجال التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية، لكن يؤخذ عليه أنه عد أتفاق الأطراف تنازلاً ضمنياً عن الدعوى، وهذا الكلام غير صحيحٍ إذ أن تنازل شخص عن حق من حقوقه وأن كان يمنعه من المطالبة به مرة أخرى ، إلاّ أن هذا الأمر هو خلاف لما موجود في التحكيم في عقود الأستثمار وعلى الاخص في التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية الاختياري إذ يحق للأطراف الغاء أتفاق التحكيم للاستثمار ورفع الدعوى أمام المحاكم المختصة اصلا.[1]

كما أنه غالى في اعطاء الدور الاساسي لأرادة الأطراف مع أنهم في واقع الأمر لا يطلبون من المحكم الأستثماري الكشف عن أرادتهم وأنما الكشف عن ارادة القانون في الحالة المعنية[2].

الفرع الثاني

الطبيعة القضائية للتحكيم

تقوم الطبيعة القضائية للتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية على تغليب المهمة التي يقوم بها المحكم الأستثماري والغرض من هذا النظام من دون الوقوف عند أتفاق الأطراف فقط ، وهو ما رآه بعض من الفقه الذين ذهبوا الى لزوم تغليب المعايير الموضوعية المتمثله بالمهمه التي توكل الى المحكم الأستثماري والغرض من نظام التحكيم في عقود الأستثمار على المعايير الشكلية[3]، ومن ثم فأن تناول المحكم في مجال الأستثمار المنازعة وبيان كيفية حلها هو ما يحدد طبيعة المهمه التي يقوم بها التي يمكن ان يوصف تبعاً لها كقاضي يتم اختياره قبل الأطراف ليقول حكم القانون ، كما أن أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وان مَثَل الاداة المنشأة لهذا النظام ، فان ذلك لا يؤثر على اصل وظيفة المحكم في الأستثمار الأجنبي وكونها وظيفة قضائية كما أنه لا يغير من طبيعتها خاصة وان الارادة يمكن ان تلعب ادواراً متعددة أمام قضاء

على أتفاق الطرفين وهذه الطبيعة الأتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم تتخذ قواماً لوجوده بجعله غير متعلق بالنظام العام ".ينظر قرارها المرقم 3492 الصادر في 2000/3/23 الذي اشار اليه حميد فيصل ،مصدر سابق ،ص30 .

[1] محمد جمال طاهر ،مصدر سابق ،ص31 .

[2] د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص32 .

[3] يقصد بالمعايير الشكلية الصيغه القانونية التي ينشأ بها الالتزام وهو هنا أتفاق التحكيم في عقود الأستثمار الأجنبي ، أي أن حكم المحكم الأستثماري يستمد قوته من أتفاق التحكيم في الأستثمار فقط بمعزل عن طبيعة المهمة الملقات على عاتقه د. فتحي والي ، مبادئ قانون القضاء المدني ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1975، ص75 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدولة من دون ان يؤدي ذلك الى نفي الطابع القضائي لهذا الاخير، ومثال ذلك رفع الدعوى بالارادة المنفردة والأتفاق على اختصاص محكمة أخرى والأتفاق على رفع النزاع أمام محاكم دولة أخرى[1].

فضلاً عن ان التحكيم في عقود الأستثمار يستجمع عناصر العمل القضائي الثلاثة والمتمثله الادعاء والمنازعة والعضو وان المحكم الأستثماري يعد قاضياً بحكم وظيفته وهي الفصل في المنازعات ،ولا يستمد سلطته من عقد التحكيم وحده ، وانما من أرادة المشرع التي تعترف به، إذ ان ارادة الافراد لا تكفي لخلق التحكيم لولا منح المشرع لهذه الصفة[2].

ويرى الأستإذ أحمد أبو الوفا بأن الصفة القضائية هي التي تتغلب على التحكيم بقوله "إذا كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم، و إذا كان يخضع لقواعد القانون المدني من إذ انعقاده فأنه يخضع لقواعد قانون المرافعات من إذ اثاره و نفإذه و أجراءاته وإذا كان يبطل بما تبطل به العقود فأن حكمه يطعن فيه في كثير من التشريعات كما يطعن بالأحكام وينفذ كما تنفذ الأحكام "[3].

ولقد وجهت لهذا الأتجاه أنتقادات عدةٍ من أبرزها أن هناك فرق بين القاضي والمحكم في مجال الأستثمار فمهمة القاضي ليست فصل النزاع فحسب ،بل له سلطة ولائية " الجبر والأمر"بخلاف المحكم في مجال الأستثمار الذي يقصر دوره على حل النزاع المعين ويمنح مهمة القاضي بصفة مؤقتة وبخصوص نزاع معين ، هذا فضلاً عن ان القواعد المنظمة للقضاء لا تطبق على التحكيم في مجال الأستثمار الأجنبي. إذ ان القواعد التي يخضع لها الاخير مغايرة عن تلك التي يخضع لها القضاء[4].

ويبدو أن الرأي القائل بأعتبار التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عملاً قضائياً يجد ما يعززه فيما قرره قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981، من وجوب تسبيب أحكام المحكمين الأستثماريين وتضمينها بيانات معينه كما في الأحكام القضائية ، فضلاً عن أعترافه لها بقوة الأمر المقضي فقد نصت م(1471) منه وبغير تحفظ على ضرورة تسبيب أحكام التحكيم في مجال الأستثمار الأجنبي ، ونصت م(1472) على البيانات التي يجب أن يشتمل عليها حكم

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

ود. فتحي والي ، مصدر سابق ،ص73 ود.أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص19 ود. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص33 .

[2] د. أحمد ابو الوفا ، مصدر سابق ، ص20 .

[3] نقلاً عن د. أحمد ابو الوفا ،التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ،ص18 .

[4] د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لأتفاق التحكيم ، ط1 ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ،2003 ، 36 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التحكيم في عقود الأستثمار وإلا تعرض للبطلان كما نصت م(1476) على تمتع الأخير بقوة الأمر المقضي بمجرد صدوره مما حدا بالبعض الى القول بأن المشرع الفرنسي قد أضفى على أحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية طابعاً قضائياً سواء من إذ الشكل او من إذ الاثار.[1]

ومما تجدر الاشارة إليه أن القضاء الفرنسي قد أخذ بالطبيعة القضائية في بعضٍ من الأحكام الصادرة عنه إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1979/4/12 بأن "حكم المحكم يشبه الحكم القضائي من إذ اكتسابه الحجية من صدوره ومن إذ جواز إستئنافه منذ صدوره من دون انتظار لاعطاءه الصيغة التنفيذية "[2].

الفرع الثالث

الطبيعة المختلطة للتحكيم

ازاء الأنتقادات التي وجهت للأتجاهين السابقين فقد ظهر أتجاه ثالث يأخذ أصحابه بتحديد طبيعة التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية بطبيعة مختلطة تمزج بين الطبيعة الأتفاقية والقضائية معاً ، فهم لا يضفون على التحكيم في مجال الأستثمار طبيعة واحدة من بدايته الى نهايته بل يكيفون كل مرحله من مراحله على حدة ويعطونها التكييف القانوني المناسب لها،إذ أنهم يرون ان للتحكيم في مجال الأستثمار مرحلتان ألاولى: هي المرحله التعاقدية التي تبدو واضحة في اختيار الخصوم للأخير والقانون الواجب التطبيق على أجراءات وموضوع النزاع

---

[1] د. حسني المصري ، مصدر سابق ،ص14 .

[2] وكذلك قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ابريل عام 1945 بأن أطراف الخصومة الأستثمارية بألتجائهم الى التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية انما يعبرون عن أرادتهم في إعطاء المحكم الأستثماري سلطة قضائية إذا أنه عدل عن الطبيعة التعاقدية بعد ذلك و لجأ الى الطبيعة القضائية ينظر د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص43.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والثانية: تحول المرحله التعاقدية الى قضائية بفضل تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ اليها أطراف النزاع الأستثماري لأعطاء قرار التحكيم في عقود الأستثمار القوة التنفيذية عن طريق أمر التنفيذ إذ يتحول من قرار التحكيم في مجال الأستثمار الى حكم قضاء [1].

ولا يعد قرار التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وفقاً لهذا الاتجاة قراراً قضائياً إلاّ بعد حيازته لأمر التنفيذ في البلد المطلوب تنفيذه فيه، إذ يخضع بالضرورة عند تنفيذه لقواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية[2].

وعلى الرغم من محاولة ألاخذين بهذا الأتجاه تجنب الانتقادات التي وجهت الى الأتجاهين السابقين بمحاولتهم الجمع بينهما والقول بالطبيعة المركبة للتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ، الا أنهم لم يستطيعوا ترجيح أياً منهما على الأخرى ،ومن ثم فهو لايتعدى كونه حلاً توفيقياً لاتنتهي عنده المشكلة ، فلا يكفي لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في مجال الأستثمار القول بأنه يبدأ بأتفاق وينتهي بحكم قضائي من خلال وضع حدٍ زمنيٍ فاصل ينحسر فيه الطابع الأتفاقي للاخير تاركاً المجال لبروز طابعه القضائي . هذا بالاضافة الا ما يقرره هذا الأتجاه من نتائج تخالف الواقع، وذلك لامكانية بروز الطابعين الأتفاقي والقضائي معاً منذ الأتفاق على التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وحتى الانتهاء منه بتنفيذ حكم المحكم الأستثماري ، فإذا كان التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يبدأ من الأتفاق عليه ، فأن هذا الأتفاق ليس بعيداً تماماً عن الطابع القضائي ، خاصةً وأن موضوعه هو أقامة نظام قانوني يحل محل القاضي في الفصل في النزاع ، ومن جهةٍ أخرى فأن الحكم الذي ينتهي به التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ليس بمقطوع الصله عن أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية فيما يخص سير خصومة التحكيم في مجال الأستثمار وأجراءات الفصل فيها ، ومن هنا كان الخلاف حول النقطة التي ينتهي عندها الطابع التعاقدي ويبدأ الطابع القضائي[3] .

الفرع الرابع

الطبيعة الخاصة للتحكيم

---

[1] ينظر د.عز الدين عبد العال ، مصدر سابق ، ص20 ود. ابو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص33 ود. صادق محمد جبران ، مصدر سابق ، ص20 .وعبد الرسول كريم ، الاعتراف في الأحكام القضائية وقرارات التحكيم ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون ،جامعة بابل ، سنة 2002 ،ص79.

[2] د. ابو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص33 .

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ازاء الأنتقادات التي وجهت الى الأتجاهات الثلاث السابقة ، فقد حدد جانب آخر من الفقه طبيعة التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية من خلال عَدَهُ ذا طبيعة وكيان مستقل بذاته في حل المنازعات ويختلف عن العقد والقضاء ، فهو يرمي الى تحقيق العدالة بطرق مختلفة عن القضاء ، كما ان العقد ليس هو جوهر التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية بدليل أنه لا يوجد في التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية الأجباري، ولهذا فأنه لايجاد الطبيعة القانونية للاخير لا بد من اجراء تحليل للعناصر التي تدخل في تكوينه[1].

فالتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يتكون من عنصرين هما أتفاق التحكيم في مجال الأستثمار وقضاء المحكم الأستثماري ، وجهد الفقيه يجب أن لا يتوجه الى إذابة أحدهما في الاخر أوْ الى محاولة صنع كائن موحد من بعض عناصر كل منهما ،وأنما الى تحليلهما تحليلاً دقيقاً يكشف عن الخصائص المميزة لكل منهما فأتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية من جنس العقد ولكن له خصائص ذاتية تميزه عن غيره من العقود ، وفصل المحكم الأستثماري في المنازعة من جنس القضاء، ولكن له من الخصائص الذاتية التي تميزه عن القضاء[2].

فهدف أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ليس أقامة علاقه أبتدائية بين الطرفين وأنما تسوية الآثار الناشئة عن علاقة سابقة قائمة فعلاً وموضوعه ليس التراضي على تسوية النزاع مباشرةً وبشكل نهائي، وانما أقامة كيان عضوي فرداً أو هيأة ترفع إليها أدعاءات الخصوم ويفصل فيها بشكلٍ مستقلٍ عنهما .

أما عمل المحكم في مجال الأستثمار في حسم النزاع ،فأنما يتم وفقاً للمبادئ العامة في النظام القانوني للدولة الذي يسري على كافة الهيئات ذات الصفة القضائية ، إذ أنه وبعد أن يبرم أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية لتعين الجهة التي تتولى الفصل في القضية موضوع النزاع تباشر الأخيرة وظيفتها القضائية في حسمه مستقلةً عن أرادة أطرافه وعليه فان التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية قضاء أتفاقي والقرارات التي تصدر عنه قرارات قضائية ولكنها ذات طبيعة خاصة [3] .

---

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

[2] د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، أتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1984، ص71.

[3] عبد الرسول كريم ، مصدر سابق ، ص78.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر عام 2002 بأن التحكيم "طريق استثنائي لفض المنازعات وسلباً لاختصاص القضاء "[1] أي أنها أخذت بالطبيعة المستقلة للتحكيم .

ويظهر من كل ما تقدم أنه وعلى الرغم مما لأرادة أطراف النزاع من دورٍ كبيرٍ في أبرام أتفاق التحكيم في مجال الأستثمار وتعيين المحكمين الأستثماريين وأختيار وقت ومكان وأجراءات التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وتحديد القانون الواجب التطبيق ، فلا يمكن عد التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ذو طبيعة أتفاقية "تعاقديه"خالصة ذلك أن هذه الأرادة لم تتعدى في حقيقة الأمر الطلب من المحكمين الأستثماريين تطبيقها من دون تطبيق القانون إذ يبقى القانون هو الذي يعطي لهذه الأرادة مجالاً معيناً تدور في فلكه دون ان تتخطاه ، فلا يجوز لها مثلاً الأتفاق على مخالفة القواعد الأمرة والتي تعد من النظام العام . هذا فضلاً عن ان أرادة الأطراف تفقد دورها بمجرد ابرام عقد التحكيم في مجال الأستثمار ليأتي بعدها دور المحكم الأستثماري في الفصل في النزاع وهو الدور الرئيس في العملية بأجمعها.

وعليه فإذا كان من الممكن التسليم بالصيغة العقدية لأتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية سواء أكان في صورة شرط أمْ مشارطة فأن هذا الأمر لايمكن القول به بالنسبه لقرار التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية .

وهو الحكم ذاته فيما يخص القول بالطبيعة القضائية البحته للتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ، وذلك لأمكانية الرجوع عنه واللجوء الى القضاء في حسم النزاع القائم حتى في الاحوال التي يصدر فيها المحكم الأستثماري قراره ، لابل حتى عندما يعرض القرار على المحكمة من أجل منحه أمر التنفيذ ، إذ لأطراف النزاع ان يتمسكوا بأمر البطلان وهذا امر غير جائز بالنسبة لأحكام وقرارات القضاء[2].

وكذلك لا يمكن عد التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ذو طبيعة مختلطة فعلى الرغم من ان ألاخذ بهذه الطبيعة قد بينت الطابع الأتفاقي والقضائي الذي يتمتع به التحكيم في مجال الأستثمار الا أنها وضعت حد زمني يفصل بينهما ، وهو أمر محل نظر لأن الطابع الأتفاقي يلازم الطابع القضائي منذ بداية الأتفاق على التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وحتى أصدار القرار وتنفيذه.

---

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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

إذ يمكن أن يعد التحكيم في عقود الأستثمارات الاجنية نوعاً خاصاً أفرزته مقتضيات التجارة الدولية فكان من العوامل الرئيسة التي شجعت الأستثمار نظراً لما يمتاز به من سرعة في الأجراءات و قلة في النفقات و طابع السرية الذي يسوده ، لذلك يكون من الضروري تقرير نظام خاص بالتحكيم الدولي يتوائم مع ما تمتاز هذه العقود به من سمات عن تميزها عن غيرها.

وعليه فان التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ينأى بنفسه ليؤسس مكاناً خاصاً له بين بقية الانظمة القانونية القائمة باعتباره قضاءً خاصاً ، ومن الخطأ الزج به في أحضان الأنظمة القانونية القائمة عقدية كانت أوْ قضائية حتى وأن تشابه معها في بعض الوجوه .

المطلب الثاني

تمييزالتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية مما يشتبه به من اوضاع

نظراً لان التحكيم ليس النظام الوحيد الهادف الى حسم المنازعات،إذ توجد انظمه أخرى تتشابه معه إذ يتدخل فيها شخص من غير أن يعرفه الخصوم في علاقاتهم القانونيه،فكما يتدخل الغير كمحكم فأنه يتدخل في نظام الصلح وكذلك قد يتدخل بوصفه موفقاً أو خبيراً.

ولمعرفة الفوارق التي يمكن عن طريقها التمييز بين التحكيم من جهه وكل من القضاء والصلح والخبره والتوفيق من جهة أخرى سنقسم هذا المطلب على فروعٍ اربعة سنتناول في الفرع ألاول تمييز التحكيم عن القضاء، وفي الثاني عن الصلح ، في حين سنفرقه عن الخبرة في الفرع الثالث ، وسنعقد رابع فروع هذا المطلب لبيان ما يختص به عن التوفيق .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الاول

تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن القضاء

الأصل أن يكون الفصل في المنازعات من اختصاص القضاء إلاّ أن هذه المسألة ليست من النظام العام ،ومن ثم يجوز الأتفاق على مخالفتها. ويقصد بالقضاء "قول ملزم يصدر عن ولاية عامة يفصل بالخصومة بالحق والعدل[1]".

او هو" وسيلة لحسم المنازاعات بحكم ملزم صادر عن هيأة دائمة تضم قضاة مستقلين معينين مسبقا[2]".

وعلى هذا فان القضاء يقترب كثيراً من التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية على اعتبار أن كلاهما يؤدي الى فض الخصومات وأظهار حكم العدالة، خصوصاً إذا كان التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يمثل قضاءً خاصاً لمجال الأستثمار كما ذكرناً سابقاً إذ أصطلح على عده القضاء الطبيعي لمثل هذه المنازعات، ولهذا لا تكون التفرقة سهلة بين التحكيم والقضاء خاصه في الأحوال التي يفرض فيها المشرع على الخصوم اللجوء الى التحكيم "التحكيم الإجباري" نظراً لأنعدام أرادة الخصوم في هذا الخصوص ، هذا فضلاً عن ان كلا النظامين يتمتعان بقوة الألزام عند تنفيذ القرارات الصادرة سواء عن التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ام عن القضاء[3] .

إلاّ أنه وفي الوقت نفسه فأن هناك بعض الجوانب التي يفترق فيها هذا التحكيم عن القضاء ، إذ أن ولاية القاضي هي ولاية عامة فهو مإذون بالنظر في جميع القضايا التي تعرض عليه ، بينما ولاية المحكم في مجال الأستثمار مقصورة على المنازعات الأستثمارية وفي موضوع محدد سلفاً في العقد التحكيمي ومقتصرةً على قضية المتخاصمين الأستثماريين الذين رضوا بحكمه وحدها من دون ان تتعداها الى قضية أخرى[4].

هذا فضلاً عن ان القاضي يفصل بالنزاع المطروح أمامه بقواعد القانون الوضعي ، اما المحكم الأستثماري فهو يتمتع بسلطات أوسع من القاضي لأنه لا يتقيد بأحكام القانون الوضعي ما عدا ما يخالف النظام العام والآداب إذ ان مصادره التي يعتمد عليها هي الاعراف التجارية المتعارف

---

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

[2] محمد جمال طاهر ، مصدر سابق ، ص19.

[3] د.هشام خالد ، اوليات التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص166.

[4] د.قحطان الدوري ،مصدر سابق،ص26 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على العمل بها في إطار المنازعات الأستثمارية هذا فضلاً عن السوابق التحكيمية التي صدرت في إطار هذه المنازعات، هذا وأن قرارات القضاء هي قرارات رسمية لها صفة الالزام القانوني ويجوز تنفيذها بالطرق الجبرية ،اما قرارات المحكم الأستثماري فلا تنفذ إلاّ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها من قبله[1].

كما أن الأتفاق على التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية لا يعني النزول التام المطلق عن حماية القانون أوالنزول عن الحق في اللجوء الى القضاء، لان المشرع لا يعتد بهذا النزول ولا يقرره، لان الحق في اللجوء الى القضاء هو من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام، وأن أطراف عقد التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية بأتفاقهم عليه يمنحان المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة أصلاً بنظره ، فأرادة الخصوم بعقد التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية تقتصر على مجرد إحلال المحكم في مجال الأستثمارات الأجنبية محل المحكمة في النظر والفصل في النزاع بحيث إذا لم ينفذ الأخير لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم الى المحكمة[2] .

الفرع الثاني

تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن الصلح

الصلح هو العقد الذي يرفع النزاع بالتراضي [3]،وقد عرفه المشرع العراقي في م(698) من قانونه المدني رقم 40 لسنة 1951 بأنه "عقد يرفع به النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي ".

اما المشرع المصري فقد نص في م(549) من القانون المدني المصري بأن الصلح هو "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أوْ يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزءٍ من ادعائه".

ويشتبه التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية والصلح في أن كلاهما يجد اصله في أتفاق يعبرعن رغبة أطرافه في حل النزاع بعيداً عن قضاء الدولة ، وأن كل منهما يؤدي دوره بمناسبة

---

[1] أسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص30.

[2] القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي ، مبادئ التحكيم ، ط3 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2004 ، ص43.

[3] أ. أبراهيم سيد أحمد ، عقد الصلح فقهاً وقضاءاً ، المكتب الجماعي الحديث ، الاسكندرية ، 2003 ، ص12.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجود منازعة وقعت أوْ ستقع في المستقبل ، كما يشترك هذا التحكيم والصلح في كونهما بديلين عن القضاء العام صاحب الأختصاص في نطاق معين[1].

هذا ويعد الصلح سيد الأحكام على أعتبار أن الحكم مهما كان عادلاً فأنه يترك في نفس المحكوم عليه اثراً للكراهية والبغضاء أتجاه المحكوم له وبصورة دائمة بينما نجد الصلح على العكس من ذلك فهو يرفع النزاع بالرضا ومن دون اي جبر أوْ كراهية بين الطرفين من جراء اقامة الدعوى، وكذلك هو الحال بالنسبة للتحكيم الأستثماري الذي يلجأ الية المستثمرون من اجل فض النزاع بصورة تجعل من الممكن اعادة العلاقة الأستثمارية فيما بينهما لاحقاً [2]،كما ويتشابه كل من النظامين من إذ النطاق إذ يجوز التحكيم في المسائل التي يجوز الصلح فيها[3] .

وعلى الرغم من أوجه الشبه هذه، يظل الخلاف بينهما واضحاً فمحل التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية هو التزام الخصوم بسلب الأختصاص من المحاكم المعنية وطرحه أمام محكم أو على هيأة تحكيمية متخصصة في مجال الأستثمار بحيث تصدر حكماً فيه وينهي النزاع المعني ،أما في مجال الصلح فهناك تنازل متبادل بين الخصوم فيما يتعلق بأدعاءات كل منهما، أي ان التسوية تكون مباشرة للنزاع، وفحواها تنازل كل من الطرفين عن جزء من الحق محل النزاع يقابل جزء من الحق الذي يدعيه الاخر، وفي ذلك يختلف التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن الصلح ،إلاّ أن التحكيم ليس مجرد عمل عقدي وأنما عمل تحكيمي قضائي متميز بذاتيته وأستقلاله تقرر كأستثناء على الشرع العام[4].والسبب في لجوء المستثمر الأجنبي الى التحكيم هو خوفة من عدم حيادية القضاء ، فالقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار مهما كان محايداً ومستقلاً عن الدولة ذاتها إلاّ أنه في الوقت نفسه لايستطيع عمل ذات الشيء بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أوْ أحد أجهزتها طرفاً فيها مع متعاقد اجنبي وتكون ناشئه عن عقد متصل بالمصالح الأقتصادية للدولة ، أما بالنسبة للسبب في الصلح فهو حل النزاع بالتراضي بين الطرفين من دون اشراك طرف ثالث[5] .

هذا ولا ينتهي النزاع بمجرد إبرام الأتفاق على التحكيم وأنما ينتهي بممارسة المحكم الأستثماري المختار لمهمته واصداره حكماً فيه، وهذا الحكم يكون قابلاً للتنفيذ الجبري أو العيني وفقاً

---

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

[2] أسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص31

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

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للأجراءات المقررة في القواعد العامة بمجرد الحصول على أمر بتنفيذه[1] .أما بالصلح فينتهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل المرضي لكل المتنازعين، وهذا الأتفاق لا يكون قابلاً للتنفيذ بذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي أوْ أمام المحكمة التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل الى حل[2] . هذا ويشترط في المحكم الأستثماري ان يكون متخصصاً في مجال الأستثمار وله خبرة في هذا المجال ، اما في الصلح فلا وجود لمثل هذا الشرط.

وكذلك يختلفان من حيث الطعن فيهما وطرقه، إذ ان الصلح إذا تم فلا يجوز في هذه الحاله لأي من المتصالحين الرجوع فيه، ويملك المدعي بالصلح وتسقط دعواه إذ أنه عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي[3] ، ولذلك فلا يقبل عقد الصلح والحكم الذي يصدر بتصديقه طعناً، أما قرار التحكيم فيجوز للمحكمة ان تصدقه أو تبطله كلاً او بعضاً ويجوز لها في حالة الأبطال كلا أوْ بعضاً ان تعيد القضية الى المحكمين لأصلاح ما شاب قرار التحكيم من نقص أوْ غلط، او تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها، والحكم الذي تصدره المحكمة في هذا الشأن لا يقبل الأعتراض وأنما يقبل الطعن بالطرق الأخرى المقررة قانوناً[4].

الفرع الثالث

تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن الخبره

قد يتفق الأطراف على الاستعانة بخبير أوْ اكثر لأبداء الرأي وتقديم تقاريرهم عن الموضوعات التي ثار بشأنها نزاع أوْ أختلاف ، وغالباً ما تكون مسائل ذات طابع فني تحتاج لخبرة تختلف حسب نوع النزاع[5].

---

[1] وهذا ما اكده الحكم التحكيمي الصادر في 1976 عن محكمة النقض الفرنسية الذي خلص في قضية Topco الى وجوب مبدأ التنفيذ العيني للحكم ،ومن ثم رفض تغيير الوضع القائم الذي خلفته قوانين التأميم على اعتبار ان ألاخذ بمثل هذا النوع قد اخذت به العديد من القضايا الدولية المماثلة ، كما اشار أنه في حالة صعوبة التنفيذ عندها يصار الى التعويض الملائم . اشار اليه عصام الدين القصبي ، مصدر سابق ، ص177 .

[2] د.هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري ، مصدر سابق ، ص178.

[3] ينظر المادة (275) من قانون المرافعات العراقي .

[4] ينظر المواد (712) من القانون المدني العراقي والمواد(553) من القانون المدني المصري النافذ .

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويقصد بالخبرة هي" اللجوء الى أناس متخصصين في مجال معين أياً ما كان هذا المجال، بحيث يتم طرح بعض الأسئلة عليهم ،وذلك بهدف الحصول على اجابتهم على هذه الاخيره"[1] .

وتقسم الخبرة على نوعين خبرة قضائية وخبرة أتفاقية ، فالنوع ألاول يتم بموجب حكم قضائي سواء بناءً على طلب الخصوم او دون طلبهم، أما النوع الثاني فيتم بموجب أتفاق بين شخصين على قيام شخص ثالث بمهمة معينة[2].

وإن أشتبهت الخبرة والتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية في قيام كلاهما على تدخل شخص من الغير "على أعتبار أن كلاهما ليسوا من أعضاء الجهاز القضائي للدولة " بين أطراف النزاع في حله واللذان يخضعان عند ممارستهما لعملهما لشروط واحدةٍ تقريباً إذ يتطلب الموضوعية والأستقلالية والحياد في كل منهما[3]، وكذلك أن كلاهما متخصصين في مجال معين فالخبير يكون متخصصاً في المجال الذي تم الأتفاق على أن يبدي معرفته فيه وكذلك الحال بالنسبة للمحكم الأستثماري الذي يشترط أن يكون متخصصاً في مجال الأستثمار، إلاّ أنهما يختلفان في أن مهمة المحكم الأستثماري هي أقرب ما تكون الى مهمة القاضي التي تتمثل بأصداره حكماً حاسماً للنزاع المعروض، ويكون حكمه ملزماً للأطراف ، اما مهمة الخبير فتقتصر على مجرد أبداء الرأي لأي شخص كان إذ أن ما يقدمه الخبير من معلومات الى القضاء تكون ضمن حدود السلطة التقديرية للقاضي فله كامل الحرية في ألاخذ بها من عدمه[4] .

فضلاً عن ذلك أن التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يهدف الى فض النزاع بين الخصوم ، أما الخبره فهي أبداء المشوره في مسألة تتعلق بأختصاص معين، وكذلك أن الاستعانة بالخبير قد تكون من الأطراف أنفسهم أوْ من المحكم أو من هيأة التحكيم وقد تكون عن طريق القضاء، اما التحكيم فأنه يكون بمجرد الأتفاق بين أطراف النزاع انفسهم ولا يملك الأطراف العودة وطرح النزاع على محكمين أخرين أو رفع دعوى قضائية جديدة إلاّ بأتفاقهم مجدداً[5] .

---

[1] د. هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص93.

[2] د.نبيل اسماعيل عمر، مصدر سابق ، ص9

[3] د.مصطفى محمد الجمال د.عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص28

[4] ينظر م(140) ف(2) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا وأن المحكم الأستثماري يصدر قراره بناءً على ما يقدم له الأطراف في عقد الأستثمار الأجنبي من مستندات اما الخبير فأنه يعتمد على معلوماته وخبراته الذاتية، هذا فضلاً عن أنه لا يشترط تعيين الخبير بالاسم ،أما المحكم فينبغي أن يعين بالأسم في أتفاق التحكيم[1] .

الـفرع الـرابع

تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن التوفيق

يقصد بالتوفيق" أتفاق الأطراف على محاولة أجراء تسويه وديه عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يقع أختيار الأطراف عليهم "[2].

أو أنه"طريق ودي لفض المنازعات الناشئه بين الأطراف وعن طريقه يقوم الخصوم بانفسهم أو بوساطة شخص من الغير بالاجتماع و التشاور للوصول الى حل ينهي النزاع ويرضى عنه الأطراف ،فإذا انتهى التوفيق الى حل يحرر محضر بذلك ويوقع عليه الشخص الذي قام بالتوفيق"[3].

ويتشابه التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية مع التوفيق في أنهما يستلزمان تدخل اشخاص اخرين لحل النزاع القائم بين الأطراف ، ففي كلا النظامين يتفق الأطراف على فض نزاعاتهم بالتراضي عن طريق تفويض اشخاص اخرين بهذه المهمة[4].

ولكنه يختلف عنه في عدة جوانب ،منها ان التوفيق يتم عن طريق أختيار أوْ تعيين شخص أوْ اكثر لمحاولة حصر نقاط الاختلاف بين الطرفين ومدوامة الاتصال معهما حتى يلتقيان عند حلٍ توفيقي وفضلاً عن ذلك أن الموفق لايعقد جلسات مرافعة، كما هو الحال عليه في التحكيم وأنما يعقد اجتماعات خاصة مشتركة بين جميع الأطراف إذ يعرضون فيها حججهم ومستنداتهم ، إذ يقتصر دوره على تقريب وجهات النظر واقتراح حل معين للنزاع وتخفيف وطأة الشقاق بين المتنازعين والوصول الى حلول وسط يقبلها الأطراف ، كل ذلك على خلاف المحكم[5].

---

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

[2] د. محمود مختار أحمد بريري ، مصدر سابق ، ص19

[3] محمد جمال طاهر ، مصدر سابق ، ص18

[4] د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص8

[5] د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر سابق ، ص33

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والفارق الجوهري بين التوفيق والتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية هو أن الموفق لا يعد قراره ملزماً للخصوم لكونه مجرد اقتراحات أو مشاريع حلول لتقريب وجهات النظر، فإذا نجحت أنتهت بأتفاق منهي للنزاع وموقع عليه من الطرفين ويحتفظ ومن ثم بطبيعته التعاقدية ، أما التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية فينتهي بقرار حاسم يحسم به النزاع ويلزم الأطراف به ويحوز حجية الأمر المقضي فيه ويكون قابلاً للتنفيذ بعد صدور قرار التنفيذ من قبل القضاء[1].

فضلاً عن ذلك ان التوفيق يقوم على تنازلات بين الطرفين لكي يمكن التوصل الى حل وسط، بينما يقوم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية على أصدار حكم قد يلبى فيه كل طلبات أحد الأطراف ويرفض كل طلبات الطرف الآخر، ذلك أن المحكم لا يبحث عن حل وسط أوْ توفيقي، وهو أن فعل وفشل يتعين عليه مواصلة مهمته وأصدار حكم حاسم للنزاع . أما الموفق فلا يملك إلاّ أنهاء الأجراءات وتعود للأطراف حريتهم في اللجوء الى القضاء من عدمه، وهو ما لا يتسنى لهم إذا تعلق الأمر بأتفاق تحكيم انتهى باصدار حكم تحكيم فصل في موضوع النزاع[2].

الفصل الثاني

الاتفاق على التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

من اجل أتمام عملية التحكيم وتحقيق الغرض الرئيسي الذي من اجله لجأ الأطراف في عقود الأستثمارات الأجنبية اليه وهو سرعة الفصل في المنازعات الأستثمارية ،فيجب على الأطراف الأتفاق على التحكيم بصوره تجعله مستوفياً لجميع الشروط القانونيه،فإذا ما أنتهوا من ذلك وجب تعيين المحكمين ،وذلك ضمن الشروط التي تؤهلهم للفصل في موضوع النزاع الأستثماري ، وتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة حصول نزاع أثناء القيام بعملية التحكيم .

وعليه سنقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث سنتناول في المبحث ألاول منه أتفاق التحكيم والآثار التي تترتب عليه ، وفي الثاني سنتطرق الى المحكم والشروط الواجب توافرها فيه وطرق تعيينه، واما المبحث الثالث سنخصصه لتحديد السير في عملية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية .

المبحث ألاول

---

[1] د. هاشم خالد ، أوليات التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص15

[2] د. محمود مختار أحمد بريري ، مصدر سابق ، ص20

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أتفاق التحكيم واثاره في عقود الأستثمارات الأجنبية

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

المطلب ألاول

المقصود بأتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية.

إن أستيضاح المقصود بأتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية،يوجب علينا تقسيم هذا المطلب على فرعين ، سنخصص الفرع ألاول منهما لايضاح تعريف أتفاق التحكيم في هذه العقود وسنعقد الفرع الثاني لتحديد صوره.

الفرع ألاول

تعريف أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويعرف أتفاق التحكيم بأنه "الأتفاق على طرح النزاع على اشخاص ليفصلوا فيه من دون المحكمة المختصه"[1] .

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

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

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

كما بينت م(1447) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ المقصود بأتفاق التحكيم التي نصت على أنه "عقد يحيل بموجبه أطراف نزاع ناشيء هذا النزاع الى تحكيم شخص أوْ اشخاص عدة "، وكذلك قانون المرافعات الهولندي الصادر في 1986 في نص م(1020) ف (2) منه والتي نصت على أنه "يقصد بالعقد التحكيمي الأتفاق التحكيمي الذي يلتزم الأطراف بموجبه على احالة نزاع ناشيء فيما بينهما على التحكيم ...."

ونصت م (10) ف (1) من قانون التحكيم المصري أن المقصود بأتفاق التحكيم هو " أتفاق الطرفين على الالتجاء لتسوية بعض أوْ كل المنازعات التي نشأت أوْ التي يمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أوْ غير عقدية".

ويلاحظ على التعاريف اعلاه أنها تعاريف قد اتسمت بالعموميه في بيان المقصود بأتفاق التحكيم من دون حصره أو تحديده فيما يخص عقود الأستثمارات الأجنبية ، خاصةً وان اغلب القوانين المتعلقه بالأستثمار قد اقتصرت في تحديد مفهوم التحكيم فيما خص النزاعات الناشئه عن الأستثمار من خلال نصها على جواز اللجوء اليه لحلها،من دون الولوج في تفاصيل هذا الأمر تاركةً ذلك الى المبادىء العامه التي تحكمه مع ألاخذ بنظر ألاعتبار خصوصية هذه العقود.

---

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

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

[3] خالد عزت المالكي، مصدر سابق ، ص25.

[4] ينظر القانون النموذجي منشور على شبكة الانترنيت باللغة الانكليزية على الموقع.
http / www.jus.uio/im/un.arbtiration.model.law.1985.doc.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا من جهه ومن جهه أخرى فقد ابتعدت تشريعات أخرى عن وضع تعريف لأتفاق التحكيم اخذاً بالأتجاه القائل أن التعريفات هي من عمل الفقه لا المشرع[1].

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

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

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

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

للإجابة عن هذا التساؤل يلاحظ ، بداية ، أن م (1495) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ قد نصت على أنه "عندما يكون التحكيم الدولي خاضعاً للقانون الفرنسي لا تنطبق نصوص الباب ألاول والثاني والثالث،إلاّ إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك" وهذا يعني أستطاعت الأطراف اخضاع أتفاق التحكيم لنصوص هذا القانون المتعلق بالتحكيم الداخلي وكذلك أستبعاده متى ما أتفقوا على هذا الأمر، وعليه فأن شرط الكتابة في القانون الفرنسي لا تسري على الأطراف في العقود الدولية بصورة عامة وعقود الأستثمار بصورة خاصة إلاّ إذا اتفقوا على ذلك[2].

اما بالنسبة للمشرع الهولندي فقد نص في قانون المرافعات المدنية في م (1021) منه على أنه "يجب إثبات العقد التحكيمي كتابةً...." ، مما يفهم معه أن المشرع الهولندي قد نص صراحةً على أن الكتابة هي شرط للإثبات وليس للصحة ، وهذا يعني أن أتفاق التحكيم ينعقد صحيحاً

---

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

[2] Rene Pavid، op.Cit،P.89

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في حالة تخلف شرط الكتابة. وعلى النهج نفسه سار المشرع العراقي في قانون المرافعات النافذ إذ نصت م(252) منه على أنه" لا يثبت الأتفاق على التحكيم الا بالكتابة"[1].

أما فيما يخص المشرع المصري فيلاحظ أنه قد رتب على تخلف الكتابة بطلان الأتفاق وذلك ما قررته م (12) من قانون التحكيم النافذ التي نصت بأنه "يجب أن يكون أتفاق التحكيم مكتوباً وإلاّ كان باطلاً"[2].

وإذا يممنا النظر صوب الأتفاقيات الدولية التي عالجت أمر التحكيم فيما خص العقود التجارية الدولية عموماً وعقود الأستثمارات الأجنبية بشكل خاص ، فيبدو لنا جلياً مسلك معظمها في إشتراط كتابة أتفاق التحكيم ، وأن لم تحدد شكلاً معيناً لهذه الكتابة فيما إذا كانت شرطاً لازماً في عقد الأستثمار الأجنبي عند أبرامه أم مشارطة لاحقة على هذا الابرام ، مما يقتضي معه أمكانية عد شرط الكتابه لأتفاق التحكيم هو شرط لإثبات هذا الأتفاق من دون المساس بصحته فقد نصت م (2) ف(1) من أتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في 1958 على أنه " تعترف كل دولة متعاقدة بالأتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كل أوْ بعض المنازعات التي نشأت ،أوْ التي يمكن أن تنشأ بينهم".

كما وبينت ف (2) من المادة نفسها على أن "المقصود بالأتفاق المكتوب هو شرط التحكيم المدرج في العقد او أتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أوْ الأتفاق الذي تضمنه الخطابات والبرقيات المتبادلة بينهم".[3]

وهذا يعني أن الأتفاقية المذكورة تتطلب أن يكون أتفاق التحكيم مكتوباً حتى تقره الدول الاعضاء وتعترف به، وبحيث أن هذه الدول لا تكون ملزمة بالاعتراف بأتفاق التحكيم ما لم يكن هذا الأتفاق مكتوباً.

اما بالنسبة للأتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في 1961 فقد نصت م (1) ف(2) منها على أنه "يقصد بأتفاق التحكيم، شرط التحكيم أوْ أتفاق التحكيم الموقع عليه الأطراف المتضمن في رسائل متبادلة بينهم، أوْ برقيات ،أوْ تلكسات، وفي العلاقات بين الدول التي لاتفرض قوانينها الشكل المكتوب كل أتفاق مبرم في الأشكال التي تقرها هذه القوانين".

---

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

[2] ينظر بالأتجاه ذاته م (10) من قانون التحكيم السعودي وم(6) من قانون التحكيم التونسي وم (766) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني وم (509) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري.

[3] ينظر أتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1965 ، مشار اليها في مؤلف د. عبد الحميد الأحدب ، وثائق تحكيمية ، مصدر سابق ، ص561 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مما يستنتج منه ان الأتفاقية المذكورة اعلاه وإن تطلبت من حيث المبدأ أن يكون أتفاق التحكيم مكتوباً، بيد أنها لم تستلزم أن يتخذ الأتفاق شكلاً معيناً وأنما اجازت أن يتخذ شكل شرط وارد في العقد أوْ أتفاق تحكيم موقع عليه من الأطراف وارد في رسائل ،أوْ خطابات، أوْ فاكسات متبادلة بينهم وذلك على نهج أتفاقية نيويورك لعام 1958 نفسها.

في حين اكتفت أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار الصادره في 1965 بالنص في م (5) ف (1) منها على ان" يكون أتفاق الأطراف على الخضوع للتحكيم لدى المركز الدولي مكتوباً"[1] من دون أن تتضمن الأتفاقية أي بيان يتعلق بشكل الكتابة المطلوبة في أتفاق التحكيم.

ويبدو أن الأتجاه الذي يشترط الكتابة للإثبات وليس للصحة هو الأقرب للدقة ذلك لأن عد الكتابة شرطاً للإثبات يمنع امكانية إثباته بالشهادة أوْ القرائن القانونية الأخرى من اجل أن لايتعرض أتفاق التحكيم وبنوده الى اختلاف شهادة الشهود على اعتبار ان المحكمين هم بمثابة قضاة ، فلا يجوز ان يكون ادنى شك في طبيعة المهمه التحكيميه التي يجب عليهم القيام بها،ومن ثم تحقيق الغرض المنشود من التحكيم بضمان السرعة والائتمان وتحقيق العدالة وهذا ما يتناسب مع عقود الأستثمارات الأجنبية .

الفرع الثاني

صور أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

يتخذ أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية صورتين تتمثل الصورة ألاولى وهي الاسبق في الظهور بمشارطة التحكيم، وهي أتفاق أطراف العلاقة الأستثمارية في عقود الأستثمارات الأجنبية في عقد مستقل على عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل على التحكيم لحلها ، أما الصورة الثانية وهي الصورة الأحدث والاكثر انتشاراً في الوقت نفسه وهي صورة شرط التحكيم التي تعني أتفاق أطراف العلاقة الأستثمارية بموجب نص في العقد المبرم بينهم والذي يقضي بعرض المنازعات التي من المحتمل ان تنشأ بينهم مستقبلاً عن هذه العلاقة على التحكيم[2].

---

[1] ينظر هذه الأتفاقية منشورة على شبكة الانترنيت على الموقع
http:/www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaon/documents/RPID%z0

[2] المزيد من التفصيل ينظر د.محمود السيد عمر التحيوي، أتفاق التحكيم وقواعده ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2002 ،ص74،د.أحمد ابو الوفا ،التحكيم الاختياري والاجباري،مصدر سابق ،ص65.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإذا كان أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يتخذ أحدى الصورتين السابقتين فأن التعبير السائد في القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم عن كلتا الصورتين هو تعبير (أتفاق التحكيم) وهو يضم بين طياته هاتين الصورتين من دون ادنى تفرقه بينهما في المعاملة القانونية كما في قانون الدولي الخاص السويسري [1].

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

إلاّ أنه لم يبين المقصود بمشارطة التحكيم إذ أقتصر على بيان المقصود بشرط التحكيم، وذلك في م (1442) وأتفاق التحكيم الذي يشمل في طياته كلا الصورتين في م (1447) و التي نصت على أنه"عقد يحيل بموجبه أطراف نزاع ناشيء هذا النزاع الى تحكيم شخص أوْ أشخاص عدة " [2].

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

---

[1] إذ وحد القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في عام 1978 بين الصورتين وجمعها تحت تعبير واحد هو أتفاق التحكيم في م (178).

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى النهج نفسه سار المشرع التونسي في قانون التحكيم رقم 42 لسنة 1993 إذ بين المقصود بشرط التحكيم ومشارطته في المواد(3،4) منه إذ عرف شرط التحكيم في م(3) بأنه" التزام أطراف عقد بأخضاع النزاعات التي قد تتولد عن ذلك العقد للتحكيم ". اما مشارطة التحكيم فبين المقصود بها في م(4) منه بأنها "التزام يتولى بمقتضاه أطراف نزاع قائم عرض هذا النزاع على هيأةالتحكيم". أما قانون التحكيم المصري النافذ فقد وضع كل من شرط التحكيم ومشارطته على قدم المساواة ،وذلك في م (10) منه إذ جاء بنص عام لم يفرق فيه بين عقد التحكيم وشرطه بحيث جمعها بمصطلح واحد اسماه أتفاق التحكيم[1].

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

هذا من جهه ومن جهه أخرى فيلاحظ أن أغلب الأتفاقيات الدوليه التي عالجت التحكيم فيما يخص عقود الأستثمارات الأجنبية قد حرصت على إبراز وحدة المعاملة القانونية لكل من شرط ومشارطة التحكيم، بحيث يعبر عن الصورتين بتعبير واحد وهو أتفاق التحكيم، وذلك لعدم وجود مبرر للتفرقة بينهما إذ لا تقوم لهذه التفرقة في مجال التحكيم الدولي أي أهمية عملية، فسواء تعلق الأمر بقواعد تنازع القوانين او بالقواعد الموضوعية فأن الحلول الصحيحة والمواقف السليمه للتحكيم الدولي التي يتكون منها نظامه القانوني الخاص به، لاتختلف تبعاً لما إذا نتج الخضوع للتحكيم عن شرط التحكيم أوْ مشارطته[2] .

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

للأجابه على التساؤل أعلاه فأنه تجدر الأشاره الى أن أستقلال أتفاق التحكيم يعد من المبادئ المستقرة في قضاء التحكيم وخصوصاً في عقود الأستثمارات الأجنبية ومؤداه أن بطلان العقد

---

[1] ينظر بذات الأتجاه م (203) من قانون الأجراءات المدنية الاماراتي ،م (506) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري ،م (762) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني،م (1) من قانون التحكيم السعودي ، م (2) من قانون التحكيم اليمني.

[2] ينظر م(2) من أتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم لسنة 1958 وم (1) ف (1) من الأتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، وم (25) من أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأصلي لايؤثر على صحة هذا الأتفاق والعكس صحيح فبطلان أتفاق التحكيم لا يؤثر في العقد الأصلي[1].

إذ يقصد باستقلال أتفاق التحكيم استقلال الأتفاق المبرم في صورة شرط التحكيم المدرج ضمن نصوص العقد الأصلي عن هذا العقد وعن المؤثرات التي قد تؤثر على عدم صحته[2].

وعليه فأنه من المتصور أن يكون العقد الأصلي باطلاً ويكون الشرط صحيحاً ،وذلك في حالة بطلان العقد الأصلي لعدم قابلية المحل للتعامل فيه أوْ لعدم مشروعيته، وعندئذ يمكن عرض صحة العقد الأصلي او بطلانه على المحكمين إعمالاً للشرط الوارد فيه والصحيح في ذاته، فإذا قضت الهيأة ببطلان العقد الأصلي فان هذا البطلان لايمتد الى شرط التحكيم ولا يؤدي الى بطلان الحكم الذي اصدرته الهيأة[3].

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

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

أما القانون الفرنسي فقد جاء خالياً من اي نص يقرر ألاخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم من عدمه ،ولكن القضاء الفرنسي قد اقره في العديد من أحكامه كالحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في 14 ديسمبر سنة 1982 في قضية (drayo) بأنه " في مجال التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم بأستقلال كامل تجاه العقد". وكذلك الحكم الصادر عن المحكمة ذاتها في 1993

---

[1] ففي تحكيم Texaco ضد الحكومه الليبية تمسكت الاخيرة بأن التأميم الذي قامت به قد وضع نهاية لعقد الامتياز وكذلك لشرط التحكيم المدرج فيه ، إلاّ أن المحكم قد رفض ذلك واقر باختصاصه للفصل في النزاع استناداً الى مبدأ استقلالية أتفاق التحكيم ، كما تم تأكيد هذا المبدأ أيضاً في قضية Liamco إذ بين المحكم ان " من المتفق عليه عموماً سواء في الممارسات العملية او في القانون الدولي بقاء شرط التحكيم بعد الأنهاء بالأرادة المنفردة من الدولة للعقد الذي يوجد فيه هذا الشرط ، والذي يظل ساري المفعول حتى بعد الانتهاء " . اشار اليها د. بشار محمد الأسعد ، مصدر سابق ، ص398 .

[2] د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص119.

[3] د.فتحي والي ، مصدر سابق ، ص13.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في القضيه المعروفه بأسم (Palico) والذي قضت بموجبه " بأن استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي اصبح من القواعد المادية في القانون الفرنسي"[1].

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

ومن هنا نلاحظ ان المشرع المصري لم يكتف بالنص صراحة على مبدأ أستقلال شرط التحكيم، بل حرص على النص على عدم تأثر شرط التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلي الوارد فيه من بطلان، أوْ فسخ ،أوْ أنهاء[2].

وهو أمر قد أخذت بخلافه معظم الأتفاقيات الدوليه الخاصة بالتحكيم، فيلاحظ مثلاً أن أتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 1958 لم تتعرض مباشرةً لمبدأ أستقلال أتفاق التحكيم،ذلك أن م (2) منها لم تنص صراحةً على هذا المبدأ ،وأن كانت قد اعطت الأتفاق ، بحد ذاته ، قوه ملزمه تجاه أطرافه[3]. والحال ذاته بالنسبة للأتفاقية الأوربية لتنفيذ أحكام التحكيم

---

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

leboulanger (Philip)،op،cit،p97

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

[3] تنص م(2) من أتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية على :-

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

2- يقصد بالأتفاق المكتوب ، شرط التحكيم المدرج في العقد او أتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف او الأتفاق الذي تضمنه الخطابات والبرقيات المتبادلة بينهم .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأجنبية 1961 إذ لم تتضمن صراحة استقلال أتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي وان اتجه جانب من الفقه الى ان م(5) ف(3) منها التي تنص ان "المحكم له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة أتفاق التحكيم أوْ صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه" تشير الى سلطة المحكم التي هي بالأصل مستمدة من أتفاق التحكيم الذي يعد مستقلاً عن العقد الأصلي أي أنها تشير بصورة غير مباشرة الى أستقلال شرط التحكيم[1] .

الا ان جانب اخر منه يرى ان هذا الأتجاه مغالاً فيه ويقوم على الخلط بين مبدأين مستقلين هما مبدأ الاختصاص بالاختصاص[2]. ومبدأ استقلال أتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي ، ويؤكد على ان الماده المذكوره من الأتفاقية تتعلق فقط بمبدأ أختصاص المحكم في الفصل في أختصاصه ولم تتضمن أي بيان بشأن أستقلال أتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي.[3]

وهو رأي يبدو الأقرب للدقة ،وذلك لأن هذه الماده قد جاءت تحت عنوان عدم الأختصاص التحكيمي للمحكم من الأتفاقية وهذا يعد تدعيماً لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه فلو ان واضعي النص أرادوا الوصول الى مبدأ(أستقلال شرط التحكيم) لنصوا بما يفيد بأن المحكم الى جانب ما له من سلطة الفصل في مسألة وجود أوْ صحة العقد يظل مختصاً حتى وإن ثبت لديه عدم صحة العقد الأصلي أن بطلانه. وعلى الأتجاه نفسه ذهبت أتفاقية تسوية منازعات الأستثمار الصادرة عام 1965 إذ لم تتضمن نصاً يؤكد صراحةً على ألاخذ بمبدأ أستقلال أتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي.[4]

المطلب الثاني

آثار أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

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

[1] ينظر د.فوزي محمد سامي،مصدر سابق،ص216.

[2] يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص ان يختص المحكم بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة بأختصاصه وتحديد نطاق سلطته وتقرير ما إذا كان النزاع صحيحاً ام لا .ينظر د.ابراهيم أحمد ابراهيم ،مصدر سابق،ص98 وما بعدها.

[3] للمزيد من التفصيل ينظر د.حسين سراج ،مصدر سابق،ص196 وما بعدها.

[4] ينظر م(41) من أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار على الموقع الالكتروني.
http/www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/Dccumonts/RPID%20documents/rpo42.h

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من أهم الاثار التي تنتج عن أتفاق التحكيم اياً كانت صورته سواء أكان في صورة شرط وارد في العقد الأصلي أمْ صورة أتفاق تحكيم مستقل اثران جوهريان أحدهما ايجابي ويتمثل في التزام الأطراف بعرض النزاع او المنازعات التي نشأت أوْ التي يمكن أن تنشأ بينهم على التحكيم وتوليه المحكمين سلطة الفصل في هذه المنازعات .والآخر سلبي ويتمثل في امتناع هؤلاء الأطراف عن عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني، ومنع هذا القضاء من الفصل فيها.

ولما كانت الدولة أو أحدى هيئاتها طرفاً في أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية، فإن هناك تساؤلاً يمكن أن يثار حول مدى قدرتها على التمسك بحصانتها القضائية على الرغم من أتفاقها على اللجوء الى التحكيم .

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

الفرع ألاول

اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع

يترتب على أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية التزام الأطراف بعرض النزاع الذي نشأ بينهم على المحكم او المحكمين الذين تم أختيارهم للفصل فيه وذلك بدلاً من اللجوء الى المحكمة القضائية المختصة اصلاً بنظر النزاع، ومن ثم ينعقد الأختصاص للمحكمين بالفصل في النزاع موضوع هذا الأتفاقويطلق على هذا الاثر مبدأ الاختصاص بالاختصاص .[1]

ويقصد بمبدأ الأختصاص بالإختصاص "أن المحكم يختص بتحديد أختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة به فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك أتفاق تحكيم أمْ لا".[2]

وذلك يعني أن المحكمين يملكون تحديد نطاق سلطتهم بالنسبة لموضوع النزاع الذي يتحدد بالأتفاق عليه، وكذلك تقرير ما إذا كان أتفاق التحكيم الذي يستمدون منه سلطتهم صحيحاً أمْ لا فيما إذا أثار أحد الخصوم مسألة عدم صحة أوْ أنعدام هذا الأتفاق أوْ كان موضوع الأتفاق مخالفاً للنظام العام

---

[1] ينظر د. سراج حسين ، مصدر سابق ،ص361.

[2] د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر سابق ،ص91.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويبرر هذا المبدأ استناداً الى أن من أهم أسباب اللجوء الى التحكيم وخصوصاً في عقود الأستثمارات الأجنبية هو سرعة الأجراءات ،ومن ثم سرعة البت في النزاع، فلو أعطينا الصلاحية في البت والدفع بعدم الأختصاص للقضاء لأدى ذلك في كثير من الاحيان الى سلب التحكيم هذه الميزة الاساسيه فيه مما يفقد معه أحد أهم أسباب اللجوء إليه خاصة عندما قد يرغب أحد أطراف النزاع بأطالته لسبب او لآخر،إذ ما عليه في هذه الحالة الا أن يتقدم بطلب للمحكمة المختصة يثير فيها الدفع بعدم الأختصاص لهيأة التحكيم ومما يترتب عليه من وقف أجراءات التحكيم من وقت لاخر ومن ثم تعطيل الفصل في النزاع لوقت لا تعرف نهايته.[1] ويترتب على هذا المبدأ اثرين أحدهما ايجابي والاخر سلبي، فأما الايجابي فهو يتعلق بصلاحية المحكمين في البت في النزاع بصوره مباشره فاسحاً أمامهم المجال لتجاوز الحجة القائله بأنه لايحق للمحكم النظر في اساس النزاع الا إذا سبق ومنحته سلطة أخرى هذا الاختصاص، بمعنى أن هذا المبدأ يسمح للمحكم بالبت في مسألة اختصاصه بصفة تلقائية من دون أن ينتظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الأختصاص.

وأما الاثر الثاني فهو السماح للمحكم ليس فقط بالبت في مسألة اختصاصه وانما الفصل فيها اولاً وقبل اي جهة أخرى، بمعنى أنه يمتنع على قضاء الدولة الذي يعرض عليه الفصل في أتفاق التحكيم البت في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل ان تتاح له فرصة البت فيها.

وبالاجمال فأن ابرز ما يهدف اليه هذا المبدأ هو منع فشل التحكيم بوضع الأتفاق التحكيمي موضع طعن، ومن ثم قطع الطريق على المناورات الهادفة الى تعطيل التحكيم.[2]

هذا ويستمد مبدأ الأختصاص بالاختصاص أساسه من التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم وكذلك الأتفاقيات الدولية التي حرصت على النص على مبدأ إختصاص المحكم في الفصل في مسألة إختصاصه فقد تضمنت معظم التشريعات نصوصاً صريحة تؤكد هذا المبدأ، ففي سويسرا نصت م(186) ف (1) من القانون الدولي الخاص على "تفصل هيأة التحكيم في اختصاصها ...." وبذلك يكون المشرع السويسري قد أعترف لهيأة التحكيم بسلطة الفصل في أختصاصها . وأخذ بنفس الأمر القانون الهولندي إذ نصت م(1052) ف(1) منه على "لهيأة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها....."

---

[1] د. حمزة أحمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، ج1 ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 ،ص261.

[2] د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم ، التحكيم التجاري الدولي، ج2 ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، ص250.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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

وبالأتجاه نفسه سار المشرع المصري إذ نصت م(22) ف(1) من قانون التحكيم المصري النافذ على " تفصل هيأة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم أختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود أتفاق التحكيم أوْ سقوطه، أوْ بطلانه، أوْ عدم شموله لموضوع النزاع" .

وكما هو واضح من النص فقد اعترف المشرع المصري لهيأة التحكيم بإختصاص الفصل في اختصاصها عندما يكون متنازعاً فيه أمامها من أحد الأطراف ويستوي في ذلك لكون الدفع بعدم الأختصاص مبنياً على عدم وجود العقد الأصلي ،أوْ بطلانه، أوْ عدم وجود أتفاق التحكيم ،أوْ بطلانه أوْ تجاوز المسألة موضوع النزاع لنطاق هذا الأتفاق.[1]

اما بالنسبة للقانون العراقي فأننا لانجد في قانون المرافعات العراقي مثيلاً لهذا النص ، اي أن القانون العراقي لم ينص على مبدأ الأختصاص بالإختصاص، ولكن هذا لا يعني عدم ألاخذ به في حدودٍ، على الاقل عندما تثور مسألة الاختصاص أثناء أجراءات التحكيم خاصه وان طبيعة الامور تقتضي اعطاء الصلاحية للمحكم ،أوْ الهيأة التحكيمية الفصل بالدفع بعدم إختصاصها، فمثل هذا الدفع يرتبط بتكيف العلاقة القانونية وتفسير أتفاق التحكيم ،أوْ العقد المرتبط به هذا الأتفاق ،أوْ القانون الواجب التطبيق ولا يخرج الأمر عن هذا الاطار.

وقد أقرت بعض الأتفاقيات الدولية مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه فقد نصت م(5) ف(3) من الأتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على أنه " مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي. فأنه يقتضي على المحكم المطعون بصلاحياته الا يتخلى عن القضية ،وهو له سلطة تقرير أختصاصه وتقرير صحة أتفاق التحكيم أوْ صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءً منه".

ويتضح من النص اعلاه ان الأتفاقية الأوربية قد أقرت مبدأ أختصاص المحكم في اختصاصه عندما يكون متنازعاً فيه أمامه من أحد الأطراف وجعلته التزاماً على المحكم إذ اوجبت عليه عدم التخلي عن الدعوى عند المنازعة في اختصاصه.

كما ونصت م(1) ف(1) من أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965 على ان " تعد هيأة التحكيم هي القاضي في اختصاصها" وعليه فان هذه الأتفاقية اعترفت لهيأة التحكيم باختصاص الفصل في اختصاصها عندما يتنازع فيه أمامها من قبل أحد الأطراف سواء أكان

---

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدفع بعدم الاختصاص مبنياً على المنازعة في وجود أمْ صحة العقد الأصلي أمْ وجود ،أوْ صحة أتفاق التحكيم ذاته أوْ تجاوز المسألة محل النزاع لاختصاص المركز الدولي.

اما معاهدة نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958 فلم تتعرض لمسألة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه ولعل ذلك مبعثه أن الهدف المباشر لهذه المعاهدة هو تحديد شروط الاعتراف وتنفيذ حكم المحكم فقط من دون الولوج في كيفية ،أوْ أجراءات صدوره. وعليه فأن القوانين الوطنية والأتفاقيات الدولية قد اكدت على اختصاص المحكم بالفصل عند المنازعة فيه ولا جدال في انطباق هذا المبدأ في مجال التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ،وقد أخذت بهذا الحل أغلب الأحكام الصادرة للفصل في المنازعات الناشئه عن هذه العقود، ففي الحكم الصادر في قضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الايرانية للبترول التي تتلخص وقائعها في أنه بعد قيام الثورة الأسلامية في ايران اصدر المجلس الثوري فيها قانوناً في 8 يناير 1980 تم بمقتضاه أنشاء لجنة خاصة تملك سلطة ابطال كافة عقود البترول التي تعدها هذه اللجنة غير متمشية مع القانون الايراني الصادر عام 1951 ،والذي بمقتضاه تم تأميم صناعة البترول في ايران . واعمالاً لهذا القانون قامت اللجنة المذكورة بأبطال العقد المبرم بين شركة Elf Aquitaine والشركة الوطنية الايرانية للبترول سنة 1966 ، وهو ما دفع الشركة الفرنسية الى الالتجاء الى التحكيم اعمالاً لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها وبين الشركة الوطنية الايرانية للبترول، الذي تم ابطاله ، ولقد تمسكت الشركة الايرانية بعدم اختصاص المحكم اعمالاً للقانون الايراني الذي صدر بعد توقيع العقد. وقد انتهى المحكم الى الاعتراف بالاختصاص لنفسه " إذ أنه من المبادئ المعترف بها في قانون التحكيم الدولي أنْ شروط التحكيم تستمر لتكون نافذة المفعول حتى على الرغم من المعارضة من جانب أحد الأطراف في أن العقد المتضمن شرط التحكيم هو غير شرعي وباطل "[1].

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

الفرع الثاني

عدم اختصاص القضاء الوطني

---

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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

ويعد هذا الأثر أمراً بديهياً، فمن أجل ضمان تطبيق واحترام أتفاق التحكيم فأنه من الضروري أن يقابل الأثر الايجابي المتمثل في اختصاص هيأة التحكيم أثر سلبي وهو عدم اختصاص المحاكم القضائية بالفصل في النزاع الذي أتفق الأطراف على اخضاعه للتحكيم.[1]

ويترتب على ذلك منع القضاء في الدولة المضيفة للاستثمار من نظر المنازعة محل التحكيم وهذا الالتزام السلبي يقع على عاتق كل من طرفي الأتفاق فيمتنع عليهم اللجوء الى القضاء للفصل في النزاع المحَكم فيه، وإذا رفعت دعوى أمام القضاء بخصوص منازعة متفق بعرضها على التحكيم فيكون للمدعى عليه ان يمنع المحكمة من نظر النزاع بموجب دفع يتضمن الاعتداد بالتحكيم لوجود أتفاق مسبق بشأن اللجوء اليه[2].

وقد أخذ القانون الدولي الخاص السويسري بهذا المبدأ في م(7)[3] منه التي نصت على أنه "إذا كان الأطراف قد وقعوا عقداً تحكيمياً يشمل نزاعاً يمكن أحالته للتحكيم فعلى المحكمة السويسرية التي يطلب منها النظر في هذا النزاع ان تعلن عدم اختصاصها" . وكذلك بالنسبة لقانون المرافعات الهولندي إذ اخذ به في ف(1) من (1022)التي نصت على أن "على المحكمة المعروض عليها نزاع ابرم الأطراف بشأنه أتفاق تحكيم أن تقضي بعدم اختصاصها ، إذا تمسك أحد الأطراف بوجود هذا الأتفاق قبل كل دفاع في الموضوع " .

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

---

[1] د. مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص508.

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

[3] على الرغم ان القانون الدولي الخاص السويسري قد عالج التحكيم في المواد (179-199) إلاّ أنه قد خصص المادة المذكوره المعالجة هذا الموضوع ايضاً .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد أقر قاعدة عدم أختصاص المحاكم القضائية بنظر المنازعات التي أتفق الأطراف بشأنها على اللجوء الى التحكيم قانون المرافعات العراقي اذ نصت م253 ف1 على "اذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى امام القضاء الا بعد استنفاد طريق التحكيم " .

وهذا يعني أن أتفاق التحكيم في القانون العراقي لا ينزع الاختصاص من المحكمة المختصة وانما يمنعها من سماع الدعوى مادام الأتفاق قائماً ،وعلى هذا فأنه يعد مانعاً مؤقتاً من سماع الدعوى ويجوز اللجوء الى المحكمة المختصة إذا أتفق الخصوم على ذلك.

وهذا ما اكدته محكمة التمييز العراقية في حكمها الصادر في 1967/8/30 عندما ردت الطعن التميزي الخاص بوجود أتفاق التحكيم بحجة" أن للمحاكم ولاية النظر في جميع الخصومات حتى ولو ورد أتفاق التحكيم في العقد فأنه لا يجعل المحكمة غير مختصة إذا اعرض عنه الخصم وفضل اقامة الدعوى أمام القضاء مباشرة".[1] القانون المصري إذ نصت م(13)ف(1) من قانون التحكيم المصري على ان" يجب على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه أتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب أوْ دفاع في الدعوى "[2] .

كما نصت معظم التشريعات الوطنيه على قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر المنازعات الأستثمارية التي أتفق بشأنها على اللجوء الى التحكيم ، فقد نصت عليها الأتفاقيات الدولية كذلك ، إذ أخذت بها أتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سنة 1958 في م(2) ف(3) منها والتي تنص على ان " على محكمة الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع بصدد مسألة أبرم الأطراف بشأنها أتفاق تحكيم بالمعنى الوارد في هذه المادة ان تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم الى التحكيم" .

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

---

[1] اشار اليه حميد فيصل الدليمي ، مصدر سابق ، ص124.

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتضح من هذا النص ان الأتفاقية الأوربية لم تعالج سوى الفرض الذي تكون فيه أجراءات التحكيم قد بدأت وتم عرض النزاع بالفعل على هيأة التحكيم ،ثم يلجأ أحد الطرفين الى القاضي الوطني عارضاً النزاع نفسه في وقت لاحق على بدء خصومة التحكيم ،أوْ يلجأ اليه طالباً تقرير عدم وجود أتفاق التحكيم ،أوْ بطلانه، أوْ سقوطه . ففي هذا الغرض الزمت الأتفاقية القاضي بأيقاف الفصل في هذا الطلب حتى صدور حكم التحكيم ولم تلزمه بأعلان عدم اختصاصه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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

ويستفاد من النص أعلاه أنه متى أتفق الطرفان على اللجوء الى التحكيم لدى المركز الدولي فأنه يعد تنازلاً عن اللجوء الى أي طريق آخر لتسوية المنازعات التي تثور بينهما، ومن ثم فإذا حاول أحد الطرفين تعطيل اللجوء الى التحكيم أوْ عرقلة أجراءاته وسحب الطرف الاخر الى القضاء الوطني فأن على القاضي الوطني ان يعلن عدم اختصاصه وان يحيل الأطراف الى التحكيم لدى المركز.

وهنا يرد التساؤل حول مدى اشتراط البدء بأجراءات التحكيم قبل رفع النزاع أمام المحكمة القضائية لأمكانية اعمال هذه القاعده ام لا ؟

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

فيما يتعلق بالتساؤل ألاول يمكن الاجابة عليه بالقول أنه لايشترط لاعمال هذه القاعدة ان تكون أجراءات التحكيم قد بدأت بالفعل إذ ان هذه القاعدة تعد اثراً من آثار أتفاق التحكيم، ومن ثم فأنها تترتب على هذا الأتفاق بمجرد ابرامه وهذا يستفيد من النصوص القانونيه، إذ أنها جاءت بعبارات مطلقة تقدر عدم اختصاص القاضي الوطني سواء أكان النزاع قد عرض عليه قبل بدء أجراءات التحكيم أمْ بعدها .[1]

وفيما يتعلق بالتساؤل الثاني فيلاحظ من خلال التشريعات المتعلقة بالتحكيم أنها قد تطلبت لاعمال هذه القاعدة ان يتمسك المدعى عليه بأتفاق التحكيم، وهو أمر بديهي، لأنه إذا حضر المدعى عليه أمام المحكمة القضائية من دون ان يتمسك بوجود أتفاق التحكيم فأن ذلك يعد تنازلاً منه على اللجوء الى التحكيم ومن ثم يكون للمحكمة الأستمرار في نظر النزاع والفصل فيه ومن هذه التشريعات القانون الدولي الخاص السويسري، إذ نصت م(7)ف(1) منه على" إذا كان الأطراف قد وقعوا عقداً

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تحكيمياً يشمل نزاعاً يمكن احالته للتحكيم فعلى المحكمة السويسرية ان تعلن عدم اختصاصها ، إلاّ إذا :-

1-تكلم المدعى عليه في الموضوع من دون ان يتمسك بعدم أختصاص المحكمة" .

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

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

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

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

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

كما قد تبنت معظم الأتفاقيات الدوليه الأمر نفسه فقد نصت م(2)ف(3) من أتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سنة 1958 على أن " على محكمة الدول المتعاقدة المطروح عليها نزاع بصدد مسألة ابرم الأطراف بشأنها أتفاق تحكيم بالمعنى الوارد في هذه الماده ان تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم الى التحكيم ،وذلك مالم يتبين للمحكمة أن هذا الأتفاق باطلاً ،أوْ لا اثر له ،أوْ غير قابل للتطبيق" .

وايضاً الأتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961 إذ نصت م(6) ف(1) منها على أنه "يجب على المدعى عليه التمسك بالدفع بوجود أتفاق التحكيم أمام المحكمة القضائية المطروح عليها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النزاع من أحد طرفي أتفاق التحكيم قبل،أوْ عند تقديم أوجه دفاعه حول الموضوع، وإلاّ سقط الحق فيه" .

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

---

[1] Francois Rigaux ,op ,cit ,p.97 .

[2] Pevichicru Bellin ، Larbitrage Nature Jurdique Droit Anterne Et Droit International ، Paris ، 1966، p.176

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث

أثر أتفاق التحكيم على الحصأنه القضائية والتنفيذيه للدوله المضيفة للاستثمار

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

ومن هنا تبرز خطورة الحصانة القضائية في عقود الأستثمارات الأجنبية إذ كيف يعد الأتفاق التحكيمي أحد الضمانات التي عول عليها المستثمر الأجنبي في تعاقده مع الدولة المضيفة،أوْ من يمثلها في الوقت الذي تستطيع فيه الأخيرة التمسك بحصانتها القضائية . وعليه يعد ذلك اخلالاً بالشروط الجوهرية التي قامت عليها العلاقة التعاقدية مما يستوجب معه مساءلة الدولة.[2]

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

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

---

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

[2] د.عصام الدين القصبي ، مصدر سابق ، ص78.

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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

كما ان رضاء الأطراف باللجوء الى التحكيم في اطار هذه الأتفاقية يعد بمثابة تنازل عن اللجوء الى اي طريق آخر لتسوية المنازعات حسب م(46) منها[2].

ويترتب على ذلك استحالة الاعتراض على اختصاص هيأة التحكيم المشكلة في اطار المركز الدولي بالاستناد الى الحصانة القضائية، فالدولة التي تقبل بمحض ارادتها ان تكون طرفاً في خصومة تحكيم لدى المركز الدولي لا يمكنها بدون مخالفة التزامها باخضاع النزاع لدى المركز الدولي ان تحتمي خلف حصانتها القضائية للمنازعة في اختصاص هيأة التحكيم ،ففي اطار هذه الأتفاقية رضاء الدولة بالتحكيم يتضمن بالضروره التنازل عن الحصانة القضائية في هذه الدولة[3] .

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

أ- صحة ،أوْ تفسير أتفاق تحكيم.

ب-الأجراءات التحكيمية .

---

[1] تنص م(25) ف(1) من الأتفاقية المذكورة على أن"يمتد الاختصاص القانوني الى اية خلافات قانونية تنشأ مباشرةً عن الأستثمار بين دولة متعاقدة وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة ، وبشرط أن يوافق طرفي النزاع كتابةً على تقديمها للمركز ، وعند اعطاء الطرفان موافقتهما لا يحق لاي منهما ان يسحب هذه الموافقة من دون قبول من الطرف الاخر" .

[2] ينظر نص المادة (46) من الأتفاقية المذكوره اعلاه .

[3] اشار اليه د. سراج حسين ، مصدر سابق ، ص429.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج-أبطال حكم التحكيم الصادر في هذا الشأن مالم ينص أتفاق التحكيم على غير ذلك."[1]

كما ذهبت ايضاً م(9)ف(1) من قانون الحصانة الانكليزي (S.I.A) الى أنه" عندما تتفق دولة ما كتابةً على أخضاع منازعة ما ناشئة،أوْ يمكن أن تنشأ للتحكيم فأن هذه الدولة لا يمكنها أن تدفع بحصانتها أمام المحاكم البريطانية المرتبطة بهذا التحكيم"[2].

ومن الأحكام الصادرة بهذا الخصوص حكم التحكيم الصادر في القضية رقم3879 في 25 مارس 1984 في إطار غرفة التجارة الدولية وتتلخص وقائع هذه القضية في أن كل من مصر، و السعودية ،والامارات، وقطر قد أبرمت في 16 أبريل 1975 أتفاقية بموجبها يتم انشاء الهيأة العربية للتصنيع بهدف تطوير صناعة التسليح لمصلحة هذه الدول ولقد ابرمت الهيأة المذكورة مع الشركة الانكليزية ويست لاندWest Land للهيلوكوبتر عقداً بموجبه تم انشاء شركة مختلطة غرضها القيام بتصنيع وبيع الهيلوكوبتر من نوع(Lynx) ،ولأجل هذا الغرض ابرمت الشركة الانكليزية ويست لاند العديد من العقود مع هذه الشركة في 27 فبراير 1978 بيد أنه في 14 مايو 1979 وبناءً على قرارات القمة العربية التي عقدت في بغداد قررت الدول الثلاث " السعودية، والامارات ،وقطر" . أنهاء وجود الهيأة بدءاً من أول يوليو عام 1979 وتشكيل لجنة لتصفيتها واعتبار كل العقود التي ابرمتها لاغية؛ وعلى أثر ذلك تقدمت الشركة الأنكليزية ويست لاند بعريضة تحكيم الى هيأة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، ونظراً لتغيب الأطراف الأخرى عن المشاركة في أجراءات التحكيم تم تشكيل هيأة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية التي اصدرت حكماً تمهيدياً بشأن اختصاصها اكدت فيه أنه وفقاً للمفهوم السائد فأن ابرام أتفاق تحكيم يتضمن التنازل عن الدفع بالحصانة القضائية والتنفيذية.[3]

كما سار على النهج نفسه القضاء المصري فقد ذهبت هيأة التحكيم في قضية هضبة الاهرام في حكمها الصادر في 20/مايو/1992 "الى ان تمسك الحكومة المصرية بالحصانة القضائية أمام المركز بعد قبول شرط التحكيم لاقيمة له لان قبول هذا الشرط يعني التنازل عن الحصانة القضائية أمام التحكيم الذي قبلت الخضوع له".[4]اما فيما يتعلق بالحصانة التنفيذية فهي عدم تأثر العقد

---

[1] اشار اليه د. عصام الدين القصبي ،مصدر سابق ،ص102 .

[2] اشار اليه د.عصام الدين القصبي،مصدر سابق،ص102.

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

[4] ينظر الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار في قضية الاهرام اشار اليها د. بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص386.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التحكيمي في مجال الأستثمار بما تصدرة الدولة من تشريعات تؤثر على عدالة الحكم التحكيمي الأستثماري ، وتعد قضية Societe dosTravaux de Marseille V. Republic populaire du Grands Bangladesh من القضايا التي كان من ورائها تم تأكيد هذا الموضوع وتدور وقائع هذه القضية حول قيام هيأة التنمية الصناعية لباكستان الشرقية (EPIDC) ؛وهي شركة مملوكة بالكامل للحكومة الباكستانية بأبرام عقد في عام 1965 مع شركة SGIM الفرنسية، لمد خط انابيب الغاز في باكستان الشرقية (التي صارت منذ عام 1971 جمهورية بنغلادش الشعبية) وقد تضمن هذا العقد الأتفاق على خضوعه لأحكام القانون الباكستاني ، كما تضمن شرطاً تحكيمياً بمقتضاة يتعين فض المنازعات التي قد تنشأ بسبب هذا العقد ،أوْ بمناسبة تنفيذه بطريق التحكيم وفقاً لقواعد الغرفة التجارية الدولية بباريس على ان يتم التحكيم في جنيف بسويسرا . وفي عام 1968 وعلى أثر منازعة الطرف الباكستاني في مطالبة الشركة الفرنسية له بمبلغ إثنا عشر مليون فرنك فرنسي ، لجأ الطرفان للتحكيم وتم تعيين كل طرف لمحكمه في 7 مايو 1972 . وبعد يومين فقط اصدر رئيس جمهورية بنغلادش مرسوماً ،بأثر رجعي يرتد الى 26 مارس 1971 ، بتأسيس هيأة التنمية البنغالية (BIDC) لتخلف هيأة التنمية الصناعية الباكستانية بحيث تنتقل للاولى كل الاصول المملوكة للثانية؛ وكذلك ديونها وتتحمل مسئولياتها "ما لم ترَ حكومة بنغلادش توجة آخر " . المهم ان هذا المرسوم ينص على أن كل أجراءات التحكيم التي تكون هيأة التنمية الصناعية الباكستانية قد ارتبطت بها قبل سريان هذا المرسوم ستعد لاغية ولن يكون لأي حكم تحكيمي تنتهي الية هذه الأجراءات أي أثر ،أوْ الزام ،أوْ نفاذ في مواجهة سواء هيأة التنمية الصناعية الباكستانية، أوْ البنغالية ، وأن أي سلطة تمت ممارستها بالنيابة عن الهيأة الباكستانية في أجراءات التحكيم تعد باطلة ولاغية من تاريخ 26 مارس 1971 ، وان أي نص في العقد خاص بتسوية المنازعات بطريق التحكيم التي شرع في أجراءات التحكيم وفقاً له يعد لاغياً ومعدوم الأثر . ولم يقف الأمر عند هذا الحد فقد واصلت الحكومة البنغالية متابعتها الغاضبة المحمومة لهذه القضية ، فعلى اثر تحديد هيأة التحكيم لجلسة استماع في 20 نوفمبر 1972 للنظر في طلب الجانب الفرنسي الخاص بإحلال الهيأة البنغالية محل

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

اشار اليه د.سراج حسين،مصدر سابق،ص424.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الهيأةالباكستانية بإعتبار ألاولى خلفاً للثانية ، اصدر رئيس الدولة مرسوماً آخر يقضي بان حلول ألاولى محل الثانية قاصر على الديون والمسؤلية في المسائل غير المتنازع فيها . ثم أصدر في 15 نوفمبر 1972 مرسوماً ثالثاً يقضي بحل الهيأة الباكستانية ونقل ملكية اصولها للحكومة البنغالية ، وقد منح هذا المرسوم الحكومة سلطة الوفاء ، على سبيل التفضل بأي مطالب تتعلق بمسؤلية الهيأة التي حلها التي تراها الحكومة عادلة .

وعلى الرغم من ذلك ، وبناءً على ما ارتأته هيأة التحكيم من صحة حلول الهيأة البنغالية محل الهيأة الباكستانية ، فقد أصدرت في 31 مايو حكماً يقضي بالمسؤلية المشتركة للحكومة الباكستانية والهيأة التي تم حلها في مواجهة الشركة الفرنسية[1] . هذه القضية التي وصفت و–بحق – أنها (مرعبة) [2] لأنها تجسد مدى تأثر أتفاقات التحكيم بالتغييرات القانونية التي تقوم بها الدولة المضيفة للاستثمار والتي تؤثر على مناخ الثقة الذي يعول عليه المستثمر، وتبرر جانب كبير من المخاوف التي يحملها الاخير تجاه دول العالم الثالث.

المبحث الثاني

أختيار المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية

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

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الواجب توفرها في المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية ،وفي المطلب الثاني سنحدد الطرق التي من خلالها يمكن تعينه.

المطلب ألاول

شروط المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية

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

او أنه "الشخص الذي يتولى الفصل في النزاع المحال الى التحكيم ويكون هذا الفصل بين طرفين أوْ أكثر بناءً على أتفاق تحكيم يخوله حق القيام بهذه المهمة ".[2]

وكذلك يعرف بأنه "الشخص الذي اتفق الخصوم على إحالة النزاع القائم بينهم إليه للفصل به من دون المحكمة المختصة "[3].

أما المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية فهو" **الشخص الذي تولى اليه مهمة الفصل في النزاع الأستثماري سواء أكان هذا النزاع حاصل أمْ محتمل الحصول ويكون حائزاً على ثقة أطراف المنازعة الأستثمارية ،وذو خبرة ودراية في مجال الأستثمار**" .

هذا ولما كان المحكم يعد قاضياً خاصاً،أوْ مختاراً لأنه يستمد سلطته من أرادة الخصوم و من أرادة القانون الذي أجاز له ان يمارس مهمة قضائية ومنحه صلاحية أصدار قرار يتمتع بحجية الأمر المقضي به، فان المشرع لم يترك كامل الحريه للخصوم في أختيار شخص المحكم، بل حدد عدد من الشروط التي يجب أن تأخذ بنظر ألاعتبار من الخصوم عند تعيين المحكم ،إذ نصت معظم القوانين والأتفاقيات الدوليه في موادها على لزوم كون المحكم شخصاً طبيعياً ،ووجوب تمتعه

---

[1] د.أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والاجباري ،مصدر سابق ،ص153.

[2] حسام عبد اللطيف ،دور المحكم في أجراءات التحكيم الداخلي ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الحقوق في جامعة النهرين ، سنة 2007 ، ص7 .

[3] د. شعيب أحمد سلمان ، مصدر سابق ، ص357 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالحياديه والاستقلال عن الأطراف الذين اختاروه لهذه المهمه،فضلاً عن تحديدها لعدد المحكمين في حالة تعددهم بعددٍ فردي،كما اشترط البعض منها صراحةً ان يكون المحكم متخصصاً في مجال الأستثمار فيما يخص المنازعات الناشئه عن العقود الأستثماريه[1]وهذا ما سنتناوله ضمن الفروع الاربعة الآتية .

الـفرع ألاول

أن يكون المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية شخصاً طبيعياً

يشترط في المحكم الأستثماري ان يكون شخصاً طبيعياً يرى ويحس، ويفكر ويقرر على ضوء ما يحيط به من ظواهر وحقائق ، وما من شخص معنوي، إلاّ وله شخص طبيعي يعبر عن ارادته ويكون لسان حاله،لذا فكما لايتصور ان يكون القاضي شخصاً معنوياً فأنه لايتصور ايضاً أن يكون المحكم شخصاً معنوياً،لأنهما يقومان بمهمه واحده هي الفصل في النزاع وبيان وجه الحق فيه بحكم يكون عنواناً للحقيقة،ولا يتصور ان تأتي الحقيقه على لسان شخص معنوي لايحس ولا يرى،إذ من الضروري ان يكون المحكم في مجال منازعات الأستثمار طبيعياً وليس معنوياً ؛وذلك لان الشروط الأخرى التي أشترطتها القوانين في المحكم لا يمكن ان تنطبق على الشخص المعنوي إذ تشترط أن لا يكون المحكم قاصراً او محجوراً عليه او من رجال القضاء ،هذا فضلاً عن طبيعة التحكيم التي تقضي أن يكون المحكم طبيعياً[2].

اما عند الأتفاق على كون المحكم شخصاً معنوياً كالهيئات و المراكز المتخصصة في ذلك، ففي هذه الحالة تقتصر مهمة هذا الشخص على تنظيم التحكيم فقط، إذ أن الأتفاق على أحالة النزاع لدى أحدى الهيئات ،أوْ مؤسسات التحكيم لا يعني أن تتولى هذه المؤسسة العملية التحكيمية، والفصل بالنزاع، وأنما تكون مهمتها الأشراف التنظيمي والأداري البحت على عملية التحكيم التي يتولاها محكم

---

[1] أشترط بعضٍ من الفقه شروطاً عامه في المحكم تتمثل في كمال اهليته وعدم سبق الحكم عليه بعقوبه جنائية أوْ جنحه مخله بالشرف أوْ لكونه مفلساً ،وهي شروط لاتخرج عن نطاق الشروط العامه الواجب توافرها في من يقوم بعملٍ معين يستند سبب ايكاله به الى ألاعتبار الشخصي الذي راعاه الأطراف فيه .ينظر القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي ، مصدر سابق ، ص97 . ود. محمود السيد عمر التحيوي ، أتفاق التحكيم وقواعده،مصدر سابق ، ص288 .

[2] أسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ،ص83.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

،أوْ محكمون متخصصون في مجال الأستثمار والذين يكونون من الاشخاص الطبيعين سواء تم تعينهم من قبل أطراف النزاع مباشرةً او من مؤسسة التحكيم ذاتها [1].

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

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

أما بخصوص المشرع العراقي فاننا لم نجد أي اشارة لهذا الموضوع إلاّ أن هذا لا يمنع من تطبيق "أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً " و إن لم ينص عليه القانون وذلك لأن نص م(255) من قانون المرافعات قد أشترط أن لايكون المحكم من رجال القضاء ،أوْ قاصراً،أوْ محجوراً ،أوْ محروماً من حقوقه المدنيه،أوْ مفلساً لم يرد اليه اعتباره " وهذه الشروط لاتنطبق الا على الشخص الطبيعي من دون المعنوي[2] .

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

بينما ذهبت بعض الأتفاقيات الدولية الى اعداد قائمة باسماء المحكمين ممن يتمتعون بمكانة بكافة الشروط التي يجب توافرها في المحكم، وثم تقوم الدول الاعضاء والتي هي أطراف المنازعة بتعين الاشخاص التي ترى أنهم مناسبون للفصل في نزاعاتهم ، كأتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965[3]،وأتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للأستثمار العربي

---

[1] د. حمزة أحمد حداد ، مصدر سابق ، ص193

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

[3] ينظر المواد (13،14) من الأتفاقية المشار اليها اعلاه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبين مواطني الدول الأخرى لسنة 1951[1]، وكذلك الأتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية لسنة 1973[2]،والأتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961[3].

الفرع الثـــاني

أن يكون المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية محايداً ومستقلاً

نظراً للطبيعة القضائية لعمل المحكم في مجال الأستثمار ولكونه يفصل في المنازعات الأستثمارية وفي حوزته سلطات واسعة للفصل في جميع المسائل القانونية والواقعية التي يثيرها النزاع المعروض عليه ، ونظراً لعدم إلتزامه بأتباع قواعد الأجراءات المعمولة بها أمام المحاكم القضائية وحريته الكبيرة في تسير الأجراءات التحكيمية ، إذ أن عدم خضوع التحكيم لأية جهه رسميه ذات مصلحه يؤمن من وجهة نظر المستثمرين الاجانب الحياد اللازم والضمأنه الضروريه لحماية استثماراتهم على خلاف الأمر بالنسبه للقضاء ، فالعقود الأستثماريه غالباً ما تربط دوله ناميه بمستثمر اجنبي لايثق عادةً بقضاء الدوله المتعاقده او بقوانينها،إذ ان القاضي من السهل عليه أن يتأثر بالدوافع الوطنيه التي قد تخالف مصالح المستثمر،كما ان القوانين في الدول الناميه سهلة التعديل والالغاء ونادراً ما تتسم بالاستقرار.[4]

ونظراً لتمتع الحكم الصادر عنه بالقوة الملزمة فقد وجب أن تتوفر في المحكم عموماً وفي مجال الأستثمار بشكل خاص الصفات و الضمانات الواجب توفرها في القضاء واولها الحيادية والاستقلال عن أطراف النزاع ، فلا يكون المحكم مرتبطاً بأحدهم ،أوْ بأحد مستشاريهم أوْ بأحد المحكمين الاخرين في هيأة التحكيم بروابط أجتماعية أوْ بعلاقات عمل من شأنها ان تجعله صاحب مصلحة في حكم التحكيم المنتظر أصداره مما قد يؤول الى عد المحكم في مجال الأستثمار منحازاً لطرف ،أوْ متحاملاً على طرف أخر[5].

---

[1] ينظر المواد (35،36) من هذه الأتفاقية.

[2] ينظر م(28) من الأتفاقية اعلاه .

[3] ينظر م(14) من الأتفاقية الأوربية للتحكيم.

[4] د. جورج حزبون ، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الرابع ، السنه الحادية عشرة ، الكويت ،1987، ص190 .

[5] د.عكاشة عبد العال ،المفترضات و الشروط الذاتية في المحكم ،ط1 ،المكتبة القانونية ،دمشق ،2003 ،ص62.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويقصد بالحياد أن يقف المحكم في مجال الأستثمار بحل النزاع على مسافة واحدة بين أطراف العلاقة الأستثمارية ويراعى مبدأ المساواة بينهم ، أي أن لا تكون له مصلحة بموضوع النزاع ، اما الاستقلالية فهي ضرورة عدم ميل عاطفته أتجاه أحد الخصوم بعداوة ،أوْ مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بينهم بالعدل والانصاف مما يقتضي تحدد المحكم من تأثيرهم مهما كان مصدره سواء صداقة او قرابة او حالة تبعية بينه وبين الخصم الذي اختاره[1]، إذ يجب على المحكم في الأستثمار الأجنبي أن يكشف للأطراف في بداية الأجراءات التحكيمية او قبل بدايتها عن اي علاقة شخصية او علاقات عمل تربطه بأي منهم ،أوْ بمستشاريهم ،أوْ بأي من المحكمين الاخرين في هيأة التحكيم وهو ما يعرف في لائحة التحكيم اليونسرال 1976 والقانون النموذجي لعام 1985 بواجب المحكم في الأفصاح عن الظروف التي يمكن أن تجرده من اهلية النظر في النزاع[2]. وعليه فإذا اخل المحكم في مجال الأستثمار بواجبه في الافصاح أفترض التحيز من جانبه من دون الحاجة الى إثبات تحيزه الفعلي نتيجة سلوك اتاه مما يؤثر في مجرى العملية التحكيمية و الحكم الصادر فيها[3] .

هذا ويكفي التحيز المفترض من جانب المحكم نتيجة الرابطة أو العلاقة غير البسيطة التي لم يفصح عنها لألغاء الحكم التحكيم .اما إذا أفصح المحكم عنها فيكون عندها قد ادى واجبه ومن ثم يكون لأطراف العلاقة الأستثمارية الخيار بين القبول ،أوْ المطالبة بردة[4] .

وهذا ما اخذ به المشرع السويسري في م(180) ف(1) (ج) من القانون الدولي الخاص النافذ التي تنص على أنه " يمكن رد المحكم إذا كانت هناك ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده وأستقلاله "،وهو ذات الحكم الذي اخذ به القانون الهولندي في م(1033) ف(1) من قانون المرافعات المدنية الهولندي والتي جاءت بنص مطابق تماماً لنص الماده اعلاه ما عدا تغيير طفيف فيها[5] .

---

[1] د.علاء ابا ريان ،الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ،ط1 ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2008 ،ص118،119.

[2] ينظر القانون النموذجي الصادر عام 1985 على شبكة الانترنيت على الموقع الالكتروني http/www.jus.uio/im/un/.arbetration.model law 1985 -doc.

[3] د. عبد الحميد الأحدب ،التحكيم التجاري الدولي ،مصدر سابق ،ص270.

[4] د. أكثم خولي ، خلقيات التحكيم وأدابه ، ط1 ، المكتبة القانونية ،دمشق ،2008،ص360.

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالرجوع الى أحكام قانون المرافعات الفرنسي لا نجد نصاً مماثلاً إذ أنه لم يشر الى وجوب أن يكون المحكم محايداً ومستقلاً ، وان كان القضاء الفرنسي قد طبق هذا المبدأ إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 6 ديسمبر 1982 بأنه "لا سبيل الى الحكم بأبطال حكم التحكيم على أساس تحيز المحكم المعين من أحد الأطراف لعلاقته بالطرف الذي عينه ولكونه يعمل مستشاراً لشركاته، ليس على اساس السماح لهذا التحيز نتيجة العلاقة بين هذا المحكم والطرف الذي عينه، ولكن على أساس أن الأطراف كانوا يعلمون بوجود هذه العلاقة لكنهم لم يبدو أعتراضاً على هذا الحكم أوْ رداً له قبل ذلك"[1] .

اما بالنسبه للمشرع العراقي فقد نص في م(261) من قانون المرافعات النافذ على أنه "يجوز رد المحكم للاسباب نفسها التي يرد بها القاضي ولا يكون ذلك ،إلاّ لأسباب تظهر بعد تعيين المحكم" ، وعند الرجوع الى أسباب رد القاضي التي عالجها القانون نلاحظ ان الماده (93) من القانون أعلاه بينت أنه يجب رد القاضي في الحالات التي يغلب الظن فيها عدم استطاعته على الحكم بصورة عادلة وهذا يعني ان المحكم الأستشاري يجب ان يفصح عن هذه الظروف التي من شأنها ان تمس بحيادة وأستقلاله والا فأنه سوف يتعرض للرد[2] .

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

---

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

[2] تنص م(93) من القانون اعلاه على "يجوز رد القاضي لأحد الاسباب الآتيه :

إذا كان أحد الطرفين مستخدماً عنده ،أوْ كان هو قد اعتاد مؤاكلة أحد الطرفين ،أوْ مساكنته ،أوْ كان قد تلقى منه هديه قبيل اقامة الدعوى ،أوْ بعدها.

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

2- إذا كان قد ابدى رأياً فيها قبل الأوان .

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما على صعيد القضاء فيلاحظ تأكيده على هذا الأمر صراحةً في بعض من الأحكام التي تقضي برد المحكمين في مجال الأستثمار الأجنبي لعدم أستقلالهم او لأنحيازهم ، كالحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسيه في 1984/6/27 في دعوى
Breme Handegesell Schaft M.B.HV.ets So Ulest Cieardscott.
التي تتلخص وقائعها بافادة المشتري بألزام البائع له بعدم تصدير الزيت النباتي بسبب أصدار الدولة " الولايات المتحدة الأمريكية" قراراً بحضر تصديره نتيجة لفيضان عم المسسيبي بتاريخ 1973/6/17 وأحال المشتري النزاع الى التحكيم وحصل على حكم بتعويضه مبلغاً قدره 65 الف دولار ولم يقبل البائع الحكم واقدم على أستئنافه، وإذ ان هذه التجارة قد كانت تمر بسلسلة من عشرات العقود لبيع هذا المنتج، ومن ثم فأن التجار مرتبطون بالعديد من تلك العقود في ذات الوقت .وقد كان البائع طرفاً في عشرات الدعاوى المحالة الى التحكيم وكان (سكوت) محكماً فيما يقارب 43 دعوى من دعاوى البائع مما دفعه في يناير 1984الى طلب رد المحكم (سكوت) تعديلاً على مانما الى علمه أن (سكوت) يعمل لدى شركة تابعة لشركة أخرى تعمل في مجال شراء الزيت النباتي، مما حاصله ترجيح عدم استطاعة المحكم (سكوت) الحكم من دون تأثير من مصلحة الاخير السابقة في مثل هذه الاحوال عند الحكم ضد البائع، بيد ان محكمة النقض الفرنسية حكمت أن سلوك البائع انما كان لإثبات أحتمال الأنحياز الظاهر من جانب المحكم[1] .

وفي دعوى أخرى الغت فيها المحكمه العليا الأمريكيه في حكمها الصادر في سبتمبر 1985 حكم تحكيم ؛ بعد ان اتضح لها ان أحد المحكمين كان يعمل في فتره سابقه كمستشار للطرف الذي اختاره،ولم يفصح عن هذه الواقعه للطرف الاخر .[2]

الفرع الثالث

أن يكون عدد المحكمين فردياً

---

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

توجب معظم التشريعات ان يكون عدد المحكمين عدداً فردياً وذلك لتلافي الحالة التي قد ينتهي اليها التحكيم بأختلاف المحكمين فيما بينهم من دون ان يصلوا الى قرار واحد، الأمر الذي يؤدي الى عدم حسم النزاع بل قد يزيد الأمر سوءاً[1] .

وهذا ما نصت عليه م(1453) من قانون المرافعات الفرنسي التي جاء فيها "تشكل الهيأة التحكيمية من محكم واحد أوْ عدة محكمين بشرط ان يكون عددهم وتراً ".

وكذلك القانون الهولندي إذ نصت م(1026) من قانون المرافعات الهولندي النافذ على " تشكل الهيأة التحكيمية من عدد وتري من المحكمين ويمكن أن يعين محكم فرد" .

ونص على ذلك قانون التحكيم المصري النافذ في م(15) ف(2) التي جاء فيها "إذا تعدد المحكمين وجب ان يكون عددهم وتراً " [2].

وأيضاً م(257)من قانون المرافعات العراقي النافذ التي نصت على أنه "يجب عند تعدد المحكمين أن يكون عددهم وتراً "[3] .

ولقد رتبت هذه القوانين على تخلف هذا الشرط بطلان العملية التحكيمية من دون أتفاق التحكيم الذي يبقى صحيحاً على الرغم من النص فيه على عدد زوجي من المحكمين ، أي أنه إذا أتفق الطرفان على التحكيم أمام محكمين أثنين يكون الأتفاق صحيحاً في شق و باطل في شق أخر ما دام بالإمكان تجزئة البطلان وفقاً للقواعد العامة[4] ، فهو صحيح من إذ الأتفاق على التحكيم وباطل من إذ عدد المحكمين إلا إذا تبين من ارادة الطرفين بأنهما قصدا فعلاً التحكيم من محكمين أثنين من دون غيرهما بحيث لو كانا يعلمان بعدم جواز التحكيم بعدد زوجي لما ابرما الأتفاق عندئذ يمتد البطلان ليشمل أتفاق التحكيم ايضاً .

---

[1] د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص95.

[2] قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في عام 1985 "يجب أن يكون عدد المحكمين وتراً ومخالفة ذلك اثره البطلان " القرار رقم 6529 لسنة1985 أشار اليه د. محمد فتح الله حسين ،شرح قانون التحكيم المصري ، دار الكتب القانونية ، مصر ،2005 ،ص142

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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

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

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

وقد أشترطت أتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفه للاستثمارات العربية و بين مواطنين الدول العربية الأخرى على وجوب ان يكون عدد المحكمين فردياً، وذلك في نص م(14) ف(ب) منها[1] ، وكذلك الأتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربية حسب م(2)ف(3) من الملحق التابع لهذه الأتفاقية [2].

الـفرع الـرابع

تخصص المحكم في مجال الأستثمار

[1] تنص م(14) ف(ب) من هذه الأتفاقية على "تشكل الهيأة من عدد فردي من المحكمين الذين يعينون حسب أتفاق الطرفين وفي حالة عدم أتفاقهم على عددهم وعلى طريقة تعيينهم فلكل طرف الحق في تعيين عضو ويعين الرئيس بأتفاقهما معاً" .

[2] تنص م(2) من الملحق التابع للأتفاقيه اعلاه على "تتكون هيأة التحكيم من محكم واحد او من عدد فردي من المحكمين بينهم حكم مرجح " .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لم نلحظ عند رجوعنا الى القوانين الأستثماريه المتوفره لدينا الى أي اشاره الى هذا الشرط والسبب وراء ذلك حسب اعتقادنا هو رغبة المشرع الى عدم الاشتراط الصريح بضرورة لكون المحكم متخصصاً في المجال الأستثماري، وانما ترك الحريه الى أطراف النزاع الأستثماري ليحددوا المحكم الذي تتوفر فيه الكفاءه المطلوبه والتخصص المحدد بموضوع المنازعه، إذ قد تتعلق عقود الأستثمار بمعاملات مالية كبيره تحتاج الى خبرة ومعلومات تفوق ما يمكن للقضاء العادي الاحاطه به، لذلك يفضل ان يكون المحكم على دراية بالأمر المحال إليه ومتخصصاً فيه أو قد تتعلق عقود الأستثمارات الأجنبية بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات نادرة لحسمها كأن تتعلق بالنواحي الفنية لاستغلال الحقل او معدل الانتاج في عقود البترول أو بمشاكل هندسية بحته تتعلق بكفاءه المنشاءات في عقود الاشغال أو بمشاكل المحاسبات المالية او بنوعية التكنلوجيا المستخدمة في انشاء مصنع في عقود التعاون الصناعي .فالاوفق أن يكون من ضمن المحكمين بقدر الامكان التخصصات المطلوبة لتعدد الخبرات اللازمة لحسم النزاع [1].

وإذ ان المحكم هو محور التحكيم وبقدر ما يكون راسخاً في وجوده وشخصيته وعلمه في أختصاصه بقدر ما يكون التحكيم وافياً وسليماً ،وعلى عكس ذلك إذا كان المحكم مفتقراً الى الكفاءة والخبره فأن التحكيم كله يصبح في موضع شك و مفتقراً الى الثقة والقيمه سواء لجهة نسبة العدالة التي يحتويها أمْ لجهة القيمة القانونية التي يوفرها من خلاله وإذ أن الفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الأستثمارات الأجنبية يحتاج الى مؤهلات علمية وفنية خاصة نظراً لتعلقها بمسائل فنية بحته، لهذا فبدلاً من عرضها على محكمة قضائية والتي تحيلها في اغلب الاحيان الى خبير لأبداء الرأي الفني فيها فأنه يكون من الافضل عرضها على محكمين تتوافر فيهم هذه المؤهلات[2].

هذا ولم نلحظ اي اشارة في اشتراط ان يكون المحكم ذو خبرة واختصاص في مجال النزاع من القوانين التي عززنا منهج المقارنة في هذه الرسالة من خلالها ،وانما اكتفت ان يكون اهلاً لأجراء التصرفات القانونية من خلال ألا يكون قاصراً ،أوْ محجوراً عليه ،أوْ محروماً من حقوقه المدنية[3] .

---

[1] د.بشار الاسعد ، مصدر سابق ، ص367

[2] د.سراج حسين ، مصدر سابق ، ص12.

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهو حكم اخذت بخلافه الأتفاقيات المتعلقه بالأستثمار على اعتبار أنها أتفاقيات متخصصه في هذا المجال وتتطلب تبعاً لها تخصص من يطبق نصوصها في المجال ذاته، إذ ان اغلبها قد اشترطت في المحكم ان يكون على قدر كبير من الخبرة والدراية في امور التجاره والقانون،إذ نصت م(14) من أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار على أنه "يكون الاشخاص المعينون للخدمة في الهيأة على قدرٍ كبيرٍ من الاخلاق وأن يكون معترفاً بكفائتهم في مجال القانون والتجاره والصناعه والمال بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الامور حكماً مستقلاً وتشكل كفائتهم في مجال القانون أهمية خاصة في حالة الاشخاص أعضاء هيأة التحكيم ".

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

المطلب الثاني

طرق تعيين المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية

يتم اختيار المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية من خلال طريقة أساسية وهي اختياره بوساطة أطراف النزاع في العلاقة الأستثمارية ،أما أتفاقاً منهم على تعين محكم واحد ،أوْ على قيام كل طرف منهم بتعين محكم وذلك في حالة أختيار أكثر من محكم واحد ، فإذا لم يتمكن الأطراف من الأتفاق على تعين المحكم أو إذا قصر أحدهم أو أهمل في القيام بواجبه هذا، او فشل في تعين محكمه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لسبب أو لاخر ، يتم اللجوء الى طريقة أخرى لأختياره وذلك عن طريق المحكمة المختصة بالفصل بالنزاع ،أوْ عن طريق منظمات التحكيم الدائمة .

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

الفرع ألاول

أختيار المحكم عن طريق أطراف النزاع

الأصل في اختيار المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية هو اختياره بوساطة الأطراف الذين أرادوا بأتفاقهم على التحكيم ابعاد النزاع من متناول القاضي الوطني واسناد الفصل فيه الى اشخاص من اختيارهم يحوزون ثقتهم لما لهم من خبرة و دراية بالنشاط الأستثماري وخصوصياته، إذ يقومون بتعينهم في أتفاق التحكيم ،أوْ تحديد طريقة تعينهم في هذا الأتفاق ، إذ أنه إذا كان من الممكن تعيين المحكمين في أتفاق التحكيم في صورة مشارطة التحكيم بعد نشوء النزاع فأن هذا لن يكون متيسراً عندما نكون بصدد أتفاق تحكيم مبرم في صورة شرط التحكيم قبل نشوء النزاع الذي لا يتمنى الأطراف حدوثه[1].

هذا ويحكم تعيين المحكم عن طريق أطراف النزاع مبدأن اساسيان، أولهما :-ان تكون ارادة الطرفين هي الأصل في تعيين المحكم فإذا أتفقوا على تعين محكمٍ واحد أو اكثر ،فأنه يجب الالتزام بما تم الأتفاق عليه ،وثانيهما مراعاة المساواة بين الخصوم في تعيين المحكمين ،فلا يجوز أن تكون لأحدهما ألاولوية في تعيين جميع المحكمين من دون الاخر [2].

وعليه فان الأصل ان يتم تعيين المحكم برضا او أتفاق الخصوم في وقت متواتر مع الأتفاق على التحكيم كطريق لحسم النزاع فيبرم أتفاق التحكيم متضمناً أسم المحكم المعين من قبل الخصوم .وقد

---

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يمر هذا التعيين بمرحلة مفاوضات ومناقشات كثيرة من خلال اقتراح الأطراف عدداً من المحكمين الذين تتوافر فيهم الشروط والقدرات المطلوبه إذ يتم التعيين من بينهم وقد يستعان بوسيط بين الخصوم لتقريب وجهات النظر وتعيين المحكم الذي تتفق عليه إرادة الخصوم[1] .

وقد يفضل الخصوم تعيين اكثر من محكم فإذا تم الأتفاق بين الأطراف على تعيين ثلاثة محكمين مثلاً فيجب عندها على كل طرف ان يعين محكماً ثم يقوم المحكمان المعينان بتعيين المحكم الثالث،وتسري ذات القواعد عند الأتفاق على تعيين اكثر من ثلاثة محكمين إذ يعين كل طرف محكمين او ثلاث ثم يبادر المحكمون بتعين رئيس الهيأة وهو المحكم الخامس او السابع[2].

وهذه الحرية المقدرة للأطراف في عقود الأستثمارات الأجنبية في اختيار المحكمين قد نصت عليها القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم بحيث لا تعد الطريقة الثانية والثالثة من طرق اختيار المحكمين بعقود الأستثمار الا تكملة للاختيار الحر للأطراف أو سداً لنقص او جزاء اهمال او ترك لتعيين المحكمين الأستثماريين من هؤلاء الأطراف ، فوفقًا للمادة (179) ف(1) من القانون الدولي الخاص السويسري فأنه " يتم تعين المحكمون ،أوْ عزلهم ،أوْ استبدالهم وفقاً لأحكام أتفاق الأطراف في هذا الصدد" .وكذلك م(1027)ف(1) من قانون المرافعات الهولندي النافذ التي نصت على أنه "يتم تعين المحكم ،أوْ المحكمين وفقاً للأجراء المتفق عليه من الأطراف ويمكن من الأطراف تكليف شخصٍ ثالثٍ بتعين محكم ،أوْ محكمين إذا لم ينص الأطراف على الاجراء الواجب اتباعه ، عندها يتم تعيين المحكمين برضا الأطراف المشترك".

اما القانون الفرنسي فقد أخذ به في م(1493) من قانون المرافعات التي نصت على أنه " يجوز للعقد التحكيمي أن يعين مباشرة ،أوْ بالاشارة الى نظام تحكيمي المحكم ،أوْ المحكمين ،أوْ أن يحدد طريقة تعيينهم"[3].

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

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

---

[1] د. مهند أحمد الصانوري ، مصدر سابق ،ص79.

[2] اسعد فاضل ،مصدر سابق ،ص84.

[3] ينظر بالأتجاه نفس م(11) من القانون النموذجي للامم المتحدة للتحكيم التجاري لسنة 1985.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التحكيم الأتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية اختيارهم فإذا كانت هيأة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين أختار كل طرف محكماً[1] .

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

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

وهذا ما اخذت به الأتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربيه لسنة 1974 في م(2) ف(2،3) منها[2].

---

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذلك م(14) ف (ب) من أتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للأستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى[1].

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

لقد اختلفت القوانين بالنسبة لهذا الحكم ،إذ نجد ان القانون الفرنسي قد رتب حكم البطلان على أتفاق التحكيم إذا جاء خالياً من تعيين المحكم وهذا واضح في نص ف(2)م(1448)من قانون المرافعات الفرنسي التي نصت على "يجب ان يشمل أتفاق التحكيم على تعيين المحكم ،أوْ المحكمين او بيان كيفية تعيينهم " إذ يعد هذا النص من النصوص الأمرة والتي لا يجوز مخالفتها ومن ثم، فأن الاثر المترتب على مخالفة هذه القاعدة هو البطلان . في حين لم يبطل القانون العراقي أتفاق التحكيم في هذه الحالة وانما اجاز للخصوم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لطلب تعيين المحكم بعد تبليغ باقي الخصوم ،أوْ سماع أقوالهم حسب ف(1) م(256) من قانون المرافعات الذي يبدو أنه الحكم الأكثر عداله وذلك لأن مبعث الأتفاق على التحكيم ليس مجرد الثقه بالمحكم ، وإنما مبعثه ايضاً يكمن في رغبة الخصوم في ألاخذ بطريق ايسر واسرع واقل كلفة ومشقة من القضاء لحسم النزاع .

اما القانون المصري فعند الرجوع الى قانون التحكيم النافذ لانجد نصاً يوجب تعيين المحكم في أتفاق التحكيم ،أوْ في أتفاق مستقل وأن كان قانون المرافعات المصري النافذ قد اشترط ان يتم تعيين المحكم في أتفاق التحكيم او في أتفاق مستقلٍ ، كما فعل المشرع الفرنسي وهذا يعني الحاق ذات الحكم على مخالفة هذه القاعدة[2].

الـــفرع الثـــاني

أختيار المحكم بواسطة المحاكم الوطنية

---

[1] تنص م(14) ف(ب) على "تشكل الهيأة من عدد فردي من المحكمين الذين يعينون حسب أتفاق الطرفين، وفي حالة عدم أتفاقهم على عدد وطريقة تعيينهم فلكل طرف الحق في تعيين عضو ويعين الرئيس بأتفاقهم معاً "

[2] ينظر م(502)من قانون المرافعات المصري النافذ التي تنص على أنه "مع مراعاة ما تقضي به القوانين الخاصة يجب تعيين اشخاص محكمين في الأتفاق على التحكيم او في أتفاق مستقل ،سواء أكان تحكيماً بالقضاء أمْ تحكيماً بالصلح".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذا لم يتفق الأطراف على تعيين المحكم وإذا لم يكن التحكيم منعقداً أمام مراكز التحكيم في مجال الأستثمار عندئذ يتم تعيينه بواسطة المحاكم القضائية ،إلاّ أن هنالك أختلاف في تحديد المحكمة المختصة بتعيين المحكم إذ أن بعضاً من التشريعات تذهب الى ان المحكمة المختصة في تعيين المحكم هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع[1]، في حين يرى البعض الاخر منها أن المحكمة المختصة في ذلك هي محكمة الأستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم ما لم يتفق الخصوم على محكمة استئناف أخرى[2].

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

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

1-حالة أتفاق الخصوم على احالة النزاع الى التحكيم وحصول هذا النزاع قبل أتفاقهم على المحكم ،فأنه يجوز لاي من الخصوم ان يقدم عريضة يطلب فيها تعيين المحكم لتقوم بعدها المحكمه بالبت بهذا الطلب وتعيين المحكم .

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

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

4 -حالة تقرير الخصوم تشكيل هيأة تحكيم من ثلاثة محكمين ،وتم تعيين محكمين من الخصوم ،على ان يتم تعيين المحكم الثالث "رئيس هيأة التحكيم" من المحكمين المعينين،إلاّ أنهم فشلوا في هذا

---

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

[2] ينظر م(2) من قانون التحكيم الاردني .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التعيين، فهنا يجوز للمحكمه المختصه بنظر النزاع ان تقوم بهذا التعيين بناءًعلى طلب أحد الخصوم وبعد ان تتحقق من فشل المحكمين ألاول والثاني في تعيين المحكم الثالث[1] .

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

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

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

وكذلك بالنسبه لقانون المرافعات العراقي النافذ إذ نصت م (256) بفقرتيها(1،2) على "1 – إذا وقع نزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين ،أوْ امتنع واحد ،أوْ اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل ،أوْ اعتزله،أوْعزل عنه ،أوْ قام مانع من مباشرته ولم يكن هنالك أتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعين المحكم ،أوْ المحكمين .

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

وأخذ بها القانون المصري في قانون التحكيم النافذ في م(17) ف(3) التي تنص على "إذا خالف أحد الطرفين أجراءات أختيار المحكمين التي اتفق عليها ، او لم يتفق المحكمان المعينان على امر يلزم أتفاقهما تولت المحكمة بناءً على طلب أحد الطرفين القيام بالاجراء او بالعمل المطلوب ".

ومما يثور معه التساؤل عن تحديد المحكمة الوطنية التي ينعقد عليها الاختصاص في المساعدة في هذا الشأن ؟

---

[1] حسام عبد اللطيف محي،مصدر سابق ،ص65.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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

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

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

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

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

كذلك لا يجوز للمحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع أن تقوم بهذا التعيين ،إلاّبعد أن تتحقق من اختصاصها بذلك ومن عدم وجود شرط خاص بين الخصوم يقضي بخلاف ذلك كأتفاقهم على أنه في حالة أعتذار المحكم او امتناعه او عزله من قبلهم يتولى التحكيم شخص اخر ، فإذا وجد مثل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا الشرط يجب اعتماده ومن ثم لا يجوز للمحكمة المختصة أن تقوم بهذا التعيين . كما تفصل المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع بطلب التعيين على وجه الاستعجال.
ويكون قرارها بتعيين المحكم قراراً نهائياً غير قابل لأي طعن، كما يشمل هذا القرار ايضاً قرار المحكمة المختصة بابدال أحد المحكمين بأخر إذ أنه يعد قراراً قطعياً لا يقبل الطعن فيه[1].

الفرع الثـالث

أختيار المحكمين من قبل المراكز التحكيمية

إذا كانت منظمات التحكيم قد سمحت للأطراف بحرية أختيار المحكمين فان هذا الاختيار قد يرتد اليها إذا لم يقم به الأطراف كأن يتعذر عليهم الأتفاق على تعيين المحكم الواحد ،أوْ أهمال أحدهم،أوْ تقصيره في تعيين محكمه إذا كان عدد المحكمين ثلاثة ،أوْ اكثر، بمعنى أن دور مراكز التحكيم يأتي كدورٍ محتملٍ ،أوْ احتياطي لسد النقص الذي تركه الأطراف، ولكنه دور قد يتعدى المساعدة ،أوْ سد النقص الى حق اصيل لهذه المنظمة ومن ثم فأنه يتدرج من منظمة الى أخرى [2].وقد تم تطبيق هذا المبدأ في قضية هضبة الاهرام حينما كانت معروضة على هيأة التحكيم في اطار غرفة التجارة الدولية ، إذ لم يؤد عدم قيام مصر باختيار المحكم الذي يحق لها اختياره الى ايقاف الدعوى،أوْ تعويق أجراءات التحكيم ، إذ تم الاختيار بواسطة هيأة تحكيم غرفة التجارة الدولية [3] . وكذلك في القضية رقم 95 لسنة 1995 أمام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، والمقامة من اتحاد الإذاعة والتلفزيون بجمهورية مصر العربية ضد شركة التلفزيون العربي الأمريكي ، فقد قام مركز القاهرة بعد تسمية الجهة المدعية لمحكمها وازاء امتناع المدعى عليه من تسمية محكمه، وعملاً بالمادة السادسة من قواعد تحكيم اليونسترال المطبقة في مركز القاهرة بتاريخ 1997/2/20 بتسمية المحامي الأمريكي Charles Moalineux محكماً عن الجهة المدعى عليها (التلفزيون

---

[1] قررت محكمة التمييز العراقية في القرار رقم147 في9/9/ 1978 رد الطعن المقدم لها "لكون قرار المحكمة المختصة بابدال أحد المحكمين بآخر هو قرار قطعي لا يقبل التمييز " أشار له حسام عبد اللطيف،مصدر سابق ،ص68.

[2] ينظر د.أحمد خليل ، مصدر سابق ،ص58.

[3] Jean Robert ,op, cit ,p.211

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العربي الأمريكي) وقد تم توافق المحكمان على اختيار الدكتور عبد الحميد الأحدب رئيساً للهيأة التحكيمية [1].

هذا وإذا كان التحكيم في مجال الأستثمار منعقداً أمام مركز تسوية منازعات الأستثمار بواشنطن يتعين على رئيس المجلس الأداري القيام بتعيين المحكمين إذا لم يعينهم الأطراف بأنفسهم فإذا اتفق الأطراف على أن يفصل في نزاعهم محكم واحد ولم يتفقوا على تعينه خلال ثلاثين يوماً من الطلب المقدم من الطرف الآخر ،أوْ إذا كانت هيأة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين بحيث يتعين على كل طرف تعيين محكم ،أوْ امتنع أحد الأطراف عن تعيين محكمه، أو إذا لم يعين الأطراف المحكم الثالث، أوْ لم يعينه المحكمان الآخران خلال الفترة الزمنية المحدده قام رئيس المجلس الاداري بهذا التعيين[2].

في حين ان بعض الأتفاقيات كما في الأتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية لسنة 1950 وأتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول العربية والدولة المضيفه لسنة 1974 فأن الامين العام للأتفاقية يقوم بذات الدور الذي يقوم به المجلس الاداري في أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار ،وذلك عندما لا يتفق الأطراف على تعيين المحكم الواحد فأن اللجنة العامة تقترح على الأطراف محكماً معيناً فإذا وافق عليه الأطراف خلال المدة المحدده فأن الامين العام للأتفاقية يقوم بتعيينه ،وفي حالة الأتفاق على تشكيل هيأة التحكيم من ثلاثة محكمين وقام كل طرف بتعيين محكم سواء من قائمة المحكمين في الأتفاقية ام من خارج القائمة، فإذا قام الاخير بتعيين المحكم الثالث ،اما إذا فشل أحد الأطراف او قصر في تعيين محكمه ،أوْ لم يقبل المحكم المعروض عليه من الامين العام فأنه سيكون على الأمين العام تعيين هذا المحكم بعد مشاورة الطرفين على أن لا يكون من مواطني الدولة طرف المنازعة [3] .

في حين لم تبين أتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين لسنة 1958 الأجنبية طريقة تشكيل واختيار المحكمين والسبب في ذلك يرجع إلاّ أنها أتفاقية للاعتراف ولتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية .

---

[1] اشار اليه د. سمير فرنان بالي ، قضايا التحكيم في الدول العربية ، ج1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، ص132 .

[2] ينظر المواد (37-40) من أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1961.

[3] ينظرم (2) من الملحق التابع للأتفاقيه الموحده لاستثمار رؤوس الاموال العربيه لسنة 1950 وم (14) من أتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول العربيه والدوله المضيفه لسنة 1974.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما الأتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي عام 1961 فقد عالجت هذا الموضوع في نص م(4) ف (ب) منها التي تنص على " لفرقاء الأتفاقية التحكيميه الحرية في تقرير أن تكون نزاعاتهم خاضعه الى أجراءات تحكيميه خاصه،وفي هذه الحاله يكون للفرقاء امكانية تعيين المحكمين او تحديد الطرق والتي يقتضي انتهاجها لتعيينهم في حل النزاع ".

ومما لا شك فيه ان هذه الطريقة هي من طرق اختيار المحكمين في الأستثمار الأجنبي تؤدي الى اختيار محكمين أكفاء ومختصين في الفصل في المنازعات الأستثمارية ،كما أنها تفوت على الطرف المهمل،أوْ المقصر في القيام بدوره في اختيار المحكمين هدفه في تعطيل التحكيم وشل فاعليته .

هذا وقد يضاف الى هذه الطرق الثلاثة في تعيين المحكمين امكانية اختيارهم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن طريق سلطة معدة سلفاً وذلك بأن يعهد الأطراف في هذه العقود مهمة الاختيار الى هيأة معينة او مركز معين،أوْ حتى شخصاً معيناً ذي صلة بالمجال الأستثماري وذي دراية بتعيين المحكمين الذين تتوافر فيهم الشروط المطلوبة في المحكم في مجال الأستثمار، وبقيام هذه السلطه ينتهي دورها عند هذا الحد سواء اقتضت مقابلاً لهذه العملية أمْ لا[1] .

المبحث الثالث

السير في عملية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

تعد مسألة تحديد القانون ،أوْ القواعد التي تحكم موضوع النزاع المحكم فيه من اولى المسائل الجوهرية التي تواجه المحكم عندما يتصدى للفصل في موضوع النزاع تحكيماً، لما لهذه المسألة من أهمية تتعلق بصحة ما ينتهى إليه المحكم من نتائج والتي يستتبعها ، من كل بد ، تحديد الأجراءات الشكلية والتي تستلزم لتطبيقه ، وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنخصص المطلب ألاول

[1] د.أحمد خليل ،مصدر سابق ،ص55

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لتحديد القانون الذي يحكم بموجبه التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية، والمطلب الثاني سنعقده لبيان الأجراءات الشكلية اللازم اتباعها للسير بهذه العملية.

المطلب ألاول

القانون الذي يحكم عملية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

يقصد بالقانون الذي يحكم التحكيم هو " مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم الى أنها مناسبة للتطبيق على النزاع سواء أكان مصدرها قانوناً وطنياً ،ام أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيداً عن القوانين الوطنية للدول "[1].

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

وإذا كانت القاعدة المستقره فقهاً فيما يخص أجراءات التقاضي هي خضوعها لقانون القاضي ،فالأمر مختلف تماماً بالنسبة لأجراءات التحكيم إذ أن الأصل هو خضوعها لقانون الارادة او ما اتفق عليه أطراف العلاقة الأستثمارية من قواعد أتفاقيه، ماخلا حالة عدم أتفاقهم، إذ يصار الى القانون الذي يقرره المحكم أو لقانون التجارة الدولية.

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

الفرع ألاول

خضوع المحكم لقانون ارادة الأطراف في عقود الأستثمارات الأجنبية

[1] د. صادق محمد جبران ، مصدر سابق ، ص104.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يتفق أغلب فقهاء القانون على الدور الذي يلعبه مبدأ استقلال الأرادة في نطاق التحكيم بصورة عامة و مجال الأجراءات المتبعة في تحكيم عقود الأستثمارات الأجنبية بصورة خاصة، إذ يتمتع أطراف المنازعة في عقود الأستثمارات الأجنبية بحرية كاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك في أتفاق التحكيم المبرم بينهم سواء في صورة شرط او مشارطة وسواء أكان هذا القانون هو القانون الداخلي لأحدى الدول ،أمْ قواعد منظمة تحكيم دولية او قواعد مستمدة من أتفاقية دولية وغيرها.وتنبع هذه الحرية من طبيعة التحكيم ذاته بأعتباره قضاءً أتفاقياً يقيمه طرفا النزاع بأتفاقهما[1].

وتطبيقاً للمبادئ المقررة في معظم التشريعات عند تنظيمها لقواعد تنازع القوانين في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي التي تشمل بالضرورة عقود الأستثمارات الأجنبية ،إذ تقرر هذه التشريعات ألاولوية لأرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع طالما لا ينطوي على أي خروج على القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام في الدول المعنية ،أوْ يكون هذا الاختيار مشوباً بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض تطبيقه على موضوع النزاع[2] .

وكثيراً ما تحرص الدول على اختيار قانونها الداخلي للتطبيق على المنازعات الناشئة بينها وبين المستثمرين الاجانب، وان كان المستثمر الأجنبي غالباً ما يتمكن من التخلص من هذا القانون من خلال ما يفرضه من تحفظات، كأن يشترط تطبيق قواعد القانون الدولي في مجال ،أوْ أخر في حالة ما إذا حصل النزاع بينه وبين الدول المضيفة للاستثمار ، أوْ أن يعلق تطبيق القانون الداخلي ومن ثم فأنه يتعين على الطرف الوطني،أن يكون مدركاً للابعاد الحقيقية لمثل هذه التحفظات عند صياغة شرط التحكيم ،أوْ مشارطته [3].

وقد أخذ القانون الدولي الخاص السويسري النافذ بقانون الارادة في م(187)ف(1) التي تنص على "تفصل هيأة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون والتي اختارها الأطراف"وكذلك الحال في قانون المرافعات الهولندي النافذ إذ نصت م(1054) ف(2) منه على "إذا اختار الأطراف القانون المطبق قضت الهيأة التحكيمية وفقاً لقواعد القانون المختارة من الأطراف". وهو النهج نفسه الذي ذهب

---

[1] Charlec Carbiber Llaribitrage Internation Al de Droit Prive، paris،1960.P.78.Et Francois Rigoux.op.cit،p.42.

[2] د.أبو زيد رضوان ،مصدر سابق ، ص130.

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المشرع الفرنسي إليه إذ نصت م(1496) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ على "يفصل المحكم النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف ".

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

اما بالنسبة للقانون العراقي فقد اعطى الحرية للأطراف في الأتفاق على القواعد القانونية إذ نصت المادة 265 من قانون المرفعات النافذ على " 1. يجب على المحكمين أتباع الاوضاع المقررة في قانون المرافعات الا إذا تضمن الأتفاق على التحكيم ،أوْ أي أتفاق لاحق عليه أعفاء المحكمين منها صراحة ،أوْ وضع أجراءات معينة يسير عليها المحكمون "

ولكن هل يلزم للاعتداد بارادة الأطراف أن تكون صريحة أمْ يمكن ألاخذ بالاراده الضمنية في مجال التحكيم الخاص بمنازعات الأستثمار ؟

إن الأجابة على التساؤل اعلاه من ملاحظة أتجاه جانب من الفقه يؤدي الى القول بضرورة ان تكون الارادة صريحة وواضحة حتى تقوم بوظيفتها في تحديد القواعد الاجرائية ،فإذا كان من الممكن

[1] اشار اليه د. اشرف عبد العليم الرفاعي ، مصدر سابق ، ص552 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البحث عن الارادة الضمنية للمتعاقدين في مجال العقود فان الأمر في مجال التحكيم على خلاف ذلك، نظراً لأهمية القانون في سير الأجراءات، مما يستوجب ان يكون صريحاً من اجل تجنب المشاكل التي قد تثور في هذا الخصوص، ومنها عدم القدرة على تحديد القانون الصحيح الذي أنصرفت الارادة الضمنية اليه[1]،وعلى نقيض ذلك هناك أتجاه أخر ، وبحق ، يرى بان تطبيق قانون الارادة على المسائل الاجرائية للتحكيم لا يعني الزام القاضي فقط بالقانون الذي حددته ارادة الأطراف صراحة ،وإنما يعني ايضاً تخويل المحكم،أوْ القاضي فرصة الكشف عن القانون الذي عينته الارادة الضمنية للأطراف حال غياب اختيارهم الصريح له وخصوصاً في الاحوال التي يسهو الطرفان عن تحديد القانون صراحةً ،أوْ يعبرون عنه بعبارات غير واضحه ،أوْ دقيقه في بيان المقصود منه [2]، إذ يبرز دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق في ظل غياب الاختيار الصريح لطرفي التحكيم. وقد اخذت بهذا الأمر بعض أحكام التحكيم في مجال المنازعات الأستثمارية منها الحكم الصادر في القضية التي حصلت في عام 1988 والتي تتلخص وقائعها بشأن النزاع الذي ثار بخصوص عقد توزيع اجهزة كهربائية بين شركة ايطالية وشركة فرنسية تقوم فيها الاخيرة بتوزيع الاجهزة التي انتجتها ألاولى إذ قررت هيأة التحكيم بشأن القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي لم يوجد أتفاق صريح بشأنه بين طرفي العقد تطبيق القانون الفرنسي وأستبعاد القانون الايطالي بأعتبار أن القانون الفرنسي هو الانسب، وقالت رداً على من قال بتطبيق القانون الايطالي "لا يكفي الأعتماد على الأشارة في العقد الى اختصاص القضاء الأيطالي للقول بأن القانون الايطالي هو المختص، ذلك لان الاشارة الى القضاء الايطالي جاءت بصفة أحتياطية بعد ذكر غرفة التجارة الدولية، كذلك فلا يستفيد منها أتجاه القصد المشترك للمتعاقدين الى ألاخذ بالقانون الايطالي. كذلك يمكن القول عند الموازنة بين قاعدة التنازع الفرنسية وقاعدة التنازع الايطالية تفوق القاعدة الفرنسية لان قانون مكان تنفيذ العقد أنسب للتطبيق من مكان ابرام العقد" [3] .

---

[1] ينظر د.منير عبد المجيد ،التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،1997.ص94 ود. الياس ناصيف ،أطلالة على التحكيم الالكتروني في العالم ،بحث منشور في مجلة اتحاد المصارف العربية ،العدد 237،المجلد 20 ،أيلول ،2000،ص123. اشار اليهما حميد فيصل ، مصدر سابق ،ص76.

[2] ينظر، د.جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، دار الجامعه الجديده للنشر، الاسكندرية ، ص78 ود.أحمد ضاعن السمران ، القانون الواجب التطبيق في التحكيم الدولي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، السنة 17 ،العدد 2،1،جامعة الكويت ،1993،ص187.

[3] اشار اليه د. صادق محمد الجبران ، مصدر سابق ، ص122.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني

حرية المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق

قد يصعب على الأطراف في عقود الأستثمارات الأجنبية الأتفاق على قانون معين نظراً لرغبة كل طرف في تطبيق قانونه الوطني ،أوْ قانون من اختياره وحده إذ يجهل كل طرف بأحكام قانون الطرف الاخر وكلاهما يجهل أحكام قانون محايد ، ومن ثم فلا يكون أمامهما من خيار سوى التزام الصمت وعدم الأتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[1] .

وهذا ما قد يحدث ايضاً في العلاقات التعاقدية في عقود الأستثمارات الأجنبية عندما يعقد بين طرف ضعيف ينتمي الى أحد الدول النامية وطرف قوي ينتمي الى أحد الدول المتقدمة إذ لا يثق الطرف ألاول في سلامة نوايا الطرف الثاني ،كما لا يثق الطرف الثاني من كفاءة قانون الطرف ألاول[2].

والى جانب ذلك قد يأتي عقد الأستثمار الأجنبي صامتاً حول القانون الواجب التطبيق لأسباب مختلفة كأهمال الأطراف ،أوْ جهلهم بآلية تحديده . ففي كل هذه الفروض يقرر الأطراف ترك الحرية للمحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وهم بصدد ممارستهم في تحديد هذا القانون قد يطبقون قانوناً وطنياً،أوْ غير وطني . إذ قد يرى المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية تطبيق قانون وطني معين طالما لم يتفق الأطراف على اختيار قانون معين ليحكم موضوع النزاع[3].

ولكن لما كان المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية يختلف عن القاضي الوطني في كون الأخير معين من الدولة ويستمد سلطاته منها، ويمارس هذه السلطة مقيداً باتباع قوانينها التي هي بمثابة قانون اختصاصه بحيث إذا أراد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض أمامه فما عليه إلاّ تطبيق قواعد الأسناد الواردة في قانونه الدولي الخاص وفق منهج تنازع القوانين ثم يستهدي بها في تحديد هذا القانون ، فأن المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية لايستمد سلطاته ولا

---

[1] د.محمود مختار أحمد بريري ، مصدر سابق ، ص135.

[2] د.سراج حسين ، مصدر سابق ،ص577 .

[3] د.جمال محمود الكردي ، مصدر سابق ،ص66.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يمارسها من وبأسم الدولة ،بل من أتفاق الأطراف ومن ثم فأنه لا يتمتع بما يتمتع به القاضي الوطني من وجود قانون يطبقه اثناء نظر النزاع ضمن أختصاصه[1].

وعليه فان غياب قانون أختصاص للمحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية يمكن ان يحدد على اساس قواعد الاسناد الواردة فيه، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يثيرالتساؤل عن القانون الذي سيستلهم منه المحكم في منازعات الأستثمار قواعد اسناده ليختار على هديها القانون المطبق على موضوع النزاع .

وللأجابة على هذا التساؤل يلاحظ وجود طريقتين لذلك التحديد ، تتمثل ألاولى بتطبيق المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية لمنهج التنازع المقرر في القانون . اما الثانية فتكون من خلال الاختيار الصريح والمباشر للقانون الواجب التطبيق[2] .

وتقضي الطريقة ألاولى اختيار المحكم لقانون وطني معين يستمد منه قواعد الاسناد الواردة فيه التي يستهدي بها في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع [3].

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

وقد حرصت العديد من أحكام التحكيم الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية على التأكيد على حرية المحكم في تحديد القانون المطبق ومنها حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 3130 في سنة 1980 . ففي هذا الحكم أثبت المحكم عدم وجود أتفاق بين الأطراف بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقد وأكد أن من حقه تحديد هذا القانون وذلك عن طريق أعمال قاعدة تنازع القوانين

---

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

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

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

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاكثر ملائمة وتطبيق القانون الذي تعينه هذه القاعدة [1].وكذلك بالنسبه للحكم الصادر في قضية ارامكو ضد المملكة العربية السعودية سنة 1958 إذ نصت الفقرة الرابعة منه على "تفصل المحكمة التحكيمية في النزاع أ- طبقاً للقانون السعودي بالنسبة للمسائل الداخلة في اختصاص السعودية ،ب- وطبقاً للقانون الذي ترى المحكمة أنه واجب التطبيق بالنسبة للمسائل التي لاتدخل في اختصاص السعودية "[2].وكذلك بالنسبة للحكم الصادر في قضية تكساسكو ضد الحكومة الليبية سنة 1977 ،ففي هذا الحكم بدأ المحكم Lagergren بالتأكيد على ان هيأة التحكيم ليس لها قانون خاص يزودها بالنظام القانوني الذي يمكنها اللجوء اليه لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ، ومن ثم قرر المحكم أنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فأن لهيأة التحكيم الحرية في إختيار قاعدة تنازع القوانين التي يبدو لها أنها واجبة التطبيق ، وعليه قرر المحكم تطبيق قواعد تنازع القوانين في دولة الدنمارك بأعتبارها دولة مقر التحكيم [3].

اما الطريقة الثانية فتقضي بأختيار المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية لقانون وطني معين يرتبط بموضوع النزاع لتطبيق قواعده الموضوعية مباشرة لحل النزاع من دون اللجوء الى قواعد التنازع[4].

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

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

---

[1] أشار اليه د.ابراهيم أحمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص170.

[2] جرت العادة في بعض القوانين والأتفاقيات اطلاق مصطلح المحكمة التحكيمية على الهيأة التحكيمية للدلالة على ان عدد المحكمين اكثر من شخص واحد .

[3] اشار اليه د. عاطف محمد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص723 .

[4] للمزيد ينظر د.جمال محمود الكردي ،مصدر سابق ،ص123. د.أكثم الخولي ، صياغة أتفاق التحكيم ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2001، ص54.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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

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

وهذا يعني ان القانون قد اشترط ان يطبق المحكمون القانون العراقي ولكنه اجاز الاتفاق على تطبيق قانون اخر في حالة الاتفاق على ذلك .

وبالأتجاه نفسه اخذ المشرع المصري إذ نصت م(39)ف(2) من قانون التحكيم المصري النافذ على أن "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيأة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر أتصالاً بالنزاع "[1].

ومن أحكام التحكيم التي اتبعت هذا المسلك الحكم الصادر في القضية رقم 3880 سنة 1983 إذ قررت هيأة التحكيم والتي اتخذت من مدينة balle بسويسرا مقراً لها بتطبيق القانون البلجيكي وأوضحت أنه ليس من الضروري البحث عن قواعد القانون واجبة الاتباع لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، بل يكفي إثبات أن كل عناصر العقد (مقر كل من البائع والمشتري ومكان تنفيذ العقد وكذلك مكان ابرامه) تقع في بلجيكا"[2].

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

---

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

[2] اشار اليه د. سراج حسين ، مصدر سابق ، ص588.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث

تطبيق المحكم لقانون التجارة الدولية

قد يجد المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية نفسه مضطراً الى حل النزاع على ضوء قواعد من خلق عادات وأعراف التجارة الدولية التي تستقل عن القوانين الوطنية ، وذلك لقصور القوانين الوطنية وأختلاف مفاهيمها اختلافاً من شأنه أن يعيق تقدم التجارة الدولية بصورة عامة والأستثمار الأجنبي بصورة خاصة، إذ أنها تتميز بعدم اتساع مبادئها ،أوْ مستوى قواعدها ،إلاْ بقدر ما يتطابق مع العلاقات الداخلية[1].

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

وقد عرفها الاستإذ derairs بأنها "مجموعة القواعد التي تطبق على الاوجه المتنوعة للنشاط الاقتصادي الدولي أستقلالاً عن الانظمة القانونية الوطنية "[3].

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

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

---

[1] ينظر د. أبو زيد رضوان ، الاسس العامة ، مصدر سابق ، ص166 ،167.

[2] د. هشام علي صادق ، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،1995ص222 .

[3] نقلا عن د. سراج حسين ، مصدر سابق ، ص685.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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

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

أما القانون العراقي فنلاحظ أنه لم يوجد حكم خاص حول القانون الموضوعي الذي يتوجب على المحكم تطبيقه على النزاع المعروض أمامه، مما يقتضي الرجوع للقواعد العامة في تنازع القوانين التي تقضي بتطبيق قانون ارادة الأطراف على العلاقة التعاقدية وفي حال عدم الأتفاق على قانون معين يطبق قانون الموطن المشترك، وإذا أختلف يطبق المحكم قانون مكان ابرام العقد[2] .

هذا وقد لا يستبعد المحكم قانون ارادة الأطراف انما يقرر تطبيقه ويشير اليه في حكمه مع أنه قد يطبق أحكاماً قانونية أخرى لهذا القانون ويعدل فيه عن طريق تطبيق العادات والاعراف التجارية على عقود الأستثمار، إذ قد ينص عقد الأستثمار الأجنبي على وضع معين من دون بيان المقصود منه ، مما يقتضي تفسيره، ففي هذه الحالة يتوجب على المحكم الرجوع الى الاعراف والعادات للتفسير على اعتبار ان قانون الارادة يتضمن أحكاماً تفسيرية او ان العقد لا يتضمن حكماً لمسألة معينة ولا يوجد لها حل في القانون الاخير فيتوجب على المحكم الرجوع الى قانون التجارة الدولية لسد النقص[3].

هذا وتتنوع مصادر قواعد التجارة الدولية وتختلف باختلاف مجالات التجارة الدولية ،إلاّ أنها في عقود الأستثمارات الأجنبية قد تقتصر على الأتفاقيات الدولية، وشروط العقد محل النزاع والعادات والاعراف التجارية في مجال الأستثمار الأجنبي[4] .

إذ تعد الأتفاقيات الدولية الأستثمارية مصدراً مهماً من مصادر قانون التجارة الدولية التي يطبقها المحكمون في مجال المنازعات في عقود الأستثمار، بوصفها تشريعات دولية، وأن لم تكن ملزمة إلا للموقعين عليها ، إلاّ أن هدفها الاساسي هو انشاء قواعد مقبولة عالمياً لتنظيم التجارة الدولية

---

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

[2] ينظر م(24) من القانون المدني العراقي.

[3] حمزة أحمد حداد ،مصدر سابق ،ص332.

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للاستثمار الأجنبي كما هو الحال في المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار بواشنطن الذي يتخصص في نظر المنازعات التي تنشب بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الاجانب [1].
وكذلك بالنسبة لشروط العقد محل النزاع التي لا تحتاج من المتعاملين سوى توقيعهم عليها لتصبح ملزمة لهم[2] .

اما العادات والاعراف فهي ناتجة عن تكرار المستثمرين لعادات معينة تتميز بالخصوصية المهنية والأستقلال التي تشتهر بمرور الزمن لتكون اعرافاً مستقرة يلجأ اليها المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية بوصفها ثمار الممارسات الأستثمارية المهنية المتخصصة حتى لو تعارضت مع نص قانوني غير آمر، على اعتبار أن المحكم لا يستمد اختصاصه من قانون وطني معين إذ أنه يعمل من دون اختصاص وطني محاولاً صياغة قانون خاص به[3] .

هذا ومن البديهي أن نلاحظ ان الكثير من لوائح التحكيم التجاري الدولي و الأتفاقيات الدولية اضافت اهمية خاصة على عادات التجارة الدولية ،واعرافها بوصفها قانون اختصاص المحكم خاصةًعندما يتعذر التوصل الى أحكام القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ،لا سيما عند غياب الارادة الصريحة .إذ نصت م(7) من الأتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 على "1–للأطراف تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، وإذا لم يذكر الأطراف القانون الواجب التطبيق ،طبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة الاسناد التي يرى المحكمون ملائمتها للقضية .وفي الحالتين يراعي المحكمون شروط العقد وعادات التجارة الدولية ".

وكذلك أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار إذ نصت م(42)ف(1) منها على "تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ، وكذلك مبادئ قانون التجارة الدولية الواجب تطبيقها في هذا الصدد ".

ومن الأحكام القضائية في مجال منازعات الأستثمار التي طبقت فيها الأعراف التجاريه نذكر على سبيل المثال العقد الذي ابرم بين شركة ألبانية واحدى الشركات في زيورخ لتكون وكيلة بالعمولة لها في تسويق منتجاتها من الخضروات عام 1982 ،وكان العقد يتضمن شرط تحكيم غرفة التجارة

---

[1] د.جلال وفاء محمدين ، مصدر سابق ، ص13.

[2] ينظر د. جمال محمود الكردي ، مصدر سابق،ص144 و حميد فيصل الدليمي ،مصدر سابق ،ص220 .

[3] د. هاني محمود حمزة ، مصدر سابق ، ص390.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدوليه بباريس ومكتوباً باللغة الفرنسية ،بيد أن المتعاقدين اغفلا النص على القانون الواجب التطبيق صراحة ،ونظراً للخلاف الحاصل بين الطرفين حول تسليم الثمن مع الفوائد والمصاريف فقد عرض النزاع على هيأة التحكيم التي كان عليها تحديد القانون الواجب التطبيق ،إذ قررت تطبيق قانون وعادات بلد القانون السويسري وهذا يتفق مع ما اعلنت عنه الشركة الآلبانية بتطبيق القانون الذي تراه هيأة التحكيم معقولاً[1].

المطلب الثاني

الشكلية اللازم اتباعها في التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

بعد ان تبدأ أجراءات التحكيم وذلك من خلال تقديم طلب التحكيم من أطراف عقد الأستثمار الأجنبي لتشكيل هيأة التحكيم وتحديد مكأنه والمهمة الملقاة على عاتق المحكمين . عندها يبدأ نظر العملية التحكيمية بواسطة المحكم،أوْ هيأة التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية التي تحقق أدلتها واسانيدها في مواجهة الأطراف لتكوين عقيدتها ورأيها من أجل الفصل فيها.

والأصل ان يبدأ النظر في العملية التحكيمية في عقود الأستثمار في حضور الأطراف أو في الغالب في حضور ممثلين من اختيارهم، ولكنها في بعض الأحيان قد تسير في غياب الطرف الذي أقيمت عليه ،إذ قد يرفض المشاركة في الأجراءات ،هذا وقد يتغيب الطرف الذي أثار النزاع الأستثماري مهملاً العملية التحكيمية[2].

إذ تجري في الحالة ألاولى أجراءات التحكيم في عقود الأستثمارات في مواجهة الأطراف، أوْ غالباً في مواجهة من ينيبه الأطراف في تمثيلهم في الأجراءات، إذ لا يوجد في الأتفاقيات الدولية سواء تلك

---

[1] ينظر محي الدين أسماعيل ، منصة التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص385 .

[2] ينظر د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص629 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المتعلقة بالتحكيم بصورة عامة أو بنزاعات الأستثمار الأجنبي بصورة خاصة أوْ القواعد الوطنية التحكيمية ما يمنع أطراف التحكيم في عقود الأستثمار من تعيين ممثلين ينوبون عنهم في العملية التحكيمية في المجال الأستثماري ومن ثم فأنهم وكما يملكون الحرية الكاملة في المثول أمام هيأة التحكيم والدفاع عن انفسهم بأنفسهم فأنهم يملكون ايضاً الحرية الكاملة في تعيين ممثلين ينوبون عنهم في الحضور أمام تلك الهيأة ، وذلك أحتراماً لحقهم في الدفاع عن انفسهم وهو حق ثابت وجوهري من حقوق أطراف التقاضي والتحكيم [1].

هذا ولا توجد قيود على الاشخاص المختارين من قبلهم كممثلين إذ لا يشترط توافر صفات معينه في من يعمل ممثلاً لأحد الأطراف أمام هيأة التحكيم ، فيجوز ان يكون محامياً أو مستشاراً أو قانونياً أو اي شخص اخر ممثل تمثيلاً صحيحاً من أطراف العملية التحكيمية، ولكن ينبغي فقط على الطرف الراغب في تعيين من يمثله أمامها ان يعلن عزمه هذا الى الطرف الاخر في وقت يسمح له أيضا بتعيين ممثل إذا اراد الاخير ذلك ،ومن ثم فأن اغفال هذا الاعلان يجعل معه الحق للطرف الاخر أن يطلب من هيأة التحكيم التأجيل في نظرها وعليها الموافقه، وإلاّ فأن الرفض قد يرتقي الى مخالفة القانون[2] .

هذا وفي بعض الأحيان قد يقف المدعى عليه موقفاً سلبياً ممتنعاً عن الرد على مطالبة المدعي بالتحكيم في الأستثمار رافضاً المشاركة في العملية التحكيمية ساعياً وراء التملص من التزامه بأتفاق التحكيم واضعاً عقبه في طريقها ، وهنا فأنه من حق المحكم او هيأة التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية أن ترد عليه قصده والا توقف الأجراءات التحكيمية الأستثمارية بل تستمر في السير فيها حتى اصدار حكم التحكيم في غياب المدعى عليه المتخلف وهذا الحق مقرر في القوانين التحكيمية .

فقد قرر قانون المرافعات الهولندي النافذ في م(1040)ف(1،2) منه على "1. إذا حدث دون عذرٍ كافٍ أن تخلف المدعى عليه عن تقديم دفاعه وذلك على الرغم من الفرصة التي منحت له يمكن لهيأة التحكيم أن تصدر حكماً تحكيمياً بناءً على حالة الدعوى".

وكذلك قررت م(34)ف(2) من قانون التحكيم المصري النافذ أنه" يجب على المدعى عليه الرد بمذكرة بدفاعه خلال المدة المقررة أتفاقاً ،أوْ التي تعينها هيأة التحكيم فإذا تخلف عن ذلك وجب على هيأة التحكيمية الاستمرار في الدعوى التحكيمية ".

---

[1] د.عبد الحميد الأحدب ،موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص4322

[2] ينظر د.نبيل أسماعيل عمر ،مصدر سابق،ص111 وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في حين جاء القانون العراقي بنص عام ليشمل فيه كلا الطرفين إذ نص في م(266) من قانون المرافعات العراقي على" يفصل المحكمون في النزاع على اساس عقد التحكيم او شرطه والمستندات وما يقدمه الأطراف لهم وعلى المحكمين ان يحددوا لهم مدة لتقديم لوائحهم ومستنداتهم ويجوز لهم الفصل في النزاع بناءً على الطلبات والمستندات المقدمة من جانب واحد إذا تخلف الطرف الاخر عن تقديم ما لديه من اوجه الدفاع في المدة المحددة ".

اما القانون الفرنسي فلم يشر الى مسألة تخلف المدعى عليه من المشاركة في العملية التحكيمية . ولعل السبب وراء ذلك يكمن في نية المشرع الفرنسي في عدم اعتبار تخلف المدعي عليه عن المشاركة في الأجراءات التحكيمية دليلاً على صحة ادعاءات المدعى، بل أن على المحكم ان يمارس مهمته الملقاة على عاتقه كما لو كان ألاول حاضراً من دون التأثر بوجهات نظر المدعي ، وهذه المهمة هي الفصل في النزاع عن طريق فحص الادلة والوثائق والمستندات والتحقيق في الوقائع سواء عن طريق جلسات مختصرة،أوْ عن طريق جلسات متعددة ومطولة حتى يصل في النهاية الى حكم تحكيمي اكثر مراعاة للدقه والعدل . ومن امثلة القضايا التي التزمت بهذا قضية شركة Letco ضد الحكومة الليبيرية في سنة 1997 ، فقد تبين لمركز التحكيم أنه على الرغم من قيام الحكومة الليبيرية بالاشتراك في تعيين المحكمين ،إلاْ أنها تخلفت عن حضور أجراءات التحكيم على الرغم من اعذارها بذلك ، مما دفع هيأة التحكيم الى الاستمرار في الأجراءات والفصل في النزاع ، باعتبار ان التخلف عن حضور الأجراءات ليس من شأنه ايقاف الأجراءات ولا يحول من دون استمرار نظرها [1].

اما في حالة تخلف المدعي في منازعات الأستثمار الأجنبي أوْ مستشاريه عن الحضور فأنه يترتب على ذلك عدم قدرة المدعى عليه عن مواصلة السير في العملية التحكيمية ،وذلك لعدم علمه فيما إذا كان دفاعه سيؤتى ثماره ام لا ومن ثم إذا تخلف المدعي ومن ثم المدعى عليه ايضاً عن متابعة سير العملية التحكيمية في هذه المنازعات فللمحكم او لهيأة التحكيم سلطة الحكم بألغاء الأجراءات التحكيمية، إذ يعد هذا التخلف من المدعي بمثابة تنازل عن أتفاق التحكيم الذي ابرمه ومن ثم لا يجوز له المطالبة بحقه عن طريق التحكيم ثانية[2].

وقد نصت م(45) ف(2) من أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار سنة 1965 على أنه "إذا لم يحضر أحد الطرفين أمام المحكم ،أوْ فشل في تقديم دعواه خلال اي مرحلة من مراحل الأجراءات فان من حق الطرف الاخر أن يطلب منه اتخاذ قرار بشأن النزاع ويجب على المحكم عدم

---

[1] Rene David،OP،Cit،P.129.

[2] ينظر أسعد فاضل منديل ،مصدر سابق ،ص154.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أتخإذ أي قرار قبل أخطار الطرف المتخلف مع منحه مهلة قضائية ،إلاّ إذا أقتنع أنه ليس في نيته المثول أمامه وعرض دعواه".

أما بالنسبة لأتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية فقد نصت م(17) منها على "عند تخلف أحد الطرفين عن الحضور في أي مرحلة من مراحل الأجراءات من دون عذر مقبول يجوز أجراء المرافعة بحقه غيابياً بناءً على طلب الطرف الآخر".

هذا ولا يتقيد المحكم أوْ هيأة التحكيم في عقود الأستثمارات أثناء المرافعة بالقواعد المعمول بها أمام المحاكم الوطنية ، بل يمتلك سلطات واسعة عند عدم أتفاق الأطراف على القواعد الواجبة الاعمال التي تمتد لتشمل مسائل الإثبات إذ يمتلك المحكم سلطة الموازنة بين مختلف وسائل الإثبات المقدمة والتقرير حول مدى صحة الدليل وجدواه بالنسبة للقضية المنظورة من إثبات بالوثائق والمستندات ،أوْ بشهادة الشهود ،أوْ بأجراء معاينة ،أوْ بإنتداب خبير كما قد يرى في اطار التعاون مع المحكمة القضائية المختصة أصدار امرٍ بأتخإذ أجراءات وقتية ،أوْ تحفظية تأميناً لتنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية المنتظر أصداره[1] .

وعلى المحكم ان يطبق القواعد الموضوعية والأجراءات الشكلية في القانون المتفق عليه ما لم يتفق الخصوم على اعفاءه من هذه الأجراءات، إلاّ أن السؤال الذي يمكن أن يثار هنا ، هو، اي من الأجراءات الشكلية التي يجب على المحكم تطبيقها ؟ فهل هي الأجراءات المتبعة أمام المحكمة ذات الدرجة ألاولى او المحكمة ذات الدرجة الثانية على اعتبار ان الدعوى التحكيمية تبدأ بالطريقة نفسها التي تبدأ بها الدعوى القضائية.

يذهب بعض من الفقه الفرنسي الى القول أن الأجراءات الشكلية التي يجب أن يتقيد بها المحكم عند النظر في النزاع هي الأجراءات المتبعة أمام المحكمة ذات الدرجة ألاولى ، وليس له الحق في أن يطبق الأجراءات المتبعة أمام المحكمة المختصه بنظر النزاع،إلاّ إذا كانت هذه المحكمة من محاكم الدرجة ألاولى، وذلك لان المحكمة ذات الدرجة الأولى تتمتع باختصاص عام وان الأجراءات

---

[1] اما بخصوص أجراءات الإثبات فان القاعدة العامة تقضي بأن المحكم ،أوْ الهيأة التحكيمية تستطيع من تلقاء نفسها او بناءً على طلب من أحد الأطراف أن تأمر بأي اجراء من أجراءات الإثبات الذي تراه مناسباً للوصول الى الحكم العادل ، بشرط أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالعملية التحكيمية . و للمزيد حول ادلة الإثبات في منازعات التحكيم ينظر د.مصطفى محمد الجمال،و د.عكاشة عبد العال ،مصدر سابق ،ص694 وما بعدها. و د.محمود مختار بريري ،مصدر سابق ،ص147 و ما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التي تطبقها تعد من الأجراءات الاساسية للتقاضي على خلاف المحاكم الأخرى مثل محكمة النقض الفرنسية [1].وهو ذات ما اخذ به جانب من الفقه المصري[2] .

أما بالنسبة للتشريع العراقي وازاء عدم وجود ادنى اختلاف في الأجراءات الشكلية المتبعة أمام المحاكم العراقية سواء أكانت هذه المحاكم من الدرجة الاولى كمحاكم البداءه ،أوْ الاحوال الشخصيه ،أمْ من الدرجة الثانية كمحاكم الاستئناف هذا من ناحية وإذ ان التشريع العراقي ينص على ان قرار المحكم لا ينفذ ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع الأمر الذي يفهم منه أنه على المحكم والخصوم اتباع أجراءات المحكمة المختصة بنظر النزاع .

هذا ولا يعتد المحكم بجميع الأجراءات الشكلية التي يتضمنها قانون المرافعات، إذ ان اغلب الأجراءات التي يطبقها المحكم اثناء المرافعة التحكيمية من إذ اشكالها ومواعيدها تكون خاضعة لسلطة وتقدير المحكم لخصوصية التحكيم في مجال الأستثمار والتي تهدف الى منح المحكم حرية اكبر من القاضي في أختيار أجراءات المرافعة التحكيمية فضلاً عن ما يؤدي ذلك من تفادي كثير من الأجراءات وتعقيدها ومن ثم فض النزاع باقرب فرصة ممكنة[3].

أما بالنسبة للمبادئ الأساسية التي يجب على المحكم اتباعها اثناء المرافعة التحكيمية فيمكن القول أن اهمها يمكن اجماله في الآتي :-

1. يجب على المحكم أن يتصرف مع جميع الأطراف على مستوى واحد من المساواة بحيث لايأتي بتصرف يمكن أن يؤدي الى تفضيل أحد الأطراف على الاخر[4] .
2. يلتزم المحكم بأتباع الأجراءات والمدد القانونية الواردة في أتفاق التحكيم أوْ الأجراءات التي اتفق عليها الأطراف اثناء سير المرافعة التحكيمية ولا يجوز له الخروج عنها وألا عد حكمه باطلاً لتجاوز حدود الأتفاق .
3. ينبغي على المحكم ان يتبع الأجراءات والأحكام المنصوص عليها في باب التحكيم والتي تعد من الضمانات الاساسية لمهمة التحكيم [5].

=[1]bernard moreauet therry brrard،op.cit p.68. jean robert،op.cit ,p,1078. et Rene david =،op،cit،p،551.

[2] د.أحمد ابو الوفا ،التحكيم الاختياري و الاجباري،مصدر سابق ،ص20 و د.عاشور مبروك ، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ص315.

[3] حسام عبد اللطيف محي ، مصدر سابق ، ص105.

[4] حسام عبد اللطيف محي ،المصدر السابق ،ص107 .

[5] مهدي صالح امين ،ادلة القانون غير المباشرة ، مطبعة اوفسيت ، بغداد ، 1987 ، ص1101 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

4. وجوب احترام المحكم لحقوق الدفاع بحيث يمكن كلا الطرفين بتقديم ما لديه من طلبات ودفوع لحماية حقه فهذا الحق يعد حق مقدس وبخاصة في مسائل التحكيم ،لأن أغلب أجراءات التحكيم تكون خاضعة لأرادة المحكم .

5-يتحتم على المحكم أن يحترم مبدأ المواجهه بين الخصوم بحيث يمكن لكل خصم العلم بكل ما يبديه الطرف الاخر من حجج مؤيده لدفاعه ،أوْ دفوعه وكل مايقدمه من مستندات النزاع فضلاً على تمكين كل طرف من الرد على هذا الدفاع أو الدفوع وتقديم المستندات التي تدعم هذا الرد وذلك بالوقت المناسب الذي يصلح لاحاطة المحكم بوجهة نظر كل من الطرفين قبل الفصل في النزاع المعروض عليه ،ومع مراعاة المساواة الكامله بينهما في هذا المجال[1].

6. على المحكم ان يتخذ جميع الأجراءات التي تؤدي الى المحافظة على الوثائق و المستندات التي قدمها اليه الخصوم ،وأن لا يطلع عليها أحد غير الأطراف وأن لا ينشر المعلومات الموجودة فيها [2].

الفصل الثالث

أثار التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

من أهم الاثار التي تترتب بعد اكتمال الأجراءات التحكيميه هي صدور الحكم التحكيمي الذي يقصد به أنه" القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي ،أوْ جزئي في المنازعه المعروضه عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعه ذاتها ،أوْ بالاختصاص،أو بمسأله تتصل بأجراءات أدت الى الحكم بأنهاء الخصومه".[3]

فبعد ان تكتمل الأجراءات التحكيميه الواجبة الإتباع نصل إلى المرحلة الأخيرة من مراحل التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وهي نتيجته وغايته وتتمثل في أعداد حكم التحكيم وإصدارة مستوفياً شرائطه الشكلية والموضوعية التي تشمل حضور أطراف النزاع الأستثماري أمام المحكم والكشف عن الأدلة والوقائع والتي تساعد المحكم في إصدار الحكم العادل . وذلك من اجل تحقيق الغاية المرجوة

---

[1] القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي ، مصدر سابق ، ص135 .

[2] أسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص133.

[3] د حفيظه السيد الحداد ،النظريه العامه في التحكيم التجاري الدولي ،مصدر سابق،ص299 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإذا اصدر الحكم التحكيمي وجب على المحكوم ضده تنفيذه سواء أكان اختياراً وطوعيه ،أو عن طريق القضاء .

وعليه ، واستبياناً لهذه الآثار،إرتأينا تقسيم هذا الفصل على مبحثين سنخصص المبحث ألاول منهما لأيضاح ماهية الحكم التحكيمي الصادر في عقود الأستثمارات الأجنبية من إذ مضمونه وشكلية صدوره ،وسنعقد المبحث الثاني لبيان كيفية تنفيذه .

المبحث ألاول

ماهية حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

بأنتهاء النظر في العملية التحكيمية تصل أجراءات التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية الى نهايتها وغايتها المرجوة منها، وهي أصدار الحكم التحكيمي الأستثماري فاصلاً به المحكم المنازعات الأستثمارية محل الأتفاق التحكيمي فصلاً نهائياً يستنفد به ولايته ، وذلك بمراعاة المتطلبات الشكلية والموضوعية الواجب مراعاتها بصدد الحكم التحكيمي حتى ينتج آثارة ، فإذا صدر الحكم التحكيمي فأما أن يحوز الرضا والقبول ، وأما أن يرى المحكوم ضده الطعن على هذا الحكم لسبب و لآخر ، وعليه سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب ،وذلك على النحو الاتي:.

المطلب ألاول– معنى حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

المطلب الثاني–الصيغة القانونية لحكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

المطلب الثالث– الطعن بحكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وأسباب بطلانه

المطلب ألاول

معنى حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من أجل أتمام الحكم التحكيمي في عقود الأستثمارات الأجنبية يتوجب على المحكمين إعداد الحكم الأستثماري وصياغته مستوفياً شرائطه الشكلية إذ تقع مهمة أعداد حكم التحكيم وإصداره على عاتق المحكم الذي يدير العملية التحكيمية، وذلك من خلال الفصل في هذه العملية بعد أجراء المداولات والمناقشات لأعداد الحكم وصياغته شكلاً وموضوعاً فإذا تم أعداده قام المحكم ،أوْ هيأة التحكيم بإصداره في الميعاد المقرر لذلك أتفاقاً أو قانوناً .

وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين سخصص الفرع ألاول منها إلى بيان الكيفية التي يتم بها أعداد حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ، أما الفرع الثاني فسيكون لتحديد آلية اصداره .

الفرع ألاول

أعداد حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

بعد أن تنتهي أجراءات التحكيم وتكتمل التحقيقات ويقفل باب المرافعة يصل المحكمون إلى المرحلة الأخيرة من مراحل العملية التحكيمية ؛ وهي مرحلة أعداد الحكم التحكيمي تمهيداً لإصداره محققين بذلك الغاية منها ،ألا وهي الفصل في موضوع النزاع .

ويتم ذلك من خلال عملية المداولة التي تعني" المناقشة والتشاور وتبادل الرأي فيما بينهم للأتفاق على شكل الحكم التحكيمي ومضمونه"[1] فإذا كان المحكم واحداً يصدر قراره بعد أقفال باب المرافعة وبعد الانتهاء من تقديم الوثائق والمذكرات من الطرفين المتنازعين وبعد استنفاد كافة الفرص من قبلهما لإبداء طلباتها ودفوعهما،إذ لابد أن يرجع المحكم الوحيد إلى تلك الوثائق وأقوال الطرفين بعد دراسة وتأمل الموضوع من كافة جوانبه واستناداً إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وطبقاً للأجراءات التي تطبق على التحكيم بصدد قرار التحكيم ليصدر قراره فيه[2] .

أما إذا كانت هيأة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم عندئذ تقوم حتمية المناقشات والمداولات بين جميع المحكمين الذين تتشكل منهم الهيأة ،إلاّ أنها قد لا تتحقق في كثير من الأحيان في مجال عقود الأستثمار بشكل مباشر، وذلك بسبب اختلاف بلد كل محكم عن الأخر مما يفرض قيامها في هذه العقود عن طريق تبادل الخطابات ،أوْ التلكسات والفاكسات ،أوْ غيرها من وسائل الاتصال المختلفة

---

[1] د حسني المصري،مصدر سابق،ص454 .

[2] د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص311 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التي تتم بين أعضاء الهيأة التحكيمية الأستثمارية الواحدة ، والتي يلعب فيها رئيس الهيأة الدور الهام في إنجاح عملية المداولة وتنظيمها وإدارتها خلال وقت مناسب، وفي تلقي مقترحات المحكمين والتوفيق بين أدائهم وصولاً إلى أعداد حكم التحكيم من خلال هذه الكيفية التي تتم بها المداولات والتي قد لا تستوجب بالضرورة المناقشة الشفوية بين المحكمين مجتمعين في مكان واحد[1].

وينبغي أن يشترك في المداولة جميع المحكمين الذين تتشكل منهم هيأة التحكيم تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الأطراف واحتراماً لحقهم في الدفاع ، ولكن إذا رفض أحد المحكمين الاشتراك في المداولة قاصداً بذلك وضع عقبه في طريق العملية التحكيمية ، فأنه ينبغي على باقي اعضاء الهيأة أعداد الحكم من دون هذا المحكم المتخلف عن الاشتراك في المداولة من دون أن يشكل ذلك خرقاً منهم لمبدأ احترام حق الدفاع المقرر للأطراف [2] .

هذا وقد سلكت معظم التشريعات أحد ثلاثة أتجاهات حول مدى وجوب سرية المداولات التحكيمية ، إذ لم يأخذ الأتجاه ألاول منها بمبدأ سرية المداولة وهو ما ذهبت اليه م(212) من قانون الأجراءات المدنية الاماراتي ، وم(30) من قانون التحكيم التونسي ، وم(527) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري . في حين ترك الأتجاه الثاني امر تنظيم سرية المداولة أو علانيتها لهيأة التحكيم وهو ما ذهب إليه قانون التحكيم المصري النافذ في م(40) التي تنص على " تتم المداولة على الوجه والذي تحدده هيأة التحكيم".

أما الأتجاه الثالث فهو الذي يأخذ بسرية المداولة ويطلبها، وأن كان لا يرتب على مخالفتها أي جزاءٍ وهو ما ذهب اليه المشرع الفرنسي في م (1469) من قانون المرافعات الفرنسي التي تنص على "يجب أن يصدر الحكم بأغلبية الآراء بعد مداولات سرية بين المحكمين".اما بالنسبه لقانون المرافعات العراقي فقد سكت عن بيان موقفه تجاه هذا المبدأ الأمر الذي يمكن معه ان نرجح اخذه الأتجاه الثالث وذلك حسب المادة (270)[3] .

وإزاء هذا الاختلاف حول مبدأ سرية المداولة فقد انقسم الفقة على قسمين حول مفهوم هذا المبدأ ،إذ يرى البعض ألاول منه اختلاف مقتضيات سرية المداولة المفروضة على المحكمين عنها بالنسبة للقضاء في المحاكم الوطنية ، بحيث ينص مفهوم سرية المداولة المفروضة على المحكمين إلى إجرائهم لعملية المداولة في غياب الأطراف أو الغير وليس بحضور أي منهم ، فإذا إلتزم المحكمون

---

[1] ينظر د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ،ص262 .

[2] د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص178 .

[3] ينظر م (270) من قانون المرافعات العراقي النافذ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بإجراء المداولات في غياب الأطراف فأنهم بذلك يكونون قد التزموا بسرية المداولة حتى ولو أفشوا إسرارها للأطراف بعد ذلك سواء برفض التوقيع على الحكم ، أوْ بتحرير رأي مخالف وابلاغ الأطراف به.[1]

أما البعض الثاني فيرى –وبحق– ضرورة التشدد في توافر مقتضيات سرية المداولة لدى المحكمين كما لدى القضاة في المحاكم الوطنية، وذلك على اعتبار أن المحكمين وخصوصاً في عقود الأستثمارات الأجنبية هم قضاة ولكنهم متخصصون في المجال الأستثماري مهمتهم الفصل في النزاع الأستثماري وان كانوا يختلفون عن القضاة في المحاكم الوطنية بأنهم قضاة مختارون من أطراف النزاع الأستثماري وعليه فيجب أن يلتزموا بكافة ما يلزم به الاخيرون وان يتقيدوا به[2].

ومما تجدر الاشارة اليه أنه إذا اتفقت أراء المحكمين بعد انتهاء عملية المداوله على رأي واحد فأن قرار التحكيم يصدر بالأتفاق ، أما إذا انقسمت تلك الآراء على أتجاهين حاز أحدهما على الأغلبية المطلقة فأن قرار المحكمين يصدر بتلك الأغلبية ،وهذا من أخذت به اغلب التشريعات[3].

أما إذا كانت منازعات الأستثمار منظورة أمام مركز تحكيمي أو مؤسسي فعندئذ كما ذكرنا سابقاً يقتصر دور مركز التحكيم على تنظيم وإدارة العملية التحكيمية ، على أن تختم الأحكام بخاتمة تدل على صدورها في كنفه وبموجب لائحته من دون أن يتعدى دوره هذه الحدود ليمتد إلى التدخل في فصل المحاكم حول النزاع والاشتراك مع هيأة التحكيم في أعداد الحكم فإذا تم أعداد الحكم وصياغته شكلاً وموضوعاً قام المحكومون بإصداره خلال الميعاد المقرر لذلك أتفاقاً، أوْ قانوناً .[4]

---

[1] د. عاطف محمد الفقي ، مصدر سابق ، ص532 ود. أحمد ابو الوفا ، عقد التحكيم وأجراءاته ، مصدر سابق ، ص272 .

[2]- Charlec Carbiber ,op,cit,p232,Et Francois Rigaux ، op,cit ,p. 312 .

[3] ينظر م(1470) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ ،وم(189) من القانون الدولي الخاص السويسري ، وم(1057)ف(1) من قانون المرافعات الهولندي ، و(40) من قانون التحكيم المصري ،وم(527) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، وم(202)من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، وم(788) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، وم(270) من قانون المرافعات العراقي .

[4] ينظر م(48) ف(1) من أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965 وم(20) ف(ب) من أتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفه للاستثمارات العربيه لسنة 1974 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني

إصدار الحكم التحكيمي في عقود الأستثمارات الأجنبية

بعد أن يفرغ المحكمون من اعداد الحكم وصياغته مستوفياً شرائطه الشكلية والموضوعية عليهم ان يقوموا باصدراه خلال المدة المحددة سواء أتفاقاً ام قانوناً وايداعه ونشره إذا أتفق أطراف النزاع في الأستثمارات الأجنبية على ذلك.

ويتحدد ميعاد اصدار الحكم غالباً من الأطراف مباشرةً في أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية،أوْ بطريقة غير مباشرة عن طريق مركز التحكيم الذي أحال أطراف العلاقة الأستثمارية النزاع اليه،أوْ عن طريق القانون الواجب التطبيق على الأجراءات التحكيمية [1].

إذ قد يتفق أطراف النزاع في أتفاق تحكيمهم على ميعاد ينبغي على المحكم او هيأة التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ان تصدر حكمها خلاله سواء أكان التحكيم مؤسساً ،أمْ حراً، من اجل ان يتحقق لهم مايصبون اليه من الفصل في النزاع خلال وقت قصير وهذا الميعاد الذي يحدده الأطراف في أتفاق التحكيم قد يبدأ من بداية الأجراءات التحكيمية او منذ اختيار المحكم ،أمْ أكتمال تشكيل هيأة التحكيم ،أمْ عند انتهاء الجلسات التحكيمية وأقفال باب المرافعة .[2]

فإذا أصدر المحكمون حكمهم خلال الميعاد المتفق عليه انتهى الأمر، وإلاّ فأنه قد تكون هناك حاجة الى مد الميعاد المتفق عليه سلفاً، وهنا يجوز للأطراف الأتفاق على إطالة هذا الميعاد وتمديده[3].

ولكن إذا تعذرالأتفاق على هذا التمديد، فهل يجوز للمحكم او لهيأة التحكيم أن تقرر ذلك من تلقاء نفسها؟

---

[1] د.عبد القادر الطوره،التحكيم في منازعات العمل الجماعيه ،دار النهضه العربيه ،مصر،2003 ،ص362 .

[2] د. أحمد ابو الوفا ،التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص189 .

[3] ينظر د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص674-675 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يلاحظ أن بعضاً من التشريعات قد ذهبت الى منح الأطراف في النزاع الحق في مد الميعاد المتفق سلفاً كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم المصري إذ نصت م (45) ف (1) منه "على هيأة التحكيم أصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، وفي جميع الاحوال يجوز أن تقرر هيأة التحكيم مد الميعاد على ألاّ تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك ".

في حين ذهب البعض الاخر منها الى عدم جواز تمديد المدة من قبل المحكم ،اوْ هيأة التحكيم وانما يصير الأمر الى المحكمة المختصة التي هي وحدها تستطيع ذلك في حالة عدم أتفاق الأطراف في النزاع على هذا الأمر ،وهذا ما أخذ به القانون الفرنسي في م (1493) ف (2) من قانون المرافعات النافذ [1].والقانون العراقي في م (263)من قانون المرافعات النافذ .

وهو راي يبدو قرب دقته ،ذلك ان تحديد ميعاد اصدار الحكم بأتفاق الأطراف ابتداءً،يوجب أن يكون تمديده كذلك بأتفاقهم، بحيث يعد تدخل المحكم في هذا الأمر من تلقاء نفسه تجاوزاً منه لحدود المهمه الموكوله إليه،إذ ان المحكم في مجال الأستثمار إذا كان سيد الأجراءات التحكيميه والقائم على تصريف شؤونها ،إلاّ أن ميعاد اصدار الحكم ليس اجراءً بسيطاً من الأجراءات التحكيميه فهو الاطار الزمني الذي يمارس فيه المهمه الموكوله اليه.

ويعد حكم التحكيم قد صدرعن المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية باعلأنه او تسليمه للأطراف إذ ان الحكم التحكيمي لا يعد بالمعنى الفني حكماً الا منذ هذا التاريخ الذي يخرج فيه الحكم عن ولاية المحكم ، اما قبل هذا التاريخ فيعد بمثابة مشروع حكم في حوزته وله التدخل فيه بالحذف اوالتعديل او الاضافة .[2]

وبعد ان يتم اصدار الحكم التحكيمي في عقود الأستثمار يصار الى ايداعه لدى أحدى المحاكم القضائية في الدولة التي صدر الحكم على اقليمها.وهذا الأمر واجب في قانون التحكيم المصري النافذ إذ الزم في م (47)منه على ايداع اصل الحكم او صورة منه في قلم كتاب محكمة استئناف القاهرة ،أوْ في قلم كتاب اية محكمة استئناف أخرى في مصر يتفق عليها الطرفان ويحرر كاتب

---

[1] تتعلق م(1456) بالتحكيم الداخلي ، وبما ان التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يعد من قبيل التحكيم الدولي وعليه فلا يمكن تطبيق أحكام التمديد في القانون على هذه العقود، ولكن يمكن اعطاء الاختصاص بمد الميعاد الأتفاقي لاصدار حكم التحكيم الى رئيس محكمة استئناف باريس تأسيساً على نص م(1493) ف(2) من قانون المرافعات الفرنسي التي تعطي رئيس محكمة استئناف باريس الاختصاص في مواد التحكيم الدولي في فرنسا بتسوية المشاكل التي تعترض تشكيل هيأة التحكيم .

[2] د.عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم ، مصدر سابق ، ص472 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عدل المحكمة محضراً بهذا الايداع ويكون لكل من طرفي التحكيم طلب الحصول على صورة من المحضر ، إذ نصت هذه الماده على أنه "يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه ايداع اصل الحكم او صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها ،أوْ ترجمة باللغة العربية مصادقاً عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية ،وذلك في قلم كتاب المحكمة المختصة ويحرر كاتب عدل المحكمة محضراً بهذا الايداع ويجوز لكل من طرفي التحكيم طلب الحصول على صورة من هذا المحضر ".[1]

وهذا ما اخذ به قانون المرافعات العراقي النافذ في م (271) التي نصت على"بعد ان يصدر المحكمون قرارهم يجب عليهم إعطاء صورة منه لكل من الطرفين وتسليم القرار مع اصل أتفاق التحكيم الى المحكمة المختصة بالنزاع خلال ثلاثة ايام التالية لصدوره، وذلك بوصل يوقع عليه كاتب المحكمة".

اما بالنسبة لقانون المرافعات الفرنسي فلم ينص على وجوب اتخإذ مثل هذا الاجراء مما يعني أنه امر اختياري، في حين ان القانون الدولي الخاص السويسري قد نص عليه في م (193) منه التي جاء فيها" يمكن لكل طرف أن يودع على نفقته صورة طبق الأصل من الحكم التحكيمي لدى المحكمة السويسرية في مكان الحكم"،وكذلك م (1058)من قانون المرافعات الهولندي النافذ والتي تنص على " تتحقق المحكمة من أنه تم بأسرع وقت ايداع اصل الحكم التحكيمي في قلم محكمة الدرجة ألاولى التي يقع في نطاقها مكان التحكيم "[2].

---

[1] قررت محكمة النقض المصريه في حكمها الصادر في 1987/2/15 "لما كان الأمر الصادر من قاضي الامور الوقتيه الذي يعد حكم المحكم واجب التنفيذ طبقاً للماده (844) من القانون المدني المصري يقصد به مراقبة عمل المحكم قبل تنفيذ حكمه من إذ التثبيت من وجود مشارطة التحكيم،وان المحكم قد راعى الشكل والذي يتطلبه القانون سواء عند الفصل في النزاع او عند كتابة الحكم،من دون ان يخول قاضي الامور الوقتيه حق البحث في الحكم من الناحيه الموضوعيه ومدى مطابقته للقانون وكان يترتب على ان حكم المحكم له جميع الاثار التي تكون للحكم القضائي ومن بينها ان يودع في الجهات التي حددها القانون ،وان تلحقه الحجيه ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه،لأن صدور الأمر من قاضي الامور الوقتي، انما يتطلب من اجل التنفيذ لا من اجل قوة الإثبات" .اشار اليه د. اشرف عبد العليم الرفاعي ،مصدر سابق،ص534 .

[2] ينظر بذات النهج قانون التحكيم الاردني في م(42) وقانون الأجراءات المدنية الاماراتي في م(213) ،وقانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني في م(240)، وقانون التحكيم السعودي في م(18)، وقانون اصول المحاكمات المدنية السوري في م(529) ،وقانون اصول المحاكمات اللبناني في م(793)،وقانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي في م(762) .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اما بالنسبة لنشر أحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ،أي اعلأنها لغير أطرافها ، فان القاعدة العامة في هذا المجال تقضي بعدم النشر ،إلاّ بموافقة الأطراف على هذا الأمر، وذلك لضرورة المحافظة على خصوصيات الأطراف واسرارهم، إذ ان التحكيم في الأستثمار الأجنبي نظام خاص لتسوية المنازعات الأستثمارية يقصد الأطراف باللجوء اليه لحل نزاعهم الناتج عن تعاقداتهم الأستثمارية الخاصة أمام محكمين يقومون بتعينهم بأنفسهم ليفصلوا في نزاعهم الخاص الذي غالباً ما يحتوي على مبالغ مالية كبيرة في أجراءات تحكيمية سرية لا يعلم بها سوى الأطراف في عقود بعيداً عن القضاء الوطني بأجراءاته القضائية العلنيه وأحكامه القضائية المعلومه للكافة[1] .

وهذا ما اخذت به أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965 في م(48) ف(5) منها التي نصت على " لا يقوم المركز بنشر أي حكم من دون موافقة الطرفين" .

المطلب الثاني

الصيغة القانونية لحكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

يصدر حكم التحكيم في عقود الأستثمارت الأجنبية عادةً مستوفياً شروطه الشكلية ومشتملاً على بيانات معينة وذلك تلبية لما قرره أتفاق التحكيم مباشرةً ،أوْ القانون المطبق على التحكيم، وحرصاً على صحة الحكم التحكيمي الصادر في المجال الأستثماري من إذ الشكل وضماناً لعدم ابطاله في طعن تحكيمي او قضائي لاحق وتأميناً للأعتراف به وتنفيذهُ

وعليه ومن أجل أستجلاء هذه البيانات والشروط الشكليه فيه، سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع ألاول شكل الحكم التحكيمي وأهم البيانات الواجب توافرها فيه وفي الفرع الثاني سنحدد أهم الآثارالتي تترتب عليه.

[1] د. حفيظه السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص20 وما بعدها .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الاول

شكل حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

يصدر حكم التحكيم في مجال الأستثمار الأجنبي مستوفياً شروطه الشكلية، إذ يكون عادة مكتوباً ومسبباً وموقعاً وشاملاً لوقائع النزاع ومحدداً أطرافه ومحكميه ومتضمناً منطوقه، وزمان ومكان اصداره .

إذ يصدر حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية في شكل مكتوب متضمناً أسماء الخصوم وطلباتهم ومستنداتهم، إذ يعد هذا الأمر شرطاً جوهرياً لقيام الحكم بحيث يؤدي تخلفه لا الى التأثير في مضمون الحكم فحسب ،بل الى عدم معرفة هذا المضمون لدرجة أنعدام الحكم، فالكتابه شرط لصحة الحكم لا لإثباته فصدوره شفاهيةً لا يتحقق به وصف التحكيم .[1]

هذا فضلاً عن ما تتطلبه القوانين لتنفيذ الحكم ،أو الطعن به من تقديم اصله أو صورة مصدقه عنه،مما يستحيل معه ذلك ان لم يكن الحكم مكتوباً .[2]

وعلاوة على ذلك يجب ان يتضمن الحكم التحكيمي أحكاماً تتعلق بمصالح الخصوم (أطراف عقد الأستثمار الأجنبي) وحقوقهم ، إذ له من إذ الاهمية والخطورة ما للقرار القضائي، ولأجل حماية هذه الحقوق وضمأنها وكذلك لغرض تسهيل مهمة الرقابة القضائية التي اوجبها القانون على أجراءات المحكمين فقد اوجبت اغلب التشريعات المقارنة كتابة قرار التحكيم وبطريقة نفسها كتابة القرار القضائي كالتشريعين المصري والعراقي اللذان نصا على هذا الأمر صراحة[3] . فان صدر القرار

---

[1] اسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص156 .

[2] د. حمزة أحمد حداد ، مصدر سابق ، ص348 .

[3] ينظر م(43) من قانون التحكيم المصري ،و م(270) من قانون المرافعات العراقي ، وم(760)من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وم(231) من قانون الأجراءات المدنية الاماراتي .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التحكيمي خلافاً للشكل الذي حدده القانون فمن الواجب على المحكمة المختصة ان تصدر حكماً بابطال ذلك القرار[1].

اما بالنسبة لقانون المرافعات الفرنسي فلم يؤكد صراحةً على هذا الشرط وأن كان في الوقت نفسه قد أشترط وجود بيانات معينة في القرار التحكيمي لا يمكن توافرها إلاّ بالكتابة[2]، إذ نص في م(1472) من قانون المرافعات الفرنسي على أنه " يجب ان يشمل الحكم التحكيمي على اسم كل من المحكمين الذين اصدروه وتاريخه والمكان الذي صدر فيه وأسم وشهرة وتسمية كل الأطراف وعنوان موطنهم ،أو مركزهم الرئيسي "

وهو ما اكدته معظم أحكام القضاء الفرنسي التي تقضي بألزام المحكم بكتابة البيانات التي نص عليها القانون ، الا أنه لا يحاسب من القضاء عن الاخطاء التي يمكن أن تقع في تلك البيانات مثلما يحاسب القاضي ذوي الاختصاص، فمن الجائز للمحكم أن يذكر البيانات الاساسية فقط، إذ لايعد من قبيل النقص الذي يحاسب عليه ذكره أسماء الخصوم من دون ذكر صفاتهم او ألقابهم [3].

أما إذا اهمل المحكم في مجال الأستثمار ذكر بيان المكان الذي تم فيه التحكيم اوالمكان الذي صدر فيه الحكم، فان انعدام هذا البيان لا يؤثر على حكمه من ناحية البطلان، لكون الغرض من هذا البيان هو تحديد المحكمة التي يجب أيداع اصل الحكم لديها ، والتي هي محدده اصلاً بالمحكمه المختصه بنظر النزاع والتي يجب على المحكمين ايداع اصل الحكم لديها أو تلك التي تقام أمامها الدعوى من أحد الطرفين لتصديق قرار التحكيم ، أوابطاله[4] .

أما بيان تاريخ صدور قرار التحكيم فهو من البيانات الاساسية التي لا يجوز للمحكم أن يتجاوزها إذ يحتل هذا البيان اهمية بالغة بالنسبة للأحكام القضائية ، فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على ان ورقة الحكم هي من الاوراق الرسمية التي يجب ان تحمل تاريخ اصدارها وإلاّ أبطل

---

[1] ينظر بهذا المعنى القرار رقم 110/مدنية اولى/1997 الصادر من محكمة التمييز العراقية في 1997/8/12 والذي قررت فيه "نقض قرار المحكمين لأنه لم يستوف الشكل القانوني والذي نص عليه قانون المرافعات= =العراقي النافذ في باب التحكيم حسبنص م(270) منه التي تقضي بكتابة قرار المحكمين بالطريقة والتي يكتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة " .اشار اليه اسعد فاضل منديل ،مصدر سابق ، ص156 .

[2] Bernard Moreau Et Thierry Bernard ،Op ، Cit ، P.68 .

[3] ينظر حكم محكمة السين الفرنسية في 27 شباط 1936 اشار اليه د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري، مصدر سابق ، ص206 .

[4] حسام عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص13 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحكم القضائي لفقدانه عنصر من عناصر مقوماته ووجوده القضائي ، فقد قضت" بأن تاريخ صدور الحكم هو من البيانات الجوهرية وخلو الحكم الابتدائي من هذا البيان يؤدي الى بطلانه " [1].

وبما أن القرار التحكيمي هو حكم قضائي فان هذا البيان يحتل الأهمية ذاتها بالنسبة للقرار التحكيمي . إذ من خلاله يتم تحديد ما إذا كان قد صدر خلال المده المحددة لأتفاق التحكيم ام بعدها مما يعرضه لخطر البطلان[2] .

هذا ويلزم المحكم في مجال الأستثمار أن يذكر الوقائع والأسباب التي دفعته لاصدار قراره التحكيمي ، وهذا ما يسمى بتسبيب القرار التحكيمي، أي أبراز الحجج الواقعية والقانونية التي استند عليها المحكم الأستثماري في اصداره قراره والتي يشترط فيها أن تكون كافية ومنطقية، ولا يشوبها أي غموض أو ابهام ويلزم المحكم بتسبيب قراره ولو كان مفوضاً بالصلح فقط والعلة في ذلك هي لما تهدفه ارادة الخصوم اصلاً من أجراء تحكيم وليس مجرد اجراء صلح [3].

هذا وقد نص قانون المرافعات الفرنسي في م(1471) منه على وجوب ان يكون قرار المحكم مسبباً التي قضت بأنه "يجب ان يتضمن الحكم التحكيمي ملخص لادعاءات الأطراف وأسبابهم ويجب ان يكون الحكم التحكيمي معللا ً" .وهذا ما قضت به محكمة باريس في حكمها الصادر في يونيو سنة 1987 إذ طعنت الشركة Veuve Henri Brauthoux والشركة EL Massian على أمر تنفيذ حكم تحكيم اجنبي غير مسبب صادر طبقاً للقانون الفرنسي الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، إذ حكمت محكمة باريس بمنع الأمر بالتنفيذ لعدم احتوائه على أي تسبيب في الوقت الذي يعد تسبيب الأحكام من مبادئ النظام العام في القانون الفرنسي[4] .

كذلك أوجب القانون الدولي الخاص السويسري في م (189) ف(2) منه على ذلك إذ نص على (ويصدر حكم التحكيم مكتوباً ومعللاً وموقعاً وحاملاً تاريخ صدوره) .

وعلى النهج نفسه سار المشرع الهولندي في قانون المرافعات الهولندي النافذ إذ نصت م(1057) ف(4) على "يتضمن الحكم التحكيمي فضلاً عن القرار أسباب الحكم ....." .

---

[1] ينظر قرارها رقم 459 لسنة 1931 تمت الاشارة اليه في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، ج4، المكتب الفني ، مطابع الهيأة العامة ، 1975، ص475 .

[2] د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص295 .

[3] ينظر د. عاطف محمد الفقي ، مصدر سابق ، ص545 .

[4] للمزيد ينظر محمد ماجد خلوصي ،مصدر سابق ،ص307 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اما بالنسبة لقانون التحكيم المصري فقد نص في بداية ف(2) من م(47) على وجوب تسبيب حكم التحكيم الا أنه عاد واستثنى حاله ما إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك .

وهو أستثناء يبدو أنه لاينسجم مع أهمية عملية التسبيب التي فيها حماية المحكم من ان يطعن في نزاهته أو عدالته أو حياده من أحد الأطراف زيادة على أن التسبيب يوفر للأطراف امكانية التحقق من أن المحكمين قد التزموا بالأجراءات المتفق عليها في أتفاق التحكيم أم لم يلتزموا ،وعلى هذا الاساس فأنه لا يجوز ترك هذه المسائل لأتفاق الطرفين[1] .

وقد سار المشرع العراقي على نهج المشرع الفرنسي إذ أنه أوجب في م(270) ف(2) من قانون المرافعات تسبيب القرار إذ نص على "يجب أن يشمل القرار بوجه خاص على اسباب القرار ومنطوقه"[2].

اما بالنسبة للأتفاقيات الدولية فقد نصت م(8) من الأتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على أنه "من المفترض ان يكون الفرقاء قد توافقوا على أن يكون الحكم التحكيمي معللاً" .

وكذلك بالنسبة للأتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية إذ نصت م (2) ف(7) من الملحق التابع لها على "تصدر هيأة التحكيم قرارتها متضمنه اسباب كل قرار" .

هذا وان تسبيب أحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يعد ضرورة ملحة لاعتبارات كثيره منها، أنه يضفي على التحكيم وصف النظام الحقيقي لتسوية المنازعات الأستثمارية بطريقة قضائية تضيف على الحكم التحكيمي ما يستحق معه ان يسمى حكماً ، كما ان تسبيب أحكام التحكيم في الأستثمار يأتي من مصالح الأطراف إذ أنه يضمن لهم الانتفاع بالمبادئ الاساسية الحاكمة للأجراءات مثل حقهم في العدالة والمساواة ويضمن لهم فصل المحكم نزاعهم مراعياً القواعد القانونية الواجبة التطبيق ،ويكفل لهم معرفة لماذا كسبوا ،أو خسروا قضيتهم ، ويحيمهم من خطر التعسف أو سوء سلوك المحكمين ويفتح الباب أمام تقويم هذا الانحراف بامكانية الطعن اللاحق على الحكم [3].

هذا وفضلاً عن ذلك فاننا نرى ان تسبيب أحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يسمح بايجاد قانون موضوعي خاص بالتحكيم في مجال الأستثمار، إذ ان تسبيب هذه الأحكام التحكيمية

---

[1] اسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص163 .

[2] ذهب بذات الأتجاه قانون اصول المحاكمات المدنية السوري في م(527) وقانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي في م(760) وقانون التحكيم الاردني في م(41) وقانون اصول الأجراءات المدنية الاماراتي في م(212)ف(5) وقانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني في م(239) وقانون التحكيم التونسي في م(75) وقانون التحكيم السعودي في م(17) .

[3] ينظر د. فوزي محمد سامي ،مصدر سابق ،ص334 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثم نشرها (في حاله موافقة أطراف عقد الأستثمار الأجنبي على ذلك) يوجد دليلاً ومرشداً للتعرف على الحلول التحكيمية الموحدة في المنازعات الأستثمارية الناتجة عن التعاملات الأستثمارية المتشابهة ثم يأتي توحيد هذه الحلول بقانون استثماري دولي مستمد من الأتفاقيات الدولية والسوابق الأستثمارية التحكيمية يطبقة المحكمون ويتواتر تطبيقه حتى يستقل التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية الدولي بقواعده القانونية الدولية بعيداً عن القوانين الوطنية المختلفة .

وتجدر الاشاره الى أنه وبعد الانتهاء من عرض وقائع الدعوى والاسباب التي بني عليها الحكم يأتي دور منطوق القرار وهو" ذلك الجزء من القرار الذي يعطي فيه المحكم حلاً للنزاع،أو هو الجزء الذي يفصل في نقاط الخصومه" [1].

واخيراً ينبغي على المحكمين او اعضاء الهيأة التحكيمية ان يوقعوا على الحكم التحكيمي الصادر عنهم إذ ينبغي ان يتم توقيعهم جمعياً على الحكم دلالةً وتأكيداً على صدوره عنهم وتحملهم مسؤولية هذا الاصدار [2] .

إذ يعد التوقيع بمثابة تصديق القرار من المحكم ،أو هيأة التحكيم فإذا ما صدر القرار التحكيمي بالأتفاق فأنه يجب ان يحتوي على جميع تواقيع المحكمين الذين اصدروه ، اما إذا صدر بالاغلبية المطلقة ففي هذه الحالة يكفي تواقيع اغلبية المحكمين لصدوره،أما إذا جاء القرار التحكيمي خالياً من توقيع أحد المحكمين الذين اصدروه فسيكون مصيره البطلان[3] ، وهذا ما اخذ به القانون الفرنسي والهولندي[4].

في حين ان القانون الدولي الخاص السويسري قد كان أتجاهه مخالفاً إذ نص في م(189) ف(2) على " في حال غياب أتفاق الأطراف بصدد الحكم التحكيمي باغلبية الاراء ،وإذا لم تتكون الاغلبية فان رئيس الهيأة التحكيمية يصدر الحكم وحده ويصدر حكم التحكيم موقعاً ،ويكفي توقيع رئيس الهيأة التحكيمية "، وهذا يعني ان المشرع السويسري قد اكتفى بتوقيع رئيس الهيأة التحكيمية ليصدر الحكم التحكيمي صحيحاً .

---

[1] ينظر د.مهند الصانوري ، مصدر سابق ، ص334 .

[2] اسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص158 .

[3] ينظر د. عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم ، مصدر سابق ، ص479، ود. محمود مختار بريري، مصدر سابق ، ص183 .

[4] ينظر م(1473) من قانون المرافعات الفرنسي ،وم(1057) من قانون المرافعات الهولندي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اما التشريع المصري فقد رتب حكماً مشابهاً للحكم الذي جاء به التشريع الفرنسي،إلاّ أنه اشترط شرطاً استطاع به ان يتميز عن غيره من التشريعات وهو وجوب تثبيت اسباب عدم توقيع بقية المحكمين على القرار التحكيمي في حاله صدور القرار بالاغلبية إذ تنص م(43) من قانون التحكيم المصري النافذ على أنه " في حالة تشكيل هيأة التحكيم من اكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات اغلبية المحكمين بشرط ان يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الاقلية" .

اما بالنسبة لقانون المرافعات العراقي فقد نصت م(270) ف(2) منه على" يجب أن يشمل القرار بوجه خاص على ملخص أتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم واسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتواقيع المحكمين" .

وهذا يعني ان المشرع العراقي اشترط على أن يشمل القرار التحكيمي على توقيع جميع المحكمين وذلك في حاله صدوره بالأتفاق ، أما في حاله صدور القرار بالاكثرية فهنا تذكر اسباب مخالفة الرافضين لهذا القرار لاتجاة الاكثرية فيه. وهو ما يفضل معه لو أن المشرع العراقي قد نحى منحى المشرع الفرنسي ولم يشترط توقيع الجميع لأنه بذلك يعطي الفرصة للأقلية في تعطيل صدور قرار التحكيم وتنفيذه وذلك في حالة عدم توقيعهم ، فكان الاجدر به ان يكتفي بتوقيع الاكثرية لتحقيق الغاية التي يسعى الخصوم اللجوء الى التحكيم من اجلها وهي السرعة في البت في موضوع النزاع .

وبعد استكمال محتوى القرار التحكيمي ينتقل ذلك القرار من مرحلة صنعه الى مرحلة اصداره ، إذ لوقت صدور القرار اهمية كبيرة من الناحية القانونية ذلك لأن من هذا التاريخ تبدأ المحكمة المختصة بالتحقيق من سلامة الأجراءات التي اتبعها المحكم ،أوْ هيأة التحكيم لاصدار قرارها الفاصل في الخصومة .

وعلى الرغم من هذه الاهمية ،إلاّ أنه يلاحظ اختلاف الفقه والقضاء في تحديد هذا الوقت وتشعبت الاراء بصدده ، إذ يذهب بعضهم الى أنه يكفى لصدور قرار التحكيم مجرد أتفاق المحكمين فيما بينهم بصدد منطوق القرار واسبابه الذي بني عليها خلال الميعاد المحدد لأتفاق التحكيم ، حتى ولو كتب هذا القرار ووقع عليه المحكمون لاحقاً.[1]

وهو رأي يبدو أنه لايستقيم مع الواقع العملي فقد يتفق المحكمون على محتوى القرار الا أنه قبل التوقيع عليه قد يفقد أحد المحكمين اهليته أو يتنحى أو يرد أو يعزل من أحد ،أو كلا الخصمين فلا

[1] ينظر د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الأختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص 265 ود. اشرف عبد العليم الرفاعي ، مصدر سابق ، ص320 ود. حسني المصري ، مصدر سابق ، ص120 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يصدر القرار في مثل هذه الحالات الا بتعين محكم بديل ،فإن صدر خلافاً لهذا يعد باطلاً لكونه لم يصدر من جميع المحكمين .

في حين عدّ البعض الآخر منهم تاريخ صدور القرار هو تاريخ ايداع قرار التحكيم لدى قلم المحكمة المختصة [1].

وهو رأي محل نظر ايضاً،ذلك أن قرار التحكيم قبل هذا الإجراء يعد قد صدر من المحكمين وما هذا الاجراء الذي نص عليه القانون الا لغرض اضفاء الصفة القانونية الملزمة على القرار واستحصال الموافقة من القضاء لغرض التسهيل في تنفيذه لدى دوائر التنفيذ [2].

ونعتقد ان عد تاريخ الصدور، هو التاريخ الذي يكتب فيه القرار ويوقع من المحكمين هو الادق ،وذلك لان القانون لم يوجب النطق بالقرار التحكيمي في جلسه علنية كما هو عليه الحال بالنسبة للأحكام القضائية حتى يمكن اعتبار ذلك هو تاريخ الصدور بل أوجب كتابه ذلك القرار وتوقيع جميع المحكمين عليه، ليعد تاريخ حصول ذلك هو تاريخ الصدور . وعند صدور القرار التحكيمي تخرج المسأله من اختصاص المحكم ،أوْ هيأة التحكيم لتدخل ضمن دائرة اختصاص القضاء إذ لايعد للمحكمين ادنى صلاحية إلاّ صلاحية واحدة وهي صلاحية تفسير القرار التحكيمي إذا ما وقع فيه ادنى غموض .

الفرع الثاني

اثار حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

يترتب على صدور الحكم التحكيمي الأستثماري أن يستنفد المحكمون ولايتهم في الفصل في النزاع محل الحكم الذي يكتسب حجية الأمرالمقضي به، ويلقى على عاتق الأطراف التزام بتنفيذه بعد صيرورته حكماً نهائياً [3].

---

[1] حسام عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص153 .

[2] ينظر بهذا المعنى م(1477) ف(1) من قانون المرافعات الفرنسي ، وم(47) من قانون التحكيم المصري ، وم(272) من قانون المرافعات العراقي .

[3] د.فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ،ص357

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واول اثر لصدور الحكم التحكيمي الأستثماري هو رفع يد المحكمين الأستثماريين عن العملية التحكيمية بصفة قطعية بحيث لايجوز لهم العوده ثانيه الى نظرها حتى ولو تبين لهم عدم عدالة ،أوْ عدم صحة ما حكموا به، وذلك لسقوط حقهم في الفصل فيما قضوا به من قبل ، إذ لا يمكن الفصل بالموضوع الواحد مرتين من محكمة واحدة حرصاً على منع تضارب الأحكام وتحقيقاً للاستقرار المنشود وتدعيما لثقة المتحاكمين بالأحكام التحكيمية الأستثمارية[1] .

هذا وعلى الرغم من ارتباط بقاء صفة الهيأة بصدور الحكم التحكيمي المنهي للخصومة إلاّ أنه يجوز لها ان تختص بتفسير الحكم التحكيمي الأستثماري الذي اصدرته وذلك في حالة كونه مشوبة بالغموض،أو الابهام ، ويعد الحكم التفسيري جزءاً متمماً للحكم الأصلي من كافة الوجوه ويخضع لما يخضع له هذا الحكم[2] .

وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في م(1475) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ التي تنص على " ان صدور الحكم التحكيمي من شأنه رفع يد المحكمين عن النزاع الذي فصلوه ولكن للمحكم صلاحية تفسيره او تصحيح الاخطاء أو السهو الذي وقع به واكماله في حال اغفل النظر بأحد الطلبات "[3].

وهو الأمر ذاته الذي اخذ به قانون التحكيم المصري النافذ في م (48) ف(1) التي تنص على " تنتهي أجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها ،أو بصدور امر بأنهاء أجراءات التحكيم " .

وعليه فان صدور الحكم المنهي للخصومه يؤدي الى انتهاء أجراءات التحكيم وانتهاء صفة المحكم ،أوْ هيأة التحكيم في مباشرة أي اجراء ،أوْ تلقي أي طلبات جديدة من أطراف النزاع حتى ولو كان ميعاد اصدار الحكم ما زال ممتداً ،إذ يعد قبول تلقي مثل هذه الطلبات تجاوزاً لحدود المهمه الموكلة لهم والتي تقتصر على الفصل في ما طرح عليهم من طلبات اصلية او عارضة اثناء سير عملية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية[4] .

---

[1] د.عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم ، مصدر سابق ، ص483.

[2] د. محمود مختار بريري ، مصدر سابق ، ص201.

[3] ينظر بذات الأتجاه م(33) من القانون النموذجي لسنة 1985 الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

[4] د. عاشور مبروك،مصدر سابق ،ص617 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما ان للمحكم او لهيأة التحكيم في مجال الأستثمار تصحيح الاخطاء الحاصله في حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية الصادر في المنازعات الأستثمارية التي يقصد بها الاخطاء الماديه إذ ينبغي تصحيحها حتى يتم تنفيذ الحكم ،وذلك باللجوء الى المحكم الذي اصدره خلال الوقت المحدد في أتفاق التحكيم ،أوْ في أي وقت قبل تنفيذ الحكم إذا لم يكن هناك تحديد للوقت في الأتفاق ، فإذا تكررااللجوء الى المحكم لتصحيح الاخطاء الماديه في الحكم لانقضاء الميعاد المحدد بالأتفاق أوْ لتعزيز اجتماع المحكمين فعندئذ يتم اللجوء الى المحكمه المختصه لكي تقوم بهذه المهمه[1] .

هذا ويكتسب حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية بعد صيرورته نهائياً بأستنفاد طرق الطعن عليه اوفوات ميعادها حجية الشيء المقضي به بالنسبه للوقائع والحقوق التي فصل فيها بحيث يحق لمن صدر الحكم لصالحه ان يسعى للافادة به، وبالحقوق التي رتبها له ويستحيل على اية جهه تحكيمية او قضائية أخرى ان تعيد نظر النزاع من جديد .[2]

وتكتسب الأحكام التحكيمية الأستثمارية هذه الحجيه وتستمدها من القرينة القانونية القاطعة التي تقررها باعتبارها أحكاماً قضائية وليس من الطبيعة التعاقدية لأتفاق التحكيم ،أو من أمر التنفيذ الذي يصدره قاضي التنفيذ إذ ان الأمر الأخير ليس في حقيقته سوى عمل اداري لايمد الأحكام التحكيميه الأستثمارية بأية حجية للشيء المقضي به لأنه لم يقضي به .[3]

واهم اثر يترتب على صدور القرار التحكيمي في عقود الأستثمارات الأجنبية هو التزام أطراف عقد الأستثمار الأجنبي بتنفيذهن وهذا ما نجده احياناً مذكور بصورة صريحة في عقد التحكيم [4].

المـطلب الثالث

الطعن بحكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية و أسباب بطلانه

إن العامل الرئيسي الذي من وراءه يسعى أطراف عقد الأستثمار الأجنبي اللجوء إلى التحكيم

---

[1] د.نبيل اسماعيل عمر ،مصدر سابق ،ص195.

[2] د. فوزي محمد سامي ،مصدر سابق،ص385 .

[3] د.ابوزيد رضوان ،مصدر سابق ،ص46،47.

[4] وهو ما سنوضحه في المبحث الثاني من هذا الفصل فإليه نحيل منعاً للتكرار .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بوصفه وسيلة لحل المنازعات الأستثمارية هو سرعة الفصل في النزاعات من خلال أجراءات تحكمية غير رسمية في ظل خبرة متخصصة لدى محكمين أكفاء ، بعيداً عن البطء الذي يعتري القضاء الوطني ، ولكن ومن جانب أخر يأتي المحكم الأستثماري الذي قد يصدر حكما غير صحيح بسبب خطأ او نسيان او سوء تصرف ،أوْ غير ذلك ، فأن كان الحكم الأستثماري يحوز حجية الأمر المقضي به بعد صيرورته حكماً نهائياً ، وإذا كان يستنفد ولاية القضاء بالنسبة لموضوع النزاع محل الحكم فور أصداره ،فان الحاجة تدعو إلى معقب لتصحيح الخطأ أو لرد الأمور إلى نصابها ، إذ أنه من غير المقبول الاعتراف بحكم تحكيمي مشوب بالخطأ، وعليه يبدو لنا لزوم تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع ألاول الطعن بالحكم التحكيمي الصادر في المنازعات الأستثمارية ،وفي الفرع الثاني سنحدد أسباب بطلان هذا الحكم.

الفرع ألاول

الطعن بحكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

ذهب جانب من الفقه الى القول بأن تقرير المشرع لوسائل الطعن بالقرار التحكيمي هو أكبر طعنة يوجهها إلى نظام التحكيم على اعتبار أن لجوء الأطراف المتنازعةالى هذا النظام كطريق لفض منازعاتهم هو على أساس ثقتهم الكبيرة في عدالة المحكم،زيادة على ما يوفره لهم هذا النظام من مزايا جيدة لا يمكن أن يوفرها النظام القضائي في الدولة التي في مقدمتها السرعة في فض الخصومة،والاقتصاد في الوقت والنفقات[1].

وعليه فأن مسألة تحديد طرق الطعن بالقرار التحكيمي تقف ضد هذه المزايا الجيدة لكون أن هذه الوسائل أو الطرق من شأنها أن تؤدي إلى أعادة النظر في العملية التحكيمية مجدداً من القضاء العادي وهذا ما يهدد أهم ميزة للنظام التحكيمي ؛ وهي السرعة والتحرر من الأجراءات القضائية المعقدة .

هذا وأن تقرير الطعن بقرار المحكم من المشرع لا يتفق مع نصوص القانون التي تقضي بإعفاء المحكمين من التقيد بالقواعد القانونية ،والأجراءات القضائية خصوصاً إذا كان المحكم مفوض

[1]D.Jean Vineet،Preeis Dalloz Proedure Civile vingtet unieme Edition 1987،P.1102.Et Gean Rrobber ،Op، cit، p.167

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالصلح ذلك لأن أساس الطعن بقرار المحكم يستند إلى كون ذلك القرار لم يصدر وفق الأجراءات القضائية أو أنه مخالف لقاعدة من قواعد القانون[1].

بينما ذهب الجانب الأخر منهم إلى اعتبار أن تلك الطرق ،أو الوسائل هي من الضمانات القضائية التي قد يمنحها المشرع للخصوم والتي لا يمكن الاستغناء عنها حتى بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم على الرغم من إن هذه الأحكام تصدر من قاضي مختص لديه العلم والمعرفه بالنصوص القانونية وخبرة طويلة في الفصل في النزاعات و إصدار الحكم فيها وعليه فأنه من باب أولى أن يتم إقرارها أيضا بالنسبة لقرار المحكم، وذلك لكونه في اغلب الأحيان بعيداً عن القضاء ، فطبيعة الحال تنقصه الخبرة العلمية والعملية في أصدار القرار التحكيمي فضلاً عن ذلك فأن منح الأطراف حق الطعن بالقرار يسمح للقضاء في مراقبة مدى احترام المحكم القواعد القانونية و أجراءات التحكيم ومن ثم حماية الخصوم من الاخلالات التي يرتكبها المحكم بحقهم[2]،وهو ما يبدو أنه الاقرب للدقة وذلك من أجل تدارك ما وقع في الحكم من خطأ سواء أكان هذا الخطأ وقع في القانون أو الواقع إذ من غير المقبول ان يعترف بحكم تحكيمي مشوب بالخطأ ، فحكم التحكيم الصادر عن المحكم و المستند الى مجرد الأتفاق الخاص بين الأطراف الأستثمارية له طبيعة وأوصاف الحكم القضائي الذي يتمتع بحجية الأمرالمقتصي به والقوة التنفيذية ، وعليه فلا يمكن ان يظل بمعزل عن الرقابه وذلك من اجل ضمان عدالة الحكم، الا ان طرق الطعن يجب ان لا تكون بالمنهج نفسه المستعمل للطعن بالأحكام القضائية وذلك من اجل ضمان سرعة الفصل في النزاع على اعتبار ان اتباع ذلك قد يؤدي الى اطالة امد النزاع مما يتنافى مع الهدف الرئيس الذي من وراءه لجأ أطراف عقد الأستثمار الى التحكيم .

هذا وتتباين التشريعات الوطنية في موقفها من الطعن بأحكام التحكيم إذ أنها لم تتخذ موقفاً موحداً وأنما أنقسمت على أتجاهين ، ساوت التشريعات التي اخذت بالأتجاه ألاول بين الأحكام التحكيمية وأحكام القضاء بأعتبار المحكمين يمارسون جزءاً من العملية القضائية بتخويل من المشرع في الدولة.و من ثم فأن هذه الأحكام تخضع لما تخضع له أحكام القضاء من طرق الطعن كالأستئناف

---

[1] حسام عبد اللطيف محي،مصدر سايق،ص153

[2] ينظر د.رمزي سيف،قواعد تنفيذ الأحكام و المحرارات الموثقة،ط9، دار النهضة العربية، القاهرة ،1970، ص87 ومصطفى صخري، موسوعة المرافعات المدنية و التجارية و الادارية و الجنائية،المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، 2005 ، ص 1110 ود.حفيظه السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم ، مصدر سابق، ص324 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والتمييز ، وأن كانت تمنع الخصوم من الاعتراض على الحكم التحكيمي[1]، لكون ذلك لايستقيم مع فكرة التحكيم ويهدد الفائدة المتوخاة منه بتقصير زمن المنازعات،كما أنه يتيح الفرصة للطرف الخاسر بالمماطلة العمدية فضلاً عن أن قبول هذا الطعن يؤدي الى أهدار أتفاق التحكيم بأرادة أحد الطرفين المنفرده،وذلك بمجرد تغيبه عن الحضور أمام المحكم او المحكمين،و من ثم يطعن بالاعتراض على الحكم الغيابي لكي تعود القضية من جديد أمام القضاء العادي[2]. إذ اجاز القانون الفرنسي الطعن بأحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية في م (1504) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ الطعن التي تنص على "أن الحكم التحكيمي الصادر في فرنسا في التحكيم الدولي يقبل الطعن بالابطال في الحالات المنصوص عليها في المادة 1502 "[3]، اما بالنسبة الى الطلب فيقدم الى محكمة الاستئناف وذلك حسب المادة (1505)[4].

في حين منعت التشريعات التي اخذت بالأتجاه الثاني الطعن في أحكام المحكمين بطرق الطعن العادية بصورة عامة على اعتبار ان الطعن موجه فقط الى أحكام القضاء من دون أحكام المحكمين . وهذا ما اخذ به المشرع المصري إذا أنه أجاز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم و ذلك

---

[1] من هذه القوانين القانون الدولي الخاص السويسري في م(160)،وقانون المرافعات الهولندي في م(1062-1065)

[2] حميد فيصل، مصدر سابق، ص 302.

[3] تنص المادة (1502) من قانون المرافعات الفرنسي على " لايجوز استئناف القرار الذي يعترف بالحكم التحكيمي او يمنحه الصيغة التنفيذية الا في الحالات التالية :

1-إذا فصل المحكم النزاع من دون عقد تحكيمي او بناءً على عقد تحكيمي باطل او انتهت مدته .

2-إذا لم يتم تشكيل الهيأة التحكيمية بصورة قانونية،أوْ لم يتم تعيين المحكم الوحيد وفقاً للاصول .

3-إذا فصل المحكم النزاع من دون التقيد بالمهمة التحكيمية التي عهد بها اليه .

4-إذا لم يتم احترام مبدأ الوجاهية .

5-إذا كان الاعتراف بالحكم التحكيمي او تنفيذه مخالفاً للنظام العام الدولي ."

[4] تنص المادة 1505 من القانون اعلاه على " يقدم طلب الطعن الى محكمة الاستئناف التي صدر الحكم التحكيمي في نطاقها ، ويقبل هذا الطعن منذ صدور الحكم ولا يعود جائزاً بعد انقضاء مهلة شهر اعتباراً من تبليغ الحكم التحكيمي المعطى الصيغة التنفيذية ".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حسب م(52) ف (2) من قانون التحكيم المصري النافذ إذ نصت على" يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفق الأحكام المبينة في القانون "[1].

أما القانون العراقي فقد اجاز الطعن بمضمون القرار التحكيمي وذلك من خلال تقديم طلب إبطال الحكم الى المحكمة المختصة بنظر النزاع وذلك حسب نص المادة (274) من قانون المرافعات التي تنص على " يجوز للمحكمة ان تصدق قرار التحكيم او تبطله كلاً او بعضاً ويجوز لها في حالة الابطال ان تعيد القضية الى المحكمين لأصلاح ما شاب قرار التحكيم ،أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها "، وسمح في المادة(275) من القانون ذاته بالطعن بقرار المحكمة الصادر بموجب المادة (274) اعلاه بكل طرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام القضائية ما خلا طريق الاعتراض على الحكم الغيابي إذ نصت على"الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة وفقاً للمادة السابقة غير قابل للأعتراض وإنما يقبل الطعن بالطرق المقررة بالقانون" .

الفرع الثـــاني

أسباب بطلان حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

تقوم القوانين التي تعالج التحكيم في كل دولة بتحديد اسباب بطلان حكم التحكيم بصورة حصرية بحيث لا يجوز للأطراف الطعن ببطلان حكم التحكيم الا إذا كان المشرع قد نص عليه.

والواضح من نص م(1484)من قانون المرافعات الفرنسي و م(53)من قانون التحكيم المصري وم(273) من قانون المرافعات العراقي أن اسباب بطلان القرار التحكيمي هي :

أولاً: إذا لم يوجد أتفاق تحكيم أو كان هذا الأتفاق باطلاً او سقط بأنتهاء مدته.

أن وجود أتفاق التحكيم في عقود الأستثمار الأجنبي يعد أمراً لا مفر منه طالما أنه يستند الى أرادة الأطراف التي تعطي للتحكيم بالأتفاق على اختياره لحل نزاعهم أساساً تعاقدياً يستمد منه المحكمون

---

[1] ينظر م(242) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني وم(230) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية السوري و م(186) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي وم (799) من قانون اصول= =المحاكمات المدنية اللبناني وم(767)من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وم(18)من قانون التحكيم السعودي و م(48)من قانون التحكيم الاردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سطلتهم و نطاق هذه السلطة ومن ثم إذا ادعى أحد الأطراف أمام القاضي بعدم وجود أتفاق التحكيم فأن على الاخير أن يبحث الوجود القانوني لهذا الأتفاق[1].

ومن ثم فأن بطلان أتفاق التحكيم لعدم صحته أو لعدم قابلية العلاقة للحل بطرق التحكيم، يجيز للقاضي الفصل في هذه المسائل مطبقاً القواعد القانونية الواردة في هذا القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع[2].

وهو الأمر ذاته بالنسبة لسقوط أتفاق التحكيم لانتهاء المدة المحددة للمحكمين لأصدار حكمهم إذ يفصل القاضي في هذه المسائل بالبحث اولاً عن المده المحددة أتفاقاً . فإذا لم تكن قد حددت فأنه يبحث عنها قانوناً في القانون المطبق على الأجراءات التحكيمية فإذا صدر الحكم بعد أنتهاء الميعاد المحدد أتفاقاً او قانوناً ابطل لصدوره بعد الميعاد ، ومن الأحكام القضائية الخاصة بالمنازعات الأستثمارية التي أكدت ذلك هو حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 15 يونيو1994 في قضية شركة sonidep ضد sigmoi.و تتلخص وقائع هذه المنازعة بشأن بيع شحنتين بتروليتين من ألاولى الى الثانية ،ونص في عقد البيع على ان صحة العقد تخضع للقانون الفرنسي و ان كل منازعة يتم الفصل فيها بواسطة التحكيم الذي يعقد في باريس وتسري عليه قواعد القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي.ولقد شرعت شركة sigmoilفي أتخإذ أجراءات التحكيم واصدر المحكم حكمه في 15 سبتمبر 1990،وهو الحكم الذي طعنت عليه شركة sonidep لصدوره بعد سبعة عشر شهراً من قبول المحكم للمهمة أمام محكمة باريس التي أصدرت حكمها في 26 مارس 1992 برفض دعوى البطلان. ولقد نعت شركة sonidep على حكم محكمة استئناف باريس رفضها تطبيق القانون الفرنسي على أجراءات التحكيم ورفضت من ثم تطبيق م(1456)من قانون المرافعات الفرنسي والتي أرتأت وفقاً لتقديرها أنها تطبق بشكل مكمل على تحديد المدة والتي يتعين فيها على المحكم ان يصدر فيها الحكم النهائي.ولقد نعت الشركة ايضاً على محكمة استئناف باريس عدم تقديرها للأثار المترتبه على ما ابدته من ملاحظات التي وفقاً لها لا يتضمن أتفاق التحكيم ولا اللائحة والتي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون

---

[1] د.صلاح الدين جمال الدين ود.محمود مصيلحي،الفعالية الدولية لقبول التحكيم في المنازعات الدولية،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2004 ،ص123.

[2] ينظر م (1484) ف(1) من قانون المرافعات الفرنسي ، م (1065) ف(1) من قانون المرافعات الهولندي ، م (190) ف (2) من القانون الدولي الخاص السويسري ، م (53) ف(1) من القانون التحكيم المصري ، م (273) ف(1) من قانون المرافعات العراقي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التجاري الدولي أي نصوص تتعلق بمسألة تحديد الميعاد الذي يتعين فيه على المحكم أن يصدر الحكم المنهي للخصومه ،وعند تعرض محكمة النقض الفرنسية لهذا الوجه من اوجه الطعن أنتهت أنه "لما كان من الثابت أن التحكيم في المنازعة لا يخضع لأرادة الأطراف وأنما الى القانون الفرنسي الذي يقضي تقيد سلطة المحكمين بأصدار الحكم في الميعاد القانوني المحدد في حالة عدم أتفاق الأطراف على تحديد الميعاد، فأنه يجب بطلان حكم التحكيم بسبب عدم صدوره خلال المدة التي نصت عليها م (1456) من قانون المرافعات الفرنسي ".[1]

ثانياً : إذا تم تعيين المحكم أوتشكيل هيأة التحكيم على وجه مخالف للقانون او لأتفاق الطرفين.

يبطل الحكم التحكيمي في الأستثمار الأجنبي إذا تم تشكيل هيأة التحكيم سواء أكانت مشكلة من محكم واحد أو اكثر، تشكيلاً مخالفاً للأتفاق ،أو القانون إذ ينبغي أحترام النظام الاجرائي المنظم لتشكيلها سواء أكان أتفاق تحكيم، أم القانون المطبق على الأجراءات من إذ عدد المحكمين و كيفية تعيينهم و الشروط الواجب توافرها فيهم بحيث يبطل حكم التحكيم إذا كانت هيأة التحكيم قد شكلت من محكمين أثنين في حين يتطلب القانون المطبق على الأجراءات الذي اختاره الأطراف ان يكون عددهم فردياً، و يبطل حكم التحكيم إذا قام أحد الأطراف في أتفاق التحكيم بتعيين جميع المحكمين في حين يتطلب أتفاق التحكيم أن يشترك الطرفان في تعينهم[2].إذ يكون التحكيم باطلاً في حالة تشكلها بشكل مخالف للقانون لأن كل ما ينبني على الباطل يعد باطلاً و ذلك وفقاً للمبادئ العامة.[3] وهذا ما قضت به محكمة النقض المصريه في حكمها الصادر في 1987/6/13 التي تتلخص وقائعها في أن شركة مصر للتأمين قد اقامت دعوى على شركة الاسكندرية للتوكيلات الملاحيه بصفتها وكيله عن السفينه (ديمون تريدر) بطلب الزامها بدفع مبلغ معين ،وقالت بياناً لدعواها ان شركة مصر حلوان للغزل والنسيج استوردت رسالة من المشمع شحنت من مرسيليا (فرنسا) الى الاسكندرية على السفينه المشار إليها بمقتضى سند شحن مؤرخ في 1981/2/28 ،وعند وصول السفينه الى ميناء الاسكندرية في 1981/3/20 تبين أن بالرساله عجزاً قدرت قيمته بالمبلغ المطالب

---

[1] أشارت اليه ، د.حفيظة السيد الحداد،الطعن بالبطلان على حكم التحكيم،دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 . ص161 وما بعدها .

[2] د.هشام صادق،تنازع القوانين،مصدر سابق ،ص398 .

[3] ينظر م(1484) من قانون المرافعات الفرنسي،(م1065) ف(2) من قانون المرافعات الهولندي،م(53) ف(4) من قانون التحكيم المصري ،م (273) ف (2) من قانون المرافعات العراقي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

به ، ولما كانت الرساله مؤمناً عليها لدى شركة مصر للتأمين وبتاريخ 1982/5/24 قضت محكمة اول درجه بعدم قبول الدعوى لسبق الأتفاق على التحكيم .

استأنفت شركة مصر للتأمين هذا الحكم ،وبتاريخ 1983/4/5 قضت محكمة استئناف الاسكندرية بتعديل الحكم المستأنف الى عدم قبول الدعوى بحالتها الراهنه.وطعنت شركة مصر للتأمين في هذا الحكم بطريق النقض لمخالفته للقانون ،واستندت الشركة الطاعنه بصفه خاصه على أن الماده (502) ف(3) من قانون المرافعات التي توجب تعيين اشخاص المحكمين في أتفاق التحكيم ،أو في أتفاق مستقل تتعلق بالنظام العام ويتعين اعمالها ولو اتفق على اجراء التحكيم في الخارج .

وأخيراً قضت محكمة النقض المصر يه" ببطلان الحكم وذلك لمخالفته لأحكام القانون التي توجب بطلان الحكم في حالة عدم تعيين اسماء المحكمين "[1].

ثالثًا: إذا فصل المحكم ،أو هيأة التحكيم في النزاع من غير الالتزام بالمهمة الموكلة اليه.

إذا فصل المحكم الأستشاري في النزاع من دون مراعاة للمهمة المعهودة بها إليه، أو لحدودها كما وردت في قانون التحكيم فعندها يجوز رفع دعوى بطلان التحكيم،و يتخذ فصل المحكم في النزاع من دون الالتزام بالمهمة الموكلة إليه صوراً منها ان يفصل المحكم في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف على أساس التسوية الودية غيرملتزم بتطبيق القانون، في حين ان أطراف أتفاق التحكيم كانوا قد قرروا فيه أن يفصل المحكم في النزاع، وفقاً للقواعد القانونية أي لم يعهدوا للمحكم بالفصل على أساس التسوية[2].أو أن يفصل المحكم في مسألة تقع خارج نطاق الأتفاق او ان يغفل الفصل في مسألة أتفق على العهد اليه بها لأجل ذلك، فقد قضت محكمة النقض الفرنسيه في 22/أكتوبر/1991في المنازعه الناشئه بين شركة Compania Valenciana de Cementos Portland SA h الاسبانيه وشركة primary Coal الأمريكية ببطلان الحكم التحكيمي لان المحكم لم يطبق القانون الذي أتفق الأطراف على أن يفصل ألاول النزاع بموجبه . وتتلخص وقائع هذه القضية في أن عقداً أبرم بين الشركة الاسبانيه والشركة الأمريكية الذي بمقتضاه تلتزم الشركة ألاولى بتسليم الاخيره كميات محدده من الفحم وفقاً لسعر يتم تحديده كل ستة أشهر ،والذي اشترط فيه أن تعرض المنازعه الناشئه بينهما للتحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجاره الدولية وذلك وفقاً للمادة

---

[1] اشار اليه د.محمد ماجد خلوصي ، قضايا تحكيميه ، دار الكتب القانونيه ،مصر ،2008 ،ص212 .

[2] ينظر م (1484) ف (3) من قانون المرافعات الفرنسي ، م (1065) ف (3) من قانون االمرافعات الهولندي ، م (53) ف (1) من قانون التحكيم المصري ، م (273)ف (3) من قانون المرافعات العراقي .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخامسة من العقد المبرم بين الشركتين وأعمالاً لنص المادة المذكورة قرر المحكم في حكمه الصادر في أول سبتمبر 1988في القضيه رقم 5953 ان النزاع المعروض عليه سوف يتم حسمه وفقاً لعادات التجاره الدوليه أو مايطلق عليه قانون التجارة الدولية . ولما كان هذا الحكم لم يلق قبول الشركة الاسبانية فأنها قامت بالطعن فيه أمام محكمة أستئناف باريس بسبب مخالفة المحكم مهمته بتطبيقه قانون التجارة الدولية على النزاع المعروض عليه من دون أن تكون الأطراف قد اشارت الى تطبيق هذا القانون . ولقد ذهبت محكمة النقض الفرنسيه في حكمها اعلاه الى(قبول الطعن المرفوع أمامها ورفض حكم محكمة أستئناف باريس مقررة أن المحكم بأعماله لقواعد التجاره الدوليه المستخلصة من الممارسة العملية التي تلقت تكريس الانظمة القضائية الوطنية على موضوع المنازعة المعروضة عليه لايكون قد فصل فيها حسب القانون الذي يمليه عليه الالتزام الوارد في العقد)[1].

رابعا : عدم احترام المحكم او هيأة التحكيم لمبدأ المواجهه بين الطرفين المتنازعين .

يعد سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية حالة عدم احترام المحكم لمبدأ المواجهة في جميع مراحل الأجراءات التحكيمية الذي يمثل أحدى المبادئ الاساسية لأي فصل في نزاع سواء أكان قضائياً أم تحكيمياً. إذ ينبغي على المحكم أن يمكن كل طرف من تقديم ادلته وحججه، و من العلم بأدلة الطرف الاخر وحججه في الوقت المناسب، وأعطائه الفرصة المناسبة لتفنيدها والرد عليها ، كما ينبغي على المحكم أن يبلغ كافة الوثائق التي تنتهي إليه كتقارير الخبراء وغيرها الى أطراف الخصومة التحكيمية وان يدعوهم الى ابداء الرأي والمناقشة حول أي دفع واقعي ،أو قانوني يصل اليه المحكم[2]. وعلى القاضي اثناء نظر دعوى البطلان بسبب عدم تطبيق هذا المبدأ أن لا يكتفي بالرجوع الى القواعد المطبقة الواردة في أحدى المصادر من أتفاق تحكيم أو لائحة تحكيم أو قانون وطني واجب التطبيق، بل عليه البحث في هذه المصادر مجتمعةً للفصل فيما إذا كان الحكم قد فصل في النزاع من دون خرق لمبدأ المواجهة[3]. فإذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم اعلأنه اعلاناً صحيحاً بتعيين محكم ،أوْ بأجراءات التحكيم ،أو لأي سبب

---

[1] اشارت اليه د حفيظه السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مصدر سابق ، ص175 .

[2] ينظر د. فوزي محمد سامي ،مصدر سابق ،ص391 و د.صلاح الدين جمال الدين ود.محمود مصيلحي ، مصدر سابق،ص124.

[3] ينظر د. ابراهيم أحمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص172.173

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أخر خارج عن ارادته ومع ذلك اصدر المحكم ،أوْ هيأة التحكيم الحكم فيمكن الطعن فيه بالبطلان لعدم احتوائه حقوق الدفاع للمساس بمبدأ المساواة المطلقة بين الأطراف أمام هيأة التحكيم[1] .

خامساً : إذا خالف المحكم ،أو هيأة التحكيم قاعدة من قواعد النظام العام الدولي

يجب التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي إذ يقصد بألاول "مجموعة المبادئ المستخلصة من القانون الداخلي ". اما الثاني فيقصد به "فهو مجموعة المبادىء المستخلصه من المقتضيات الأساسية في مختلف القوانين الوطنية وخاصةً القانون الدولي"[2]. والغرض من هذه التفرقة هو تقييد حالات بطلان أحكام التحكيم الدولية ومصدرها في أضيق الحدود إذ ان العلاقة الوحيدة القائمة بين النظام العام الداخلي، والنظام العام الدولي هي علاقة السعة والضيق بحيث يعد النظام العام الدولي في قلب النظام العام الداخلي، والعكس غير صحيح بمعنى ان ما يعد من النظام العام الدولي يعد بالضرورة من النظام العام الداخلي في حين ليس كل ما يكون من النظام الاخير يعد جزءاً من النظام العام الدولي[3]. إذ يجب ابطال حكم التحكيم في حالة تعارضه مع النظام العام على اعتبار أنها القواعد العليا في أي دولة التي لايجوز لأي من الأطراف مخالفتها في كل الاحوال لأعتماد الاستقرار القانوني عليها ولعل اهم المسائل التي تتعارض مع النظام العام الدولي وفقاً للمفهوم السائد في العديد من الدول مشكلة الفساد والغش والرشوة وهذا ما قضت به صراحةً بعض أحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية كما في حكم محكمة أستئناف باريس الصادر في 10 سبتمبر 1994 في قضية شركة **alsthem turbine** ضد شركة **westman** الذي حكمت بموجبه بأبطال حكم التحكيم لكونه مخالفاً للنظام العام.وتتلخص وقائع هذه القضية أنه في 11 ديسمبر 1985 أبرمت الشركة الفرنسية **alsthem turbines** والتي كانت ترغب في المشاركة في المناقصة الخاصة بمشروع بتروكيماوي **arak** والذي كان المقاول فيه شركة ايرانية، عقداً مع الشركة الانكليزية **westman** بهدف تسهيل أختيارها المسبق في المشروع و لقد حددت مهمة شركة **westman**في العقد المذكورعبارات فضفاضة إذ حدد دورها بأن تقدم لشركة **alsthem turbines** أكبر قدر ممكن من المعلومات وأن تمدها بالمقترحات و كل النصائح المفيدة من اجل الفوز بالتعاقد في أفضل شروط ممكنة وأن تقدم لها أيضا كل المساعدة التي يتوقع تقديمها .وبالمقابل

---

[1] د.حفيظة السيد الحداد،الطعن بالبطلان،مصدر سابق،ص193.

[2] ينظر د.سامية راشد،التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ،مصدر سابق،ص178

[3] ينظر د.عبد الحميد الأحدب،موسوعة التحكيم،مصدر سابق،ص538 و ما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لهذه الالتزامات الواقعة على شركة **westman** فأنه كان من الطبيعي أن ينص على أن تتلقى شركة **westman**عمولة يتم تحديدها بشكل لاحق من خلال أتفاق جديد يبرم بين الأطراف شريطة أن تغطي هذه العمولة كل النفقات، أياً كانت طبيعتها التي تم انفاقها بواسطة هذه الشركة ولقد نص أيضاً على ان هذه العمولة لن تكون مستحقة سواء بشكل كلي ،أو جزئي ألاّ إذا تم رسو العطاء على الشركة **alsthem turbines** في المدة المحددة ،و لما كان هذا الشرط الاخير قد تحقق نظراً لابرام الشركة الاخيرة في 12 مارس 1989 لعقد توريد توربينات الغاز مع المشروع المذكور فأن شركة **westman** طالبت شركة **alsthem turbines** بالوفاء بالعمولة التي يمنحها العقد المبرم بينهما في الحصول عليها و التي حددتها بمبلغ 6% ثم بعد ذلك 3% من مجموع المبالغ التي سيتم دفعها لشركة **alsthem turbines** بواسطة المشروع .ونظراً لرفض الاخيرة دفع العمولة المتفق عليها فأن شركة **westman** شرعت في اتخاذ أجراءات التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية في باريس أعمالاً لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما الذي ينص على ان كل منازعة تنشأ عن هذا الأتفاق يتم حسمها بشكل نهائي وفقاً لقواعد المصالحة والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس ثلاثة محكمين يتم تعينهم وفقاً لقواعدها ،وقد قبلت شركة **alsthem turbines** المشاركة في التحكيم .ولقد تمسكت أمام هيأة التحكيم بشكل أصلي أن العقد محل المنازعة يتعين القضاء ببطلانه بسبب عدم مشروعيته سببه ،فالمهمة الحقيقية التي كان منوطاً بشركة **westman** القيام بها تتلخص في أستعمال كل الوسائل من اجل التأثير على المقاول في اختياره لمن ترسو عليه المناقصة و أحتياطاً ادعت شركة **alsthem turbines** أن شركة **westman** لم تمارس أي نشاط ومن ثم فأنه لا يحق لها المطالبة بأية مبالغ اياً ما كانت بناءً على العقد الذي لم تقم بتنفيذه .و لقد قامت شركة **alsthem turbines** بالطعن بالبطلان على حكم التحكيم الذي أصدرته هيأة التحكيم في 21 مارس1992 و التي تلزمها بدفع عمولة لشركة **westman** تقرر بنسبة 4% من قيمة الصفقه المبرمة بينها و بين الشركة صاحبة المشروع .وذلك أستناداً لنص م(1502 ف 5 و1504) من قانون المرافعات الفرنسي و التي تعطي الحق للقضاء الفرنسي بالحكم بالبطلان على حكم التحكيم إذا خالف النظام العام الدولي إذ أنه يعترف بأثار عقد سببه ومحله ينصبا على أستغلال النفوذ و تقديم الرشوة و يعترف بالغش و التدليس الذي قامت به شركة **westman** والذي أظهرت أدانتها به في مواجهة هيأة التحكيم .لذلك قضت محكمة أستئناف باريس ببطلان حكم التحكيم الصادر في 21 مارس 1994 على اعتبار أنه عقد ينصب محله وسببه على أستغلال النفوذ وتقديم الرشوة [1].

[1] أشارت له د.حفيظة السيد الحداد ،مصدر سابق ،ص211 و ما بعدها .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

يقصد بتنفيذ الحكم التحكيمي "الطلب من الخصم الذي صدر الحكم ضده ان ينفذ ما جاء بالحكم التحكيمي رضاءً وفي حالة أمتناعه يجبر على ذلك بموجب الأجراءات التنفيذية لقانون الدولة التي يتم التنفيذ فيها"[1] . هذا وتعد مرحلة تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية من المراحل العامة التي يمر بها التحكيم إذ يسعى الطرف الرابح إلى استرداد حقوقه وجني ثمارها التي كان ينازعة فيها الطرف الخاسر والذي إما أن يمتثل للحكم الصادر بالفصل في هذه الحقوق وينفذ طواعيةً واختياراً ،أو يرفض هذا التنفيذ الاختياري مما يضطر الطرف الرابح إلى اللجوء الى القضاء الوطني في الدولة التي يرغب التنفيذ فيها طالباً الأمر بالتنفيذ جبراً عن الطرف الخاسر ممن يملك سلطة القهر والاجبار.ويختلف الأسلوب الذي تتبعه الدول في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فمنها ما تتبع اسلوب المراجعة ومنها ما تتبع اسلوب المراقبة .

وعليه سنقسم هذه المبحث على مطلبين سنحدد معنى تنفيذ حكم التحكيم في المطلب ألاول، وفي المطلب الثاني سنحدد أساليب هذا التنفيذ .

المـــطلب ألاول

معنى تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

[1] للمزيد ينظر ،درع حماد عبد ،عقد الامتياز ،أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة النهرين ،بغداد،2003، ص213 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بعد صدور الحكم التحكيمي في عقود الأستثمارات الأجنبية يمكن للطرف الذي حكم عليه أن ينفذه طواعيةً واختياراً فينتهي الحكم عند هذا الحد ،وهذا ما يسمى بالتنفيذ الأختياري،أو قد يمتنع عن التنفيذ فيصبح المحكوم له بحاجة للاستعانة بالسلطة القضائية لأعطاء الحكم قوة التنفيذ ليمكن أكراه المحكوم عليه على ذلك وهذا هو التنفيذ الاجباري .

هذا وتشترط معظم التشريعات مجموعة من الشروط يجب أن تتوفر في الحكم التحكيمي الأستثماري ، من أجل الحصول على الصيغة التنفيذية وعليه سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع ، سنخصص الفرع ألاول منها لأيضاح أنواع تنفيذ الحكم التحكيميفي هذه العقود ،وسنحدد في الفرع الثاني الشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي ،وسيكون الفرع الثالث معقوداً لبيان أجراءات تنفيذ هذه الأحكام .

الـــفرع ألاول

أنواع تنفيذ حكم التحكيم

يحتل التنفيذ الاختياري لأحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية المرتبة ألاولى بصدد تنفيذ الأحكام ، إذ ان رفض التنفيذ الاختياري أمر نادر الحدوث خاصةً وأن أمتثال الطرف الخاسر للحكم الصادر ضده وتنفيذه طواعيةً وأختياراً يقود الى استمرار العلاقات الودية بين أطراف التحكيم بل ويدفعها قدماً الى الأمام، وهو هدف اساسي وجوهري من اهداف لجوئهم الى قضاء التحكيم بدلاً من القضاء الوطني.[1] وكذلك أدراك أطراف العلاقة الأستثمارية ما يمثله رفض التنفيذ الأختياري للحكم من منافاة لروح التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية نفسه، إذ أنهم قد أتفقوا بمحض ارادتهم على اللجوء الى قضاء اختياري خاص بعيداً عن القضاء الوطني يعهدون فيه نزاعهم الى محكمين مختصين يشتركون معاً في تعيينهم لما لهم من خبرة ودراية بالفصل في المنازعات الأستثمارية اهلتهم الى حيازة ثقة الممارسين للانشطة الأستثمارية ،ومن ثم ثقة من اختاروهم من أطراف التحكيم

[1] د. عاشور مبروك ،مصدر سابق ،ص2 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في عقود الأستثمارات الأجنبية . و عليه فيكون من السهل على الطرف الخاسر أن يمتثل للحكم التحكيمي الصادر الذي أشترك في أصداره محكم كان قد اختاره بنفسه لحيازة الاخير على ثقته[1].

وهكذا فإذا أنتفت الرغبة المشتركة بين الأطراف في المحافظة على روح العملية التحكيمية كما أتفقوا عليها فان الطرف الخاسر سيفكر أولا أكثر من مرة قبل أن يرفض التنفيذ الاختياري للحكم واضعاً في ذهنه جزاءات مادية ومعنوية قد تناله لرفضه هذا، فهنا لايكمن وراء التنفيذ الاختياري رغبة الأطراف في عدم الخروج على روح التحكيم فحسب بل سلطة القهر في التجارة الدولية التي تختلف عن سلطة القهر بالمعنى المادي التي يعرفها تنفيذ أحكام القضاء الوطني ،إذ يأخذ القهر لتنفيذ قرارات التحكيم التجاري الدولي في مجال التجارة الدولية معنى أقتصادي يلعب الدور نفسه الذي يلعبه قهر السلطة بمفهومه في القوانين الداخلية[2].

وعلى الرغم من أنه غالباً ما يتم تنفيذ أحكام التحكيم في مجال الأستثمار الأجنبي اختياراً ، لكن الأمر لا يخلو من تعمد الطرف الخاسر من التمادى وبسوء نية الى نهاية المطاف غير ملتفت الى الجزاءات المعنوية التي يفرضها التعامل في مجال الأستثمار منها نظرة المتعاملون الأستثماريون له وعدم التعامل معه مجدداً ، مما يدفع الطرف الرابح اللجوء الى القضاء الوطني في الدولة التي تقرر تنفيذ الحكم فيها طالباً أمر تنفيذ ،أو تأييد للحكم التحكيمي يلزم الطرف الخاسر تنفيذه كما لو كان حكماً قضائياً، وهذا ما يسمى بالتنفيذ الاجباري[3] . ذلك ان امتناع الطرف الذي صدر ضده قرار التحكيم عند تنفيذه،يرتب على الاخير عبء البحث عن طريقة يستطيع بموجبها تنفيذ القرار لاجبار الخصم على ذلك بموجب الأجراءات التنفيذية لقانون البلد المراد تنفيذ القرار فيه، و هذه الأجراءات قد تكون بحجز الاموال او بالحبس بالنسبة للأشخاص الطبيعية[4].

الـفرع الثـاني

شروط تنفيذ حكم التحكيم

---

[1] ينظر د. عبد الحميدالأحدب،موسوعة التحكيم ،مصدر سابق ،ص489 و ما بعدها.

[2] ينظر د.أبو زيد رضوان ، مصدر سابق ،ص48 .

[3] درع حماد،مصدر سابق،ص213

[4] ينظر د. يعقوب يوسف صرخوه،أحكام المحكمين وتنفيذها ،ط1 ، من دون اسم مطبعة ، الكويت ، 1986 ، ص81 وما بعدها .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تحرص المحاكم الوطنية التي يطلب منها وضع الصيغة التنفيذية اللازمة لتنفيذ الحكم التحكيمي الأستثماري الصادر عن المحكم ،أو الهيأة التحكيمية على التأكد من تحقق شروطٍ معينه، في الحكم قبل ان تاذن بتنفيذه على المحكوم عليه إلاّ أن هذه الشروط تختلف من دولة أخرى . فقد اجازت بعض الدول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، ولكن بوصفها بمثابة أحكام قضائية اجنبية ، لهذا فأن تنفيذها يتم وفق شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية كالقانون المصري [1]. بينما سكتت قوانين أخرى عن بيأنه ،الأمر الذي دفع القضاء على ألاخذ بالمساواة بين الحكم التحكيمي الوطني والأجنبي من إذ قوة التنفيذ والحكم الوطني كالقضاء الفرنسي[2].

ومع ذلك فأن امكانية تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي عموماً والحكم التحكيمي الصادر في عقود الأستثمارات الأجنبية بوجه خاص، سواء أكان خاضعاً لأحكام الأتفاقيات الدولية أم لأحكام القانون الوطني في أية دولة من الدول تستلزم تحقق الشروط الآتية :-

أولا:مبدأ المعاملة بالمثل.

يقصد بمبدأ المعاملة بالمثل "وضع يتحقق عندما تضمن دولة ما أو تعد دولة أخرى بمعاملة ممثليها او مواطنيها أو تجارتها ،أو غير ذلك معاملة مماثلة او معادلة لتلك التي تضمنها لها الدولة الاخيرة ، أو تعدها به"[3] ووفقاً لهذا التصور فأن هذا المبدأ يقضي بأن تعامل المحاكم الوطنية في الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي بما يعامل به الحكم الصادر منها في البلد الأجنبي الذي صدر فيه الحكم.

---

[1] ينظر م(57) من قانون التحكيم المصري النافذ وبالأتجاه ذاته ينظر م(54) من قانون التحكيم الاردني وم(214) من قانون الأجراءات المدنية الاماراتي وم(33) من قانون التحكيم التونسي وم(534) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري .

[2] إذ على الرغم من خلو القانون الفرنسي من النص على الطريقة التي ينفذ بها الحكم التحكيمي الأجنبي، فقد قررت محكمة النقض في العديد من أحكامها منذ عام 1937 بأنه يجب معاملة الحكم التحكيمي الأجنبي معاملة الحكم الوطني ورتبت على ذلك أن رئيس المحكمة العليا هو المختص بمنح الأمر بتنفيذه بناءً على عريضة يقدمها اليه صاحب الشأن من دون مواجهة بين الخصوم . ينظر د.محسن شفيق،مصدر سابق،ص323

[3] د .حسن الهداوي ود.غالب علي الداوودي ،القانون الدولي الخاص،ج1،ط1، دار الكتب للطباعة والنشر ،جامعة الموصل، سنة 1981، ص269

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فلو كان قانون البلد الأجنبي لا يجيز تنفيذ الحكم الصادر في الدولة المطلوب منها التنفيذ ، او لا يعتد بحجية الحكم التحكيمي الصادر فيها و يوجب على صاحب الحق المحكوم به رفع دعوى جديدة في طلبه،او كان ذلك القانون يجيز تنفيذه بعد أن تراجعه المحاكم من ناحية الشكل او من ناحية الموضوع فأن الحكم الذي يصدر من الهيئات التحكيمية الأستثمارية في تلك الدولة يعامل المعاملة نفسها في الدولة المطلوب منها الاعتراف بالحكم التحكيمي الأجنبي و تنفيذه[1] .

ثانيـا:أن يكون الحكم التحكيمي الأستثماري نهائياً وقطعياً .

يجب أن يكون الحكم التحكيمي الأستثماري نهائياً وقطعياً ليحوز على قوة الأمر المقضي به في الدولة التي صدر فيها والمقصود بنهائية الحكم أي ان "الحكم ينهي النزاع بلا عودة مره أخرى للدعوى"[2]،هذا ولا يعد الحكم التحكيمي الأستثماري مكتسباًالدرجه القطعية ،إلاّ بعد أنتهاء مدة الطعن فيه ،أو صيرورته ملزماً بعد الطعن فيه بتصديقه من الجهة التي طعن فيه أمامها فإذا أكتسب الدرجة القطعية فأنه يتمتع بقوة الشيء المحكوم فيه ويكون قابلاً للتنفيذ[3]، ولا شك أن هذا الشرط يضمن أستقرار المعاملات وأحترام الحقوق المكتسبة ،إذ ما الحكمه من أصدار أمر بتنفيذ حكم يمكن الغاؤه فيما بعد ،وللتعرف على نهائية الحكم وقطعيته يجب الرجوع الى قانون الدولة التي صدر فيها .

ثالثـا: عدم تعارض الحكم التحكيمي الأستثماري مع حكم ،أو أمر سبق صدوره في الدولة التي يراد تنفيذه فيها .

من الشروط التي يجب توافرها في الحكم التحكيمي هو عدم تعارضه مع الأحكام ،أو الاوامر التي سبق وان صدرت في الدوله التي يراد تنفيذه فيها ،وذلك لان الحكم الاخير يعد عنواناً للحقيقة فيها لذا يضحى بالحكم الأجنبي في حالة وجود هذا التعارض ، ذلك ان وجود هذا الأمر بين الحكمين هو في حقيقته تعارض مع النظام العام ، وإذا تم ابطال حكم التحكيم في الدولة التي صدر فيها ،فأنه يصبح غير قانوني للتنفيذ في هذه الدولة ، ولكن وعلى الرغم من ذلك اتجه القضاء في بعض الدول ، مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية سعياً وراء تحقيق القدر الاعظم من الفعالية لأحكام التحكيم

---

[1] حميد فيصل ،مصدر سابق ،ص287

[2] بيداء علي ولي الجميلي ،تنفيذ أحكام التحكيم والقضاء الدوليين ،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة بغداد، سنة 2001 ،ص8 .

[3] د.مختار أحمد بريري،مصدر سابق ،ص286

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في العلاقات الدولية الخاصة الى الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على الرغم من ابطالها في الدولة التي صدرت فيها ، وذلك تأسيساً على ان اسباب البطلان التي ابطلت من اجلها تلك الأحكام لاتتوافر في قوانين هذه الدول ، إذ استند هذا القضاء في ذلك الى نص الفقرة ألاولى من المادة السابعة من أتفاقية نيويورك والتي تنص على أنه " لاتخل أحكام هذه الأتفاقية بصحة الأتفاقيات الجماعية ،أو الثنائية التي ابرمتها الدول المتعاقدة بشأن تنفيذ أحكام المحكمين ولا تحرم أي طرف من حقه في الافادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع او معاهدات البلد المطلوب اليها التنفيذ " . وقد تأكد هذا التوجه في قضية **Polish Ocean Line** إذ عبرت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك بلغة واضحة فأعلنت " لايجوز لمحكمة فرنسية رفض تنفيذ حكم تحكيم قد تم ابطاله أو وقف تنفيذه من السلطة المختصة في دولة اصدار الحكم ، وذلك إذا ما كانت الاسس التي تستند عليها معارضة التنفيذ على الرغم من ورودها في المادة الخامسة من أتفاقية نيويورك ليست نفسها الاسس المحددة في المادة 1502 من قانون المرافعات النافذ "[1]. كما اخذ بالاتجاة نفسه القضاء الأمريكي في قضية **Chromalloy** بين شركة **Aerosrevices Chromalloy**وحكومة جمهورية مصر العربية ، وتتلخص وقائع هذه القضية في ان نزاعاً قد نشب بين جمهورية مصر العربية والشركة الأمريكية بشأن العقد المبرم بين الطرفين الذي تعهدت بموجبه الشركة الأمريكية بتقديم معدات وخدمات ومعونة فنية متعلقة بطائرات الهليكوبتر . ولقد اشتمل العقد على شرط تحكيم تم النص فيه على تطبيق القوانين المصرية وعلى ان تكون القاهرة مكاناً للتحكيم ،كما أتفق الأطراف على ان يكون الحكم الصادر عن هيأة التحكيم نهائياً وملزماً ولقد جاء حكم هيأة التحكيم في صالح الشركة الأمريكية .

ولقد طعن الطرف المصري على هذا الحكم بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة التي أصدرت حكمها ببطلان حكم التحكيم؛ على أساس أن هيأة التحكيم قد أخطأت وطبقت قواعد القانون المدني المصري بدلاً من قواعد القانون الاداري المصري ، وبغض النظر عن الحكم الملغي فإن محكمة مقاطعة كولومبيا الأمريكية أجازت تنفيذ حكم التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية ، وذلك اسناداً الى نص أتفاق التحكيم الذي نص صراحة على استبعاد أي طريق للطعن على حكم التحكيم وكذلك الى المادة السابعة من أتفاقية نيويورك وان القسم رقم 10 من قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي

[1] Leboulanger Philipt ,op ,cit ،P. 140 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لايجيز لقاضي التنفيذ في الولايات المتحدة رفض تنفيذ أحكام التحكيم لوقوع خطأ من هيأة التحكيم في تطبيق القانون[1] .

رابعاً: ألا يكون الحكم التحكيمي الأستثماري مخالفاً للنظام العام والاداب العامة في الدولة التي يراد تنفيذه فيها .

تعد فكرة النظام العام من الافكار الاساسيه في علم القانون الذي يهدف الى حماية المبادىء والأسس العامة السياسية،أوْ الاقتصادية ،أوْ الاجتماعيه،أوْالخلقيه التي يقوم عليها المجتمع ، ولقد عرفت محكمة النقض المصريه النظام العام بأنه "القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحه عامه سياسيه ،أو اجتماعيه ،أو أقتصاديه تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصلحة الافراد ، إذ ينبغي على جميع الافراد مراعاة تلك المصلحه ولايجوز لهم الأتفاق على ما يخالفها نظراً لأن المصلحه العامه تسمو على المصلحه الفرديه "[2].

وعليه فعلى القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم التحكيمي الأستثماري التأكد والتحقق من مدى ملاءمته للنظام العام والآداب العامة في قانون دولته لأن قبول تنفيذ الحكم التحكيمي الأستثماري يعني الاعتراف بالحق الذي يتضمنه وفقاً للقوانين والاحوال المرعية في الدولة الأجنبية التي صدر فيها هذا الحكم والذي قد لا يكون ذلك موافقاً للنظام العام والآداب العامة ، إذ من غير المقبول ان ترجح مصلحة مستثمر اجنبي على المصالح العليا للدوله المضيفه للاستثمار[3].وهذا ما تم تأكيده في نزاع حصل حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في ايطاليا بناءً على شرط تحكيم وارد في عقد بين مستورد فرنسي ومصدر ايطالي إذ قضى الحكم بالتعويض للمصدر الايطالي،لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقديه إذ أنه لم يحصل على التصريح الخاص بالاستيراد في الوقت المناسب . وهذا الحكم واجب التنفيذ في فرنسا وقد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم وذلك بسبب بطلانه بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام الفرنسي لعدم مراعاته للقواعد الأمرة الخاصة بالتصدير ، وعليه حكمت محكمة النقض الفرنسيه ببطلان الحكم التحكيمي بسبب تعارض الحكم مع النظام العام.[4]

---

[1] Bertrand Moreu EtThierry Bernard,op ,cit , p213 .

[2] نقض مدني في 23/ابريل /سنة 1980 ، مجموعة أحكام النقض مشار اليها في مؤلف د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ط1 ، مطبعة السلام ، 1987 ، ص139 .

[3] حميد فيصل ،مصدر سابق ،ص289

[4] Leboulanger Philip ،OP،Cit ،P.121.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث

أجراءات تنفيذ حكم التحكيم

تختلف أجراءات التنفيذ لأحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية من دولة الى أخرى إذ تبدأ أجراءات تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية في فرنسا عن طريق طلب يتقدم به طالب التنفيذ في عقد الأستثمار الأجنبي الى القاضي الفرنسي المختص طالباً أصدار امر تنفيذ يفيد الموافقة على تنفيذ الحكم في فرنسا و يختص بأصدار امر التنفيذ في فرنسا كما حددته م (1500) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ وبألاحالة الى م (1477) من القانون ذاته قاضي تنفيذ محكمة استئناف باريس أو المحكمة الاستئنافية التي يختارها طالب التنفيذ بشرط ان يرتبط مكان الأجراءات بالاقليم الفرنسي و ذلك حسب نص م(1493) من قانون المرافعات الفرنسي ،فإذا ما تم أختيار محكمة أستئناف باريس أو المحكمة التي أختارها طالب التنفيذ في عقود الأستثمارات الأجنبية وجب على المحكم الأستثماري أو طالب التنفيذ أن يودع في صندوق المحكمة المستندات الوارد تحديدها في م(1499)من قانون المرافعات الفرنسي النافذ وهي :-

1. أصل الحكم و صورة رسمية منه .
2. أصل أتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه [1].

فإذا كانت هذه المستندات بلغة أخرى غير الفرنسية فعلى طالب التنفيذ حسب م(1499) ف(2) أن يقدم ترجمة لها بالفرنسية معتمدة من مترجم مسجل بقائمة الخبراء .فإذا ما دفع الطلب و المستندات الى صندوق أي من المحاكم الفرنسية أختص به قاضي التنفيذ في هذه المحاكم ، فإذا ما عقد الاختصاص لمن يعهد اليه بمهمة قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف الفرنسية ،بدأ القاضي الفرنسي في نظر الطلب تمهيداً للبت فيه،إذ عليه في هذا الشأن اولاً ان يعمل في أطار من نظام الاوامر على العرائض أي أنه يعمل ليقرر أما الموافقة على أصدار أمر،التنفيذ أو الرفض فقط من دون مواجهات ،أو مناقشات شفوية بين الأطراف ،إذ يبحث القاضي الفرنسي في حكم التحكيم المقدم إليه بحثاً ظاهرياً أولياً خارجياً ليكتفي فيه حسبما قررت م(1498)من قانون المرافعات الفرنسي بالتأكد من وجود حكم التحكيم ، أي من وجود متطلباته الشكلية ،ومن عدم مخالفة الحكم للنظام العام

[1] Rene David،OP،Cit،P.221.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدولي مخالفةً صريحةً واضحةً . فإذا وافق القاضي الفرنسي على اصدار الأمر بالتنفيذ قام بالتأشير بهذه الموافقة أي بوضع الصيغة التنفيذية في مسودة الحكم موقعةً ومؤرخه حسب نص م (1478)ف(1) من القانون ذاته، واما إذا رفض اعطاءه الأمر بالتنفيذ فأنه يلتزم بتسبب هذا برفض و ذلك حسب ف(2) من نفس المادة[1].

اما بالنسبة للقانون المصري فينفذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية بموجب أمر تنفيذ صادر عن قاضي التنفيذ في المحكمة المصرية المختصة وحسبما قررت م (56) من قانون التحكيم المصري النافذ فأنه لرئيس محكمة أستئناف القاهرة أو من يندبه من قضاته أو رئيس أي محكمة استئنافية مصرية أخرى يتفق عليها الطرفان أو من يندبه من قضاتها القيام بهذه المهمة . ولقد اوجب تقديم مستندات يلاحظ أنها المستندات نفسها التي نصت عليها م(1499) من قانون المرافعات الفرنسي . وهي أصل الحكم أو صورة موقعة منه ،أو صورة من أتفاق التحكيم وترجمة مصادق عليها من جهة معتمدة الى العربية لحكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ان لم يكن صادراً بالعربية ، فضلاً عن صورة من المحضر الدال على ايداع الحكم في قلم كتاب محكمة الاستئناف القاهرة او اي محكمة أستئناف مصرية أخرى يتفق عليها الطرفان[2]. كما ان على طالب تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية في مصر ان يستوفي أجراء الايداع المقرر في م(47) من قانون التحكيم المصري[3]. فإذا تقدم طالب التنفيذ في مصر الى قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف المصرية بالمستندات السابق ذكرها طالباً الأمر بتنفيذ الحكم فأن هذا الأمر لايخلو من أحد احتمالين ، فاما أن يكون ميعاد الطعن في الحكم بدعوى البطلان لازال مفتوحاً ام لا، ففي الحاله ألاولى، لايقبل القاضي تنفيذ الحكم التحكيمي وذلك حسب نص م(58)ف(1) من قانون التحكيم المصري التي تعد الحكم التحكيمي قبل أنقضاء ميعاد دعوى البطلان غير ملزم للأطراف ، ومن ثم يرفض طلب تنفيذه . أما في الحاله الثانيه فان طلب تنفيذ الحكم يتم قبوله تمهيداً للنظر فيه. فإذا تم قبول طلب تنفيذ الحكم أمام قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف المصرية فان القاضي المصري ينظر في هذا الطلب بالطريقة نفسها التي ينظر بها قاضي التنفيذ الفرنسي، أي أنه ينظر على أساس الوثائق والمستندات فقط لا على اساس نظر حضوري في مواجهة الأطراف . فإذا أنتهى القاضي المصري من التحقق من شروطه كان له أما أن يحكم بالأمر بالتنفيذ أو يرفضه إذ لا يجوز له أن يحكم

---

[1]Philip Fouchard،OP،Cit،P،187

[2] ينظر م (56) من قانون التحكيم المصري .

[3] ينظر م (47) من قانون التحكيم المصري .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بتعديل الحكم ،أو ابطاله . فإذا أمر القاضي المصري بتنفيذ الحكم التحكيمي فان هذا الأمر يعد نهائياً ولايجوز التظلم منه، ومن ثم فأنه يقرر للمطلوب تنفيذه ضدة طريقة واحدة للأعتراض على الحكم وهي طريقة الطعن بالبطلان حصراً [1] .

أما بالنسبة للقانون العراقي فلم ينص على كيفية تنفيذ أحكام المحكمين الدولية،وان كان قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 المعدل قد اقتصر على تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة من محكمة مختصة ومؤلفة في الخارج ، بينما ينحصر نطاق تطبيق المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 على أحكام التحكيم الوطنية و بذلك تكون التشريعات العراقية ذات الشأن قد سكتت عن بيان الكيفية التي تنفذ وفقاً لها أحكام التحكيم .

وقد أنقسم الشراح العراقيين على أتجاهين أزاء هذا الموقف السلبي أحدهما يجيز التنفيذ والثاني يرفضه ،فقد ذهب الأتجاه ألاول الى القول بأمكانية تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في العراق على الرغم من عدم وجود نص يجيز ذلك ، على أعتبار أن قانون المرافعات العراقي لم يحدد في باب التحكيم الأحكام التي تدخل في نطاقه لذا لا يجوز تقييد نطاقه من دون نص . وعليه فأنه يشمل أحكام التحكيم الوطنية فضلاً عن الأحكام الأجنبية ، فالمطلق يجري على اطلاقة ما لم يقيد بنص . ومن ثم فيمكن (وفقاً لهذا الأتجاه) أن يتم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سواء كانت هذه الأحكام مشمولة بأتفاقات دولية التي تقضي بإمكانية تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ام لا ، فضلاً عن ذلك ان قبول تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ،قد أصبح من مبادئ القانون الخاص الاكثر شيوعاً لدى بلدان العالم لذا يمكن قبول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق بحسب رأيهم أستناداً الى نص م(30) من القانون المدني العراقي النافذ والتي تقضي "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقه من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً "[2]. في حين رفض الأتجاه الثاني هذا الأمر إذ ذهب ألاخذين به وبحق الى القول بعدم قبول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق ،إلاّ إذا كانت مشمولة بأتفاقية دولية ثنائية او جماعية تقضي بامكانية تنفيذ أحكام المحكمين في الدولة المتعاقدة التي يكون العراق طرفاً فيها ، كأتفاقية

---

[1] ينظر م(58) من قانون التحكيم المصري .

[2] علي حميد رضا ، مصدر سابق ، ص146 ود. محمد ظاهر معروف ، شرط التحكيم في عقود القانون العام والخاص ، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد ألاول ، 1967 ،ص64 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لسنة 1952،و أتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة 1983 والأتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 وغيرها من الأتفاقيات الأخرى .[1]

فقانون تنفيذ ألأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 وقانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، لم يشر نهائياً الى أحكام التحكيم الأجنبية وعليه فلا يمكن القول بأمكانية تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في العراق لأن هذا المبدأ لا يمكن أستخلاصه من بين النصوص الساكتة عنه. فضلاً عن ذلك فان قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة 1928 أشار صراحة الى نطاق تطبقه إذ يشترط ان يكون الحكم قد صدر من محكمة مؤلفة خارج العراق لامكانية تنفيذه في العراق [2].

هذا فضلاً عن ان القول بأن تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية يعد من مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً لدى بلدان العالم ،ومن ثم امكانية تطبيقه في العراق استناداً لنص م (30)من القانون المدني العراقي لا يمكن قبوله في هذا الصدد لان المادة المذكورة أقتصرت على موضوع واحد فقط من مواضيع القانون الدولي الخاص وهو تنازع القوانين الذي أشارت إليه المادة صراحة بقولها " و يتبع فيما لم يرد بشأنها نص للمواد السابقة من احوال تنازع القوانين ....."ولما كان تنفيذ الأحكام الأجنبية لا يعد من احوال تنازع القوانين فلا يمكن تطبيق هذه المادة عليه.

وعليه فان أحكام المحكمين الأجنبية ومنها أحكام المحكمين الصادرة لحسم نزاعات عقود الأستثمارات الأجنبية وفقاً لهذا التصور لاتقبل التنفيذ في العراق ،إلاّ إذا كانت مشموله بأتفاقيات دوليه ، ومن هذه الأتفاقيات أتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة 1983 ، والأتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987. فقد أشتملت هذه الأتفاقيات على أحكام تتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة في أحدى الدول المتعاقدة لدى الدول المتعاقدة الأخرى . ومن الأتفاقيات الثنائية معاهدة التعاون القضائي بين العراق وأتحاد الجمهوريات الاشتراكية والمصادق عليها بقانون رقم 104 لسنة 1973 والأتفاقية المعقودة بين مصر والعراق لعام 1964 التي قبلت ايضاً تنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في الدولتين وفقاً لأحكام الأتفاقية[3] . وعلى كل الاحوال يشترط القانون العراقي لتنفيذ قرارات التحكيم لدى دوائر التنفيذ أن تتم المصادقة على هذه القرارات من قبل المحكمة المختصة بعد دفع الرسوم المقررة لذلك ، وذلك حسب نص م(272)ف(1) من قانون المرافعات العراقي والتي تقرر "لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء أكان تعيينهم قضاءً أو أتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة

---

[1] ينظر د. حسن الهداوي ود.غالب الداوودي ،مصدر سابق ،ص282 ، وحميد فيصل ،مصدر سابق،ص299 .

[2] ينظر م(6) ف(ب)من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928المعدل.

[3] أشار اليها علي حميد رضا ،مصدر سابق ،ص305 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحدى الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة ". والغرض من هذا الاجراء هو مراقبة عمل المحكمين وذلك من خلال حكم التصديق أو الابطال الذي تصدره المحكمة المختصة على اعتبار ان المحكمين هم ليس كالقضاة من إذ الخبرة الطويلة في القضاء، والعلم بكل النصوص القانونية الوطنية ،والتأكد من أن القرار الذي أصدره ليس مخالفاً للقانون من إذ الشكل أوْ الموضوع.

أما بالنسبه الى أحكام التحكيم الداخلي ؛ فلا يوجد أي خلاف حول تنفيذها إذ أنها تنفذ مباشرةً ومن دون أي مشاكل على اعتبار أنها أحكام داخليه.

المطلب الثاني

أساليب تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

يختلف الاسلوب الذي ينفذ به حكم التحكيم من دولة الى أخرى إذ تكتفي بعض الدول بمراقبة الحكم من ناحية خارجية والتحقق فقط من مدى توفر الشروط الشكلية فيه لامكانية تنفيذه ، فيما تعطي دول أخرى لقضائها حق الرقابة على الحكم من ناحيتين الموضوعية والشكلية للحصول على الأمر بالتنفيذ ويشير الواقع العملي الى أن هناك اسلوبين لتنفيذ الأحكام التحكيمية يطلق على ألاول اسلوب المراجعة ويعرف الثاني بأسلوب المراقبة ، ولمعرفة المقصود بهذين الاسلوبين فأننا سنخصص لكل واحد منهما فرعاً خاصاً به.

الــفرع ألاول

أسلوب المراجعة

يقوم هذا الاسلوب على مراجعة الحكم المطلوب تنفيذه من السلطة المختصة في الدولة التي يراد تنفيذه فيها مراجعة موضوعية ، إذ لا يكتفي بمراجعة الحكم من الناحية الشكلية والاجرائية بل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للمحكمة المختصة الحق في مراجعته من إذ الموضوع ايضاً، فهي تستطيع أن تعرض للوقائع من جديد وتقوم بتفسير هذه الوقائع وفقاً لمنهجها في التفسير ولها مناقشة أوجه الدفاع في موضوع النزاع حتى يمكن لها أصدار الأمر بتنفيذ الحكم، كما يجوز لها الفصل في اي طلبات اضافية من جانب المدعي او المدعي عليه . ذلك لأن دعوى الأمر بالتنفيذ هي دعوى جديدة وفقاً لهذا التصور لا ينحصر موضوعها بمراقبة الحكم من إذ الشكل فقط[1].

وقد وجهت لهذا الاسلوب انتقادات كثيرة منها أنه يؤدي الى عرقلة نظام التحكيم . ويمس بأهم المبادئ التي يقوم عليها كالسرعة وتفادي بطئ الأجراءات القضائية والنفقات والنأي بالمنازعة بعيداً عن القضاء العادي، فضلاً عن ذلك فان هذا الاسلوب يعد أسلوباً جامداً يتنافى مع متطلبات التعاون الدولي في مجال تيسير تنفيذ الأحكام عبرالدول لأنه يمس الحقوق المكتسبة خاصةً ،وأن القاضي سيكون أمام صعوبات عند تقديره للوقائع في ظروف بعيدة عنه و ادلة تمت في الخارج[2] .

ويبدو و كنتيجة منطقية لهذه الأنتقادات عدم مصلحة المستثمرين في عقود الأستثمارات الأجنبية من اللجوء الى قانون دولة تتبع هذا الأسلوب في التنفيذ لأنه يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليه الأستثمار بصورة عامة أو الأستثمار الأجنبي بصورة خاصة من وجوب السرعة في البت في موضوع النزاع الى وجوب مرونة معطيات العمل على اعتبار ان الأستثمار يعد الركيزة الاساسية التي تعتمد عليها معظم الدول في أقتصادها والتي يجب ان تتسم بالمرونة من اجل جذب الأستثمار الى تلك البلدان، وعليه إذا ما كانت تتسم بطابع الجمود فهذا يجعل من مناخها الاقتصادي غير مرغوب الأستثمار فيها.

وفضلاً عن كل الذي تقدم يجب ان لا يفوتنا الأشارة الى أن هذا النوع من أسلوب التنفيذ يعطي الفرصة للقضاء في التدخل في حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وتعديله وفق ما تراه المحكمة مناسباً ، وهذا ما قد يضر بمصلحة المستثمرين ولا يحقق الغاية المنشودة التي من وراءها لجأ الخصوم الى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الأستثمارية وهي استبعاد القضاء عن الفصل في هذه المنازعات . ولم يأخذ المشرع الفرنسي بهذا الاسلوب في التنفيذ إذ أنه وكما ذكرنا سابقاً يبحث في حكم التحكيم المقدم اليه بحثاً ظاهرياً اولياً خارجياً حسب نص م(1488) من قانون المرافعات الفرنسي والتي تنص على "لايقبل القرار الصادر بمنح الصيغة التنفيذية اية مراجعة " إذ ان رقابة

---

[1] د مختار .أحمد بديري،مصدر سابق ،ص201 و ما بعدها

[2] ينظر د.الحسين السالمي،التحكيم و قضاء الدولة ،ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع ،من دون مكان طبع ،2008،ص531 و ما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قاضي التنفيذ الفرنسي على الحكم التحكيم تمهيداً لاصدار امر التنفيذ أو رفض اصداره هي رقابة جزئية موجزة على حكم التحكيم للتأكد من ضرورة توافر الوجود المادي له الذي يتحقق بتقديم المستندات والتي ذكرناها ومن عدم مخالفته الواضحة للنظام العام الدولي أي ينبغي على قاضي التنفيذ الفرنسي،أن يبحث عن المخالفة الواضحة للنظام العام الدولي وفق معايير الوضوح والثبات وليس بالبحث الداخلي[1] .

ولقد نحى المشرع المصري منحى المشرع الفرنسي اي ان القاضي المصري ينظر في طلب التنفيذ على اساس الوثائق والمستندات فقط لا على أساس نظر حضوري في مواجهة الأطراف،إذ أنه يكتفي بفحص المستندات المقدمة فحصاً ظاهرياً خارجياً للتأكد من توفر الشروط التي اوردتها م (58)ف(2) من قانون التحكيم المصري ، وعليه فلم يأخذ القانون المصري بهذا الاسلوب. أما بالنسبة للقانون العراقي فأنه انتهج نهجاً مخالفاً لما سار عليه القانون الفرنسي بالنسبة للأحكام التي يجوز ان تنفذ داخل العراق كما بينا سابقاً،إذ أنه اخذ بأسلوب المراجعة في م(274) من قانون المرافعات المدنية والتي تنص على "يجوز للمحكمة ان تصدق قرار التحكيم ،أو تبطله كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الابطال كلاً أو بعضاً ان تعيد القضية الى المحكمين لأصلاح ما شاب قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها".

ويتضح من المادة أعلاه ان للمحكمة سلطة تقديرية واسعة إذ أنها تستطيع ان تتجاهل الحكم وتتولى بنفسها الفصل في النزاع،بمعنى ان لها ان تتولى مراجعة الحكم من إذ الشكل والموضوع.

ونعتقد ان هذا النهج محل نظر، وذلك لكونه قد صادر على المطلوب وكأن المشرع يعطي بيد، ويأخذ القضاء باليد الأخرى،إذ أنه وبأتباعه لهذا الاسلوب في التنفيذ يعطي الصلاحية للمحكمة المختصة بتجاهل الحكم او تصحيحه او تعديله بحجة عدم موافقة الحكم تحكيمي للقانون شكلاً وموضوعاً . وهو ما يدفعنا الى دعوة المشرع العراقي أن ينتهج بذات النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي والمصري.

الفرع الثـــاني

أسلوب المراقبه

[1] فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 18 نوفمبر لسنة 1986 بأن القاضي المختص بالتنفيذ الذي لا يملك سلطة مراقبة تفسير الأتفاقيات الدولية لا يمكنه رفض امر تنفيذ بحجة ان هذا التفسير مخالف للتفسير الذي تأخذ به الحكومة الفرنسية " . أشار اليه حميد فيصل ، مصدر سابق ، ص298 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تقوم المحكمة المطلوب منها أصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الأستثماري وفقاً لهذاالاسلوب بالرقابة على الحكم من الناحية الخارجية أو الشكلية للتحقق فقط من توافر الشروط الشكلية التي يتطلبها قانون الدولة والذي يراد تنفيذ الحكم فيها في الحكم التحكيمي الأستثماري من دون ان يكون للقاضي المعروض عليه طلب الأمر بالتنفيذ مراقبة الحكم من الناحية الموضوعية وتقدير صحته، أو بطلانه ،أو ملائمة ما أنتهى اليه ،أو سلامة وصحة تفسيره للقانون والوقائع[1] . فقاضي التنفيذ اما أن يحدد الأمر بالتنفيذ ،أو يرفضه فهو ليس جهة استئنافية كما أنه ليس جهة مختصة تنظر دعوى بطلان الحكم التحكيمي إذ أن لهذه الدعوى قواعد ومواعيد خاصة تختص بنظرها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو المحكمة الاستئنافية [2].

وعليه يمكن القول بان سلطة القاضي تتقيد باجراء رقابة خارجية وشكلية من النواحي الاتية

1. التحقق من وجود أتفاق التحكيم وتوفر أهلية الخصوم.
2. قابلية النزاع للتحكيم و دخول موضوعه في نطاق أتفاق التحكيم و في سلطة المحكمين.
3. صدور الحكم ضمن المهلة المحددة قانوناً أو أتفاقاً .
4. مراعاة الشروط الالزامية الاساسية التي يجب تحققها في الحكم التحكيمي.
5. مراعاة المحكمين للمبادئ الاساسية للتقاضي.
6. عدم مخالفة النظام العام[3].

ولقد أخذ القانون الفرنسي بهذا الاسلوب في م(1488) إذ تنص على " لايقبل القرار الصادر بمنح الصيغة التنفيذية اية مراجعة ...." وهذا يعني ان سلطة قاضي التنفيذ تقف عند التحقق من وجود حكم التحكيم وأتفاق التحكيم وله ان يراقب الشروط الخارجية ولا يتطرق لفحص موضوع الحكم . وعلى النهج نفسه سار المشرع السويسري والمشرع الهولندي إذ ان هذيين القانونين لم يعطيا الى القاضي السلطة في مراجعة الحكم التحكيمي أو أحداث أي تغيرات في الحكم إذ اكتفت كما فعل المشرع الفرنسي بمراقبة الحكم التحكيمي[4]،وهكذا فأن رقابة قاضي التنفيذ في هذه القوانين على حكم

---

[1] د.أحمد ضاعن السمران، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية،بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد ألاول ،الكويت 1988 ،ص25

[2] د.عاشور مبروك ،مصدر سابق ،ص 136

[3] ينظر د. حفيظه السيد الحداد ،النظريه العامه في التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ،ص469 وما بعدها.

[4] ينظر م(999)من القانون الدولي الخاص السويسري وم(1062) من قانون المرافعات الهولندي .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التحكيم تمهيداً لإصدار امر التنفيذ أو رفض إصداره هي رقابة جزئية موجزة على حكم التحكيم للتأكد من ضرورة توافر الوجود المادي له . و بذات الاسلوب اخذ المشرع المصري إذ أعطى للقاضي المختص الحق بفحص المستندات المطلوبة من دون ان يكون له الحق في تعديل او تصحيح الحكم الصادر وذلك حسب نص م(58) من قانون التحكيم المصري[1].

ومن خلال أستقراء الأتفاقيات الدولية نلاحظ أن اغلبها لم تأخذ بالاسلوب ألاول الذي يقضي بمراجعة الحكم التحكيمي من إذ الشكل والموضوع وتبنت اسلوب المراقبة، فبالنسبة لأتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي تعد أهم أتفاقية في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الدولية والتي اقتبست من أحكامها معظم القوانين الوطنية فقد أخذت بهذا الاسلوب إذ أنها لم تلزم طالب التنفيذ باي شيء غير المستندات التي نصت عليها م(4) منها وما على القاضي الوطني سوى أن يأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي بعد التأكد فقط من قابلية النزاع للحل بواسطة اللجوء الى التحكيم وعدم مخالفته للنظام العام الدولي[2]، وكذلك بالنسبة للأتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 إذ أنها لم تجعل للقضاة أي سلطة او صلاحية في تعديل الحكم التحكيمي ،أو تصحيحه.

أما أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لعام 1965 فقد تبنت مبدأ النفاذ الدولي المباشر لأحكام المحكمين إذ تتمتع الأحكام الصادرة في أطار هذا النظام بميزه التنفيذ المباشر، أي أنها قابلة للتنفيذ في أقاليم الدول المتعاقدة ولا تخضع لرقابة المحاكم الداخلية لهذه الدول فهي تعد بمنزلة الأحكام القضائية النهائية الصادرة في المحاكم الداخلية للدولة المطلوب فيها التنفيذ[3] . كذلك تضمنت أتفاقية تسوية المنازعات الأستثمارية بين الدول العربية ومواطني الدول الأخرى النص على مبدأ النفاذ المباشر لأحكام المحكمين إذ نصت م(26) من هذه الأتفاقية على " ينفذ حكم التحكيم في الدول التي طرفاً في النزاع ،أو التي يكون أحد مواطنيها طرفاً في ذلك النزاع كما لو كان حكماً نهائياً واجب النفاذ صادراً من أحد المحاكم تلك الدولة ويتمتع بجميع الضمانات المقررة محلياً بوجوب نفاذ الأحكام الوطنية . وعلى الدولة ذات النظام الاتحادي ان تنفذ حكم التحكيم بواسطة محاكمها الاتحادية ان وجدت لديها هذه الصلاحية " .

---

[1] وسيراً على هذا النهج فقد قررت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 21 /5 /1990 بأنه "إذا تطرق القاضي الى بحث مدى سلامة او صحة قضاء التحكيم في موضوع الدعوى فأنه يكون قد خرج عن حدود ولايته لأنه لا يعد هيأة أستئنافية في هذا الصدد و ليس له ألا ان يأمر بالتنفيذ أو يرفضه " اشار اليه د. محمدي فتح الله ،مصدر سابق ،ص214 .

[2] ينظر م(3-4) من أتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

[3] ينظر م(53،54) من أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما بخصوص الأتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية لسنة 1950 فقد عدت حكم التحكيم حكماً نهائياً ولا يجوز الطعن به بأي وجه وهو ملزم للطرفين وعلى قاضي التنفيذ في الدولة المراد تنفيذه فيها اعتباره وكأنه حكماً صادرًا من أحد المحاكم لتلك الدوله [1].وكذلك الحال فيما يخص أتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفه للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول الأخرى لسنة 1974 إذ أنها سارت على الطريق نفسه الذي أنتهجته الأتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربية.[2]

الخـــاتمـــة

بعد ان وصلنا الى ختام دراستنا في موضوع البحث الموسوم بـ(التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية) سنبين اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات وذلك على النحو الآتي ..

أولا: النتائج .

ثانيا: المقترحات .

النـــتائـج

[1] ينظر المواد (3-4) من الأتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربية .

[2] ينظر م(25-26) من هذه الأتفاقية .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1-لاحظنا ان الأستثمار الأجنبي ذو طبيعة مركبة لكونه مزيج عناصر اقتصادية وأخرى قانونية ونتيجه لهذه الطبيعة اختلف فقهاء الاقتصاد والقانون لايجاد تعريف جامع مانع لهذا الوجه من اوجه الأنشطة الأقتصادية .

2-لاحظنا ان عقد الأستثمار الأجنبي قد يتخذ أشكال عدة ،إلاّ أن أهم التقسيمات التي حازت على أهتمام فقهاء القانون والاقتصاد على حد سواء هو تقسيمها على عقود الأستثمارات الأجنبية المباشرة وعقود الأستثمارات الأجنبية غير المباشرة وذلك بسبب الدور الذي يلعبه هذا النوع في السياسة الاقتصادية لكلا الطرفين.

3-توصلنا الى أن مسألة حل المنازعات في عقود الأستثمارات الأجنبية من المسائل المهمة التي يقف عندها المستثمر الأجنبي ويعتني بتحديدها في جميع مراحل التعاقد وذلك لتخوفه من محاولة الدولة المضيفة للاستثمار وخصوصاً الدول النامية منها بالدفع بحصانتها القضائية ؛ لذلك فأن المستثمر الأجنبي وعلى الرغم من أنه في اغلب الاحيان يتمتع بمركز اقتصادي قوي يفوق الدولة المضيفة للاستثمار التي غالباً ما تكون من الدول النامية ، الا أنه يتحسب لهذه المسألة لذلك فيلجأ الى التحكيم بوصفه وسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ واستبعاد القضاء الوطني هذا فضلاً عن محاولة فرض شرط الثبات التشريعي الذي بموجبة يحد من سلطان الدولة المضيفة للاستثمار في استخدام حصانتها القضائية ومنعها من أصدار أي تشريعات من شأنها ان تضعف المركز القانوني او الاقتصادي للمستثمر الأجنبي في مشروعة الأستثماري .

4-أتضح لنا أن التحكيم في عقد الأستثمار الأجنبي يعد تحكيماً أختيارياً طبقاً لقواعد القانون وحراً ودولياً .

5 -لاحظنا ان التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية هو تحكيم ذو طبيعه مستقلة ، فالتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية قضاء ولكنه أتفاقياً والقرارات التي تصدر عنه قرارات لها القوة الملزمه ،ولكنها ذات طبيعة خاصة صادره من اشخاص عاديين.

6-وجدنا ان اختيار المحكمين في عقود الأستثمارات الأجنبية يتم عن طريق الأطراف في اكثر الأحيان، وذلك بسبب شرط التخصص والخبره في المحكم الأستثماري ،وغالبا ما يتم اللجوء الى مراكز استثماريه متخصصه لكونها تكون اثر كفاءة في خصم هذا النوع من النزاعات .

7-ظهر لنا أنه في اكثر الاحيان يقوم الطرف المحكوم ضده بتنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية اختياراً وطواعيه وليس جبراً ،وذلك بسبب أدراك المستثمر الأصلي ما يمثله رفض التنفيذ من

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تشويه سمعته في الوسط الأستثماري ،مما يدفع المستثمرين الآخرين على حظر التعامل معه في مجال الأستثماري.

المقترحات

1-إذ ان نجاح اسلوب التحكيم في إطار منازعات الأستثمار يكون منوطاً بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبي وضماناته من جهة ، وبين متطلبات خطط التنميه الاقتصادية من جهة أخرى ، لهذا ندعو المشرع العراقي أن يقوم بمعالجة التحكيم الدولي بما يتوافق مع طبيعة روابط الأستثمار وخصوصية منازعاتها . إذ ان المستثمر الأجنبي لايعنيه في الواقع مردود استثماره على خطط التنمية الاقتصادية بالدولة المضيفة للاستثمار وانما يعتمد في قراره على مدى التوازن بين المخاطر المحتملة عليه والعائد المتوقع له .

2. نظراً للطبيعه الخاصه لمنازعات الأستثمار نقترح على المشرع العراقي أن يشرع في قانون خاص ينظم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وذلك نظرا لأهميه هذه الوسيله في حل المنازعات في هذه العقود وكثره اللجوء إليها في الوقت الحاضر إذ ان المستثمرين يعدون التحكيم في هذه العقود هو ضمأنه تحميهم من التغييرات التشريعية من الدولة المضيفة للاستثمار ، وفي حالة عدم تشريع قانون خاص يعالج كيفيه حل المنازعات الأستثمارية عن طريق التحكيم نقترح ان يخصص على الاقل بابا يعالج فيه هذا الموضوع وذلك بسبب اهميته باعتباره أحد الضمانات التي يلجأ اليه المستثمر الأجنبي ويشجعه على الأستثمار في الدول الأخرى ، وأن يتضمن هذا القانون تعريفا محددا للتحكيم في الأستثمار الأجنبي وبيان طبيعته بصورة صريحة.

3- نظراً لأهمية مبدأ استقلال أتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية فاننا ندعو المشرع العراقي ان ياخذ به بصورة صريحة ،وذلك كما فعل المشرع الفرنسي ،والمشرع المصري لكونه أصبح من المبادئ المستقرة في قضاء التحكيم .

4- ندعو المشرع العراقي أن يعد هذا النوع من التحكيم دولياً لأرتباطه بالتجارة الدولية وحركة رؤوس الاموال الأجنبية وعدم اعتبار التحكيم داخلياً فقط مهما كان أطرافه لمجرد كونه يجري في العراق وعدم تركه هذا الموضوع المهم الى التشريعات الأخرى كما هو الحال بالنسبه لموضوع البحث إذ تمت الاشاره اليه في قانون الأستثمار فقط اما في قانون المرافعات النافذ فلم تتم الاشاره اليه الأمر الذي قد يوهم البعض فيما بعدم اخذ القانون العراقي بالتحكيم الدولي خص هذه العقود.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

5- نقترح تعديل م(270) ف(2) من قانون المرافعات العراقي على اعتبار أنها من المواد المنظمة للتحكيم في العقود موضوع البحث في حالة لجوء الأطراف الى التحكيم وذلك وفقاً لأحكام المادة (27) ف(4) من قانون 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 .

6-تقضي المادة (275) من قانون المرافعات بأن "الحكم الذي تصدره المحكمه المختصه وفقاً للماده السابقة غير قابل للأعتراض ،وإنما يقبل الطعن بالطرق المقررة في القانون " وبما ان هذا النص يؤدي بالضرورة الى اطالة امد النزاع وهذا امر غير مرغوب فيه بالنسبة للمنازعات الأستثمارية التي كان الغرض وراء لجوءها الى هذا الاسلوب هو سرعة الفصل في النزاع مما يقلل نسبة الخسائر بالنسبة للمستثمرين التي غالباً ما تكون مبالغ طائلة ، ولغرض تقصير امد التقاضي وحسم المنازعات بأقرب وقت ممكن؛ ومن ثم تحقق الغاية المرجوة من سلوك طريق التحكيم ،لذا نقترح تعديل ما يقابل نص الماده (275) لتصبح كالاتي "الحكم الذي تصدره المحكمه المختصه وفقاً للمادة السابقه غير قابل للاعتراض والطعن بالطرق المقررة قانوناً الا تمييزاً "، إذ يصبح الحكم الذي تصدره المحكمه لتصديق القرار التحكيمي ،أو أبطاله خاضعاً لدرجة واحدة من الطعن وهي التمييز

المصادر

أولاً : المصادر العربية

1- الكتب

1-ابن منظور ،معجم لسان العرب ،دار بيروت للطباعة،لبنان ، 1956.

2- أبو العلا علي أبو العلا النمر ،نظرة انتقادية للسياسية التشريعية المصرية في مجال الأستثمار ،ط1،دار النهضة العربي ،القاهره، 2003 .

3- د. أبراهيم أحمد أبراهيم ،القانون الدولي الخاص ،ط2،دار النهضة العربية القاهرة ،1997 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

4- د. ابراهيم حرب محيسن ، طبيعة الوضع في المواد المدنية ، دار الثقافة ، عمان ، 1991 .
5- د. أبراهيم سيد أحمد ، عقد الصلح فقهاً وقضاءاً ، المكتب الجماعي الحديث ،الاسكندرية ،2002 .
6-د.أبو زيد رضوان ،الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ،منشأة المعارف الاسكندرية ،1971 .
7- د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، ط1،منشأة المعارف، الاسكندرية ،بدون سنة طبع.
8-د. أحمد ابو الوفا ،عقد التحكيم وأجراءاته ،ط2، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،1974 .
9-د.أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والاجباري ،ط5 ،منشأة المعارف الاسكندرية ،1988.
10-د.أحمد خليل،قواعد التحكيم،منشورات الحلبي الحقوقيه،بيروت،2003.
11- د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المختصر في قانون العلاقة الدولية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1987
12-د.أحمد منعم ناجي،النظام القانون للتحكيم التجاري الدولي ،ط1،مركز البحوث اليمني 13،صنعاء،1994 .
14- د.أحمد هندي ،تنفيذ أحكام المحكمين ،دار الجامعه الجديده للنشر،الاسكندرية ،2001 .
15-د. أشرف عبد العليم الرفاعي،التحكيم في العلاقات الخاصه الدوليه ، دار الكتب القانونيه،مصر ،2006 .
16- د. أكثم الخولي ،صياغة أتفاق التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقيه ، بيروت ،2001 .
17-د. اكثم خولي ، خلقيات التحكيم وادابه ، ط1 ، المكتبة القانونية ، دمشق ، 2008 .
18- د. الحسين السالمي ، التحكيم وقضاء الدولة ، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،من دون مكان طبع ، 2008 .
19- د.أنس السيد عطية سليمان،الضمانات القانونية لنقل التكنلوجيا ،جامعة عين شمس ،1956.
20-د. بشار محمد الاسعد ،عقود الأستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ،2006 .
21-د. ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1993 .
22- د. جلال وفاء محمدين ،التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة ،دار الجامعة 23الجديدة للنشر ،الاسكندرية ،2001.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

24–د. جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، دار الجامعه الجديده للنشر ، الاسكندريةة ، 2004 .

25–المحامي جمعة سعدون الربيعي ،المرشد الى أقامة الدعاوى ،المكتبة القانونية ،بغداد،2004 .

26– د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب ألاول ، مصادر الالتزام ، التصرف القانوني والارادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 .

27–د.جميل الشرقاوي ،المقاصد الاساسية لقوانين الأستثمار،دار النهضه العربيه ،القاهرة ،1978 .

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

29– د. حسن الهداوي ،الجنسيه ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي ، ط3، بدون اسم مطبعة، بغداد ،1973 .

30– د. حسن الهداوي، غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص ،ج1، ط1، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل، 1981

31–د. حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2006 .

32–د.حفيظه السيد ألحداد،العقود المبرمه بين الدوله والاشخاص الأجنبية،ط1، دار النهضه العربيه ،القاهرة ،1996.

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

34–د. حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على حكم التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 .

35–د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة للتحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007.

36–د. حمزة أحمد حداد ،التحكيم في القوانين العربيه،ج1،ط1،منشورات الحلبي الحقوقيه ،بيروت ،2007 .

37–د. خالد عزت المالكي ،التحكيم ،مؤسسة النوري للطبع والنشر ،دمشق ،2003.

38–د. دريد محمود السامرائي ،الأستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات ،ط1 ،منشورات الحلبي الحقوقيه ،بيروت،2006.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

39–د. رمزي سيف،قواعد تنفيذ الأحكام و المحررات الموثقة، دار النهضة العربية،ط9، القاهرة ،1970.

40–– د. سامي عبد الباقي أبو صالح ،الاطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2003 .

41– د. سامية راشد ،التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة،أتفاق التحكيم ،دار النهضة العربية،القاهرة ،1984

42–د.سراج حسين ،،التحكيم في منازعات البترول،منشأة المعارف ،الاسكندرية،2004 .

43– د.سعيد يوسف ،القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2004

44– د. سليمان مرقس ،الوافي في شرح القانون المدني ،ط6 ،مطبعة السلام ،1987 .

45–د.سمير فرنان بالي،قضايا التحكيم في الدول العربية ،ج1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2008.

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

47– د. شعيب أحمد سليمان ،التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية ،دار نشر بغداد ،1981.

48– د.صادق محمد جبران ،التحكيم التجاري الدولي وفقاً للأتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 ،ط1 ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،2006 .

49 – د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ،دور الأستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية،2005 .

50–د. صلاح الدين جمال الدين ود. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في المنازعات الدولية ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،2004 .

51–د.عاشور مبروك ، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم ، دار الفكر والقانون ، جامعة المنصورة ، القاهرة ، 2005 .

52–د. عاطف محمد الفقي ،التحكيم في المنازعات البحرية ، دار النهضه العربيه ،القاهره،2004 .

53–د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ،النظام القانوني لأتفاق التحكيم ،ط1،المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية ،2005 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

54 –د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ،عقود التنميه الاقتصادية ،مكتبة النصر، القاهره، بدون سنة نشر .

55–د. عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،2000 .

56–د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم ،التحكيم التجاري الدولي ،ج2،ط3،منشورات 57الحلبي الحقوقيه ،بيروت ،2008 .

58–د. عبد الحميد الأحدب ، وثائق تحكيميه ،ط3،منشورات الحلبي الحقوقيه ،بيروت ،2008 .

59–د.عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،نظرية الالتزام بوجه عام ،ج1،دار النهضة العربية،القاهرة،1964.

60–د. عبد القادر الطورة ،قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعي ،المطبعة الفنية الحديثة ، من دون مكان طبع ،1988.

61–د. عبد الفتاح مراد ،موسوعة الأستثمار ،ج2 ، بدون أسم مطبعة ،الاسكندرية ،2005 .

62–د. عبد الفتاح مراد ، موسوعه لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية ، ج5 ، 2008 .

63–د. عبد المنعم سيد علي ، أقتصاديات النقود والمصارف في النظم الرأسمالية والاشتراكية ،مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ،الجامعة المستنصرية،1986 .

64–د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج1 ، الجنسية والموطن وتمتع الاجانب بالحقوق ، ط1 ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1986 .

65–د. عصمت الشيخ ، التحكيم في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .

66–د.علاء ابا ريان ،الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ،ط1 ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2008 .

67–د.علي عوض حسن ،التحكيم الاختياري والاجباري في المنازعات المدنية و التجارية ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،2004 .

68–د. علي ابراهيم ، العلاقات الدولية وقت السلم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 .

69–د.عمر عيسى الفقي ،التحكيم في الدول العربيه ،المكتب الجامعي الحديث ،الاسكندرية ،2003 .

70–د. عوني محمد الفخري ،التنظيم القانوني للشركات المتعددة الجنسية ،بيت الحكمة ،بغداد ،2002 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

71–د. عصام الدين القصبي ،خصوصية التحكيم في مجال منازعات الأستثمار ،منشأة المعارف ،الاسكندرية،1994 .

72–د. عكاشة عبد العال ،المفترضات والشروط الذاتية في المحكم ،ط1 ،المكتبة القانونية ،دمشق ،2003 .

73– د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص،(الجنسية،المواطن،مركز الاجانب)لمطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد،1982.

74–د. فايز الحاج شاهين ، القانون الواجب التطبيق على أتفاق التحكيم ، ط1 ، المكتبة القانونية ، دمشق ، 2003 .

75– د. فتحي والي ، مبدأ قانون القضاء المدني،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،1979.

76–د.فوزي محمد سامي ،التحكيم التجاري الدولي ،ط1 ،بيت الحكمة بغداد ،1994

77–د. فؤاد رياض ،د.سامية راشد مبارك ، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي ،دار النهضة العربية،القاهرة ،2004 .

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

79–د. محسن شفيق ، القانون التجاري الدولي ، دار النهضه العربيه ، القاهره ،1997.

80–د. محمد بن أحمد المقصودي ،الشروط الموضوعيه لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ،السعوديه ،2000 .

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

82–د. محمود السيد عمر التحيوي ،التحكيم الحر والمقيد ،منشأة المعارف ،الاسكندرية،2001 .

83–د. محمود السيد عمر التحيوي،التحكيم والخبرة في المواد التجارية ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،2001 .

84–د.محمود السيد عمرالتحيوي ،مفهوم التحكيم الاختياري والاجباري ،منشأة المعارف الاسكندرية ،2001

85–د. محمود السيد عمر التحيوي ،التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،2002 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

86–د. محمود السيد عمر التحيوي،أتفاق التحكيم وقواعده ،دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ،2002 .

87 –د. محمود السيد التحيوي ،الصلح والتحكيم في المواد المدنيه والتجاريه،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2003 .

88–د.محمود محمد ياقوت ،حرية المتعاقدين في القانون الواجب التطبيق ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،2000 . 78

89–د.مهدي فتح الله حسين ،شرح قانون التحكيم المصري ، دار الكتب القانونية ، مصر ،2005 .

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

91– د.مصطفى محمد الجمال ، د.عكاشة محمد عبد العال ،التحكيم في العلاقات الدوليه الخاصة ،ط1،منشأة المعارف ،الاسكندرية،1998

92–د. مصطفى صخري، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية والادارية والجنائية، المكتب الجامعي الحديث ،الاسكندرية،2005 .

93–د. محمد ماجد خلوصي ، قضايا تحكيميه ، دار الكتب القانونيه ،مصر ،.2008

94–د. منير عبد المجيد ،التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،1997.

95–د. محي أسماعيل علم الدين ، منصه التحكيم التجاري الدولي ،ج1 ،بدون مكان طبع ،1986 .

96–د.محي اسماعيل علم الدين ،أحكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم (1982 . 2000)ط1،دار النهضه العربيه ،القاهره ،2001 .

97–د ممدوح عبد الكريم حافظ،القانون الدولي الخاص،ط1،بغداد، بيت الحكمه،2001 .

98–د. منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،1992 .

99–د. منير عبد المجيد ، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1997 .

100–د. مهدي صالح امين ، ادلة القانون غير المباشرة ، مطبعة اوفيست ، بغداد ، 1987 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

101–د.مهند أحمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،2005 .

102– د. نبيل اسماعيل عمر ،التحكيم في المواد المدنية والتجارية ،دار النهضة العربية، القاهره ،2004 .

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

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

104–د.هشام خالد ،عقد ضمان الأستثمار الأجنبي،مؤسسة شباب الجامعة،بدون مكان طبع ،1988 .

105–د. هشام خالد ، القانون القضائي الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية،2001 .

106–د.هشام خالد ،أوليات التحكيم التجاري الدولي ،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.2004.

107–د. هشام خالد ، معيار دولية التحكيم التجاري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2006 .

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

109–د. هشام علي صادق ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجاره الدوليه ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية،2001 .

110–د. هشام علي صادق ود. عكاشه عبد العال ود. حفيظه السيد الحداد ،الجنسيه ومركز الاجانب،دار المطبوعات الجامعيه،الاسكندرية ،2006 .

111–د.هناء عبد الغفار السامرائي ،الأستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية،بيت الحكمة ،بغداد ،2002

113–د. يعقوب يوسف صرخوه ،أحكام المحكمين وتنفيذها،ط1،مطبعة الشمس ،الكويت،1986 .

2–الرسائل الجامعية

1–أحمد حسين جلاب الفتلاوي ،النظام القانوني لعقد الأستثمار ،أطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهرين،سنة 2006 .

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3- بيداء علي ولي الجميلي ، تنفيذ أحكام التحكيم والقضاء الدوليين ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد ، سنة 2001 .

4-حسام عبد اللطيف،دور المحكم في أجراءات التحكيم الداخلي،رسالة ماجستير مقدمه الى مجلس كلية الحقوق في جامعة النهرين سنة 2007 .

5-حميد فيصل الدليمي ،القانون الواجب التطبيق على مسائل التحكيم،اطروحة دكتوراه مقدمه الى جامعة بغداد كلية القانون سنة 2006 .

6- خليل ابراهيم محمد خليل ، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن في القانون الدولي الخاص ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، سنة 2005 .

7-درع حماد عبد ،عقد الامتياز ،اطروحة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق في جامعة النهرين سنة 2003 .

8-رجاء خضير عبود موسى ،اثر الأستثمار الأجنبي على بعض القطاعات الاقتصادية ،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الادارة والأقتصاد في جامعة الكوفه ،سنة 2004 .

9-عبد الرسول كريم ،الاعتراف في الأحكام القضائية وقرارات التحكيم ،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون جامعة بابل ،سنة 2002 .

10-غسان المعموري، عقد الأستثمار الأجنبي للعقار ،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة بابل سنة 2006 .

11-محمد فوزي دباس العبادي ،التسهيلات الأستثماريه واثرها على الأستثمار الأجنبي المباشر ،رسالة ماجستير مقدمه الى المعهد العالي للدراسات السياسيه والدوليه في الجامعه المستنصريه ،سنة 2003 .

12- محمد جمال طاهر ، حل المنازعات الرياضيه بالتحكيم،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة الموصل سنة 2005 .

13-وسن مقداد عبد أالله الشاهين التزامات الاداره في عقود الأستثمارات النفطيه،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة الموصل سنة 2005 .

3-البحوث

1-د. ابو زيد رضوان ،الضوابط العامه في التحكيم التجاري الدولي ،بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعه ،العدد الثاني،الكويت،.1979

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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

3–د. أحمد ضاعن السمران،القانون الواجب التطبيق في التحكيم الدولي ،بحث منشور في مجلة الحقوق ، لسنة 17 ،العدد 1،2 ،جامعة الكويت ،.1993

4–د.أحمد ضاعن السمران، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية،بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد ألاول ،جامعة الكويت ، 1988.

5–د.الياس ناصيف ، اطلالة على التحكيم الالكتروني في العالم ، بحث منشور في مجلة اتحاد المصارف العربية ، العدد 237 ، المجلد 20 ، ايلول ، 2000 .

6–د. جورج حزبون،النظام القانوني للتحكيم الأجنبي،بحث منشور في مجلة الحقوق ،العدد الرابع،الكويت ،السنه الحادية عشرة،.1987

7–د. خالد محمد الجمعه ،المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار،بحث منشور في مجلة الحقوق ،العدد الثالث ،الكويت ،1998 .

8–د.عز الدين عبد العال ،تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي ،مجلة العدالة ،العدد 19في 6 أبريل 1971

9–د. فريد فتيان ، تنازع القوانين من إذ المكان ، بحث منشور في مجلة القضاء ، تصدر عن نقابة المحامين في بغداد ، العدد الثاني والثالث ، السنة الحادية عشرة ، كانون الثاني ، 1953 . 10–د. محمد ظاهر معروف ، شرط التحكيم في عقود القانون العام والخاص ، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد ألاول ، 1967 .

11–د. منصور فرج السعيد،النظام القانوني للاستثمار الأجنبي،بحث منشور في مجلة الحقوق ،العددالثالث،السنه السابعه والعشرون،الكويت ،2003.

12–د يعقوب يوسف صرخوه ،شروط صحة الحكم التحكيمي ،بحث منشور في مجلة الحقوق ،العدد الثالث،الكويت ،1994 .

4–القوانين

أ– القوانين العراقيه

1– مجلة الأحكام العدليه .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 المعدل.
3- القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
4- قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل .
5- قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل.
6- قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 المعدل.
7-قانون الأستثمار العربي رقم 62 لسنة 2002 الملغي.
8-قانون الأستثمار الأجنبي رقم 39 لسنة 2003 الملغي .
9-قانون الأستثمار الكوردستاني رقم 4 لسنة 2006 النافذ.
10-قانون الأستثمار رقم 13 لسنة 2006 النافذ.
11-قانون الجنسية رقم 26 لسنة 2006 .

ب-القوانين العربيه

1-قانون الأستثمار السوري لسنة 1991 .
2-قانون استثمار رؤوس الاموال الأجنبية الليبي رقم 5 لسنة 1996 .
3- قانون تشجيع الأستثمار الفلسطيني رقم 1 لسنة 1998
4-قانون تنظيم رأس المال الأجنبي القطري رقم 13 لسنة 2000
5-قانون الأستثمار الجزائري رقم 47 لسنة 2001 .
6-قانون الأستثمار الكويتي رقم 8 لسنة 2001 .
7- قانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
8-قانون أصول المحاكمات المدنية السوري لسنة 1952.
9- قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980.
10- قانون التحكيم السعودي رقم 46 لسنة 1983.
11-قانون المرافعات المدنية القطري رقم 13 لسنة 1990 .
12- قانون الأجراءات المدنية الاماراتي رقم 11 لسنة 1992.
13-قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 .
14- قانون الأجراءات المدنية الجزائري رقم 93 لسنة 1993.
15- قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993.
16-قانون التحكيم المصري 27 رقم 1994 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

17–قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم 9 لسنة 1994 .

18 – قانون التحكيم العماني رقم 47 لسنة 1997.

16– –قانون التحكيم الاردني رقم 31لسنة 2002 .

20– قانون أصول المحاكمات المدنيه اللبناني440 لسنة 2002 .

5– الأتفاقيات واللوائح الدوليه

1–أتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكين الأجنبية لسنة 1959 .

2–الأتفاقية الاوربيه للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 منشوره على الموقع االالكتروني .
http/www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.genev.1961/doc.

3–أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965 منشوره على الموقع الالكتروني
http/ www.law berkely. Edu-faculty-ddcaron-documentsRPID20%
documents/rpo40، 12

4–أتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربيه وبين مواطني الدول العربيه الأخرى لسنة 1975 .

5–الأتفاقية الموحده لاستثمار رؤوس الاموال العربيه في الدول العربيه لسنة 1952 .

6–قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الامم المتحده للقانون التجاري الدولي لسنة 1976 منشور على الموقع الالكتروني
http //www . jus . uio. No ./IM /un .arbitration . rules . 1976 /doc .

7–قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 منشور على الموقع الالكتروني

www.jus.uio/im/un.arbtiration.model.law.1985.doc.

ثانياً : .المصادر الأجنبية

1– الكتب

1- Bertrand Moreu EtThierry Bernard ، Droit Interen Et Droit Interratio Del arbitrage (2em) Edition ، Parise ،1985 .
2- Charlec Carbiber Llaribitrage Internation Al de Droit Prive، paris،1960.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3-Francoi Rigaux،Droit،Internatina, priveTom،Deuxieme Edition،
Bruxelles،1987.
4-Foucharrd ،Larbitrage Commercal Internatinal Dalloze ،Parise ،1965
5-Jean Robert ،Arbitrage civil Et commercal en droit interne et intrnatianal Prive ،4 Iemeedition ،Dalloz،Parise،1966
6-Phili Foucharrd،Larbitrage Commerca lInternatinal Dalloze ،Parise ،1965 .
7-Pevichic Rubellin ،Larbitrage nature jurdique dritAntern et droit international،paris،1966
8-Motulsky(henru)،Ecrits etudes etnotsur،larbirrage،Dalloz،.paris،1960.
9- Rene David، Larbitaytion Le Comere Intrnatial Economica، Parise ،1982.
10-Leboulanger Philip :Les contract enter etats et enter prises economic ،Parise ،1985 .

2–القوانين الأجنبية

1– القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1978 منشور على الموقع الالكتروني
http/www.admin.com
2–قانون المرافعات الفرنسي رقم 81/500 الصادر في 1981/5/12 منشور على الموقع الالكتروني

http/www.jus.uio.no/lm/france.arbtration.code.of.civil،proced،hure.1981/doc
3–قانون المرافعات الهولندي لسنة 1986 منشور على الموقع الالكتروني
http// www . jus . uio . /IM / nether / lands . arbitration . act . 1986 / doc .
4–قانون التحكيم الانكليزي لسنة 1997
http // www . jus . uio . /IM/ England . arbitration . act . 1996 .doc .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com