

## محتويات الرسالة

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

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

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

## المقدمة

أولاً : موضوع البحث

درجت الدول التي يقصر الادخار الوطني فيها وعائدات ثرواتها الطبيعية عن الوفاء بالحاجات المتعاطمة 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 النامي منها، ومن ثم كان من الطبيعي ان يكون توفير الامكانيات المناسبة لجذب وتشجيع هذه الأستثمارات محل اهتمام هذه الدول وهدفاً أساسياً تدور حوله جل سياستها ، على اعتبار أنه القناة الرئيسية التي يتدفق عبرها رأس المال والخبرة العلمية والفنية ، لذلك تقرر الدول الضمانات التي تشجع المستثمرين في 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 لا يقل عن سابقتها،أخذاً بهذه الاعتبارات ، فأن وضع التحكيم وتوظيفه في خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية يجب ان لا يقتصر فحسب على تشجيع الأستثمار الخاص الأجنبي وانما يجب ان يتم من منظور المصلحة المتبادلة للطرفين وهو ما يقتضي الأخذ في الاعتبار 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

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

1. إن مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة عقود الأستثمارات الأجنبيّة نظراً لكون هذه العقود تتمتع بطبيعة خاصة ناجمة عن أطراف العقد "الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي" من جهة وإلى 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 إقامة 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 بقتهم بحياد المحكمين ونزاهتهم، لأنه تم اختيارهم من الخصوم أنفسهم.

2. يعد التحكيم أهم وسيلة يرغب المتعاملون في الأستثمار الأجنبي والتجارة الدولية اللجوء إليها 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 أيضاً بالحياد الذي يجب أن يتوفر للسلطة القضائية الوطنية التي يمكن عرض النزاع عليها في حالة نشأته، هذا من جهة ومن جهة أخرى يتمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم بسبب تخوفه من تمسك الدولة بالحصانة القضائية، إذ تتمتع الدولة بما لها من استقلال وسيادة تجعلها على قدم المساواة مع الدول الأخرى، بالحصانة القضائية التي تغل يد القضاء الوطني لأي دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيه.

ثالثاً: . أسباب اختيار الموضوع

من أهم الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار موضوع البحث هي :

1. أهمية الأستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الاقتصادية في البلدان الأخذة 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 لأستثمار 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، فإنه يجدر بنا البحث في مسائلٍ ثلاثٍ أولها بيان المقصود بالأستثمارات الأجنبية وتعريف عقودها ، وثانيها الشكل القانوني لعقود الأستثمارات

الأجنبية ، ونفرد المسألة 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 ثمر (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 نتيجه ، وثمر ماله (بضم الميم ) كثر ، وأثمر القوم : أطعمهم الثمر ، ويقال أستثمر ماله أي أستخدمه في الانتاج<sup>1</sup>.

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

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

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

<sup>1</sup> ابن منظور ، معجم لسان العرب،المجلد الاول ، دار بيروت للطباعة ، لبنان ، 1956ص273 .

<sup>2</sup> د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الأستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2005 ، ص18.

<sup>3</sup> د.محمد علي رضا الجاسم ، القواعد الاساسية في الاقتصاد الدولي ، ط2،بيت الحكمة،بغداد ، 1967، ص63 .

<sup>4</sup> د.هناء عبد الغفار السامرائي ، الأستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية،بيت الحكمة ،بغداد ، 2002، ص13.

البلاد"<sup>1</sup>.

ونلاحظ على التعاريف الاقتصادية أعلاه أنها لم تعرف الأستثمار الأجنبي وفق نطاق معين ومحدد، 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 أو بمنافع غير مادية"<sup>2</sup>.

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"<sup>3</sup>.

أو "أنه تحركات رؤوس الاموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر"<sup>4</sup>. وكذلك عُرف بأنه "تقديم الاموال المادية أو المعنوية والاداءات من شخص طبيعي، او معنوي لا يحمل جنسية الدولة المستقبلية للمساهمة المباشرة، وغير المباشرة في مشروع قائم، أو سيتم أنشائه للقيام بنشاط اقتصادي ما خلال مدة معقولة من الزمن"<sup>5</sup>.

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 1997 في 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.<sup>6</sup>

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

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

<sup>2</sup> ينظر د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، مصدر سابق، ص20.

<sup>3</sup> د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسية التشريعية المصرية في مجال الأستثمار، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص8.

<sup>4</sup> نقلاً عن د. دريد محمود السامرائي، الأستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات، ط1، بيروت، 2006، ص50.

<sup>5</sup> د. جميل الشراوي، المقاصد الاساسية لقوانين الأستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص23.

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



الاستثمار الأجنبي يعد من الأدوات القانونية المستخدمة في نقل التكنولوجيا الى الدولة المضيفة للاستثمار<sup>1</sup>.

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

لهذا فيلاحظ أن البعض الاخر من التشريعات قد تجنبت ذكر بيان تفصيلي للأموال المستثمرة وأعمدت في تعريفها للاستثمار على وضع معيارٍ عام للمال المستثمر الذي يخضع لأحكام القانون<sup>2</sup>.

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

---

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

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

<sup>3</sup> صدر هذا القانون عن مجلس قياده الثوره المنحل بتاريخ2002/11/22 ونشر في الوقائع العراقية بالعدد 3959 في 2002/12/2 ولقد الغي بموجب المادة 35 من قانون الاستثمار النافذ رقم 13 لسنة 2006 .

<sup>4</sup> ينظر ف(3) من القسم الأول من الأمر رقم 39 الصادر عن سلطة الائتلاف والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد3980 في إدار سنة 2004 .

<sup>5</sup> ينظر القسم السادس من الأمر أعلاه ،ولا يفوتنا القول الى ان هذا الأمر قد الغي بموجب المادة 35 من قانون الاستثمار النافذ رقم 13 لسنة 2006.

تحديده من خلال مجالاته، وذلك في م(1) ف(ن) منه على أنه "توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعه على البلاد"<sup>1</sup>.

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، والتكنولوجيا 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 " استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في أقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي ،أو تحويله اليها لذلك الغرض، وفقاً لأحكام هذه الأتفاقية " .

<sup>1</sup> نشر في الوقائع العراقية في العدد 4031 في 17 كانون الثاني 2007 ،وتجدر الاشارة الى ان قانون الأستثمار في أقليم كردستان 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 الهيئة في أحد القطاعات الآتية :-

- 1- الصناعات التحويلية، والكهرباء، والخدمات المرتبطة بهما .
- 2- الزراعة بشقيها النباتي، والحيواني، والغابات ،والخدمات المرتبطة بهما .
- 3- الفنادق ،والمشاريع السياحية ،والترفيهية، ومدن الالعاب .
- 4- الصحة ،والبيئة .
- 5- الابحاث العلمية، والتكنولوجية ،وتكنولوجيا الاعمال .
- 6- النقل، والاتصالات الحديثة .
- 7- البنوك ،وشركات التأمين، والمؤسسات المالية الأخرى .
- 8- مشاريع البنية التحتية، ومنها مشاريع البناء ،الاعمار ، الاسكان ، الطرق ، الجسور ، سكك الحديد ، المطارات ، والري والسدود .
- 9- المناطق الحرة، والاسواق التجارية المعاصرة ،والخدمات الاستشارية المرتبطة بها .
- 10-التعليم بجميع مراحلها 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 .

في حين ذهب البعض الآخر منها الى تعريفه من خلال بيان ما يمكن الاستثمار فيه ،أما بأيراد تحديد تفصيلي للأموال المستثمرة الخاضعة لأحكامها القانونية كما في اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي أعدها البنك الدولي، والتي تقرر بان الاستثمار الدولي يشمل حقوق الملكية والقروض المتوسطة، و الطويلة الأجل التي يقدمها ،أو يضمونها المشاركون في ملكية المشروع المعني فضلاً عن صور الاستثمار المباشر المختلفة<sup>1</sup>.

وكذلك اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والصادرة سنة1952 التي نصت على ان مصطلح الاستثمار يشمل الاستثمارات المباشرة كالمشروعات ،وفروعها، ووكالاتها، وملكية الحصص، والعقارات، كما يشمل الاستثمارات غيرالمباشرة مثل الاكتتاب في الاسهم، والسندات، وكذلك القروض التي يتجاوز أجلها 3 سنوات<sup>2</sup>، وأيضاً اتفاقية تشجيع انتقال رؤوس الاموال والاستثمارات بين الكويت ومصر م(1)<sup>3</sup>، أو بوضع معيارٍ عامٍ للأموال المستثمرة الخاضعة لأحكامها القانونية كالاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية التي حددتها في م(1)ف(5) منها بأنها "كل مال يمكن تقييمه بالنقد من حقوق مادية ومعنوية بما في ذلك الودائع المصرفية والاستثمارات المالية " <sup>4</sup>.

وبين هذا وذاك حاولت بعض الاتفاقيات الدولية اعطاء مفهوم شامل للاستثمار 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 لاتفاقية تشجيع حماية الاستثمارات 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 الآخر في وقت لاحق لدخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ والذي يقترن بقبول هذا الطرف الاخير لكونه استثماراً وفقاً لقوانينه وأنظمتها، ويشمل مصطلح الاستثمار بوجه خاص وليس على سبيل الحصر :

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

ب - قيم، وأسهم، وحصص، وسندات الشركات .

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

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

<sup>3</sup> ينظر نص م(1) من اتفاقية تشجيع انتقال رؤوس الاموال والاستثمارات بين الكويت ومصر المعقوده في 1966/2/12.

<sup>4</sup> ينظر نص م ( 1 ) من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية التي تم التوقيع عليها في عام 1974 .

ج . المطالبات بأموال أو أي قيمة اقتصادية متعلقة بالاستثمار " 1 .

وهناك من ترك للأطراف في اتفاق الاستثمار سلطة تقديرية واسعة في تقرير ما إذا كانت معاملة ما ، أو صفقة تمثل استثماراً من عدمه، كما هو الحال لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في المركز الدولي في واشنطن الصادرة عام 1965<sup>2</sup> .

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

وإذا كان أمر بيان الاستثمار الأجنبي تعريفاً، قد تجاذبه اتجاهان بين النص على تعريفه مباشرةً وبين تحديده من خلال ما يمكن أن يقع عليه أو ما يمثل محلاً له ، فإن ما يماثل ذات الأمر يمكن تلمسه فيما خص العقود التي تنظم هذه الاستثمارات ، مع فارق في اختلاف مواطن هذا التجاذب فقد تعددت الآراء واختلفت المضامين المعطاة لهذه العقود من أجل تحديد ماهيتها، وذلك نظراً للخلط الذي وقع فيه البعض بينها وبين عقود الدولة الأخرى<sup>3</sup> ، كما أن عدم وجود عقد مسمى يمكن ان نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار كان دافعاً كافياً لعد فكرة هذه العقود أقرب ما تكون الى كونها فكرة وضعية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوفر فيها خصائص معينة . فتعرف أنها "عقود للقيام بأستعمال الاموال في الانتاج اما مباشرة ككشراء الآلات والمواد الأولية، او بطريقة غير مباشرة ككشراء الاسهم ،والسندات لأجل تحقيق ربح يتم توزيعه على الأطراف بحسب النسب المتفق عليها"<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> أشار إليها د. دريد السامرائي ، مصدر سابق ، ص 45 .

<sup>2</sup> ينظر م ( 5 ) ف ( 1 ) من هذه الاتفاقية على الموقع الالكتروني

[http://www.law.berkeley.edu/faculty-ddcaron-documents-RPID20\\_documents/rpo40\\_12.h](http://www.law.berkeley.edu/faculty-ddcaron-documents-RPID20_documents/rpo40_12.h)

<sup>3</sup> إذ يخلط البعض بين مصطلح عقود الاستثمار ومصطلح عقود الدولة بمعناها الواسع، فعلى الرغم من كون عقود الاستثمار تمثل الموضوع الاصيل لعقود الدولة الا ان عقود الدولة لا تقتصر على الاستثمار فقط فقد تتعاقد الدولة مع شخص طبيعي في مجال معين وهو ما لا ينطبق عليه وصف عقود الاستثمار . ينظر د. عصام الدين القسبي ، ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية، 1993 ، ص 3 و د. علي ابراهيم ، العلاقات الدولية وقت السلم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 317 .

<sup>4</sup> أحمد حسين جلاب ، النظام القانوني لعقد الاستثمار ، اطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة

النهريين ، 2006 ، ص 11 .

ومن ثم فقد ذهب جانب من الفقه الى تعريفها بأنها" تلك العقود المبرمة بين الدوله أو إحدى الهيئات التابعه لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الأستثمار"<sup>1</sup>.

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"<sup>2</sup>.

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 إحدى 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 النفطية 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"<sup>3</sup>. 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 "<sup>4</sup>.

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"<sup>5</sup>.

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

<sup>1</sup> د.عصام الدين القسبي ، مصدر سابق ، ص6.

<sup>2</sup> د. بشار محمد الاسعد ، عقود الأستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص12 .

<sup>3</sup> Leboulanger Philip :Les contract enter etats et enter ·Paris ، 1985 ، P. 14 .

<sup>4</sup> د.حفيظه السيد الحداد،العقود المبرمه بين الدوله والاشخاص الأجنبية،ط1،دار النهضة العربية،1996، ص175 .

<sup>5</sup> وسن مقداد عبد الله الشاهين،التزامات الاداره في عقود الأستثمارات النفطية،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة الموصل سنة 2005،ص13.

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 " <sup>1</sup>.

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

### ثانياً : الشكل القانوني لعقود الأستثمارات الأجنبية.

يقصد بالشكل القانوني لعقود الأستثمارات الأجنبية 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 <sup>2</sup>.

وإذا كان الأستثمار الأجنبي ينقسم من الناحية الاقتصادية على أستثمار منتج، وغير منتج تبعاً لمجموع قيمة الخدمات والسلع المنتجة؛ خلال مدة من الزمن فيما إذا كانت أعلى أو أدنى من الكلفة المباشرة ، فإنه ينقسم من حيث الأمد على 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 <sup>3</sup>. وقد يقسم تبعاً لمن يملك السيطرة والتحكم في الأستثمار ان كان المستثمر الأجنبي ذاته، ام الدولة المضيفة الى أستثمار مباشر، وغير مباشر، وذلك لأنه ، واستناداً الى تعاريف الأستثمار الأجنبي سالف الإشارة إليها، يمكن ان يعد معياراً أو تقسيماً تذوب

<sup>1</sup> وسن مقداد ، مصدر سابق ، ص23.

<sup>2</sup> د.صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص32.

<sup>3</sup> د.دريد محمود السامرائي ، مصدر سابق ، ص60.

أو تنصهر فيه المعايير أو التقسيمات السابقة اعلاية ، إذ أن المهم من إبرام عقد الأستثمار الأجنبي ليس مدته أو الشخص القائم به بقدر ما يمكن ان يترتب عليه من ضمان لأدارة وتوجيه المستثمر للمشروع الأستثماري<sup>1</sup>، ومن ثم فإن أبرز 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"<sup>2</sup> ، أو" هو عقد يقوم فيه مشروع أجنبي بممارسة نشاط اقتصادي على اقليم دولة ما"<sup>3</sup>.

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 أجنبياً وحصص تمكّنهم من السيطرة ، وادارة هذه المشروعات أو تعطيتهم حق المشاركة في الادارة"<sup>4</sup>.

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

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

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

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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص33.

<sup>4</sup> د. بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص40.

<sup>5</sup> نقلاً عن د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص33.

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

المستثمرون عادةً بالاستثمار المباشر من خلال ايجاد فروع لشركاتهم المتعددة الجنسية، او مشروعات مشتركة، وبما يؤدي الى انتقال رأس المال الى الدول المضيفة لأستثمار عن طريق هذه الشركات<sup>1</sup> .

## 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 أتحاذا 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، أو الهيئات، أو 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"<sup>2</sup> .

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 كالبانوك وشركات التامين"<sup>3</sup>.

أو هو" عقد شراء الاوراق المالية بهدف الحصول على الارباح الموزعة والعوائد المجدية لرأس المال"<sup>4</sup> .

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.

<sup>1</sup> يقصد بالشركات المتعددة الجنسيات "مشروعات ضخمة تتكون من شركات وليده تزاوول نشاطها في دول متعدده وتتمتع كل منها باستقلال قانوني عن الأخرى ولكنها تخضع في ممارستها لنشاطها لسيطرة وهيمنة شركة أم تتولى ممارسة الرقابة عليها لتحقيق أاستراتيجية واحدة " للمزيد ينظر د.عوني محمد فخري ،مصدر سابق ،ص 8 .

<sup>2</sup> د.دريد محمود السامرائي ،مصدر سابق ،ص66.

<sup>3</sup> د.هناء عبد الغفار السامرائي ، مصدر سابق ، ص 17.

<sup>4</sup> محمد فوزي ، مصدر سابق ، ص 14.



4. الايداع في البنوك المحلية.

5. شراء الذهب والمعارف النفيسة.

6. قروض الحكومات الأجنبية العامة، والخاصة سواء أكانت طويلة أم متوسطة الاجل<sup>1</sup>.

ومن ثم فإن الأساس الذي نستطيع أن نميز بموجبه بين عقود الأستثمار المباشر، وغير المباشر، هو السيطرة والتحكم في الأستثمار ، فأولاً يتميز بإمكانية المستثمر الأجنبي بالرقابة والسيطرة، وامتلاك الأصول الحقيقية، في حين أن الثاني لا يترتب عليه اي نوع من انواع السيطرة، أو الرقابه ، فهو ليس الا ظاهرة مالية، وتحويل لملكية الموارد من يد الى أخرى . 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 الأولية 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<sup>2</sup>.

### ثالثاً: - خصائص عقود الأستثمارات الأجنبية.

تتميز عقود الأستثمارات الأجنبية بخصائص وسمات تعطىها طبيعة خاصة ، فضلاً عن الى الخصائص العامة من حيث كونها من العقود الرضائية ومن العقود الملزمة للجانبين، ومن عقود المعاوضه والمده<sup>3</sup>، 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 تباعاً :

<sup>1</sup> للمزيد حول صور الأستثمار غير المباشر ينظر د.صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص46 وما بعدها .

<sup>2</sup> أحمد حسين جلاب ، مصدر سابق ، ص 67 .

<sup>3</sup> يقصد بالعقود الرضائية " هي تلك العقود التي يكفي مجرد الرضا في انعقادها أي اقتران اليجاب بالقبول" ، اما بالنسبة للعقود الملزمة لجانبين فيقصد بها " هي تلك العقود التي تنشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين " ، اما عقود المعاوضه فهي " العقود التي يأخذ فيها المتعاقد مقابلاً لما اعطى " ، اما عقود المده 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، ص1139 وما بعدها ود. جميل الشراوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، التصرف القانوني والارادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، 1974 ، ص 53 وما بعدها .

## 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 إحدى الدول والآتية لدولة أخرى ، ووظيفة أو الهدف منه هو دفع حركة رأس المال الأجنبي وتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة ، إذ ان عقد الأستثمار الأجنبي يبرم من إذ الأصل بين طرفين ينتمي كل منهما الى نظام قانوني مختلف عن الآخر، الدولة من جهة و الشخص الأجنبي التابع لدولة أخرى من جهة ثانية<sup>1</sup>. مما يترتب معه عد عقد الأستثمار الأجنبي عقداً دولياً<sup>2</sup>.

والدولة بوصفها شخصاً سيادياً (أي تمتلك حق السيادة على اقليمها برمتها) ستكون متمتعة بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الطرف الآخر ما يترتب عليه وجوب ان يكون لدى المستثمر الأجنبي ضمانات تساعده على حماية نفسه من احتمال ضياع حقوقه، أو اختلال التوازن التعاقدية على اعتبار ان الدولة تستطيع ان تمارس نفوذها على كافة المستويات سواء أكانت تشريعية أم تنفيذية أم قضائية<sup>3</sup>.

والضمانات التي يمكن تصورها في هذا الصدد التي يطلق عليها شروط الثبات التشريعي<sup>4</sup>

<sup>1</sup> د.بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص66.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> د.حفيظة السيد الحداد ،العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية ،دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 ، ص 8 .

<sup>4</sup> 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 الأجنبية Sahbire قدمت لأيران مساعدات مالية وفنية واستثمارات تتضمن مسؤوليات ومخاطر واسعة ومن ثم يبدو من الضروري ان تتم حمايتها ضد التعديلات التشريعية التي يمكن ان تؤثر في حقوق الأطراف والتزاماتهم ، وان يكفل لها الأمان القانوني ، وهو ما يصعب تحقيقه إذا تم التطبيق الخالص والبسيط للقانون 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 المشابهة ، بالنظر لكون أحد المتعاقدين هو الدولة ، فقد وجد أنه من الضروري لضمان حماية معينة للحقوق التعاقدية لأصحاب الامتياز ، إذ أن من المعتاد ان يكون المستثمرون الأجانب الذين قبلوا المخاطرة باستثمار مبالغ طائلة من المال ، واعداد كبيرة من العمال لتشغيل امتيازاتهم ، حريصين على الحصول على ضمان كافٍ

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

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

ب . أخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الخاص سواء ما كان منها معتبراً من قواعد تنازع القوانين ام لا ، ومن ثم منح الأطراف مكنة 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<sup>3</sup>.

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

يقصد بالتنمية الاقتصادية زيادة الطاقة الانتاجية بحيث يزداد تبعاً لها الدخل القومي ومتوسط الدخل الفردي وتتحق تلك الزيادة عن طريق الارتقاء بالانتاج وعناصره ،وتعد هذه الخصيصة من الخصائص المميزة لعقود الأستثمارات الأجنبية ، إذ أنها ليست كبقية العقود والعلاقات الاقتصادية التي تستهدف تحقيق الربح فقط،وذلك لما ترومه من تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للأستثمار عن طريق ما تقدمه بحكم طبيعتها الى الاقتصاد المتلقى من أصول متنوعة منها رأس المال ،والتكنولوجيا، والقدرات ،والمهارات الإدارية، وهذه الأصول يمكن أن تقوم 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 ، ص 169 .

<sup>1</sup> د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية ، مصدر سابق ، ص 324 .

<sup>2</sup> ينظر د.جلال وفاء محيين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2001، ص 5 وما بعدها .

<sup>3</sup> د.بشار محمد الاسعد ،مصدر سابق ، ص 76.

هام في تحديث الاقتصاد الوطني وفي الاسراع بوتيرة النمو الاقتصادي .<sup>1</sup> وعلى المستثمر الأجنبي وان كان يسعى لتحقيق أهداف ومصالح أخرى خاصة به ، أن يقبل الإشتراك في عملية التنمية للدولة المضيفة والحصول على الأرباح 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 وأكثرها مناسبة للمشروع محل التعاقد وأيضاً استخدام التكنولوجيا المتطورة ومقابل ذلك تتعهد الدولة بتقديم التسهيلات اللازمة المتمثلة بتسهيل الحصول على تراخيص الانشاء، أو التجهيزات من الخارج ، أو تملك الأرض التي يقام عليها المشروع، وغيرها من التسهيلات اللازمة لعقد الأستثمار.<sup>2</sup>

وهذا ما اكدته صراحةً الاعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965 ، وذلك من خلال التقرير المقدم من المديرين التنفيذيين وعلى وجه الخصوص في البند(9) الذي ينص على " ان المديرين التنفيذيين ، وهم يقدمون الاتفاقية المرفقة للحكومات ، فأنهم مدفوعون بالرغبة في تقوية الشراكة بين الدول من أجل التنمية الاقتصادية وإنشاء مؤسسة 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"<sup>3</sup> . وكذلك يتضح من خلال المقدمة للاتفاقية التي ورد فيها ما يأتي:- " تقديراً لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية ، ولأهمية الدور الذي تؤديه الأستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال ....."<sup>4</sup>.

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

<sup>1</sup> د.دريد محمود السامرائي ،مصدر سابق ،ص83

<sup>2</sup> في حكم صادر من إحدى هيئات التحكيم المشكلة في اطار نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس في 5 فبراير 1985 في قضية يتلخص موضوعها في اتفاق الحكومة الكاميرونية مع شركة امريكية على قيام الأخيرة بتوريد محطة ارضية للاتصال بالاقمار الصناعية وتركيبها، وبعد الانتهاء من ذلك تبين أن المحطة لا تعمل بالكفاءة المطلوبة، الأمر الذي أثار النزاع بين الطرفين، والذي تم عرضه على هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس والتي قضت بموجب حكمها المشار اليه اعلاه الى ان " المستثمر الأجنبي قد أخل بالتزامه 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.

<sup>3</sup> مشار الى هذا التقرير في مؤلف د. جلال وفاء محبين ، مصدر سابق ، ص 45 .

<sup>4</sup> ينظر المقدمة منشورة على الموقع الالكتروني

ومن ثم فإن الاتفاقية تهدف الى حماية المستثمر، وكذلك الدولة المضيفة بالدرجة والحماس نفسه مدركةً لحقيقة ان حماية الأستثمار في الأصل يعني حماية المصلحة العامة للتنمية بالدول المضيفة<sup>1</sup>.

## الفصل الأول

### 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 الآخر بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء الى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار ،وعليه ومن اجل بيان ماهية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية، فإن الأمر يتطلب منا تقسيم هذا الفصل على مبحثين سنتناول في المبحث الأول منهما مفهوم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية، في حين سنحدد في المبحث الثاني الشكل القانوني للتحكيم في هذه العقود<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> مشار إليها في مؤلف د .جلال وفاء محبين ، مصدر سابق ، ص 12 .

<sup>2</sup> تجدر الإشارة الى اننا سنعمد في تحديد ماهية التحكيم في هذه العقود فيما خص القانون الداخلي للدولة المستضيفة على القوانين التي نظمت أحكامه العامة كقوانين المرافعات المدنية وقوانين التحكيم ، وذلك لأن اغلب قوانين الأستثمار التي اجازت اللجوء اليه بوصفها وسيلةً لحل المنازعات الناشئة عن العقود الأستثمارية قد نصت

## المبحث الأول

### مفهوم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية.

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

#### المطلب الأول

##### معنى التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

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

#### الفرع الأول

##### تعريف التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

التحكيم لغةً يعني التفويض في الحكم و مصدره(حَكَمَ) . يقال حَكَمْتُ فلاناً في مالي تحكيمياً أي إذا فوضت اليه الحكم فيه فأحتكم عليه في ذلك،وحكّموه 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 .

أي جعلوه حكماً فيما بينهم<sup>1</sup> .

قال تعالى " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم"<sup>2</sup>.

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

وهناك من يعرفه بأنه : "هيئة تمتلك سلطة خاصة تهدف من خلالها حل نزاع مستبعد من سلطة القضاء"<sup>4</sup>.

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

في حين هناك من أعطى أهمية كبيرة لاتفاق التحكيم عند تعريفه ، ومن ثم فإنه يرى بأن التحكيم هو " وسيلة تهدف الى إعطاء حل مسألة تهم العلاقات بين أشخاص عدة عن طريق واحد أو أكثر يسمى محكماً أو محكمين ، يستمدون سلطتهم في اتفاق خاص و يقضون بمقتضى هذا الاتفاق من دون أن تمنحهم الدولة هذه المهمة"<sup>6</sup>.

أو أنه "اتفاق الأطراف على طرح خلافاتهم على أشخاص عاديين يختارونهم"<sup>7</sup>.

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

أو "أنه اتفاق الأطراف المعنية على أخضاع خلافاتهم لحكم أفراد تختارها هذه الأطراف"<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> العلامة ابن منظور، مصدر سابق، ص688.

<sup>2</sup> سورة النساء الآية (65).

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

نقلاً عن د. هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية. 200، ص36  
<sup>4</sup> Bertrand Moreu EtThierry Bernard ، Droit Interen Et Droit Interratio Del arbitrage (2em) Edition ، Parise ، 1985 ، P•15 .

<sup>5</sup> د. سعيد يوسف ، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2004 ، ص226.  
<sup>6</sup> 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 .

<sup>7</sup> Foucharrd•Larbitrage Commerca lInternatinal Dalloze ، Parise ، 1965 ، P.62

<sup>8</sup> د. قحطان الدوري ، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والوضعي ، ط1، مطبعة الخلود، بغداد، 1985 ، ص20.

<sup>9</sup> المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى أقامة الدعاوي ، المكتبة القانونية ، بغداد، 2006 ، 215 .

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 بواسطة أشخاص يتمتعون بسلطة القضاء في حالة قضية معينة"<sup>1</sup>.

أو أنه " مكنة أطراف النزاع بأقصاء منازعاتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبق القانون، لكي تحل عن طريق اشخاص يختارونهم "<sup>2</sup>.  
أو أنه "الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع و البت فيه أمام شخص ،أو أكثر يطلق عليهم أسم المحكم ،أو المحكمون من دون اللجوء الى القضاء"<sup>3</sup>.

وأن كانت مسألة وضع تعريف للتحكيم قد أوجدت خلافاً فقهيّاً، فأن هذا الخلاف يمكن تلمسه أيضاً في القوانين التي عالجت أحكام التحكيم في مدى تعريفها له من عدمه<sup>4</sup>.  
ومن القوانين التي وضعت تعريفاً للتحكيم قانون التحكيم المصري إذ ذهب الى أنه "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بأرادتهما الحرة ، سواء أكانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم أم لم يكن كذلك"<sup>5</sup>.

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

<sup>1</sup> Jean Robert ، Arbitrage givil Et commercial en droit interne et intrnational Prive  
<sup>1</sup> ، Iemeedition، Dalloz، Paris، 1967 ، p.98.

<sup>2</sup> د.صادق محمد جبران ، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006، ص ، 19.

<sup>3</sup> د. هشام خالد ، القانون القضائي الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 ، ص 522 .

<sup>4</sup> تنقسم قوانين الدول من إذ تنظيمها أحكام التحكيم على قسمين، قسم منها نظم هذه الأحكام في قانون المرافعات المدنية والقسم الآخر نظمها في قانون مستقل ومثال القسم الأول قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 في المواد (1442-1507) منه، وقانون المرافعات الهولندي لسنة 1986 الذي نظمته في م(1020-1076) ، والقانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1978 الذي نظم التحكيم في المواد (179/199) 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 الإجراءات 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 .

<sup>5</sup> ينظر م(4) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .



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

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

أما قانون المرافعات الهولندي فقد بين المقصود بالعقد التحكيمي حسب نص م(1020) ف(2) منه التي نصت على " أن عبارة العقد التحكيمي تعني الاتفاق التحكيمي الذي يلتزم الأطراف بموجبه على احواله خلاف ناشيء فيما بينهم على التحكيم ".<sup>2</sup> في حين نهجت قوانين أخرى منهجاً مغايراً، إذ لم تورد أي تعريف للتحكيم ، وإنما أكتفت ببيان جواز لجوء الأطراف بالاتفاق عليه كطريق لفض المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ بينهم كقانون المرافعات الفرنسي<sup>3</sup>، والقانون الدولي الخاص السويسري<sup>4</sup>، وقانون المرافعات العراقي<sup>5</sup>.

وإذا كنا قد تطرقنا الى الجانب التشريعي والفقهى في تعريف التحكيم فإنه من المحتم علينا، هنا التطرق الى الجانب القضائي في هذا الأمر، على اعتبار أن سوح القضاء هي المجال الحقيقي لتطبيق نصوص القانون وبث الروح فيها، وهي السبيل لتحديد ما يمكن أن يفهم من هذه النصوص بشكل عملي لانظري ، وشأنها شأن آراء الفقهاء في تحديدهم للمقصود بالتحكيم فقد ذهبت الأبحاث 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 أحواله الطرفان إليه

<sup>1</sup> ينظر م(1) من المشروع السوري في مؤلف الدكتور عبد الحميد الأحذب ، وثائق تحكيميه ،مصدر سابق ،ص126 .

<sup>2</sup> ينظر القانون الهولندي على الموقع الالكتروني على شبكة الانترنت  
<http://www.Jus.uio.no/im/nathergands.arbitration.act.1986/doc> .

<sup>3</sup> ينظر م(1445) من قانون المرافعات الفرنسي ينظر قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 منشور باللغة الانكليزية على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني

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

<sup>4</sup> ينظر(179) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة1978 على الموقع الالكتروني

<http://www.admin.com>

<sup>5</sup> ينظر م(251) من قانون المرافعات العراقي .

بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"<sup>1</sup>.  
وأيضاً المحكمة الإدارية العليا المصرية في إحدى القضايا التي فصلت فيها والتي أعطت مفهوماً للتحكيم إذ ذهبت الى أنه يعني " أنفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه بصور من دون المحكمة المختصة "<sup>2</sup>.  
وقد ذهب القضاء السوري الى بيان أن المقصود بالتحكيم هو "ولاية استثنائية شرعها قانون أصول المحاكمات المدنية لحل كل الخلافات وهي ترفع يد القضاء عن النظر فيها"<sup>3</sup>.  
اما بالنسبة لقوانين الأستثمار فلم تعالج هذه المسألة، إذ لم تبين سوى إمكانية حل المنازعات الأستثمارية بالتحكيم المنظم وفق قوانين خاصة بالرجوع الى نص المادة(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 بالنسبة للقانون العراقي إذ بين في القانون رقم 13 لسنة 2006 في المادة 27 ف(4) منه على "يجوز لأطراف النزاع اللجوء الى التحكيم وفقاً للقانون العراقي...."<sup>4</sup>.  
اما بالنسبة الى الاتفاقيات الدولية فنلاحظ أنها قد تنص على رجوع الأطراف الى التحكيم في المنازعات الأستثمارية حتى في الاحوال التي لا يبرم فيها المستثمر مع الدولة المضيفة للاستثمار، أي اتفاق تحكيمي للدلالة على الأهمية الكبيرة له ، ويعد الحكم الصادر في النزاع بين شركة المنتجات الزراعية المحدودة AAPL وجمهورية سيريلانكا اول حكم يؤسس اختصاص هيئة التحكيم استناداً الى وجود نص في اتفاقية استثمارية يحيل الى المركز الدولي لمنازعات 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

<sup>1</sup> الدعوى الدستورية جلسة 18 / 1 / 1994 ، الطعن رقم 886 أشار اليه د. هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص 46 .

<sup>2</sup> المحكمة الادارية العليا رقم 13 جلسة 17 / 12 / 1994 أشار اليه د. عصمت الشيخ ، التحكيم في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 32 .

<sup>3</sup> الطعن رقم 132 لعام 1972 ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا السورية ص 21 . اشار اليه د. هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري ، مصدر سابق ، ص 60 .

<sup>4</sup> 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 .

الدمار الذي وقع للمنشآت الخاصة نتيجة العمليات العسكرية التي قامت بها القوات السيريلانكية ضد المتمردين ، وقد اسست شركة AAPL طلبها في اللجوء الى تحكيم المركز على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المتحدة وسيريلانكا سنة 1980 والتي نصت في المادة (8) ف (1) منها على أنه " على كل دولة متعاقدة الموافقة على احالة أي نزاع قانوني ينشأ بين أي طرف متعاقد ورعايا، او شركة تابعة لطرف المتعاقد الاخر بشأن استثمار الأخير في اقليم الطرف الأول الى التحكيم وفقاً لقواعد المركز " .

وقد انتهت هيئة التحكيم الى قبول اختصاصها بنظر النزاع إذ عد المحكمون انفسهم مختصين على الرغم من عدم ابرام أي اتفاق تحكيمي بين المستثمر ودولة سيريلانكا ، واسسوا حكمهم على اتفاقية الاستثمار التي تضمنت موافقة الدولة العضو في الاتفاقية على الالتجاء الى التحكيم وفقاً لقواعد المركز الدولي ، وهو ما يمثل ايجاباً من الدولة بالموافقة على تحكيم المركز النقي بقبول المستثمر الأجنبي لهذا الإيجاب بتقديمه لطلب التحكيم مما يتكون معه الرضاء المتطلب لانعقاد الاختصاص لهيئات تحكيم المركز<sup>1</sup> .

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

وعليه فيمكننا القول بأن التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية هو :

<sup>1</sup> ينظر القضية منشورة على الموقع الالكتروني

[http / www.worldbank.org /icsid/cases/me\\_cement-award.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/me_cement-award.pdf).

<sup>2</sup> ينظر القضية بالتفصيل منشورة على الموقع الالكتروني

[http/www.worldbank .org/icsid/cases/csob /csob\\_decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob/csob_decision.pdf).

"اتفاق الأطراف المتعاقدة في عقود الأستثمارات الأجنبية على أستبعاد قضاء الدولة المضيفة للأستثمار أو أي دولة أخرى في حل النزاع القائم أو المحتمل الوقوع بينهما واختيار اشخاص او منظمات ذات خبرة في مجال العلاقة الأستثمارية في حل ذلك النزاع ، على ان يتمتع قرارهم بصفة 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، أو إحدى الشركات، أو المؤسسات، أو 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 الأولى الطرف الوطني في عقود الأستثمارات الأجنبية ، في حين تكون الثانية مخصصة لتحديد الطرف الأجنبي فيها .

#### أولا : الطرف الوطني في عقود الأستثمارات الأجنبية.

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

،أو الهيئات العامة التابعة لها بذلك<sup>1</sup>.

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؛ وإنما يتم بواسطة أحد الشركات ،أو المؤسسات التابعة لها التي على الرغم من تمتعها بشخصية معنوية، وذمة مالية مستقلة عن الدولة؛ إلا أنها في الوقت نفسه، ترتبط معها بعلاقة تبعية ، فهل تعد الدولة في هذه الحالة طرفاً في هذا العقد أم لا ؟

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

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

<sup>1</sup> غسان محمد المعموري ، مصدر سابق ،ص 84.

<sup>2</sup> من أحكام التحكيم التي اخذت به الحكم الذي أصدرته إحدى هيئات التحكيم في اطار مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم 51 لسنة 1994 . وذلك بشأن النزاع بين إحدى شركات المقاولات =الافريقية ووزير الاسكان وبجهاز حكومي افريقي خاص بالصرف الصحي التي تتلخص وقائعه في أنه قد تم الاتفاق على أن تقوم شركة المقاولات بتنفيذ مشروع للصرف الصحي بحساب لجهة الحكومة الافريقية ، ولما كانت م(2) من الاتفاق تنص على أنه يحق للمقاول المطالبة بالتعويض في حالة حدوث عقبات لم يكن من الممكن توقعها عند حدوث العطاء، وكان قد اعترض تنفيذ الاعمال المتعلقة بالمشروع عدة عقبات خارجة عن إرادة 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 المطالبة الشركة في التحكيم فلا توجه الدعوى إلا 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 هيئة التحكيم في حكمها الذي

أما بالنسبة للمعيار القانوني فإنه يعتمد على العملية المادية للتوقيع بمعنى أنه طالما أن المؤسسة، أو الهيئة التي أبرمت العقد تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة؛ فيجب أن تتحمل المسؤولية الكاملة لتعاقدتها من دون أن تشاركها الدولة في هذه المسؤولية، ومن ثم لا تعد الدولة ذاتها طرفاً في العقود التي تبرمها هذه المؤسسات المتمتعة بشخصية قانونية مستقلة.<sup>1</sup> وقد أستاذ القائلون بهذا المعيار على اتفاقية 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 إحدى الدول المتعاقدة، أو إحدى الهيئات العامة، أو الاجهزة التابعة لها التي تقوم الدولة بتحديدتها للمركز"<sup>2</sup>.

---

صدرته في 23 مارس 1996 الى أنه" لما كانت اعتمادات الجهاز التنفيذي للصراف الصحي للعاصمه قد ادرجت ضمن موازنة الجهاز المركزي للتعمير، وذلك من موازنه 81 / 1982 حتى 84 / 1985 ، كما تم ادراج اعتماداته ضمن موازنة قطاع الاسكان ضمن موازنة 85 / 1986 الأمر الذي يؤكد أن الجهاز أضحي واجهة الدولة التي تهيم على مشروع الصراف الصحي تحت مظلة الجهاز المركزي للتعمير ثم بعده وزارة الاسكان، ومن ثم فإن الدولة تعد طرفاً في هذا العقد" . ينظر د.محي اسماعيل علم الدين ، أحكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم (1982. 2000 ط1، دار النهضة العربيه ، القاهرة ، 2002 ، ص 45 .

<sup>1</sup> ينظر في هذا المعيار د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامه للتحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص 38 .وعسان محمد المعموري ، مصدر سابق ، ص 87 ، وخليل ابراهيم محمد خليل ،القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، سنة 2005 ، ص 55 .

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

ويبدو ان الميعار الاقتصادي هو اقرب للدقه ؛ وذلك لأن الدولة تتأثر بالعقود التي تيرمها الهيئات والمؤسسات التابعة لها على المستوى الاقتصادي والاجتماعي، هذا فضلاً عن ان الأخذ بالميعار القانوني يؤدي الى تضيق 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 الدولة، أو إحدى 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<sup>1</sup>. 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 للنياية 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 بنوعيتها سواء أكانت شرط أم مشاركة<sup>2</sup>.

ألا أن هذه القاعدة قد قلبت رأساً 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 الدولية، فقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 10 ابريل 1985 فيما يتعلق بأهلية الدولة في الخضوع للتحكيم " ان الحظر او المنع المقرر على الدولة في ابرام 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<sup>3</sup>. وايضاً محكمة باريس سارت في الأتجاه نفسه إذ قررت في الحكم الصادر في

---

التجاري الدولي ، ج 1 ، من دون مكان نشر، 1986، ص224 ود. شريف محمد غنام ، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص299 .

<sup>1</sup> ينظر م(7) من قانون التحكيم الانكليزي منشور على شبكة الانترنت على الموقع

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

<sup>2</sup> ينظر د. عصام الدين القصيبي ، مصدر سابق ، ص18 وما بعدها .

<sup>3</sup> وفي حكمها الصادر في 17 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة Catoil ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبتترول ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإيرانية ، التي تتلخص وقائعها في ان الشركة المذكورة قد دفعت بعدم اختصاص هيئة التحكيم استناداً الى بطلان شرط التحكيم بسبب عدم اهلية الشركة

يوليو عام 1987 " أن الحظر او المنع يكون قاصراً على العقود الداخلية ولا يطبق على الاتفاقات ذات الطابع الدولي، كما أن الحظر لا يتعلق بالنظام العام الدولي".<sup>1</sup>

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 احوال 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 أياً 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 الهيئة أو أي جهة حكومية ،وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة أحكام هذا القانون، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية ، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على ان ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الأطراف " . وهذا يعني ان قانون الأستثمار العراقي قد أجاز للدولة ، او اشخاص القانون العام ابرام أتفاقات التحكيم إذ ان عبارة المنازعات الناشئة بين الهيئة او أي جهه حكومية أخرى تدل على امكانية ابرام أتفاق التحكيم من قبلهم<sup>2</sup> ، اما قانون المرافعات

---

الوطنية الايرانية للبتروول لقبول شرط التحكيم من دون الترخيص المسبق من البرلمان الايراني، وذلك وفقاً للمادة 139 من دستور الجمهورية الاسلامية الايرانية ، إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع واصدرت حكماً جزئياً بنظر النزاع ثم اصدرت بعد ذلك حكماً نهائياً بالزام الشركة برد المبالغ التي احتجزتها الى الشركة الايرانية . فطعنن 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 التوصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقاً بين الأطراف ، كذلك فان الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام لا يمكنه ان يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام الى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع " . اشار اليه د. بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص 377 .

<sup>1</sup> اشار اليه د. هشام خالد ، معيار دولية التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص 44 .

<sup>2</sup> اما بالنسبة لقانون الأستثمار الكوردستاني رقم 4 لسنة 2006 فقد أحوالت 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



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

وإذا امعنا النظر على الاتفاقيات الدولية ذات الصلة لوجدنا أن معظمها أشار الى إمكانية تطبيقها، أيأ كان أطراف اتفاق 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 إلا أنها حددت في م (1) منها نطاق تطبيقها بقولها " تطبق الاتفاقية 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 أن الاتفاقية تركت لكل دولة حرية تقرير أهلية حكومتها، و مؤسساتها العامة، و الشركات التابعة لها في الاتفاق على التحكيم" <sup>1</sup> .

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

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

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

---

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

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

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

<sup>3</sup> ينظر بهذا الخصوص م(25) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965 .

### 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، وأحياناً يكون بينها مؤسسات مالية لتمويل المشروع برأس المال الكافي لأتمام ممارسة نشاطه التجاري، أو الصناعي ، و كثيراً ما يكون المستثمر الأجنبي شركة تجارية ،وقد يكون قبولها مشاركة الوطنيين بدافع توسيع نشاطها الأستثماري الخارجي، أو تأمين مصادرها بالمواد الأولية ،أو لأن المشاركة هي الطريقة الوحيدة لإنشاء هذا المشروع في الدولة المضيفة للأستثمار<sup>1</sup>.

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 إمكانية أن يكون المستثمر شخصاً طبيعياً<sup>2</sup>.

والسؤال الذي يمكن أن يثار، هنا كيف يمكن أن يتم التمييز بين الشخص الوطني والأجنبي ؟  
للأجابة نلاحظ ان المعيار السائد<sup>3</sup> في الوقت الحالي هو معيار الجنسية.<sup>4</sup>  
فالجنسية هي المعيار أوالضابط الواجب الأتباع في تحديد مدى تمتع الأشخاص الطبيعية أو

<sup>1</sup> أحمد حسين جلاب ، مصدر سابق ، ص 29 .

<sup>2</sup> ينظر م(1) ف(ط) من قانون الأستثمار الكوردستاني العراقي النافذ رقم (4) 2006 فقد عرف المستثمر في المادة (1)ف(9)منه بأنه" الشخص الطبيعي، أو المعنوي الذي يستثمر أمواله في الأقليم وفق أحكام هذا القانون وطنياً أم اجنبياً". وقد عرفت المادة (2)من قانون الأستثمار السوري الصادر في 1991 المستثمر"هو الشخص الطبيعي ،أو المعنوي الذي يحصل على ترخيص بأقامة مشروع وفق أحكام هذا القانون"،وبالشئ نفسه أخذ القانون الليبي للأستثمار رقم 5 لسنة 1996 في نص المادة (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.

<sup>3</sup> إذ يكون المعيار المتبع في تحديد اجنبية الشخص هو الموطن ، أو الإقامة ، أو محل وجود الشخص وقت حصول النزاع . ينظر د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، ج 1 ، ط 1 ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ص 32 وما بعدها .

<sup>4</sup> 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، ص 31 .

المعنوية بالصفة الأجنبية او الوطنية<sup>1</sup>، وأستناداً لهذا المعيار يمكن القول بأن الشخص الطبيعي، او المعنوي المتعاقد يعد اجنبياً عندما لا يتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة معه، ويعد وطنياً عندما يحمل جنسيتها، بمعنى يمكن أن تلحق الصفة الأجنبية بكل شخص طبيعي، أو معنوي لا يتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة<sup>2</sup>.

ولكن كيف يمكن أن تحدد وطنية الشخص الطبيعي، أو المعنوي المتعاقد مع الدولة المضيفة للأستثمار، أو أجنبيته إذا كان هذا الشخص يتمتع بأكثر من جنسية، وكانت إحدى الجنسيات التي يحملها هي جنسية الدولة المتعاقدة، فهل يعد أجنبياً بالنسبة لهذه الدولة ؟ يبدو أن الأجابه على هذا الأمر وبحسب القواعد العامة، أنه لا يمكن أن يعد الشخص أجنبياً في دولة يحمل جنسيتها لمجرد أنه يتمتع بجنسية دولة أخرى، ذلك ان من المستقر عليه أن تعدد الجنسيات يحمل الدولة على تغليب جنسيتها عما سواها<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني

### أنواع التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

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

<sup>1</sup> أخذ بهذا المعيار د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، ط1، بغداد، بيت الحكمة، 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، العدد الثالث، السنة السابعه والعشرون، 2003، ص278.

<sup>2</sup> ينظر اتفاقية 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.

<sup>3</sup> ينظر المادة (3) وم(12) من قانون الجنسية العراقي رقم (26) سنة 2006.

يمكن أن يكون تحكيمياً حرّاً، ومقيداً "مؤسسي"، ومن إذ النظام القانوني الذي ينتمي اليه فيحدد بالتحكيم الداخلي، والتحكيم الدولي .

ولأستيضاح هذه الانواع مع بيان نوعية التحكيم المنفق عليه بصدد عقود الأستثمارات الأجنبية سنقسم هذا المطلب على فروع أربعة سنخصص الفرع الأول 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

## الفرع الأول

### التحكيم الاختياري و التحكيم الاجباري في عقود الأستثمارات الأجنبية

عادةً يكون اللجوء الى التحكيم إختيارياً، ومن ثم للأطراف الخيار بين أعتماذ التحكيم طريقاً لفض النزاع، أو طرحه على القضاء المختص وهذا ما يسمى بالتحكيم الأختياري إذ يكون التحكيم اختياريًا إذا لم يكن اللجوء اليه أمراً مفروضاً على الأطراف المحكمتين "أطراف عقد الأستثمار الأجنبي " أي إذا كان اللجوء اليه يتم بأرادتهم<sup>1</sup>.

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

والأصل أن التحكيم أختياري ،وليس أجبّاري 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<sup>3</sup>.

ومن ثم فإن التحكيم لا يوجد للفصل في منازعات الأفراد والجماعات كأساس 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 المحكمتين "أطراف الأتفاق على التحكيم " .

<sup>1</sup> د.أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، ط5 ، منشأة المعارف، الاسكندرية ،1988،ص39 .

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

<sup>3</sup> د.سراج حسين ، التحكيم في منازعات البترول ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ،ص144.

2. أقرار الأنظمة القانونية الوضعية و على أختلاف مذاهبها و اتجاهاتها لهذه الارادة<sup>1</sup>.  
أما التحكيم الأجبّاري فهو الذي ينصّ المشرع على الالتزام باللجوء اليه بوصفه طريقاً لحلّ النزاع وهو غالباً ما تسبقه إجراءات للتفاوض نصّ عليها القانون حتى إذا تعذرت التسوية الودية تعين طرح النزاع على هيئة التحكيم التي نصّ القانون على تشكيلها والتي تصدر أحكاماً يجري تنفيذها بالطرق الجبرية بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها.<sup>2</sup>  
هذا ويعدّ التحكيم الأجبّاري طريقاً واجباً سلوكه للخصوم بحيث لا يجوز لهم إطلاقاً اللجوء الى القضاء العادي بخصوص النزاع، الا بعد طرحه على هيئة التحكيم التي نصّ عليها المشرع<sup>3</sup>، بمعنى أنه ليس للأطراف خيار فيه ولا يتولد عن اتفاقهم ولا ينبع عن أرائهم، أو رغباتهم، وإنما هو مقرر بنصّ في القانون ملزم للأطراف ومجبرين على أتباعه<sup>4</sup>.  
وبالرجوع الى قوانين الأستثمار نلاحظ أنها قد جعلت التحكيم إختيارياً للأطراف وهذا ما اخذت به م(27)ف(5) من قانون الأستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006<sup>5</sup>. وكذلك نصت م(7) من قانون الأستثمار المصري على أنه "يجوز تسوية منازعات الأستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتمّ الأنفاق عليها مع المستثمر، أو وفقاً لأحكام قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994...."

بمعنى ان التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبيّة يعدّ من إذ الاساس من قبيل التحكيم الإختياري؛ وذلك لأنه لايفرض على الطرفين، ولا يتمّ اللجوء اليه ما لم تتجه ارادتهم اليه، وذلك في اتفاق التحكيم سواء أكان في صورة شرط أم مشاركة للتحكيم. ولكن على الرغم من ذلك قد تصادف بعض الحالات التي يكون فيها التحكيم أجبّارياً في اطار منازعات الأستثمار مثل ما نصت عليه م(40) من الشروط العامة لدول (الكوميكون) عام 1968 على ان " كل المنازعات

<sup>1</sup> د.محمود السيد عمرالتحيوي ، مفهوم التحكيم الإختياري والاجباري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 2001 ، ص76.

<sup>2</sup> د.علي عوض حسن ، التحكيم الإختياري والاجباري في المنازعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص20 .

<sup>3</sup> خالد عزت المالكي ، التحكيم ، مؤسسة النوري للطبع والنشر ، دمشق ، 2003 ، ص125.

<sup>4</sup> د.محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم الإختياري والاجباري ، منشأة المعارف الاسكندرية، 2003 ، ص76 .

<sup>5</sup> ينظر بالاتجاه 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 .

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 الاقتصادية المتبادلة متى أتفق أطراف النزاع على ذلك"<sup>1</sup>

## الفرع الثاني

### التحكيم بالقانون والتحكيم طبقاً لقواعد العدالة والانصاف.

يستند هذا النوع من التحكيم على مدى تقييد المحكم عند فصله في النزاع بقواعد القانون الساري في دولة التحكيم، أو عدم تقيده به ، فإذا كان ملزماً بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون فأنا نكون بصدد تحكيم بالقانون، وعندما يكون المحكم معفوياً 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<sup>2</sup>، فالتحكيم بالقانون هو الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، كما يتصور اخضاع كل مراحل التحكيم لقانون واحد، فمن الممكن ايضاً اخضاع كل مرحلة من مراحل لقانون مختلف، وذلك حسب ارادة المحكمتين<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> أشار إليها ، د.سراج حسين ، مصدر سابق ، ص145.

<sup>2</sup> د.عبد القادر الطورة ، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية ، المطبعة الفنية الحديثة،مصر ،1988، ص66 ، 67.

<sup>3</sup> د.مهند أحمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،2005، ص47.

القاضي بتطبيقها فيما لو عرض النزاع عليه ، ألا أنه مقيد في ذلك بالالتزام بالمبادئ الاساسية في التقاضي وأهمها أحترام حقوق الدفاع<sup>1</sup>.

وسواء أكان التحكيم بالقانون أم طبقاً لقواعد العدل والانصاف، فإن قرار المحكم يتمتع بقوة إلزامية في مواجهة المحكّمين وهو بالوقت نفسه مقيد بمقتضيات النظام العام<sup>2</sup>. 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 اتفاق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق نص في م(1497)، على أنه "يفصل المحكم كمحكم مفوض بالصلح إذا ما اتفق الأطراف على ذلك"<sup>3</sup>.

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

وعلى النهج نفسه سار المشرع الهولندي في قانون المرافعات المدنية الهولندي لسنة 1986 حسب نص م(1036) منه<sup>5</sup>.

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

<sup>1</sup> د.محسن شفيق ، القانون التجاري الدولي ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997،ص85 .

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

<sup>3</sup> ينظر قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 منشور باللغة الانكليزية على شبكة الانترنت على الموقع

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

<sup>4</sup> ينظر القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1978 على الموقع الالكتروني

<http://www.admin.com>

<sup>5</sup> ينظر م(1036) من قانون المرافعات الهولندي .

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

<sup>6</sup> 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 المحكّمين أتباع الأوضاع والأجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه اعفاء المحكّمين صراحةً أو وضع إجراءات معينه يسيّر عليها المحكمون " .

والتجاريه الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 ...<sup>1</sup>.

كما اخذت بكلا النوعين من التحكيم بعض الاتفاقيات الدولية كالأتفاقية الأوروبية 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"<sup>2</sup>.

وكذلك الأمر بالنسبة لأتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الأستثمار إذ نصت م(42) ف(1) منها "أن هيئة 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"<sup>3</sup>.

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

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

---

<sup>1</sup> 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 أستثمار 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 . اما بالنسبة لقانون التحكيم المصري النافذ فيلاحظ أنه بعد أن نص في م(39) ف(1،2) على ان تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان أو القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى هيئة التحكيم أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجب التطبيق على موضوع النزاع ، نص في ف(4) من المادة نفسها على أنه "يجوز لهيأة التحكيم إذا أتفق طرف التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والانصاف من دون التقييد بأحكام القانون".

<sup>2</sup> <http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/documents/rpid%20documents/rpo4012>

<sup>3</sup> ينظر أتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الأستثمار على الموقع الإلكتروني <http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.genev.1961/doc>



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 اتفاق الأطراف صراحةً على الأخذ به، والا عد التحكيم المتفق عليه تحكيمياً بموجب قواعد القانون<sup>1</sup>. والثاني: قد يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مما يترتب عليه عده تحكيمياً طبقاً لقواعد القانون.

ولكن هذا لا يعني أن التحكيم طبقاً لقواعد العدل والانصاف لم يعرف طريقه الى عقود 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<sup>2</sup>. 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 ايطاليه على أساس تصوير العمليه على أنها بيع الى البرتغال ، وسويسرا، ومنها الى ايطاليا وذلك للافاده من المزايا المقررة من السوق الأوروبية المشتركة في حالة التصدير لدول أخرى خارج السوق، مما دعا السلطات الفرنسية الى رفض تراخيص التصدير على أساس الغش . وقد أثيرت مسألة العقود المبرمة مع الشركات الايطالية على أساس أن الاستعانة بدول أخرى خارج المجموعه الأوروبية يشكل خرقاً للقانون الفرنسي ، وأخيراً أنتهت المحكمة الفرنسية الى أن بطلان العقود الأصلية لعدم مشروعيتها بسبب الغش لا يؤثر على صحة حكم المحكم بموجب مبادئ العدل والانصاف استناداً الى شرط التحكيم الوارد في هذه العقود الذي يتعين النظر اليه أستقلالاً<sup>3</sup>.

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

<sup>2</sup> ينظر د . بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص79 .

<sup>3</sup> أشار اليها د. أشرف عبد العليم الرفاعي ،التحكيم في العلاقات الخاصه الدوليه،دار الكتب القانونيه،مصر، 2006، ص58.

## الفرع الثالث

### التحكيم الحر، والتحكيم المؤسسي

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

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 الإجراءات والقواعد التي تنطبق على النزاع.<sup>2</sup>

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

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

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

<sup>1</sup> د.أحمد خليل،قواعد التحكيم،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2003،ص22 .

<sup>2</sup> د.نبيل اسماعيل عمر ،التحكيم في المواد المدنية والتجارية ،دار النهضة العربية ،2004،ص30 .

<sup>3</sup> د.مصطفى محمد الجمال،د.عكاشة عبد العال ،مصدر سابق ،ص127.

<sup>4</sup> د.فوزي محمد سامي ،التحكيم التجاري الدولي ،ط1 ،بيت الحكمة ، بغداد ، 1994، ص137.

<sup>5</sup> د.أبو زيد رضوان ،الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ،منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1971 ،

وهيأة التحكيم الدولي في لندن، والمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الأستثمار بواشنطن، والمركز الاقليمي للتحكيم التجاري بالقاهرة.<sup>1</sup>

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 إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أم مركز دائم للتحكيم أم لم يكن كذلك".<sup>2</sup>

وكذلك بالنسبة 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 اجاز اللجوء الى التحكيم بكلا نوعيه وذلك بحسب م(251) منه.

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

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

<sup>1</sup> د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، مصدر سابق، ص 355.

<sup>2</sup> ينظر بالاتجاه 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.

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

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

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

3. أن المنظمة أو المركز المختص بالتحكيم يجري التحكيم في مقره ما لم يبين أنه بحاجة الى اختيار مكان آخر بالنظر لظروف النزاع ، وهذا ما يكفي المحكّمين عبء 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<sup>1</sup>.

ومما تجدر الاشارة اليه أنه على الرغم من هذه المزايا التي يمتاز بها التحكيم المؤسسي الا أنه لم يكن السبيل الوحيد الذي يحتكم اليه أطراف العلاقة الأستثمارية، 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 بترولوي 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 المحكّمين ملزماً ونهائياً للطرفين، ويتم التحكيم باللغة الانكليزية وتتنطبق أحكام القانون المصري ويكون عدد المحكّمين 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

<sup>1</sup> 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.

الثاني"<sup>1</sup>.

وكذلك ما نصت عليه م(42) ف(2) من العقد المبرم بين المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيلبس الأمريكية عام 1963 من أن " أي نزاع ينشأ بين فيلبس والمؤسسة يقوم بالفصل فيه ثلاثة محكمين طبقاً للائحة التحكيم والمصالحة الخاصة بالغرفة التجارية الدولية "<sup>2</sup>.  
في حين اتبعت عقود أخرى الأخذ بأسلوب التحكيم الحر لحل ما ينشأ عنها من نزاعات كالعقد المبرم بين الحكومة اللبنانية ، وحدى الشركات الفرنسية الخاصه في 18/11/1994 من اجل تنفيذ ما يسمى الاتوستراد العربي الذي ورد فيه من أن فض الخلافات الناشئة عنه يكون خاضعاً للتحكيم، وفقاً لدفتر الشروط وملاحقه، مع تطبيق أحكام نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسترال) على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية، وعلى ان يطبق القانون اللبناني في اساس الموضوع<sup>3</sup>.

## الفرع الرابع

### التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي

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

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

<sup>1</sup> أشار إليها د.بشار الاسعد ،مصدر سابق ،ص363 و 364 .

<sup>2</sup> أشار إليها د.سراج حسين ،مصدر سابق ،ص179 .

<sup>3</sup> أشار إليها د.بشار الاسعد ،مصدر سابق ،ص36.

<sup>4</sup> د.أبراهيم أحمد أبراهيم ،القانون الدولي الخاص ،ط2،دار النهضة العربية القاهرة ، 1997 ،ص43 و 42 .

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

الأول<sup>1</sup>، كما أن تنفيذ أحكام التحكيم التي تعد أهم مرحلة من مراحلها تتم وفقاً لأجراءات معينة وهذه الإجراءات تختلف من دولة الى أخرى كما أنها تختلف في الدولة الواحدة فيما إذا كانت تتعلق بتحكيم داخلي أو دولي، فضلاً عن ان هناك اتفاقيات دولية تحكم تنفيذ أحكام التحكيم الدولي من دون الداخلي<sup>2</sup>.

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

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

<sup>1</sup> 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 أمره تتعلق بالنظام العام في القانون الداخلي، تعد من النظام العام في مجال العلاقات الدولية. ينظر د. سراج حسين، مصدر سابق، ص 155.

<sup>2</sup> د. ابراهيم أحمد ابراهيم، مصدر سابق، ص 47

<sup>3</sup> ينظر د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1992، ص 20 ود. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 419.

<sup>4</sup> ينظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، 1987، ص 16. ود. فريد فتیان، تنازع القوانين من إذ المكان، بحث منشور في مجلة القضاء، صادرة عن نقابة المحامين في بغداد، العدد الثاني والثالث، السنة الحادية عشرة، كانون الثاني، 1953، ص 19.

<sup>5</sup> ينظر في هذه الانتقادات خليل ابراهيم خليل، القانون الواجب التطبيق على سند الشحن في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل، سنة 2005، ص 67.

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 ، أو إذا كانت هذه الإجراءات مستمدة من نصوص اتفاقيات دولية أو أجنبية عندها يعد التحكيم دولي<sup>1</sup> . ولكن للانتقادات العديدة التي وجهت الى هذا المعيار ، ومنها ان احتمال سير إجراءات التحكيم في دول عدة سيقود الى تعدد القوانين التي تحكم إجراءاته نتيجة لتنتقل المحكمين بين دول عدة ، ومن ثم كيف سيتمكن تحديد دوليته من عدمه بالنسبة للمحكم الذي طبق قانون بلده مع القوانين الأخرى<sup>2</sup> .

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

في حين أخذ البعض بمعيار جنسية الأطراف أو محال اقامتهم أو جنسية المحكمين لتحديد صفة التحكيم إذ يعد التحكيم دولياً إذا ما اختلفت جنسية الخصوم ، أو محال اقامتهم ، أو جنسية المحكمين ، وعلى العكس من ذلك يكون التحكيم داخلياً ، إذا ما توافقت جنسية الخصوم ، أو محال اقامتهم ، أو جنسية المحكمين<sup>5</sup> .

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

---

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

<sup>2</sup> د. حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2006 ، ص 37 .

<sup>3</sup> ينظر د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 ، ص 75 . ود. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في القانون الواجب التطبيق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000 ، ص 61 .

<sup>4</sup> د. حسني المصري ، مصدر سابق ، ص 46 .

<sup>5</sup> د. أشرف عبد العليم الرفاعي ، مصدر سابق ، ص 221 . ود. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجاره الدولية ، مصدر سابق ، ص 52 .

المشتملة على عنصر أجنبي<sup>1</sup> .

ولقد أخذ قانون المرافعات الفرنسي بالاتجاه 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"<sup>2</sup>. واعمالاً لهذا النص قضت محكمة أستئناف باريس في حكمها الصادر في 5 ابريل لسنة 1990 بأنه لكي يكون التحكيم دولياً "يكفي في هذا الصدد أن تتضمن العملية الاقتصادية انتقالاً للأموال، أو الخدمات، أو لمصالح عبر الحدود، وفي المقابل فإن جنسية الشركات المعنية والقانون الواجب التطبيق على العقد أو التحكيم وكذلك مكان التحكيم لا يكون له اي أثر في هذا الشأن"<sup>3</sup>. 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، إلا 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 فإنه يخضع لأحكام

<sup>1</sup> 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 .

<sup>2</sup> قبل صدور قانون المرافعات الفرنسي الحالي لسنة1981 كان السائد الاكتفاء بتوافر العنصر الأجنبي في العلاقة الأصلية التي أبرم الأتفاق بصددھا سواء أكان هذا العنصر متأثراً من اختلاف جنسية المتعاقدين أم مواطنهما أم واقعتها المنشأة او مكان وجود المال ليعد التحكيم دولياً، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام 1980 في قضية tradieu poul والتي تتعلق وقائع النزاع فيها بعقد أبرم في باريس في 8 يوليو 1977 بين شركة فرنسية (bourdun) والسيد(trdiou) 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 ( trdiou ) 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 بضمينه يعد صحيحاً تبعاً لذلك، إلا 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 أقر 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 .

<sup>3</sup> أشار اليه د.سراج حسين ،مصدر سابق،ص166.



القانون الفرنسي، ولا يمكن أن يتحرر من القواعد الأمرة فيه التي تقرر بطلان شرط التحكيم الوارد في العقود الوطنية، بيد ان محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم السابق وقضت بصحة شرط التحكيم لكونه وارداً بصدد عقد دولي، وأستندت في تقريرها الدولية أنه يتصل بمصالح ومقتضيات التجارة الدولية<sup>1</sup>.

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 هيئة التحكيم على ارتباط العلاقة بالتجارة الدولية لعد التحكيم دولياً. وفي حكم آخر في قضية شركة نفط كاليفورنيا الآسيوية وشركة نفط تكساس عبر الحدود الليبية في عام 1981 عندما قال المحكم " من غير المشكوك في كون عقود الأمتياز محل النزاع عقوداً دولية سواء من الناحية الاقتصادية او القانونية لأنها تمس مصالح التجارة الدولية، ولأنها تتضمن عناصر أرتباط بدول مختلفة"<sup>2</sup>.

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

1 Francois Rigaux، Droit Intrational prive، Bruxelles، 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 وشارت المحكمة في معرض تأكيدها لدولية العقد ايضاً الى ما ستؤدي اليه العملية العقدية من تشجيع التصدير الى فرنسا لبضائع تم انتاجها في دولة اجنبية وهو ما يعني تحقق مصالح التجارة الدولية. اشار اليه د. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 93-94.

<sup>2</sup> اشار اليها خليل ابراهيم خليل، مصدر سابق، ص 71.

<sup>3</sup> 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.

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

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

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 جهة أخرى معترف بها دولياً". يتضح أنه قد أخذ بالوعين معاً ، فعبرة (او أي جهة 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، وإنما تقتصر تلك الأحكام على التحكيم الذي يجري في العراق وأن كان بين أطراف اجانب، إذ أنه حتى وأن كان موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية وكان كلا أطراف النزاع أو أحدهم من الاجانب فان القانون العراقي يعد التحكيم داخلياً ما دام يتم في العراق<sup>1</sup>.

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 إقليم 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، أو 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 و اشار الى كيفية تعيينه .

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

ج . المكان الاكثر أرتباطا بموضوع النزاع .

<sup>1</sup> في حين ان القانون الأستثماري الكوردستاني بين في م(17)منه ان التحكيم هو طريق أستثنائي لا يتم اللجوء اليه إلا بعد تعذر الحل الودي ، وفي حالة اللجوء اليه فيطبق أحكام التحكيم المنظمه في القوانين الداخليه او في القوانين والأتفاقيات الدولييه 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 أو وفقاً لأحكام تسوية المنازعات الواردة في أي من الأتفاقيات الدولييه او الثنائيه التي يكون العراق طرفاً فيها " .

عمليات التجارة الدولية بين الاشخاص الطبيعية، أو المعنوية التي تقع محل أقامتها أو مقرها في دول متعاقدة مختلفة لحظة إبرام الأتفاق".<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup>

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

## المبحث الثاني

### الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وتمييزه عما يشبهه به

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

## المطلب الأول

### الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

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

<sup>2</sup> ينظر أتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الأستثمار على الموقع الالكتروني  
[.http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/documents/rpid%20documents/rpo4012h](http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/documents/rpid%20documents/rpo4012h)

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

## الفرع الأول

### الطبيعة الاتفاقية للتحكيم

ذهب جانب من الفقة الى الاعتداد بأرادة أطراف التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية كأساس قانوني لتحديد طبيعته على اعتبار 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<sup>1</sup>.

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<sup>2</sup>.

بمعنى أن الأطراف المتنازعة عند أتفاقهم على التحكيم لعقود الأستثمار يتفقون ضمناً على التنازل عن المثل 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

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

<sup>2</sup> 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

التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع فهو يفسر أكتساب هذه القرارات لقوة الشيء المقضي به وعدم قابلية الطعن فيها على اساس توافقه مع ارادة الأطراف المتنازعة<sup>1</sup> .

وعليه ووفقاً لما يراه أصحاب هذا الجانب فإن إجراءات التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وأن كانت تشبه الى حد ما الإجراءات القضائية، ألا أنه مع ذلك لا تسري عليها قواعد المرافعات المدنية والتجارية ، كما ان المحكمين الأستثمريين 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 الأستثمري بقواعد القانون بعكس القاضي الذي لا يملك غير تطبيق القانون<sup>2</sup>.

فضلاً عن أنه لا مفر من أن يكون القاضي وطنياً باعتبار ذلك من مظاهر السيادة التي تحرص الدول عليها بعكس المحكم الأستثمري الذي يمكن ان يكون اجنبياً ، كذلك لا محل لأعتبار المحكم الأستثمري "بخلاف القاضي" منكرًا للعدالة إذا لم يحم بالواجب المناط به<sup>3</sup>.

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 التقيد 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 الأستثمريه 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 مشاركة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة، وتشاركها في حقيقتها التعاقدية"<sup>4</sup>. كما سار القضاء المصري على خطا القضاء الفرنسي في أخذه بهذا الأتجاه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> د . أحمد منعم ناجي ،النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ،ط1 ،مركز البحوث اليمني ،صنعاء ، 1994 ، ص19 .

<sup>2</sup> د.ابراهيم حرب محيسن ، مصدر سابق ، ص31.

<sup>3</sup> د .ابو زيد رضوان ، مصدر سابق ،ص24 .

<sup>4</sup> اشار لهذا الحكم د.مصطفى محمد الجمال ، د.عكاشة محمد عبد العال ،مصدر سابق،ص39 .

<sup>5</sup> 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

وعلى الرغم من هذا الاتجاه من فضل في إبراز الدور الذي يؤديه الاتفاق في مجال التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، لكن يؤخذ عليه أنه عد اتفاق الأطراف تنازلاً ضمناً عن الدعوى، وهذا الكلام غير صحيح إذ أن تنازل شخص عن حق من حقوقه وأن كان يمنعه من المطالبة به مرة أخرى ، إلا أن هذا الأمر هو خلاف لما موجود في التحكيم في عقود الاستثمار وعلى الاخص في التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية الاختياري إذ يحق للأطراف الغاء اتفاق التحكيم للاستثمار ورفع الدعوى أمام المحاكم المختصة اصلاً.<sup>1</sup>

كما أنه غالى في اعطاء الدور الاساسي لأرادة الأطراف مع أنهم في واقع الأمر لا يطلبون من المحكم الاستثماري الكشف عن أرائهم وأما الكشف عن ارادة القانون في الحالة المعنية<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### الطبيعة القضائية للتحكيم

تقوم الطبيعة القضائية للتحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية على تغليب المهمة التي يقوم بها المحكم الاستثماري والغرض من هذا النظام من دون الوقوف عند اتفاق الأطراف فقط ، وهو ما رآه بعض من الفقه الذين ذهبوا الى لزوم تغليب المعايير الموضوعية المتمثلة بالمهمة التي توكل الى المحكم الاستثماري والغرض من نظام التحكيم في عقود الاستثمار على المعايير الشكلية<sup>3</sup>، ومن ثم فإن تناول المحكم في مجال الاستثمار المنازعة وبيان كيفية حلها هو ما يحدد طبيعة المهمة التي يقوم بها التي يمكن ان يوصف تبعاً لها كقاضي يتم اختياره قبل الأطراف ليقول حكم القانون ، كما أن اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وان مثل الاداة المنشأة لهذا النظام ، فان ذلك لا يؤثر على اصل وظيفة المحكم في الاستثمار الأجنبي وكونها وظيفة قضائية كما أنه لا يغير من طبيعتها خاصة وان الارادة يمكن ان تلعب ادواراً متعددة أمام قضاء

---

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

<sup>1</sup> محمد جمال طاهر ،مصدر سابق ،ص31 .

<sup>2</sup> د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص32 .

<sup>3</sup> يقصد بالمعايير الشكلية الصيغه القانونية التي ينشأ بها الالتزام وهو هنا اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي ، أي أن حكم المحكم الاستثماري يستمد قوته من اتفاق التحكيم في الاستثمار فقط بمعزل عن طبيعة المهمة الملقاة على عاتقه د. فتحي والي ، مبادئ قانون القضاء المدني ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1975، ص75 .

الدولة من دون ان يؤدي ذلك الى نفي الطابع القضائي لهذا الاخير، ومثال ذلك رفع الدعوى بالارادة المنفردة والاتفاق على اختصاص محكمة أخرى والاتفاق على رفع النزاع أمام محاكم دولة أخرى<sup>1</sup>.

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

ويرى الأستاذ 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 فإنه يخضع لقواعد قانون المرافعات من إذ اثاره و نفاذه و إجراءاته وإذا كان يبطل بما تبطل به العقود فإن حكمه يطعن فيه في كثير من التشريعات كما يطعن بالأحكام وينفذ كما تنفذ الأحكام"<sup>3</sup>.

ولقد وجهت لهذا الاتجاه انتقادات عدة من أبرزها أن هناك فرق بين القاضي والمحكم في مجال الأستثمار فمهمة القاضي ليست فصل النزاع فحسب، بل له سلطة ولأئية " 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<sup>4</sup>.

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 الأستثمريين وتضمينها ببيانات 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 Juridique Droit Anterne Et Droit International ، Paris ، 1966، p.105.E t Motulsqy (Henru) ، Ecris Etudes Etnotsur، Larb rirrage ،Daloz.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 .

<sup>2</sup> د. أحمد ابو الوفا ، مصدر سابق ، ص20 .

<sup>3</sup> نقلاً عن د. أحمد ابو الوفا ،التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ،ص18 .

<sup>4</sup> د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لأتفاق التحكيم ، ط1 ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2003 ، ص36 .

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.<sup>1</sup>

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

## 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 يضيفون على التحكيم في مجال الأستثمار طبيعة واحدة من بدايته الى نهايته بل يضيفون كل مرحلة من مراحلها على حدة ويعطونها التكييف القانوني المناسب لها، إذ أنهم يرون ان للتحكيم في مجال الأستثمار مرحلتان أأولى: هي المرحلة التعاقدية التي تبدو واضحة في اختيار الخصوم للأخير والقانون الواجب التطبيق على أجراءات وموضوع النزاع

<sup>1</sup> د. حسني المصري ، مصدر سابق ، ص14 .

<sup>2</sup> وكذلك قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ابريل عام 1945 بأن أطراف الخصومة الأستثمارية بالأتجاههم 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.



والثانية: تحول المرحلة التعاقدية الى قضائية بفضل تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ اليها أطراف النزاع الأستثمري لأعطاء قرار التحكيم في عقود الأستثمار القوة التنفيذية عن طريق أمر التنفيذ إذ يتحول من قرار التحكيم في مجال الأستثمار الى حكم قضاء<sup>1</sup>.

ولا يعد قرار التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وفقاً لهذا الاتجاه قراراً قضائياً إلا بعد حيازته لأمر التنفيذ في البلد المطلوب تنفيذه فيه، إذ يخضع بالضرورة عند تنفيذه لقواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية<sup>2</sup>.

وعلى الرغم من محاولة الأخذين بهذا الاتجاه 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 باتفاق وينتهي بحكم قضائي من خلال وضع حدٍ زمني 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 الأستثمري ، فإذا كان التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يبدأ من الأتفاق عليه ، فإن هذا الأتفاق ليس بعيداً تماماً عن الطابع القضائي ، خاصةً وأن موضوعه هو إقامة نظام قانوني يحل محل القاضي في الفصل في النزاع ، ومن جهةٍ أخرى فإن الحكم الذي ينتهي به التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ليس بمقطوع الصلة 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 التعاقدى ويبدأ الطابع القضائي<sup>3</sup> .

## الفرع الرابع

### الطبيعة الخاصة للتحكيم

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> د. ابو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص33 .

<sup>3</sup> لمزيد من التفصيل حول هذه الانتقادات ينظر د.أبراهيم أحمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص40.

ازاء الانتقادات التي وجهت الى الاتجاهات الثلاث السابقة ، فقد حدد جانب آخر من الفقه طبيعة التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية من خلال عدّه 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 الأباري، ولهذا فإنه لايجاد الطبيعة القانونية للاخير لا بد من اجراء تحليل للعناصر التي تدخل في تكوينه<sup>1</sup>.

فالتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يتكون من عنصرين هما اتفاق التحكيم في مجال الأستثمار وقضاء المحكم الأستثماري ، وجهد الفقيه يجب أن لا يتوجه الى إذابة أحدهما في الاخر أو الى محاولة صنع كائن موحد من بعض عناصر كل منهما ، وإنما الى تحليلهما تحليلاً دقيقاً يكشف عن الخصائص المميزة لكل منهما فأتفاق التحكيم في عقود 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<sup>2</sup>.

فهدف اتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ليس إقامة علاقه أبتدائية بين الطرفين وإنما تسوية الآثار الناشئة عن علاقة سابقة قائمة فعلاً وموضوعه ليس التراضي على تسوية النزاع مباشرةً وبشكل نهائي، وإنما إقامة كيان عضوي فرداً أو هيئة ترفع إليها ادعاءات الخصوم ويفصل فيها بشكل 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 اتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية لتعين الجهة التي تتولى الفصل في القضية موضوع النزاع تباشر الأخيرة وظيفتها القضائية في حسمه مستقلةً عن ارادة أطرافه وعليه فان التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية قضاءً أتفاقي والقرارات التي تصدر عنه قرارات قضائية ولكنها ذات طبيعة خاصة<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> نظر د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق، ص45 ود. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر سابق ، ص26 .

<sup>2</sup> د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، أتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984، ص71.

<sup>3</sup> عبد الرسول كريم ، مصدر سابق ، ص78.

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

ويظهر من كل ما تقدم أنه وعلى الرغم مما لأرادة أطراف النزاع من دور كبير في أبرام اتفاق التحكيم في مجال الأستثمار وتعيين المحكمين الأستثمريين وأختيار وقت ومكان وأجراءات التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وتحديد القانون الواجب التطبيق ، فلا يمكن عد التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ذو طبيعة أتفاقية "تعاقدية"خالصة ذلك أن هذه الأرادة لم تتعدى في حقيقة الأمر الطلب من المحكمين الأستثمريين 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 تقعد دورها بمجرد ابرام عقد التحكيم في مجال الأستثمار ليأتي بعدها دور المحكم الأستثمري 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 أم مشاركة فأن هذا الأمر لايمكن القول به بالنسبة لقرار التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية .

وهو الحكم ذاته فيما يخص القول بالطبيعة القضاية البحتة للتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ، وذلك لأمكانية الرجوع عنه واللجوء الى القضاء في حسم النزاع القائم حتى في الاحوال التي يصدر فيها المحكم الأستثمري 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<sup>2</sup> .

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

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

<sup>2</sup> ينظر م ( 1502 ، 1503 ) من قانون المرافعات الفرنسي وم(58) من قانون التحكيم المصري وم (273،274) من قانون المرافعات العراقي.

الأمر الذي يحدونا الى القول بأن الاتجاه الذي يرى في تحديد طبيعة التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية بأنها طبيعة خاصة مستقلة تقوم على أنه يمكن أن يمثل قضاء ولكنه أتفاقي ومن ثم فإن القرارات التي تصدر عنه هي قرارات ذات طبيعة خاصة ، 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 يتواءم 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 عقدياً كانت أو قضائية حتى وأن تشابه معها في بعض الوجوه .

## المطلب الثاني

### تميز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية مما يشبهه به من اوضاع

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

## الفرع الأول

### تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن القضاء

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

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 ذكرنا سابقاً إذ أُصطلح على عده القضاء الطبيعي لمثل هذه المنازعات، ولهذا لا تكون التفرقة سهلة بين التحكيم والقضاء خاصة في الأحوال التي يفرض فيها المشرع على الخصوم اللجوء الى التحكيم "التحكيم الإجمالي" نظراً لأنعدام أرادة الخصوم في هذا الخصوص ، هذا فضلاً عن ان كلا النظامين يتمتعان بقوة الألتزام عند تنفيذ القرارات الصادرة سواء عن التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ام عن القضاء<sup>3</sup> .  
إلا أنه وفي الوقت نفسه فأن هناك بعض الجوانب التي يفترق فيها هذا التحكيم عن القضاء ، إذ أن ولاية القاضي هي ولاية عامة فهو ماذون بالنظر في جميع القضايا التي تعرض عليه ، بينما ولاية المحكم في مجال الأستثمار مقصورة على المنازعات الأستثمارية وفي موضوع محدد سلفاً في العقد التحكيمي ومقتصرةً على قضية المتخاصمين الأستثماريين الذين رضوا بحكمه وحدها من دون ان تتعداها الى قضية أخرى<sup>4</sup>.

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 والأداب إذ ان مصادره التي يعتمد عليها هي الاعراف التجارية المتعارف

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

<sup>2</sup> محمد جمال طاهر ، مصدر سابق ، ص19.

<sup>3</sup> د. هشام خالد ، اوليات التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص166.

<sup>4</sup> د. قحطان الدوري ، مصدر سابق، ص26 .

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 الإلزام القانوني ويجوز تنفيذها بالطرق الجبرية، أما قرارات المحكم الأستثماري فلا تنفذ إلا بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها من قبله<sup>1</sup>.

كما أن الأتفاق على التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية لا يعني النزول التام المطلق عن حماية القانون أو النزول عن الحق في اللجوء الى القضاء، لان المشرع لا يعتد بهذا النزول ولا يقره، 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<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن الصلح

الصلح هو العقد الذي يرفع النزاع بالتراضي<sup>3</sup>، وقد عرفه المشرع العراقي في م(698) من قانونه المدني رقم 40 لسنة 1951 بأنه "عقد يرفع به النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي". أما المشرع المصري فقد نص في م(549) من القانون المدني المصري بأن الصلح هو "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزءٍ من ادعائه".

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

<sup>1</sup> أسعد فاضل منديل، مصدر سابق، ص30.

<sup>2</sup> القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي، مبادئ التحكيم، ط3، المكتبة القانونية، بغداد، 2004، ص43.

<sup>3</sup> أ. أبراهيم سيد أحمد، عقد الصلح فقهاً وقضاءً، المكتب الجماعي الحديث، الاسكندرية، 2003، ص12.

وجود منازعة وقعت أو ستقع في المستقبل ، كما يشترك هذا التحكيم والصلح في كونهما بديلين عن القضاء العام صاحب الأختصاص في نطاق معين<sup>1</sup>.

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

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 هيئة تحكيمية متخصصة في مجال الأستثمار بحيث تصدر حكماً فيه وينتهي 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 الآخر، وفي ذلك يختلف التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن الصلح، إلا أن التحكيم ليس مجرد عمل عقدي وإنما عمل تحكيمي قضائي متميز بذاتيته وأستقلاله تقرر كأستثناء على الشرع العام<sup>4</sup>. والسبب في لجوء المستثمر الأجنبي الى التحكيم هو خوفاً من عدم حيادية القضاء ، فالقضاء الوطني للدولة المضيفة للأستثمار مهما كان محايداً ومستقلاً عن الدولة ذاتها إلا أنه في الوقت نفسه لا يستطيع عمل ذات الشيء بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها مع متعاقد اجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الأقتصادية للدولة ، أما بالنسبة للسبب في الصلح فهو حل النزاع بالتراضي بين الطرفين من دون اشراك طرف ثالث<sup>5</sup>.

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

<sup>1</sup> د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر سابق ، ص30

<sup>2</sup> أسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص31

<sup>3</sup> ينظر م(254)من قانون المرافعات العراقي النافذ .

<sup>4</sup> د. مصطفى محمد جمال ، د.عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص24

<sup>5</sup> د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 ، ص 33 .

للأجراءات المقررة في القواعد العامة بمجرد الحصول على أمر بتنفيذه<sup>1</sup>. أما بالصلح فينتهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل المرضي لكل المتنازعين، وهذا الأتفاق لا يكون قابلاً للتنفيذ بذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي أو أمام المحكمة التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل الى حل<sup>2</sup>. 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 الحالة لأي من المتصالحين الرجوع فيه، ويملك المدعي بالصلح وتسقط دعواه إذ أنه عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي<sup>3</sup> ، ولذلك فلا يقبل عقد الصلح والحكم الذي يصدر بتصديقه طعناً، أما قرار التحكيم فيجوز للمحكمة ان تصدقه أو تبطله كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الأبطال كلاً أو بعضاً ان تعيد القضية الى المحكمين لأصلاح ما شاب قرار التحكيم من نقص أو غلط، او تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها، والحكم الذي تصدره المحكمة في هذا الشأن لا يقبل الأعتراض وإنما يقبل الطعن بالطرق الأخرى المقررة قانوناً<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث

#### تمييز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبيّة عن الخبرة

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

<sup>1</sup> 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 الأخذ 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 القسبي ، مصدر سابق ، ص 177 .

<sup>2</sup> د. هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري ، مصدر سابق ، ص 178.

<sup>3</sup> ينظر المادة (275) من قانون المرافعات العراقي .

<sup>4</sup> ينظر المواد (712) من القانون المدني العراقي والمواد(553) من القانون المدني المصري النافذ .

<sup>5</sup> د. محمود مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004



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"<sup>1</sup> .  
وتقسم الخبرة على نوعين خبرة قضائية وخبرة اتفاقية ، فالنوع الأول يتم بموجب حكم قضائي سواء بناءً على طلب الخصوم او دون طلبهم، أما النوع الثاني فيتم بموجب اتفاق بين شخصين على قيام شخص ثالث بمهمة معينة<sup>2</sup>.

وإن أشتهت الخبرة والتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية في قيام كلاهما على تدخل شخص من الغير "على اعتبار أن كلاهما ليسوا من أعضاء الجهاز القضائي للدولة " بين أطراف النزاع في حله واللذان يخضعان عند ممارستهما لعملهما لشروط واحدة تقريباً إذ يتطلب الموضوعية والأستقلالية والحياد في كل منهما<sup>3</sup>، وكذلك أن كلاهما متخصصين في مجال معين فالخبير يكون متخصصاً في المجال الذي تم الاتفاق على أن يبدي معرفته فيه وكذلك الحال بالنسبة للمحكم الأستثمري الذي يشترط أن يكون متخصصاً في مجال الأستثمار، إلا أنهما يختلفان في أن مهمة المحكم الأستثمري هي أقرب ما تكون الى مهمة القاضي التي تتمثل بأصداره حكماً حاسماً للنزاع المعروف، 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 الأخذ بها من عدمه<sup>4</sup> .

فضلاً عن ذلك أن التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يهدف الى فض النزاع بين الخصوم ، أما خبره فهي أبداء المشوره في مسألة تتعلق بأختصاص معين، وكذلك أن الاستعانة بالخبير قد تكون من الأطراف أنفسهم أو من المحكم أو من هيئة التحكيم وقد تكون عن طريق القضاء، اما التحكيم فإنه يكون بمجرد الاتفاق بين أطراف النزاع انفسهم ولا يملك الأطراف العودة وطرح النزاع على محكمين آخرين أو رفع دعوى قضائية جديدة إلا باتفاقهم مجدداً<sup>5</sup> .

<sup>1</sup> د. هشام خالد ، أوليات التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص93.

<sup>2</sup> د.نبيل اسماعيل عمر، مصدر سابق ، ص9

<sup>3</sup> د.مصطفى محمد الجمال د.عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص28

<sup>4</sup> ينظر م(140) ف(2) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979

<sup>5</sup> ينظر د. هشام خالد ، أوليات التحكيم ، مصدر سابق ، ص101 ، ود. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر

، مصدر سابق ، ص26 .

هذا وأن المحكم الأستثمري يصدر قراره بناءً على ما يقدم له الأطراف في عقد الأستثمار الأجنبي من مستندات اما الخبير فإنه يعتمد على معلوماته وخبراته الذاتية، هذا فضلاً عن أنه لا يشترط تعيين الخبير بالاسم، أما المحكم فينبغي أن يعين بالاسم في اتفاق التحكيم<sup>1</sup>.

## الفرع الرابع

### تميز التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن التوفيق

يقصد بالتوفيق " اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية وديه عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يقع اختيار الأطراف عليهم"<sup>2</sup>. أو أنه "طريق ودي لفض المنازعات الناشئة بين الأطراف وعن طريقه يقوم الخصوم بانفسهم أو بوساطة شخص من الغير بالاجتماع و التشاور للوصول الى حل ينهي النزاع ويرضى عنه الأطراف، فإذا انتهى التوفيق الى حل يحرر محضر بذلك ويوقع عليه الشخص الذي قام بالتوفيق"<sup>3</sup>.

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

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

<sup>1</sup> ينظر د.محمود السيد عمر التحيوي،التحكيم و الخبرة في المواد التجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية 2002، ص 31 .

<sup>2</sup> د. محمود مختار أحمد بريري ، مصدر سابق ، ص 19

<sup>3</sup> محمد جمال طاهر ، مصدر سابق ، ص 18

<sup>4</sup> د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص 8

<sup>5</sup> د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر سابق ، ص 33

والفارق الجوهرى 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 أنهت باتفاق 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<sup>1</sup>. فضلاً عن ذلك ان التوفيق يقوم على تنازلات بين الطرفين لكي يمكن التوصل الى حل وسط، بينما يقوم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية على إصدار حكم قد يلبي فيه كل طلبات أحد الأطراف ويرفض كل طلبات الطرف الآخر، ذلك أن المحكم لا يبحث عن حل وسط أو توفيقى، وهو أن فعل وفشل يتعين عليه مواصلة مهمته وأصدار حكم حاسم للنزاع . أما الموفق فلا يملك إلاّ إنهاء الإجراءات وتعود للأطراف حريتهم في اللجوء الى القضاء من عدمه، وهو ما لا يتسنى لهم إذا تعلق الأمر باتفاق تحكيم انتهى باصدار حكم تحكيم فصل في موضوع النزاع<sup>2</sup>.

## الفصل الثاني

### الاتفاق على التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

من اجل أتمام عملية التحكيم وتحقيق الغرض الرئيسى 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 الأستثمارى ، وتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة حصول نزاع أثناء القيام بعملية التحكيم . وعليه سنقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث سنتناول في المبحث الأول منه أتفاق التحكيم والآثار التي تترتب عليه ، وفي الثانى سنتطرق الى المحكم والشروط الواجب توافرها فيه وطرق تعيينه، واما المبحث الثالث سنخصصه لتحديد السير في عملية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية .

### المبحث الأول

<sup>1</sup> د. هاشم خالد ، أوليات التحكيم التجارى الدولى ، مصدر سابق ، ص15

<sup>2</sup> د. محمود مختار أحمد بريري ، مصدر سابق ، ص20

## أُتفاق التحكيم واثاره في عقود الأستثمارات الأجنبيّة

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

### المطلب الأول

#### المقصود بأُنفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبيّة.

إن أستيضاح المقصود بأُنفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبيّة،يوجب علينا تقسيم هذا المطلب على فرعين ، سنخصص الفرع الأول منهما لايضاح تعريف أُنفاق التحكيم في هذه العقود وسنعد الفرع الثاني لتحديد صوره.

### الفرع الأول

#### تعريف أُنفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبيّة

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

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

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

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

وقد عرفه القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في م (7) ف (1) منه بأنه "اتفاق بين الطرفين على ان يحيل الى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة

التي نشأت، أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم الوارد في عقد، أو في صورة اتفاق منفصل"<sup>4</sup>

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

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

نزاع ناشيء فيما بينهما على التحكيم...."

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

بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية".

ويلاحظ على التعاريف اعلاه أنها تعاريف قد اتسمت بالعموميه في بيان المقصود باتفاق التحكيم من دون حصره أو تحديده فيما يخص عقود الأستثمارات الأجنبية ، خاصةً وان اغلب

القوانين المتعلقة بالأستثمار قد اقتصررت في تحديد مفهوم التحكيم فيما خص النزاعات الناشئه عن الأستثمار من خلال نصها على جواز اللجوء اليه لحلها، من دون الولوج في تفاصيل هذا

الأمر تاركَةً ذلك الى المبادئ العامه التي تحكمه مع الأخذ بنظر الاعتبار خصوصية هذه العقود.

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

<sup>2</sup> د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر سابق ، ص63.

<sup>3</sup> خالد عزت المالكي، مصدر سابق ، ص25.

<sup>4</sup> ينظر القانون النموذجي منشور على شبكة الانترنت باللغة الانكليزية على الموقع.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد ابتعدت تشريعات أخرى عن وضع تعريف لاتفاق التحكيم اخذاً بالاتجاه القائل أن التعريفات هي من عمل الفقه لا المشرع<sup>1</sup>.

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

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> 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.

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"<sup>1</sup>.

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 وإلا كان باطلاً"<sup>2</sup>.

وإذا يمنا 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 مشاركة لاحقة على هذا الابرام ، مما يقتضي معه أمكانية عد شرط الكتابة 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 أو بعض المنازعات التي نشأت، أو 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 أو الأتفاق الذي تضمنه الخطابات والبرقيات المتبادلة بينهم"<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> ينظر بالاتجاه ذاته م (10) من قانون التحكيم السعودي وم(6) من قانون التحكيم التونسي وم (766) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني وم (509) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري.

<sup>3</sup> ينظر أتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1965 ، مشار إليها في مؤلف د. عبد الحميد الأحذب ، وثائق تحكيمية ، مصدر سابق ، ص561 .

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

في حين اكتفت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار الصادره في 1965 بالنص في م (5) ف (1) منها على ان " يكون اتفاق الأطراف على الخضوع للتحكيم لدى المركز الدولي مكتوباً<sup>1</sup> من دون أن تتضمن الاتفاقية أي بيان يتعلق بشكل الكتابة المطلوبة في اتفاق التحكيم.

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

## الفرع الثاني

### صور اتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

يتخذ اتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية صورتين تتمثل الصورة الأولى وهي الاسبق في الظهور بمشاركة التحكيم، وهي اتفاق 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 اتفاق 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<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ينظر هذه الاتفاقية منشورة على شبكة الانترنت على الموقع

<http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaon/documents/RPID%20>

<sup>2</sup> المزيد من التفصيل ينظر د.محمود السيد عمر التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2002 ، ص74، د.أحمد ابو الوفا ،التحكيم الاختياري والاجباري،مصدر سابق ،ص65.



وإذا كان اتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يتخذ إحدى الصورتين السابقتين فإن التعبير السائد في القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم عن كلتا الصورتين هو تعبير (اتفاق التحكيم) وهو يضم بين طياته هاتين الصورتين من دون ادنى تفرقه بينهما في المعاملة القانونية كما في قانون الدولي الخاص السويسري<sup>1</sup>.

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

إلا أنه لم يبين المقصود بمشاركة التحكيم إذ أقتصر على بيان المقصود بشرط التحكيم، وذلك في م (1442) واتفاق التحكيم الذي يشمل في طياته كلا الصورتين في م (1447) و التي نصت على أنه "عقد يحيل بموجبه أطراف نزاع ناشيء هذا النزاع الى تحكيم شخص أو أشخاص عدة"<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> إذ وحد القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في عام 1978 بين الصورتين وجمعها تحت تعبير واحد هو اتفاق التحكيم في م (178).

<sup>2</sup> هذا وقد ظل القضاء الفرنسي منذ أتجاه محكمة النقض الفرنسية في عام 1834 ولمدة تزيد على 80 سنة يرفض الأخذ بصحة شرط التحكيم مكتفياً بالإعتراف بمشارطته، وذلك بموجب م (1006) من قانون المرافعات القديم على إدراج شرط التحكيم جزاء البطلان بحجة ان قانون المرافعات يشترط لصحة اتفاق التحكيم بيان موضوع النزاع، وتعيين المحكم وكان الفقه الفرنسي يعد شرط التحكيم في العلاقات الوطنية كمجرد وعدٍ بأبرام مشاركة لاحقه، أو بمثابة مشاركة تحكيم مبرمة تحت شرط واقف وهو تعين النزاع وتعيين المحكم، ولعل السبب الحقيقي لهذا الموقف المناهض لشرط التحكيم هو تأثير محكمة النقض الفرنسية بالفكرة التي كانت سائدة وقتئذ، وهي عدم توافر ضمانات القضاء في التحكيم والذي ينبغي عدم تشجيعه طالما ان المحكمة لا تجد في المحكمين صفات القضاة من 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، ص 343 وما بعدها.

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

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

هذا من جهة ومن جهة أخرى فيلاحظ أن أغلب الأتفاقيات الدولية 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 السليمة للتحكيم الدولي التي يتكون منها نظامه القانوني الخاص به، لا تختلف تبعاً لما إذا نتج الخضوع للتحكيم عن شرط التحكيم أو مشارطته<sup>2</sup>.

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

للأجابة على التساؤل أعلاه فإنه تجدر الأشارة الى أن أستقلال أتفاق التحكيم يعد من المبادئ المستقرة في قضاء التحكيم وخصوصاً في عقود الأستثمارات الأجنبية ومؤداه أن بطلان العقد

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

الأصلي لا يؤثر على صحة هذا الاتفاق والعكس صحيح فبطلان اتفاق التحكيم لا يؤثر في العقد الأصلي<sup>1</sup>.

إذ يقصد باستقلال اتفاق التحكيم استقلال الاتفاق المبرم في صورة شرط التحكيم المدرج ضمن نصوص العقد الأصلي عن هذا العقد وعن المؤثرات التي قد تؤثر على عدم صحته<sup>2</sup>.  
وعليه فإنه من المتصور أن يكون العقد الأصلي باطلاً ويكون الشرط صحيحاً، وذلك في حالة بطلان العقد الأصلي لعدم قابلية المحل للتعامل فيه أو لعدم مشروعيته، وعندئذ يمكن عرض صحة العقد الأصلي أو بطلانه على المحكمين إعمالاً للشرط الوارد فيه والصحيح في ذاته، فإذا قضت الهيئة ببطلان العقد الأصلي فإن هذا البطلان لا يمتد إلى شرط التحكيم ولا يؤدي إلى بطلان الحكم الذي أصدرته الهيئة<sup>3</sup>.

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

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

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

---

<sup>1</sup> ففي تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية تمسكت الاخيرة بأن التأميم الذي قامت به قد وضع نهاية لعقد الامتياز وكذلك لشرط التحكيم المدرج فيه ، إلا أن المحكم قد رفض ذلك وافر باختصاصه للفصل في النزاع استناداً الى مبدأ استقلالية اتفاق 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 الانتهاء 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 ، ص 398 .

<sup>2</sup> د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص 119.

<sup>3</sup> د.فتحي والي ، مصدر سابق ، ص 13.

في القضية المعروفة بأسم (Palico) والذي قضت بموجبه " بأن استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي اصبح من القواعد المادية في القانون الفرنسي"<sup>1</sup>.

وقد اخذ المشرع المصري بهذا المبدأ في م(23) من قانون التحكيم المصري والتي نصت على " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد او فسخه ،أو أنهائه ،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 استقلال شرط التحكيم، بل حرص على النص على عدم تأثر شرط التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلي الوارد فيه من بطلان، أو فسخ، أو إنهاء<sup>2</sup>.

وهو أمر قد أخذت بخلافه معظم الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم، فيلاحظ مثلاً أن اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 1958 لم تتعرض مباشرة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، ذلك أن م (2) منها لم تنص صراحةً على هذا المبدأ ،وأن كانت قد اعطت الاتفاق ، بحد ذاته ، قوه ملزمة تجاه أطرافه<sup>3</sup>. والحال ذاته بالنسبة للاتفاقية الأوروبية لتنفيذ أحكام التحكيم

---

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

leboulanger (Philip)،op،cit،p97

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

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

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

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

الأجنبية 1961 إذ لم تتضمن صراحة استقلال اتفاق 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 اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه" تشير الى سلطة المحكم التي هي بالأصل مستمدة من اتفاق التحكيم الذي يعد مستقلاً عن العقد الأصلي أي أنها تشير بصورة غير مباشرة الى استقلال شرط التحكيم<sup>1</sup>.

الا ان جانب اخر منه يرى ان هذا الاتجاه مغالاً فيه ويقوم على الخلط بين مبدئين مستقلين هما مبدأ الاختصاص بالاختصاص<sup>2</sup>. ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي ، ويؤكد على ان المادة المذكورة من الاتفاقية تتعلق فقط بمبدأ اختصاص المحكم في الفصل في اختصاصه ولم تتضمن أي بيان بشأن استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي<sup>3</sup>. وهو رأي يبدو الأقرب للدقة ، وذلك لأن هذه المادة قد جاءت تحت عنوان عدم الاختصاص التحكيمي للمحكم من الاتفاقية وهذا يعد تدعيماً لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه فلو ان واضعي النص أرادوا الوصول الى مبدأ (استقلال شرط التحكيم) لنصوا بما يفيد بأن المحكم الى جانب ما له من سلطة الفصل في مسألة وجود أو صحة العقد يظل مختصاً حتى وإن ثبت لديه عدم صحة العقد الأصلي أن بطلانه. وعلى الاتجاه نفسه ذهبت اتفاقية تسوية منازعات الأستثمار الصادرة عام 1965 إذ لم تتضمن نصاً يؤكد صراحةً على الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي<sup>4</sup>.

## المطلب الثاني

### آثار اتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

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

<sup>1</sup> ينظر د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص 216.

<sup>2</sup> 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، ص 98 وما بعدها.

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

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

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

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

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

## الفرع الأول

### اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع

يترتب على اتفاق 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 الاختصاص للمحكمين بالفصل في النزاع موضوع هذا الأتفاقويطلق على هذا الاثر مبدأ الاختصاص بالاختصاص<sup>1</sup>.

ويقصد بمبدأ الاختصاص بالإختصاص "أن المحكم يختص بتحديد أختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة به فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا"<sup>2</sup>.

وذلك يعني أن المحكمين يملكون تحديد نطاق سلطتهم بالنسبة لموضوع النزاع الذي يتحدد بالاتفاق عليه، وكذلك تقرير ما إذا كان اتفاق التحكيم الذي يستمدون منه سلطتهم صحيحاً أم لا فيما إذا أثار أحد الخصوم مسألة عدم صحة أو انعدام هذا الأتفاق أو كان موضوع الأتفاق مخالفاً للنظام العام

<sup>1</sup> ينظر د. سراج حسين ، مصدر سابق ،ص361.

<sup>2</sup> د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ، مصدر سابق ،ص91.

ويبرر هذا المبدأ استناداً الى أن من أهم أسباب اللجوء الى التحكيم وخصوصاً في عقود الأستثمارات الأجنبية هو سرعة الإجراءات ،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 إجراءات التحكيم من وقت لآخر ومن ثم تعطيل الفصل في النزاع لوقت لا تعرف نهايته.<sup>1</sup> ويترتب على هذا المبدأ اثرين أحدهما ايجابي والآخر سلبي، فأما الايجابي فهو يتعلق بصلاحية المحكمين في البت في النزاع بصورة مباشرة فاسحاً أمامهم المجال لتجاوز الحجة القائلة بأنه لا يحق 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 أولاً وقبل اي جهة أخرى، بمعنى أنه يتمتع على قضاء الدولة الذي يعرض عليه الفصل في اتفاق التحكيم البت في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل ان تتاح له فرصة البت فيها. وبالاجمال فإن ابرز ما يهدف اليه هذا المبدأ هو منع فشل التحكيم بوضع الاتفاق التحكيمي موضع طعن، ومن ثم قطع الطريق على المناورات الهادفة الى تعطيل التحكيم.<sup>2</sup> 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 إختصاصها . وأخذ بنفس الأمر القانون الهولندي إذ نصت م(1052) ف(1) منه على "لهيأة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها....."

<sup>1</sup> د. حمزة أحمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، ج 1 ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 ، ص261.

<sup>2</sup> د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم ، التحكيم التجاري الدولي، ج 2 ، ط 3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، ص250.

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

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

وكما هو واضح من النص فقد اعترف المشرع المصري 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، أو بطلانه، أو عدم وجود اتفاق التحكيم، أو بطلانه أو تجاوز المسألة موضوع النزاع لنطاق هذا الاتفاق.<sup>1</sup>

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 الأخذ به في حدود، على الاقل عندما تثار مسألة الاختصاص أثناء إجراءات التحكيم خاصة وان طبيعة الامور تقتضي اعطاء الصلاحية للمحكم، أو الهيئة التحكيمية الفصل بالدفع بعدم إختصاصها، فمثل هذا الدفع يرتبط بتكيف العلاقة القانونية وتفسير اتفاق التحكيم، أو العقد المرتبط به هذا الاتفاق، أو القانون الواجب التطبيق ولا يخرج الأمر عن هذا الاطار.

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

ويتضح من النص اعلاه ان الاتفاقية 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 اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965 على ان " تعد هيئة التحكيم هي القاضي في اختصاصها" وعليه فان هذه الاتفاقية اعترفت لهيأة التحكيم باختصاص الفصل في اختصاصها عندما يتنازع فيه أمامها من قبل أحد الأطراف سواء أكان

<sup>1</sup> 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.



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

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

## الفرع الثاني

### عدم اختصاص القضاء الوطني

<sup>1</sup> D.Jean Vineet , Preeis Dalloz, Proedure Civile vingtet unieme, Edition ,1987 ،P.87

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

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

ويعد هذا الأثر أمراً بديهياً، فمن أجل ضمان تطبيق واحترام اتفاق التحكيم فإنه من الضروري أن يقابل الأثر الايجابي المتمثل في اختصاص هيئة التحكيم أثر سلبي وهو عدم اختصاص المحاكم القضائية بالفصل في النزاع الذي أتفق الأطراف على إخضاعه للتحكيم.<sup>1</sup> ويتربط على ذلك منع القضاء في الدولة المضيفة للاستثمار من نظر المنازعة محل التحكيم وهذا الالتزام السلبي يقع على عاتق كل من طرفي الاتفاق فيمتنع عليهم اللجوء الى القضاء للفصل في النزاع المحكم فيه، وإذا رفعت دعوى أمام القضاء بخصوص منازعة متفق بعرضها على التحكيم فيكون للمدعى عليه ان يمنع المحكمة من نظر النزاع بموجب دفع يتضمن الاعتداد بالتحكيم لوجود اتفاق مسبق بشأن اللجوء اليه.<sup>2</sup>

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

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

<sup>1</sup> د. مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص508.

<sup>2</sup> 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

<sup>3</sup> على الرغم ان القانون الدولي الخاص السويسري قد عالج التحكيم في المواد (179-199) إلا أنه قد خصص المادة المذكورة المعالجة هذا الموضوع ايضاً .

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 فإنه يعد مانعاً مؤقتاً من سماع الدعوى ويجوز اللجوء الى المحكمة المختصة إذا أتفق الخصوم على ذلك.

وهذا ما اكدته محكمة التمييز العراقية في حكمها الصادر في 1967/8/30 عندما ردت الطعن التمييزي الخاص بوجود أتفاق التحكيم بحجة" أن للمحاكم ولاية النظر في جميع الخصومات حتى ولو ورد أتفاق التحكيم في العقد فإنه لا يجعل المحكمة غير مختصة إذا عرض عنه الخصم وفضل اقامة الدعوى أمام القضاء مباشرة".<sup>1</sup> 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 أو دفاع في الدعوى "<sup>2</sup> .

كما نصت معظم التشريعات الوطنية 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 إجراءات التحكيم قد بدأت قبل أي لجوء الى محكمة قضائية فأن على المحاكم القضائية للدول المتعاقدة المعارض عليها في وقت لاحق طلب ينصب على النزاع نفسه وبين الأطراف نفسها او طلب بتقرير إثبات عدم وجود، أو بطلان، أو إنقضاء أتفاق التحكيم ،إيقاف الفصل في اختصاص المحكم الى حين صدور حكم التحكيم مالم تكن هناك بواعث خطيرة" .

<sup>1</sup> اشار اليه حميد فيصل الدليمي ، مصدر سابق ، ص124.

<sup>2</sup> 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.

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

اما اتفاقية 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 إطار 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 إطار هذه الأتفاقية" .

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

كما 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 الأول يمكن الاجابة عليه بالقول أنه لايشترط لاعمال هذه القاعدة ان تكون أجراءات التحكيم قد بدأت بالفعل إذ ان هذه القاعدة تعد اثراً من آثار أتفاق التحكيم، ومن ثم فأنها تترتب على هذا الأتفاق بمجرد ابرامه وهذا يستفيد من النصوص القانونية، إذ أنها جاءت بعبارة مطلقة تقدر عدم اختصاص القاضي الوطني سواء أكان النزاع قد عرض عليه قبل بدء أجراءات التحكيم أم بعدها<sup>1</sup>.

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 فإن ذلك يعد تنازلاً منه على اللجوء الى التحكيم ومن ثم يكون للمحكمة الأستمرار في نظر النزاع والفصل فيه ومن هذه التشريعات القانون الدولي الخاص السويسري، إذ نصت م(7)ف(1) منه على " إذا كان الأطراف قد وقعوا عقداً

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

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

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

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

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

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

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

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

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

النزاع من أحد طرفي اتفاق التحكيم قبل، أو عند تقديم أوجه دفاعه حول الموضوع، وإلا سقط الحق فيه".

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

<sup>1</sup> Francois Rigaux ,op ,cit ,p.97 .

<sup>2</sup> Pevichicru Bellin ، Larbitrage Nature Jurdique Droit Anterne Et Droit International ، Paris ، 1966، p.176

<sup>3</sup> اشار اليه د. بشار الاسعد ، مصدر سابق ، ص 383 .

## الفرع الثالث

### أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية والتنفيذية للدوله المضيفة للاستثمار

تعد الحصانة القضائية للدول من المبادئ المستقرة في القانون الدولي التي مفادها عدم جواز اخضاع المنازعات التي تكون فيها دولة ما، أو 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 أم قضاءً تحكيمياً بنظر مثل هذه النزاعات.<sup>1</sup>

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

وإذ ان التمسك بالحصانة القضائية في الغرض مؤداه عودة المنازعة مرة أخرى لاختصاص المحاكم الوطنية التي أراد المستثمر الأجنبي بالاتفاق على اللجوء للتحكيم الاقليات 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 الأعتبرية العامة، أو الدول لأسلوب التحكيم يعد تنازلاً ضمناً عن حصانيتها القضائية.<sup>3</sup>

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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> د. عصام الدين القصيبي ، مصدر سابق ، ص78.

<sup>3</sup> 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.



ومن الجدير بالذكر أن بعضاً من القوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم قد تعرضت لمسألة اثر اتفاق 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 اتفاق الأطراف على اللجوء الى التحكيم لدى المركز الدولي لا يمكن العدول عنه بالارادة المنفردة لأحد الطرفين حسب م(25) ف(1) منها<sup>1</sup>.

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<sup>2</sup>.

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

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، أو يمكن ان تنشأ عن علاقة تجارية، أو مدنية للتحكيم فإن هذه الدولة لا يمكنها التمسك بالحصانة أمام قضاء دولة متعاقدة أخرى يتم التحكيم على اقليمها وبموجب قانونها، أو إذا نظرت أمام محاكمها مسألة تتعلق ب :

أ- صحة، أو تفسير اتفاق تحكيم.

ب- الأجراءات التحكيمية .

<sup>1</sup> تنص م(25) ف(1) من الأتفاقية المذكورة على أن "يمتد الاختصاص القانوني الى اية خلافات قانونية تنشأ مباشرة 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".

<sup>2</sup> ينظر نص المادة (46) من الأتفاقية المذكوره اعلاه .

<sup>3</sup> اشار اليه د. سراج حسين، مصدر سابق، ص429.

ج-أبطال حكم التحكيم الصادر في هذا الشأن مالم ينص أ اتفاق التحكيم على غير ذلك.<sup>1</sup> 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، أو يمكن أن تنشأ للتحكيم فأن هذه الدولة لا يمكنها أن تدفع بحصانتها أمام المحاكم البريطانية المرتبطة بهذا التحكيم".<sup>2</sup>

ومن الأحكام الصادرة بهذا الخصوص حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 3879 في 25 مارس 1984 في إطار غرفة التجارة الدولية وتتلخص وقائع هذه القضية في أن كل من مصر، و السعودية، والامارات، وقطر قد أبرمت في 16 أبريل 1975 اتفاقية بموجبها يتم انشاء الهيئة العربية للتصنيع بهدف تطوير صناعة التسليح لمصلحة هذه الدول ولقد ابرمت الهيئة المذكورة مع الشركة الانكليزية ويست لاند West Land للهيلوكوبتر عقداً بموجبه تم انشاء شركة مختلطة غرضها القيام بتصنيع وبيع الهيلوكوبتر من نوع (Lynx)، ولأجل هذا الغرض 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 ". إنهاء وجود الهيئة بدءاً من أول يوليو عام 1979 وتشكيل لجنة لتصفيتها واعتبار كل العقود التي ابرمتها لاجية؛ وعلى أثر ذلك تقدمت الشركة الأنكليزية ويست لاند بعريضة تحكيم الى هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، ونظراً لتغيب الأطراف الأخرى عن المشاركة في إجراءات التحكيم تم تشكيل هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية التي اصدرت حكماً تمهيدياً بشأن اختصاصها اكدت فيه أنه وفقاً للمفهوم السائد فإن ابرام اتفاق تحكيم يتضمن التنازل عن الدفع بالحصانة القضائية والتنفيذية.<sup>3</sup>

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

<sup>1</sup> اثار اليه د. عصام الدين القصي، مصدر سابق، ص 102 .

<sup>2</sup> اثار اليه د. عصام الدين القصي، مصدر سابق، ص 102.

<sup>3</sup> اثار اليه د. سمير فرنان بالي ، قضايا التحكيم في الدول العربية ، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 112.

<sup>4</sup> ينظر الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار في قضية الاهرام اثار اليها د. بشار محمد الاسعد ، مصدر سابق ، ص 386.

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

---

وكذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في 29 ابريل سنة 1986 بأن " الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وهو ما يبني 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.

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

وعلى الرغم من ذلك ، وبناءً على ما ارتأته هيئة التحكيم من صحة حلول الهيئة البنغالية محل الهيئة الباكستانية ، فقد أصدرت في 31 مايو حكماً يقضي بالمسؤولية المشتركة للحكومة الباكستانية والهيئة التي تم حلها في مواجهة الشركة الفرنسية<sup>1</sup> . هذه القضية التي وصفت و-بحق - أنها (مرعبة)<sup>2</sup> لأنها تجسد مدى تأثر اتفاقات التحكيم بالتغييرات القانونية التي تقوم بها الدولة المضيفة للاستثمار والتي تؤثر على مناخ الثقة الذي يعول عليه المستثمر ، وتبرر جانب كبير من المخاوف التي يحملها 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 فإن أمر تحديد ماهية المحكم من خلال إستجلاء الشروط الواجب توافرها فيه لأمكانية أختياره، وطرق هذا الأختيار، توجب علينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في المطلب الأول الشروط

<sup>1</sup> اشار اليه د. عصام الدين القصيبي ، مصدر سابق ، ص 175 .

<sup>2</sup> ينظر د. عصام الدين القصيبي ، المصدر السابق نفسه ، ص 175 .

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

## المطلب الأول

### شروط المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية

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

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

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

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

<sup>1</sup> د.أحمد أبو الوفاء،التحكيم الاختياري والاجباري ،مصدر سابق ،ص153.

<sup>2</sup> حسام عبد اللطيف ،دور المحكم في إجراءات التحكيم الداخلي ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الحقوق في جامعة النهدين ، سنة 2007 ، ص 7 .

<sup>3</sup> د. شعيب أحمد سلمان ، مصدر سابق ، ص 357 .

بالحياديه والاستقلال عن الأطراف الذين اختاروه لهذه المهمة، 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<sup>1</sup> وهذا ما سنتناوله ضمن الفروع الاربعة الآتية .

## الفرع الأول

### 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 لا يتصور ان يكون القاضي شخصاً معنوياً فإنه لا يتصور ايضاً أن يكون المحكم شخصاً معنوياً، لأنهما يقومان بمهمة واحده هي الفصل في النزاع وبيان وجه الحق فيه بحكم يكون عنواناً للحقيقة، ولا يتصور ان تأتي الحقيقه على لسان شخص معنوي لا يحس ولا يرى، إذ من الضروري ان يكون المحكم في مجال منازعات الأستثمار طبيعياً وليس معنوياً؛ وذلك لان الشروط الأخرى التي أشرتتها 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<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> أشرتت بعض من الفقه شروطاً عامه في المحكم تتمثل في كمال اهليته وعدم سبق الحكم عليه بعقوبه جنائية أو جنحه مخره بالشرف أو لكونه مفلساً ،وهي شروط لا تخرج عن نطاق الشروط العامه الواجب توافرها في من يقوم بعملٍ معين يستند سبب ايكاله به الى الأعتبار الشخصي الذي راعاه الأطراف فيه .ينظر القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي ، مصدر سابق ، ص 97 . ود. محمود السيد عمر التحيوي ، أتفاق التحكيم وقواعده، مصدر سابق ، ص 288 .

<sup>2</sup> أسعد فاضل مندليل ، مصدر سابق ، ص 83.

،أو محكمون متخصصون في مجال الأستثمار والذين يكونون من الاشخاص الطبيعيين سواء تم تعيينهم من قبل أطراف النزاع مباشرةً او من مؤسسة التحكيم ذاتها<sup>1</sup>.

ولقد نص على ذلك قانون المرافعات الفرنسي النافذ في م(1451) منه التي جاء فيها" لا يمكن أن تعهد مهمة التحكيم إلا للشخص الطبيعي، وإذا عين العقد التحكيمي شخصاً معنوياً فإن هذا الأخير لا يتمتع إلا بصلاحيه 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 إلا أن هذا لا يمنع من تطبيق "أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً" و إن لم ينص عليه القانون وذلك لأن نص م(255) من قانون المرافعات قد أشرتط أن لا يكون المحكم من رجال القضاء ،أو قاصراً،أو محجوراً،أو محروماً من حقوقه المدنيه،أو مفلساً لم يرد اليه اعتباره " وهذه الشروط لاتنطبق الا على الشخص الطبيعي من دون المعنوي<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للقانون المصري فنلاحظ أنه قد اجاز للشخص أاعتباري 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 إلا للشخص الطبيعي، أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ".

بينما ذهب بعض الأتفاقيات الدولية الى اعداد قائمة باسماء المحكمين ممن يتمتعون بمكانة بكافة الشروط التي يجب توافرها في المحكم، و ثم تقوم الدول الاعضاء والتي هي أطراف المنازعة بتعيين الاشخاص التي ترى أنهم مناسبون للفصل في نزاعاتهم ، كأتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965<sup>3</sup>،وأتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للأستثمار العربي

<sup>1</sup> د. حمزة أحمد حداد ، مصدر سابق ، ص193

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

<sup>3</sup> ينظر المواد (13،14) من الأتفاقية المشار اليها اعلاه.

وبين مواطني الدول الأخرى لسنة 1951<sup>1</sup>، وكذلك الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية لسنة 1973<sup>2</sup>، والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### 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 وحرية الكبيرة في تسير الأجراءات التحكيمية ، إذ أن عدم خضوع التحكيم لأية جهة رسميه ذات مصلحة يؤمن من وجهة نظر المستثمرين الاجانب الحياد اللازم والضمأنه الضروريه لحماية استثماراتهم على خلاف الأمر بالنسبة للقضاء ، فالعقود الأستثماريه غالباً ما تربط دوله ناميه بمستثمر اجنبي لا يثق 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.<sup>4</sup>

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 ، أو بأحد مستشاريهم أو بأحد المحكمين الاخرين في هيئة التحكيم بروابط أجتماعية أو بعلاقات عمل من شأنها ان تجعله صاحب مصلحة في حكم التحكيم المنتظر أصدره مما قد يؤول الى عد المحكم في مجال الأستثمار منحازاً لطرف ، أو متحاملاً على طرف آخر<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ينظر المواد (35،36) من هذه الأتفاقية.

<sup>2</sup> ينظر م(28) من الأتفاقية اعلاه .

<sup>3</sup> ينظر م(14) من الأتفاقية الأوروبية للتحكيم.

<sup>4</sup> د. جورج حزيون ، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الرابع ، السنه الحادية عشرة ، الكويت ، 1987، ص 190 .

<sup>5</sup> د.عكاشة عبد العال ، المفترضات و الشروط الذاتية في المحكم ، ط1 ، المكتبة القانونية ، دمشق ، 2003 ، ص 62.



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 ، أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بينهم بالعدل والانصاف مما يقتضي تحدد المحكم من تأثيرهم مهما كان مصدره سواء صداقة او قرابة او حالة تبعية بينه وبين الخصم الذي اختاره<sup>1</sup>، 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 ، أو بمستشاريهم ، أو بأي من المحكمين الاخرين في هيئة 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<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup> . 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 ، أو المطالبة برده<sup>4</sup> .

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

<sup>1</sup> د. علاء ابا ريان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، ص119، 118.

ينظر القانون النموذجي الصادر عام 1985 على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني<sup>2</sup> [http://www.jus.uio/im/un/.arbitration.model law 1985 -doc.](http://www.jus.uio/im/un/.arbitration.model%20law%201985-doc)

<sup>3</sup> د. عبد الحميد الأحمد ، التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص270.

<sup>4</sup> د. أكثم خولي ، خليات التحكيم وأدابه ، ط1 ، المكتبة القانونية ، دمشق ، 2008، ص360.

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

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

اما بالنسبة للمشرع العراقي فقد نص في م(261) من قانون المرافعات النافذ على أنه "يجوز رد المحكم للأسباب نفسها التي يرد بها القاضي ولا يكون ذلك، إلا لأسباب تظهر بعد تعيين المحكم"، وعند الرجوع الى أسباب رد القاضي التي عالجها القانون نلاحظ ان المادة (93) من القانون أعلاه بينت أنه يجب رد القاضي في الحالات التي يغلب الظن فيها عدم استطاعته على الحكم بصورة عادلة وهذا يعني ان المحكم الأستثمري يجب ان يفصح عن هذه الظروف التي من شأنها ان تمس بحيادية وأستقلاله والا فإنه سوف يتعرض للرد<sup>2</sup> .

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

<sup>1</sup> أشار إليها د. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص336

<sup>2</sup> تنص م(93) من القانون اعلاه على "يجوز رد القاضي لأحد الاسباب الآتية :  
إذا كان أحد الطرفين مستخدماً عنده، أو كان هو قد اعتاد مؤاكلة أحد الطرفين، أو مساكنته، أو كان قد تلقى منه هديه قبيل اقامة الدعوى، أو بعدها.

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

2- إذا كان قد ابدى رأياً فيها قبل الأوان .

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

أما على صعيد القضاء فيلاحظ تأكيده على هذا الأمر صراحةً في بعض من الأحكام التي تقضي ببرد المحكمين في مجال الأستثمار الأجنبي لعدم أستقلالهم 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 بإفادة المشتري بألزام البائع له بعدم تصدير الزيت النباتي بسبب إصدار الدولة " الولايات المتحدة الأمريكية" قراراً بحضر تصديره نتيجة لفيضان عم المسيسيبي بتاريخ 1973/6/17 وأحال المشتري النزاع الى التحكيم وحصل على حكم بتعويضه مبلغاً قدره 65 الف دولار ولم يقبل البائع الحكم 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 1984 الى طلب رد المحكم (سكوت) تعديلاً على مانما الى علمه أن (سكوت) يعمل لدى شركة تابعة لشركة أخرى تعمل في مجال شراء الزيت النباتي، مما 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 احتمال الأنحياز الظاهر من جانب المحكم<sup>1</sup> .

وفي دعوى أخرى الغت فيها المحكمه العليا الأمريكية في حكمها الصادر في سبتمبر 1985 حكم تحكيم ؛ بعد ان اتضح لها ان أحد المحكمين كان يعمل في فتره سابقه كمستشار للطرف الذي اختاره،ولم يفصح عن هذه الواقعة للطرف الاخر<sup>2</sup> .

## الفرع الثالث

### أن يكون عدد المحكمين فردياً

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> اشار اليه د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق ،ص458 .

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

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص95.

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

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

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

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

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

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

وقد اشترطت اتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية و بين مواطنين الدول العربية الأخرى على وجوب ان يكون عدد المحكمين فردياً، وذلك في نص م(14) ف(ب) منها<sup>1</sup> ، وكذلك الاتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربية حسب م(2)ف(3) من الملحق التابع لهذه الاتفاقية<sup>2</sup> .

## الفرع الرابع

### تخصص المحكم في مجال الأستثمار

<sup>1</sup> تنص م(14) ف(ب) من هذه الاتفاقية على "تشكل الهيئة من عدد فردي من المحكمين الذين يعينون حسب اتفاق الطرفين وفي حالة عدم اتفاقهم على عددهم وعلى طريقة تعيينهم فلكل طرف الحق في تعيين عضو ويعين الرئيس بأتفاقهما معاً" .

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

لم نلاحظ عند رجوعنا الى القوانين الأستثمارية المتوفرة لدينا الى أي اشارة 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 الكفاءة 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 الأجنبيّة بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات نادرة لحسمها كأن تتعلق بالنواحي الفنية لاستغلال الحقل او معدل الانتاج في عقود البترول أو بمشاكل هندسية بحتة تتعلق بكفاءه المنشآت في عقود الاشغال أو بمشاكل المحاسبات المالية او بنوعيه التكنولوجيا المستخدمة في انشاء مصنع في عقود التعاون الصناعي .فالاوفق أن يكون من ضمن المحكمين بقدر الامكان التخصصات المطلوبه لتعدد الخبرات اللازمة لحسم النزاع<sup>1</sup>.

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 فإن التحكيم كله يصبح في موضع شك و مفتقراً الى الثقة والقيمه سواء لجهة نسبة العدالة التي يحتويها أم لجهة القيمة القانونية التي يوفرها من خلاله وإذ أن الفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الأستثمارات الأجنبيّة يحتاج الى مؤهلات علمية وفنية خاصة نظراً لتعلقها بمسائل فنية بحتة، لهذا فبدلاً من عرضها على محكمة قضائية والتي تحيلها في اغلب الاحيان الى خبير لأبداء الرأي الفني فيها فإنه يكون من الافضل عرضها على محكمين تتوافر فيهم هذه المؤهلات<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> د.بشار الاسعد ، مصدر سابق ، ص367

<sup>2</sup> د.سراج حسين ، مصدر سابق ، ص12.

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

وهو حكم اخذت بخلافه الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار على اعتبار أنها اتفاقيات متخصصة في هذا المجال وتتطلب تبعاً لها تخصص من يطبق نصوصها في المجال ذاته، إذ ان اغلبها قد اشترطت في المحكم ان يكون على قدر كبير من الخبرة والدراية في امور التجاره والقانون، إذ نصت م(14) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار على أنه "يكون الاشخاص المعينون للخدمة في الهيئة على قدر كبير من الاخلاق وأن يكون معترفاً بكفائتهم في مجال القانون 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 هيئة التحكيم ."

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

## المطلب الثاني

### طرق تعيين المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية

يتم اختيار المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية من خلال طريقة أساسية وهي اختياره بوساطة أطراف النزاع في العلاقة الاستثمارية، أما اتفاقاً منهم على تعيين محكم واحد، أو على قيام كل طرف منهم بتعيين محكم وذلك في حالة اختيار أكثر من محكم واحد، فإذا لم يتمكن الأطراف من الاتفاق على تعيين المحكم أو إذا قصر أحدهم أو أهمل في القيام بواجبه هذا، أو فشل في تعيين محكمه

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

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

## الفرع الأول

### أختيار المحكم عن طريق أطراف النزاع

الأصل في اختيار المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية هو اختياره بواسطة الأطراف الذين أرادوا باتفاقهم 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 بتعيينهم في أتفاق التحكيم ، أو تحديد طريقة تعيينهم في هذا الأتفاق ، إذ أنه إذا كان من الممكن تعيين المحكمين في أتفاق التحكيم في صورة مشاركة 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<sup>1</sup>.

هذا ويحكم تعيين المحكم عن طريق أطراف النزاع مبدأن اساسيان، أولهما :-ان تكون ارادة الطرفين هي الأصل في تعيين المحكم فإذا أتفقوا على تعيين محكم واحد أو اكثر ،فأنه يجب الالتزام بما تم الأتفاق عليه ،وثانيهما مراعاة المساواة بين الخصوم في تعيين المحكمين ،فلا يجوز أن تكون لأحدهما الأولوية في تعيين جميع المحكمين من دون الآخر<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> ينظر د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص138 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. حسام الدين فتحى ناصف،التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2005،ص42.



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<sup>1</sup>.

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

وهذه الحرية المقدره 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 الأستثمانيين من هؤلاء الأطراف ، فوفقاً للمادة (179) ف(1) من القانون الدولي الخاص السويسري فإنه " يتم تعين المحكمون ،أو عزلهم ،أو استبدالهم وفقاً لأحكام اتفاق الأطراف في هذا الصدد". وكذلك م(1027)ف(1) من قانون المرافعات الهولندي النافذ التي نصت على أنه "يتم تعين المحكم ،أو المحكمين وفقاً للأجراء المتفق عليه من الأطراف ويمكن من الأطراف تكليف شخص ثالث بتعين محكم ،أو محكمين إذا لم ينص الأطراف على الاجراء الواجب اتباعه ، عندها يتم تعيين المحكمين برضا الأطراف المشترك".

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

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

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

<sup>1</sup> د. مهند أحمد الصانوري ، مصدر سابق ،ص79.

<sup>2</sup> اسعد فاضل ،مصدر سابق ،ص84.

<sup>3</sup> ينظر بالاتجاه نفس م(11) من القانون النموذجي للامم المتحدة للتحكيم التجاري لسنة 1985.

التحكيم الأتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية اختيارهم فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين أختار كل طرف محكماً<sup>1</sup> .

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 ،إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على ان تشكيل هيئة التحكيم او إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الأتفاق" .

أما بالنسبة للأتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري لسنة 1961 فقد تركت م(4) منها الحرية كاملة لأتفاق الأطراف لتعين المحكمين او لتحديد طريقة تعيينهم التي تنص على "لرفقاء الأتفاقية التحكيمية الحرية في تقرير أ- أن نزاعاتهم ستخضع الى مؤسسة تحكيمية دائمة وفي هذه الحالة يحصل التحكيم وفقاً لنظام المؤسسة المعنية ، ب . أن تكون نزاعاتهم خاضعة الى إجراءات تحكيمية خاصة وفي هذه الحالة يكون للرفقاء 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(3،2) منها<sup>2</sup>.

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

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

وكذلك م(14) ف (ب) من اتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للأستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى<sup>1</sup>.

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

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

اما القانون المصري فعند الرجوع الى قانون التحكيم النافذ لانجد نصاً يوجب تعيين المحكم في اتفاق التحكيم ، أو في اتفاق مستقل وأن كان قانون المرافعات المصري النافذ قد اشترط ان يتم تعيين المحكم في اتفاق التحكيم او في اتفاق مستقل ، كما فعل المشرع الفرنسي وهذا يعني الحاق ذات الحكم على مخالفة هذه القاعدة<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### أختيار المحكم بواسطة المحاكم الوطنية

<sup>1</sup> تنص م(14) ف(ب) على "تشكل الهيئة من عدد فردي من المحكمين الذين يعينون حسب اتفاق الطرفين، وفي

حالة عدم اتفاقهم على عدد وطريقة تعيينهم فلكل طرف الحق في تعيين عضو ويعين الرئيس باتفاقهم معاً "

<sup>2</sup> ينظر م(502) من قانون المرافعات المصري النافذ التي تنص على أنه "مع مراعاة ما تقضي به القوانين الخاصة يجب تعيين اشخاص محكمين في الاتفاق على التحكيم او في اتفاق مستقل ،سواء أكان تحكيمياً بالقضاء أم تحكيمياً بالصلح".

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

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

مع ملاحظة أنه حتى مع ان المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع هي صاحبة السلطة في تعيين المحكم، الا أنه لا يجوز لها ان تتدخل في تعيين المحكم، إلا في حالات معينة منها :-  
1- حالة أتفاق الخصوم على احالة النزاع الى التحكيم وحصول هذا النزاع قبل أتفاقهم على المحكم، فإنه يجوز لاي من الخصوم ان يقدم عريضة يطلب فيها تعيين المحكم لتقوم بعدها المحكمة بالبت بهذا الطلب وتعيين المحكم .

2- حالة أتفاق الخصوم على المحكم ولكن عند وقوع النزاع يمتنع المحكم عن العمل، أو يعتزله، أو يعزل عنه، أو يتوفى، أو يتعذر عليه القيام بالتحكيم لوجود مانع ولم يكن هناك 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، أو في القانون .

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

<sup>1</sup> 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 .

<sup>2</sup> ينظر م(2) من قانون التحكيم الاردني .

التعيين، فهنا يجوز للمحكمة المختصة بنظر النزاع ان تقوم بهذا التعيين بناءً على طلب أحد الخصوم وبعد ان تتحقق من فشل المحكمين الأول والثاني في تعيين المحكم الثالث<sup>1</sup>.

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

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

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

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

2- يكون قرار المحكمة بتعيين المحكم، أو المحكمين قطعياً وغير قابل لاي طعن" ولما كان الدور الذي تؤديه المحاكم الوطنية هنا هو مماثل للدور التي تؤديه مراكز التحكيم المؤسسي التي تختص بالفصل في نزاعات الأستثمار بوصفه معاون ومساعد الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم لذلك فان اتفاقيات 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 إجراءات اختيار المحكمين التي اتفق عليها، او لم يتفق المحكمان المعينان على امر يلزم اتفاقهما تولت المحكمة بناءً على طلب أحد الطرفين القيام بالاجراء او بالعمل المطلوب".

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

<sup>1</sup> حسام عبد اللطيف محي، مصدر سابق، ص65.

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

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

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

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

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

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

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

## الفرع الثالث

### أختيار المحكمين من قبل المراكز التحكيمية

إذا كانت منظمات التحكيم قد سمحت للأطراف بحرية اختيار المحكمين فان هذا الاختيار قد يرتد إليها إذا لم يتم به الأطراف كأن يتعذر عليهم الاتفاق على تعيين المحكم الواحد، أو أهمل أحدهم، أو تقصيره في تعيين محكمه إذا كان عدد المحكمين ثلاثة، أو أكثر، بمعنى أن دور مراكز التحكيم يأتي كدورٍ محتملٍ، أو احتياطي لسد النقص الذي تركه الأطراف، ولكنه دور قد يتعدى المساعدة، أو سد النقص الى حق اصيل لهذه المنظمة ومن ثم فإنه يتدرج من منظمة الى أخرى<sup>2</sup>. وقد تم تطبيق هذا المبدأ في قضية هضبة الاهرام حينما كانت معروضة على هيئة التحكيم في اطار غرفة التجارة الدولية ، إذ لم يؤد عدم قيام مصر باختيار المحكم الذي يحق لها اختياره الى ايقاف الدعوى، أو تعويق إجراءات التحكيم ، إذ تم الاختيار بواسطة هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية<sup>3</sup> . 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 Moalieux محكماً عن الجهة المدعى عليها (التلفزيون

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

<sup>2</sup> ينظر د. أحمد خليل ، مصدر سابق ، ص58.

العربي الأمريكي) وقد تم توافق المحكمان على اختيار الدكتور عبد الحميد الأحذب رئيساً للهيئة التحكيمية<sup>1</sup>.

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

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 فإن الامين العام للأتفاقية يقوم بذات الدور الذي يقوم به المجلس الإداري في أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار، وذلك عندما لا يتفق الأطراف على تعيين المحكم الواحد فإن اللجنة العامة تقترح على الأطراف محكماً معيناً فإذا وافق عليه الأطراف خلال المدة المحدده فإن الامين العام للأتفاقية يقوم بتعيينه، وفي حالة الأتفاق على تشكيل هيئة 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، أو لم يقبل المحكم المعروض عليه من الامين العام فإنه سيكون على الامين العام تعيين هذا المحكم بعد مشاورة الطرفين على أن لا يكون من مواطني الدولة طرف المنازعة<sup>3</sup>.

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

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

<sup>2</sup> ينظر المواد (37-40) من أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1961.

<sup>3</sup> ينظم ( 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.



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

ومما لا شك فيه ان هذه الطريقة هي من طرق اختيار المحكمين في الأستثمار الأجنبي تؤدي الى اختيار محكمين أكفاء ومختصين في الفصل في المنازعات الأستثمارية ، كما أنها تقوت على الطرف المهمل، أو المقصر في القيام بدوره في اختيار المحكمين هدفه في تعطيل التحكيم وشل فاعليته . هذا وقد يضاف الى هذه الطرق الثلاثة في تعيين المحكمين امكانية اختيارهم في عقود الأستثمارات الأجنبية عن طريق سلطة معدة سلفاً وذلك بأن يعهد الأطراف في هذه العقود مهمة الاختيار الى هيئة معينة او مركز معين، أو حتى شخصاً معيناً ذي صلة بالمجال الأستثماري وذي دراية بتعيين المحكمين الذين تتوافر فيهم الشروط المطلوبة في المحكم في مجال الأستثمار، وبقيام هذه السلطة ينتهي دورها عند هذا الحد سواء اقتضت مقابلاً لهذه العملية أم لا<sup>1</sup> .

### المبحث الثالث

#### السير في عملية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

تعد مسألة تحديد القانون ، أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع المحكم فيه من اولى المسائل الجوهرية التي تواجه المحكم عندما يتصدى للفصل في موضوع النزاع تحكيمياً، لما لهذه المسألة من أهمية تتعلق بصحة ما ينتهي إليه المحكم من نتائج والتي يستتبعها ، من كل بد ، تحديد الإجراءات الشكلية والتي تستلزم لتطبيقه ، وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنخصص المطلب الأول

<sup>1</sup> د.أحمد خليل ،مصدر سابق ،ص55

لتحديد القانون الذي يحكم بموجبه التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية، والمطلب الثاني سنعقده لبيان الإجراءات الشكلية اللازم اتباعها للسير بهذه العملية.

## المطلب الأول

### 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 ، أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيداً عن القوانين الوطنية للدول <sup>1</sup> .

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 تقاديرهم لمظنة افشاء أسرار منازعاتهم نتيجة لعلائية القضاء الداخلي . وإذا كانت القاعدة المستقره فقهاً فيما يخص إجراءات 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 ، ما خلا حالة عدم أتفاقهم ، إذ يصار الى القانون الذي يقرره المحكم أو لقانون التجارة الدولية .

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

## الفرع الأول

### خضوع المحكم لقانون ارادة الأطراف في عقود الأستثمارات الأجنبية

<sup>1</sup> د. صادق محمد جبران ، مصدر سابق ، ص 104.

يتفق أغلب فقهاء القانون على الدور الذي يلعبه مبدأ استقلال الإرادة في نطاق التحكيم بصورة عامة و مجال الإجراءات 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 مشاركة وسواء أكان هذا القانون هو القانون الداخلي لأحدى الدول ،أم قواعد منظمة تحكيم دولية او قواعد مستمدة من أتفاقية دولية وغيرها. وتتبع هذه الحرية من طبيعة التحكيم ذاته بأعتبره قضاءً أتفاقياً يقيمه طرفا النزاع بأتفاقهما<sup>1</sup>.

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 أولوية لأرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع طالما لا ينطوي على أي خروج على القواعد الأمرة والمتعلقة بالنظام العام في الدول المعنية ،أو يكون هذا الاختيار مشوباً بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض تطبيقه على موضوع النزاع<sup>2</sup>.

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 ،أو آخر في حالة ما إذا حصل النزاع بينه وبين الدول المضيفة للاستثمار ، أو أن يعلق تطبيق القانون الداخلي ومن ثم فإنه يتعين على الطرف الوطني، أن يكون مدركاً للابعاد الحقيقية لمثل هذه التحفظات عند صياغة شرط التحكيم ،أو مشارطته<sup>3</sup>.

وقد أخذ القانون الدولي الخاص السويسري النافذ بقانون الارادة في م(187)ف(1) التي تنص على "تفصل هيئة 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 الهيئة التحكيمية وفقاً لقواعد القانون المختارة من الأطراف". وهو النهج نفسه الذي ذهب

Charlec Carbiber Llaribtrage Internation Al de Droit Prive، paris،1960.P.78.Et Francois<sup>1</sup> Rigoux.op.cit،p.42.

<sup>2</sup> د.أبو زيد رضوان ،مصدر سابق ، ص130.

<sup>3</sup> د.مصطفى محمد الجمال ، د.عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص268.

المشعر الفرنسي إليه إذ نصت م(1496) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ على "يفصل المحكم النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف".

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

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

ولكن هل يلزم للاعتداد بارادة الأطراف أن تكون صريحة أم يمكن الأخذ بالاراده الضمنية في مجال التحكيم الخاص بمنازعات الأستثمار ؟

إن الأجابه على التساؤل اعلاه من ملاحظه أتجاه جانب من الفقه يؤدي الى القول بضرورة ان تكون الارادة صريحة وواضحة حتى تقوم بوظيفتها في تحديد القواعد الاجرائية، فإذا كان من الممكن

<sup>1</sup> اشار اليه د. اشرف عبد العليم الرفاعي ، مصدر سابق ، ص 552 .

البحث عن الارادة الضمنية للمتعاقدين في مجال العقود فان الأمر في مجال التحكيم على خلاف ذلك، نظراً لأهمية القانون في سير الإجراءات، مما يستوجب ان يكون صريحاً من اجل تجنب المشاكل التي قد تثور في هذا الخصوص، ومنها عدم القدرة على تحديد القانون الصحيح الذي أنصرفت الارادة الضمنية اليه<sup>1</sup>، وعلى نقيض ذلك هناك اتجاه آخر ، وبحق ، يرى بان تطبيق قانون الارادة على المسائل الاجرائية للتحكيم لا يعني الزام القاضي فقط بالقانون الذي حددته ارادة الأطراف صراحة، وإنما يعني ايضاً تخويل المحكم، أو القاضي فرصة الكشف عن القانون الذي عينته الارادة الضمنية للأطراف حال غياب اختيارهم الصريح له وخصوصاً في الاحوال التي يسهو الطرفان عن تحديد القانون صراحةً، أو يعبرون عنه بعبارات غير واضحة، أو دقيقه في بيان المقصود منه<sup>2</sup>، 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 الأولى إذ قررت هيئة التحكيم بشأن القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي لم يوجد اتفاق صريح بشأنه بين طرفي العقد تطبيق القانون الفرنسي وأستبعاد القانون الايطالي باعتبار أن القانون الفرنسي هو الانسب، وقالت رداً على من قال بتطبيق القانون الايطالي "لا يكفي الأعتداد على الإشارة في العقد الى اختصاص القضاء الأيطالي للقول بأن القانون الايطالي هو المختص، ذلك لان الإشارة الى القضاء الايطالي جاءت بصفة أحتياطية بعد ذكر غرفة التجارة الدولية، كذلك فلا يستفيد منها اتجاه القصد المشترك للمتعاقدين الى الأخذ 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"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ينظر د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 94 ود. الياس ناصيف، أطلالة على التحكيم الالكتروني في العالم، بحث منشور في مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد 237، المجلد 20، أيلول، 2000، ص 123. اشار اليهما حميد فيصل ، مصدر سابق ، ص 76.

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

<sup>3</sup> اشار اليه د. صادق محمد الجبران ، مصدر سابق ، ص 122.

## 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، أو قانون من اختياره وحده إذ يجهل كل طرف بأحكام قانون الطرف الآخر وكلاهما يجهل أحكام قانون محايد، ومن ثم فلا يكون أمامهما من خيار سوى التزام الصمت وعدم الأتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع<sup>1</sup>.

وهذا ما قد يحدث أيضاً 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 الأول في سلامة نوايا الطرف الثاني، كما لا يثق الطرف الثاني من كفاءة قانون الطرف الأول<sup>2</sup>.

والى جانب ذلك قد يأتي عقد الأستثمار الأجنبي صامتاً حول القانون الواجب التطبيق لأسباب مختلفة كأهمال الأطراف، أو جهلهم بألية تحديده. ففي كل هذه الفروض يقرر الأطراف ترك الحرية للمحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وهم بصدد ممارستهم في تحديد هذا القانون قد يطبقون قانوناً وطنياً، أو غير وطني. إذ قد يرى المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية تطبيق قانون وطني معين طالما لم يتفق الأطراف على اختيار قانون معين ليحكم موضوع النزاع<sup>3</sup>.

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 إلا تطبيق قواعد الأسناد الواردة في قانونه الدولي الخاص وفق منهج تنازع القوانين ثم يستهدي بها في تحديد هذا القانون، فإن المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية لا يستمد سلطاته ولا

<sup>1</sup> د.محمود مختار أحمد بريري، مصدر سابق، ص135.

<sup>2</sup> د.سراج حسين، مصدر سابق، ص577.

<sup>3</sup> د.جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص66.

يمارسها من وبأسم الدولة ،بل من أتفاق الأطراف ومن ثم فإنه لا يتمتع بما يتمتع به القاضي الوطني من وجود قانون يطبقه اثناء نظر النزاع ضمن أختصاصه<sup>1</sup>.

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 يثير التساؤل 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 الأولى بتطبيق المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية لمنهج التنازع المقرر في القانون . اما الثانية فتكون من خلال الاختيار الصريح والمباشر للقانون الواجب التطبيق<sup>2</sup> .

وتقضي الطريقة الأولى اختيار المحكم لقانون وطني معين يستمد منه قواعد الاسناد الواردة فيه التي يستهدي بها في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع<sup>3</sup> .

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"<sup>4</sup>.

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

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

<sup>2</sup> د. فايز الحاج شاهين ، القانون الواجب التطبيق على أتفاق التحكيم ، ط1 ، المكتبة القانونية ، دمشق ، 2003 ، ص228.

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

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

الاكثر ملائمة وتطبيق القانون الذي تعينه هذه القاعدة<sup>1</sup>. وكذلك بالنسبة للحكم الصادر في قضية ارامكو ضد المملكة العربية السعودية سنة 1958 إذ نصت الفقرة الرابعة منه على "تفصل المحكمة التحكيمية في النزاع أ- طبقاً للقانون السعودي بالنسبة للمسائل الداخلة في اختصاص السعودية ب- وطبقاً للقانون الذي ترى المحكمة أنه واجب التطبيق بالنسبة للمسائل التي لاتدخل في اختصاص السعودية"<sup>2</sup>. وكذلك بالنسبة للحكم الصادر في قضية تكساسكو ضد الحكومة الليبية سنة 1977 ، ففي هذا الحكم بدأ المحكم Lagergren بالتأكيد على ان هيئة التحكيم ليس لها قانون خاص يزودها بالنظام القانوني الذي يمكنها اللجوء اليه لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ، ومن ثم قرر المحكم أنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فإن 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<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>. وقد منحت غالبية القوانين الوطنية المحكمين سلطة التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من دون ان تلزمهم باللجوء الى قواعد تنازع القوانين ، إذ نصت م(187) ف(1) من القانون الدولي الخاص السويسري على " تفصل هيئة التحكيم في النزاع، وفقاً لقواعد القانون التي ترتبط بالقضية بصلات أكثر وثيقة ، 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 هيئة التحكيم وفقاً لقواعد القانون التي ترى أنها ملائمة في القضية "

<sup>1</sup> أشار اليه د.ابراهيم أحمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص170.

<sup>2</sup> جرت العادة في بعض القوانين والاتفاقيات اطلاق مصطلح المحكمة التحكيمية على الهيئة التحكيمية للدلالة على ان عدد المحكمين اكثر من شخص واحد .

<sup>3</sup> اشار الية د. عاطف محمد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص723 .

<sup>4</sup> للمزيد ينظر د.جمال محمود الكردي ،مصدر سابق ،ص123. د.أكثم الخولي ، صياغة أفاق التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2001، ص54.



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 هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع"<sup>1</sup>.

ومن أحكام التحكيم التي اتبعت هذا المسلك الحكم الصادر في القضية رقم 3880 سنة 1983 إذ قررت هيئة التحكيم والتي اتخذت من مدينة balle بسويسرا مقراً لها بتطبيق القانون البلجيكي وأوضحت أنه ليس من الضروري البحث عن قواعد القانون واجبة الاتباع لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، بل يكفي إثبات أن كل عناصر العقد (مقر كل من البائع والمشتري ومكان تنفيذ العقد وكذلك مكان ابرامه) تقع في بلجيكا"<sup>2</sup>.

ويحدونا ما تقدم الى القول بأفضلية الطريقة الثانية -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 .

<sup>1</sup> كما نهج قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني في م(811) منه وقانون الاجراءات المدنية الجزائري في م(458) منه وقانون التحكيم التونسي في م(73) ف(2) منه النهج ذاته .

<sup>2</sup> اشار اليه د. سراج حسين ، مصدر سابق ، ص588.

## 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 ، أو مستوى قواعدها ، إلا بقدر ما يتطابق مع العلاقات الداخلية<sup>1</sup>.

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

وقد عرفها الاستاذ derairs بأنها "مجموعة القواعد التي تطبق على الأوجه المتنوعة للنشاط الاقتصادي الدولي أستقلالاً عن الانظمة القانونية الوطنية"<sup>3</sup>.

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 حياة 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 الهيئة التحكيمية بعين الاعتبار العادات التجارية الواجبة التطبيق".

<sup>1</sup> ينظر د. أبو زيد رضوان ، الاسس العامة ، مصدر سابق ، ص 166 ، 167.

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

<sup>3</sup> نقلا عن د. سراج حسين ، مصدر سابق ، ص 685.

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

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

أما القانون العراقي فنلاحظ أنه لم يوجد حكم خاص حول القانون الموضوعي الذي يتوجب على المحكم تطبيقه على النزاع المعروض أمامه، مما يقتضي الرجوع للقواعد العامة في تنازع القوانين التي تقضي بتطبيق قانون ارادة الأطراف على العلاقة التعاقدية وفي حال عدم الاتفاق على قانون معين يطبق قانون الموطن المشترك، وإذا اختلف يطبق المحكم قانون مكان ابرام العقد<sup>2</sup> .

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<sup>3</sup> .

هذا وتتنوع مصادر قواعد التجارة الدولية وتختلف باختلاف مجالات التجارة الدولية، إلا أنها في عقود الأستثمارات الأجنبية قد تقتصر على الأتفاقيات الدولية، وشروط العقد محل النزاع والعادات والاعراف التجارية في مجال الأستثمار الأجنبي<sup>4</sup> .

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 ، إلا أن هدفها الاساسي هو انشاء قواعد مقبولة عالمياً لتنظيم التجارة الدولية

<sup>1</sup> وعلى النهج نفسه سار قانون اصول المحاكمات المدنيه الاماراتي في م(199) منه وقانون اصول المحاكمات المدنيه السوري في م(20) منه .

<sup>2</sup> ينظر م(24) من القانون المدني العراقي.

<sup>3</sup> حمزة أحمد حداد ،مصدر سابق ،ص332.

<sup>4</sup> د.عاطف محمد الفقي، مصدر سابق، ص510 .

للاستثمار الأجنبي كما هو الحال في المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار بواشنطن الذي يتخصص في نظر المنازعات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الاجانب<sup>1</sup>. وكذلك بالنسبة لشروط العقد محل النزاع التي لا تحتاج من المتعاملين سوى توقيعهم عليها لتصبح ملزمة لهم<sup>2</sup>.

اما العادات والاعراف فهي ناتجة عن تكرار المستثمرين لعادات معينة تتميز بالخصوصية المهنية والاستقلال التي تشتهر بمرور الزمن لتكون اعرفاً مستقرة يلجأ اليها المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية بوصفها ثمار الممارسات الأستثمارية المهنية المتخصصة حتى لو تعارضت مع نص قانوني غير أمر، على اعتبار أن المحكم لا يستمد اختصاصه من قانون وطني معين إذ أنه يعمل من دون اختصاص وطني محاولاً صياغة قانون خاص به<sup>3</sup>.

هذا ومن البديهي أن نلاحظ ان الكثير من لوائح التحكيم التجاري الدولي و الاتفاقيات الدولية اضافت اهمية خاصة على عادات التجارة الدولية ،واعرفها بوصفها قانون اختصاص المحكم خاصة عندما يتعذر التوصل الى أحكام القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ،لا سيما عند غياب الارادة الصريحة .إذ نصت م(7) من الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 على "1- 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 اتفاقية 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 التجارية نذكر على سبيل المثال العقد الذي أبرم 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

<sup>1</sup> د.جلال وفاء محبين ، مصدر سابق ، ص13.

<sup>2</sup> ينظر د. جمال محمود الكردي ، مصدر سابق، ص144 و حميد فيصل الدليمي ،مصدر سابق ،ص220 .

<sup>3</sup> د. هاني محمود حمزة ، مصدر سابق ، ص390.

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 هيئة التحكيم التي كان عليها تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ قررت تطبيق قانون وعادات بلد القانون السويسري وهذا يتفق مع ما اعلنت عنه الشركة الألبانية بتطبيق القانون الذي تراه هيئة التحكيم معقولاً<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### الشكلية اللازم اتباعها في التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

بعد ان تبدأ إجراءات التحكيم وذلك من خلال تقديم طلب التحكيم من أطراف عقد الأستثمار الأجنبي لتشكيل هيئة التحكيم وتحديد مكانه والمهمة الملقاة على عاتق المحكمين . عندها يبدأ نظر العملية التحكيمية بواسطة المحكم، أو هيئة 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 مهماً العملية التحكيمية<sup>2</sup>.

إذ تجري في الحالة الأولى أجراءات التحكيم في عقود الأستثمارات في مواجهة الأطراف، أو غالباً في مواجهة من ينيبه الأطراف في تمثيلهم في الأجراءات، إذ لا يوجد في الأتفاقيات الدولية سواء تلك

<sup>1</sup> ينظر محي الدين أسماعيل ، منصة التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص 385 .

<sup>2</sup> ينظر د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص 629 .

المتعلقة بالتحكيم بصورة عامة أو بنزاعات الأستثمار الأجنبي بصورة خاصة أو القواعد الوطنية التحكيمية ما يمنع أطراف التحكيم في عقود الأستثمار من تعيين ممثلين ينوبون عنهم في العملية التحكيمية في المجال الأستثمالي ومن ثم فإنهم وكما يملكون الحرية الكاملة في المثل أمام هيئة التحكيم والدفاع عن انفسهم بأنفسهم فإنهم يملكون أيضاً الحرية الكاملة في تعيين ممثلين ينوبون عنهم في الحضور أمام تلك الهيئة ، وذلك احتراماً لحقهم في الدفاع عن انفسهم وهو حق ثابت وجوهري من حقوق أطراف التقاضي والتحكيم<sup>1</sup>.

هذا ولا توجد قيود على الاشخاص المختارين من قبلهم كممثلين إذ لا يشترط توافر صفات معينه في من يعمل ممثلاً لأحد الأطراف أمام هيئة التحكيم ، فيجوز ان يكون محامياً أو مستشاراً أو قانونياً أو اي شخص اخر ممثل تمثيلاً صحيحاً من أطراف العملية التحكيمية، ولكن ينبغي فقط على الطرف الراغب في تعيين من يمثله أمامها ان يعلن عزمه هذا الى الطرف الاخر في وقت يسمح له أيضاً بتعيين ممثل إذا اراد الاخير ذلك ،ومن ثم فإن اغفال هذا الاعلان يجعل معه الحق للطرف الاخر أن يطلب من هيئة التحكيم التأجيل في نظرها وعليها الموافقه، وإلا فإن الرفض قد يرتقي الى مخالفة القانون<sup>2</sup>.

هذا وفي بعض الأحيان قد يقف المدعى عليه موقفاً سلبياً ممتعاً عن الرد على مطالبة المدعي بالتحكيم في الأستثمار رافضاً المشاركة في العملية التحكيمية ساعياً وراء التملص من التزامه باتفاق التحكيم وازعاً عقبه في طريقها ، وهنا فإنه من حق المحكم او هيئة 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(2،1) منه على "1. إذا حدث دون عذرٍ كافٍ أن تخلف المدعى عليه عن تقديم دفاعه وذلك على الرغم من الفرصة التي منحت له يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر حكماً تحكيمياً بناءً على حالة الدعوى". وكذلك قررت م(34)ف(2) من قانون التحكيم المصري النافذ أنه "يجب على المدعى عليه الرد بمذكرة دفاعه خلال المدة المقررة اتفاقاً ،أو التي تعينها هيئة التحكيم فإذا تخلف عن ذلك وجب على هيئة التحكيمية الاستمرار في الدعوى التحكيمية".

<sup>1</sup> د. عبد الحميد الأحديب ،موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص4322

<sup>2</sup> ينظر د.نبيل أسماعيل عمر ،مصدر سابق،ص111 وما بعدها.

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 المدعى عليه عن المشاركة في الإجراءات التحكيمية دليلاً على صحة ادعاءات المدعى، بل أن على المحكم ان يمارس مهمته الملقاة على عاتقه كما لو كان لأول 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، أو عن طريق جلسات متعددة ومطولة حتى يصل في النهاية الى حكم تحكيمي اكثر مراعاة لدقه والعدل . ومن امثلة القضايا التي التزمت بهذا قضية شركة Letco ضد الحكومة الليبيرية في سنة 1997 ، فقد تبين لمركز التحكيم أنه على الرغم من قيام الحكومة الليبيرية بالاشتراك في تعيين المحكمين ، إلا أنها تخلفت عن حضور إجراءات التحكيم على الرغم من اذارها بذلك ، مما دفع هيئة التحكيم الى الاستمرار في الإجراءات والفصل في النزاع ، باعتبار ان التخلف عن حضور الإجراءات ليس من شأنه ايقاف الإجراءات ولا يحول من دون استمرار نظرها<sup>1</sup> . اما في حالة تخلف المدعي في منازعات الأستثمار الأجنبي أو مستشاريه عن الحضور فإنه يترتب على ذلك عدم قدرة المدعى عليه عن مواصلة السير في العملية التحكيمية ، وذلك لعدم علمه فيما إذا كان دفاعه سيؤتى ثماره ام لا ومن ثم إذا تخلف المدعي ومن ثم المدعى عليه ايضاً عن متابعة سير العملية التحكيمية في هذه المنازعات فللمحكم او لهيأة التحكيم سلطة الحكم بألغاء الإجراءات التحكيمية، إذ يعد هذا التخلف من المدعي بمثابة تنازل عن اتفاق التحكيم الذي ابرمه ومن ثم لا يجوز له المطالبة بحقه عن طريق التحكيم ثانية<sup>2</sup> .

وقد نصت م(45) ف(2) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار سنة 1965 على أنه "إذا لم يحضر أحد الطرفين أمام المحكم ،أو فشل في تقديم دعواه خلال اي مرحلة من مراحل الإجراءات فان من حق الطرف الاخر أن يطلب منه اتخاذ قرار بشأن النزاع ويجب على المحكم عدم

<sup>1</sup> Rene David،OP،Cit،P.129.

<sup>2</sup> ينظر أسعد فاضل منديل ،مصدر سابق ،ص154 .

أخذ أي قرار قبل أخطار الطرف المتخلف مع منحه مهلة قضائية، إلا 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 إجراء المرافعة بحقه غيابياً بناءً على طلب الطرف الآخر".

هذا ولا يتقيد المحكم أو هيئة التحكيم في عقود الأستثمارات أثناء المرافعة بالقواعد المعمول بها أمام المحاكم الوطنية، بل يمتلك سلطات واسعة عند عدم 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، أو بشهادة الشهود، أو بأجراء معاينة، أو بإنتداب خبير كما قد يرى في اطار التعاون مع المحكمة القضائية المختصة أصدر امرٍ بأخذ إجراءات وقتية، أو تحفظية تأميناً لتنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية المنتظر إصداره<sup>1</sup>.

وعلى المحكم ان يطبق القواعد الموضوعية والأجراءات الشكلية في القانون المتفق عليه ما لم يتفق الخصوم على اعفائه من هذه الأجراءات، إلا 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 الأولى او المحكمة ذات الدرجة الثانية على اعتبار ان الدعوى التحكيمية تبدأ بالطريقة نفسها التي تبدأ بها الدعوى القضائية.

يذهب بعض من الفقه الفرنسي الى القول أن الأجراءات الشكلية التي يجب أن يتقيد بها المحكم عند النظر في النزاع هي الأجراءات المتبعة أمام المحكمة ذات الدرجة الأولى، وليس له الحق في أن يطبق الأجراءات المتبعة أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع، إلا إذا كانت هذه المحكمة من محاكم الدرجة الأولى، وذلك لان المحكمة ذات الدرجة الأولى تتمتع باختصاص عام وان الأجراءات

<sup>1</sup> اما بخصوص أجراءات الإثبات فان القاعدة العامة تقضي بأن المحكم، أو الهيئة التحكيمية تستطيع من تلقاء نفسها او بناءً على طلب من أحد الأطراف أن تأمر بأي اجراء من 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.



التي تطبقها تعد من الإجراءات الاساسية للتقاضي على خلاف المحاكم الأخرى مثل محكمة النقض الفرنسية<sup>1</sup>. وهو ذات ما اخذ به جانب من الفقه المصري<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للتشريع العراقي وازاء عدم وجود ادنى اختلاف في الإجراءات الشكلية المتبعة أمام المحاكم العراقية سواء أكانت هذه المحاكم من الدرجة الاولى كمحاكم البداهه، أو الاحوال الشخصية، أم من الدرجة الثانية كمحاكم الاستئناف هذا من ناحية وإذ ان التشريع العراقي ينص على ان قرار المحكم لا ينفذ ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع الأمر الذي يفهم منه أنه على المحكم والخصوم اتباع إجراءات المحكمة المختصة بنظر النزاع .

هذا ولا يعتد المحكم بجميع الإجراءات الشكلية التي يتضمنها قانون المرافعات، إذ ان اغلب الإجراءات التي يطبقها المحكم اثناء المرافعة التحكيمية من إذ اشكالها ومواعيدها تكون خاضعة لسلطة وتقدير المحكم لخصوصية التحكيم في مجال الأستثمار والتي تهدف الى منح المحكم حرية اكبر من القاضي في اختيار إجراءات المرافعة التحكيمية فضلاً عن ما يؤدي ذلك من تقادي كثير من الإجراءات وتعقيدها ومن ثم فض النزاع باقرب فرصة ممكنة<sup>3</sup>.

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 لا يأتي بتصرف يمكن أن يؤدي الى تفضيل أحد الأطراف على الآخر<sup>4</sup>.

2. يلتزم المحكم باتباع الإجراءات والمدد القانونية الواردة في اتفاق التحكيم أو الإجراءات التي اتفق عليها الأطراف اثناء سير المرافعة التحكيمية ولا يجوز له الخروج عنها وألا عد حكمه باطلاً لتجاوز حدود الاتفاق .

3. ينبغي على المحكم ان يتبع الإجراءات والأحكام المنصوص عليها في باب التحكيم والتي تعد من الضمانات الاساسية لمهمة التحكيم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>bernard moreauet therry brrard،op.cit p.68. jean robert،op.cit ,p,1078. et Rene david ،op،cit،p،551.

<sup>2</sup>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.

<sup>3</sup> حسام عبد اللطيف محي ، مصدر سابق ، ص105.

<sup>4</sup> حسام عبد اللطيف محي ،المصدر السابق ،ص107 .

<sup>5</sup> مهدي صالح امين ،ادلة القانون غير المباشرة ، مطبعة اوفسيت ، بغداد ، 1987 ، ص1101 .

4. وجوب احترام المحكم لحقوق الدفاع بحيث يمكن كلا الطرفين بتقديم ما لديه من طلبات ودفع لحماية حقه فهذا الحق يعد حق مقدس وبخاصة في مسائل التحكيم، لأن أغلب إجراءات التحكيم تكون خاضعة لأرادة المحكم .

5-يتحتم على المحكم أن يحترم مبدأ المواجهه بين الخصوم بحيث يمكن لكل خصم العلم بكل ما يبيده الطرف الاخر من حجج مؤيده لدفاعه ،أو 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<sup>1</sup>.

6. على المحكم ان يتخذ جميع الإجراءات التي تؤدي الى المحافظة على الوثائق و المستندات التي قدمها اليه الخصوم ،وأن لا يطلع عليها أحد غير الأطراف وأن لا ينشر المعلومات الموجودة فيها<sup>2</sup>.

## الفصل الثالث

### أثار التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

من أهم الاثار التي تترتب بعد اكتمال الإجراءات التحكيميه هي صدور الحكم التحكيمي الذي يقصد به أنه" القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي ،أو جزئي في المنازعه المعروضه عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعه ذاتها ،أو بالاختصاص،أو بمسأله تتصل بأجراءات أدت الى الحكم بأنهاء الخصومه"<sup>3</sup>.

فبعد ان تكتمل الإجراءات التحكيميه الواجبة الإلتباع نصل إلى المرحلة الأخيرة من مراحل التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وهي نتيجته وغايته وتتمثل في أعداد حكم التحكيم وإصداره مستوفياً شرائطه الشكلية والموضوعية التي تشمل حضور أطراف النزاع الأستثماري أمام المحكم والكشف عن الأدلة والوقائع والتي تساعد المحكم في إصدار الحكم العادل . وذلك من اجل تحقيق الغاية المرجوة

<sup>1</sup> القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي ، مصدر سابق ، ص135 .

<sup>2</sup> أسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص133.

<sup>3</sup> د حفيظه السيد الحداد ،النظريه العامه في التحكيم التجاري الدولي ،مصدر سابق،ص299 .

فإذا صدر الحكم التحكيمي وجب على المحكوم ضده تنفيذه سواء أكان اختياراً وطوعيه، أو عن طريق القضاء .

وعليه ، واستتياناً لهذه الآثار، إرتأينا تقسيم هذا الفصل على مبحثين سنخصص المبحث الأول منهما لأيضاح ماهية الحكم التحكيمي الصادر في عقود الأستثمارات الأجنبية من إذ مضمونه وشكلية صدوره، وسنعد المبحث الثاني لبيان كيفية تنفيذه .

## المبحث الأول

### ماهية حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

بأنتهاء النظر في العملية التحكيمية تصل إجراءات التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية الى نهايتها وغايتها المرجوة منها، وهي إصدار الحكم التحكيمي الأستثماري فاصلاً به المحكم المنازعات الأستثمارية محل الأتفاق التحكيمي فصلاً نهائياً يستتفد به ولايته ، وذلك بمراعاة المتطلبات الشكلية والموضوعية الواجب مراعاتها بصدد الحكم التحكيمي حتى ينتج آتارة ، فإذا صدر الحكم التحكيمي فأما أن يحوز الرضا والقبول ، وأما أن يرى المحكوم ضده الطعن على هذا الحكم لسبب و آخر ، وعليه سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، وذلك على النحو الآتي:.

المطلب الأول- 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 الأول

### معنى حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

من أجل أتمام الحكم التحكيمي في عقود الأستثمارات الأجنبية يتوجب على المحكمين إعداد الحكم الأستثماري وصياغته مستوفياً شرائطه الشكلية إذ تقع مهمة إعداد حكم التحكيم وإصداره على عاتق المحكم الذي يدير العملية التحكيمية، وذلك من خلال الفصل في هذه العملية بعد إجراء المداولات والمناقشات لأعداد الحكم وصياغته شكلاً وموضوعاً فإذا تم أعداده قام المحكم، أو هيئة التحكيم بإصداره في الميعاد المقرر لذلك اتفاقاً أو قانوناً .

وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين سخصص الفرع الأول منها إلى بيان الكيفية التي يتم بها أعداد حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ، أما الفرع الثاني فسيكون لتحديد آلية اصداره .

## الفرع الأول

### أعداد حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

بعد أن تنتهي إجراءات التحكيم وتكتمل التحقيقات ويقفل باب المرافعة يصل المحكمون إلى المرحلة الأخيرة من مراحل العملية التحكيمية ؛ وهي مرحلة أعداد الحكم التحكيمي تمهيداً لإصداره محققين بذلك الغاية منها ، ألا وهي الفصل في موضوع النزاع .

ويتم ذلك من خلال عملية المداولة التي تعني " المناقشة والتشاور وتبادل الرأي فيما بينهم للاتفاق على شكل الحكم التحكيمي ومضمونه"<sup>1</sup> 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 ودفعهما، إذ لا بد أن يرجع المحكم الوحيد إلى تلك الوثائق وأقوال الطرفين بعد دراسة وتأمل الموضوع من كافة جوانبه واستناداً إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وطبقاً للأجراءات التي تطبق على التحكيم بصدد قرار التحكيم ليصدر قراره فيه<sup>2</sup> .

أما إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم عندئذ تقوم حتمية المناقشات والمداولات بين جميع المحكمين الذين تتشكل منهم الهيئة، إلا أنها قد لا تتحقق في كثير من الأحيان في مجال عقود الأستثمار بشكل مباشر، وذلك بسبب اختلاف بلد كل محكم عن الأخر مما يفرض قيامها في هذه العقود عن طريق تبادل الخطابات، أو التلكسات والفاكسات، أو غيرها من وسائل الاتصال المختلفة

<sup>1</sup> د حسني المصري، مصدر سابق، ص454 .

<sup>2</sup> د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص311 .

التي تتم بين أعضاء الهيئة التحكيمية الأستثمارية الواحدة ، والتي يلعب فيها رئيس الهيئة الدور الهام في إنجاح عملية المداولة وتنظيمها وإدارتها خلال وقت مناسب، وفي تلقي مقترحات المحكمين والتوفيق بين أدائهم وصولاً إلى أعداد حكم التحكيم من خلال هذه الكيفية التي تتم بها المداولات والتي قد لا تستوجب بالضرورة المناقشة الشفوية بين المحكمين مجتمعين في مكان واحد<sup>1</sup>.

وينبغي أن يشترك في المداولة جميع المحكمين الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الأطراف واحتراماً لحقهم في الدفاع ، ولكن إذا رفض أحد المحكمين الاشتراك في المداولة قاصداً بذلك وضع عقبه في طريق العملية التحكيمية ، فإنه ينبغي على باقي اعضاء الهيئة أعداد الحكم من دون هذا المحكم المتخلف عن الاشتراك في المداولة من دون أن يشكل ذلك خرقاً منهم لمبدأ احترام حق الدفاع المقرر للأطراف<sup>2</sup> .

هذا وقد سلكت معظم التشريعات أحد ثلاثة اتجاهات حول مدى وجوب سرية المداولات التحكيمية ، إذ لم يأخذ الاتجاه الأول منها بمبدأ سرية المداولة وهو ما ذهبت اليه م(212) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي ، وم(30) من قانون التحكيم التونسي ، وم(527) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري . في حين ترك الاتجاه الثاني امر تنظيم سرية المداولة أو علانيتها لهيأة التحكيم وهو ما ذهب إليه قانون التحكيم المصري النافذ في م(40) التي تنص على " تتم المداولة على الوجه والذي تحدده هيئة التحكيم".

أما الاتجاه الثالث فهو الذي يأخذ بسرية المداولة ويطلبها، وأن كان لا يرتب على مخالفتها أي جزاء وهو ما ذهب اليه المشرع الفرنسي في م (1469) من قانون المرافعات الفرنسي التي تنص على "يجب أن يصدر الحكم بأغلبية الآراء بعد مداولات سرية بين المحكمين". اما بالنسبة لقانون المرافعات العراقي فقد سكت عن بيان موقفه تجاه هذا المبدأ الأمر الذي يمكن معه ان نرجح اخذه الاتجاه الثالث وذلك حسب المادة (270)<sup>3</sup> .

وإزاء هذا الاختلاف حول مبدأ سرية المداولة فقد انقسم الفقه على قسمين حول مفهوم هذا المبدأ ، إذ يرى البعض الأول منه اختلاف مقتضيات سرية المداولة المفروضة على المحكمين عنها بالنسبة للقضاء في المحاكم الوطنية ، بحيث ينص مفهوم سرية المداولة المفروضة على المحكمين إلى إجراءات لعملية المداولة في غياب الأطراف أو الغير وليس بحضور أي منهم ، فإذا إلتزم المحكمون

<sup>1</sup> ينظر د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ،ص262 .

<sup>2</sup> د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص178 .

<sup>3</sup> ينظر م (270) من قانون المرافعات العراقي النافذ .

بإجراء المداولات في غياب الأطراف فأنهم بذلك يكونون قد التزموا بسرية المداولة حتى ولو أفضوا إسرارها للأطراف بعد ذلك سواء برفض التوقيع على الحكم ، أو بتحرير رأي مخالف وإبلاغ الأطراف به.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup>

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا اتفقت أراء المحكمين بعد انتهاء عملية المداولة على رأي واحد فإن قرار التحكيم يصدر بالاتفاق ، أما إذا انقسمت تلك الآراء على أتجاهين حاز أحدهما على الأغلبية المطلقة فإن قرار المحكمين يصدر بتلك الأغلبية ، وهذا من اغلب التشريعات.<sup>3</sup>

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 تختتم 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 هيئة التحكيم في أعداد الحكم فإذا تم أعداد الحكم وصياغته شكلاً وموضوعاً قام المحكومون بإصداره خلال الميعاد المقرر لذلك أتفاقاً، أو قانوناً.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> د. عاطف محمد الفقي ، مصدر سابق ، ص532 ود. أحمد ابو الوفا ، عقد التحكيم وأجراءاته ، مصدر سابق ، ص272 .

<sup>2</sup> - Charlec Carbiber ,op,cit,p232,Et Francois Rigaux ، op,cit ,p. 312 .

<sup>3</sup> 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 .

<sup>4</sup> 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 العربية لسنة 1974 .

## الفرع الثاني

### إصدار الحكم التحكيمي في عقود الأستثمارات الأجنبية

بعد أن يفرغ المحكمون من اعداد الحكم وصياغته مستوفياً شرائطه الشكلية والموضوعية عليهم ان يقوموا باصداره خلال المدة المحددة سواء اتفاقاً ام قانوناً وايداعه ونشره إذا أتفق أطراف النزاع في الأستثمارات الأجنبية على ذلك.

ويتحدد ميعاد اصدار الحكم غالباً من الأطراف مباشرةً في اتفاق التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق مركز التحكيم الذي أحال أطراف العلاقة الأستثمارية النزاع اليه، أو عن طريق القانون الواجب التطبيق على الأجراءات التحكيمية<sup>1</sup>.

إذ قد يتفق أطراف النزاع في اتفاق تحكيمهم على ميعاد ينبغي على المحكم او هيئة التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ان تصدر حكمها خلاله سواء أكان التحكيم مؤسساً، أم حراً، من اجل ان يتحقق لهم ما يصبون اليه من الفصل في النزاع خلال وقت قصير وهذا الميعاد الذي يحدده الأطراف في اتفاق التحكيم قد يبدأ من بداية الأجراءات التحكيمية او منذ اختيار المحكم، أم أكمال تشكيل هيئة التحكيم، أم عند انتهاء الجلسات التحكيمية وأقال باب المرافعة<sup>2</sup>.

فإذا أصدر المحكمون حكمهم خلال الميعاد المتفق عليه انتهى الأمر، وإلا فإنه قد تكون هناك حاجة الى مد الميعاد المتفق عليه سلفاً، وهنا يجوز للأطراف الأتفاق على إطالة هذا الميعاد وتمديده<sup>3</sup>.

ولكن إذا تعذر الأتفاق على هذا التمديد، فهل يجوز للمحكم او لهيأة التحكيم أن تقرر ذلك من تلقاء نفسها؟

<sup>1</sup> د. عبد القادر الطوره، التحكيم في منازعات العمل الجماعية، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص 362 .

<sup>2</sup> د. أحمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مصدر سابق، ص 189 .

<sup>3</sup> ينظر د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص 674-675 .

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 هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، وفي جميع الاحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك ."

في حين ذهب البعض الآخر منها الى عدم جواز تمديد المدة من قبل المحكم ،أو هيئة التحكيم وانما يصير الأمر الى المحكمة المختصة التي هي وحدها تستطيع ذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف في النزاع على هذا الأمر، وهذا ما أخذ به القانون الفرنسي في م ( 1493 ) ف ( 2 ) من قانون المرافعات النافذ<sup>1</sup>. والقانون العراقي في م ( 263 ) من قانون المرافعات النافذ .

وهو رأي يبدو قرب دقته ،ذلك ان تحديد ميعاد اصدار الحكم باتفاق الأطراف ابتداءً ،يوجب أن يكون تمديده كذلك باتفاقهم، بحيث يعد تدخل المحكم في هذا الأمر من تلقاء نفسه تجاوزاً منه لحدود المهمة الموكولة إليه، إذ ان المحكم في مجال الأستثمار إذا كان سيد الإجراءات التحكيمية والقائم على تصريف شؤونها ،إلا أن ميعاد اصدار الحكم ليس اجراءً بسيطاً من الإجراءات التحكيمية فهو الاطار الزمني الذي يمارس فيه المهمة الموكولة اليه.

ويعد حكم التحكيم قد صدر عن المحكم في عقود الأستثمارات الأجنبية باعلانه 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 او التعديل او الاضافة<sup>2</sup>.

وبعد ان يتم اصدار الحكم التحكيمي في عقود الأستثمار يصار الى ايداعه لدى إحدى 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 ، أو في قلم كتاب اية محكمة استئناف أخرى في مصر يتفق عليها الطرفان ويحرر كاتب

<sup>1</sup> 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 الاتفاقي 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 هيئة التحكيم .

<sup>2</sup> د. عبد الحميد الأحمد ، موسوعة التحكيم ، مصدر سابق ، ص 472 .



عدل المحكمة محضراً بهذا الايداع ويكون لكل من طرفي التحكيم طلب الحصول على صورة من المحضر ، إذ نصت هذه المادة على أنه "يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه ايداع اصل الحكم او صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها ، أو 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 " .<sup>1</sup>

وهذا ما اخذ به قانون المرافعات العراقي النافذ في م (271) التي نصت على "بعد ان يصدر المحكمون قرارهم يجب عليهم إعطاء صورة منه لكل من الطرفين وتسليم القرار مع اصل اتفاق التحكيم الى المحكمة المختصة بالنزاع خلال ثلاثة ايام التالية لصدوره، وذلك بوصول يوقع عليه كاتب المحكمة".

اما بالنسبة لقانون المرافعات الفرنسي فلم ينص على وجوب اتخاذ مثل هذا الاجراء مما يعني أنه امر اختياري، في حين ان القانون الدولي الخاص السويسري قد نص عليه في م (193) منه التي جاء فيها " يمكن لكل طرف أن يودع على نفقته صورة طبق الأصل من الحكم التحكيمي لدى المحكمة السويسرية في مكان الحكم"، وكذلك م (1058) من قانون المرافعات الهولندي النافذ والتي تنص على " تتحقق المحكمة من أنه تم بأسرع وقت ايداع اصل الحكم التحكيمي في قلم محكمة الدرجة الأولى التي يقع في نطاقها مكان التحكيم " .<sup>2</sup>

<sup>1</sup> قررت محكمة النقض المصريه في حكمها الصادر في 1987/2/15 "لما كان الأمر الصادر من قاضي الامور الوقتية 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 مشاركة التحكيم، وان المحكم قد راعى الشكل والذي يتطلبه القانون سواء عند الفصل في النزاع او عند كتابة الحكم، من دون ان يخول قاضي الامور الوقتية حق البحث في الحكم من الناحية الموضوعية ومدى مطابقته للقانون وكان يترتب على ان حكم المحكم له جميع الاثار التي تكون للحكم القضائي ومن بينها ان يودع في الجهات التي حددها القانون ،وان تلحقه الحجية ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه، لأن صدور الأمر من قاضي الامور الوقتي، انما يتطلب من اجل التنفيذ لا من اجل قوة الإثبات". اشار اليه د. اشرف عبد العليم الرفاعي ،مصدر سابق،ص534 .

<sup>2</sup> 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) .

اما بالنسبة لنشر أحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ،أي اعلانها لغير أطرافها ، فان القاعدة العامة في هذا المجال تقضي بعدم النشر ،إلا بموافقة الأطراف على هذا الأمر، وذلك لضرورة المحافظة على خصوصيات الأطراف واسرارهم، إذ ان التحكيم في الأستثمار الأجنبي نظام خاص لتسوية المنازعات الأستثمارية يقصد الأطراف باللجوء اليه لحل نزاعهم الناتج عن تعاقداتهم الأستثمارية الخاصة أمام محكمين يقومون بتعيينهم بأنفسهم ليفصلوا في نزاعهم الخاص الذي غالباً ما يحتوي على مبالغ مالية كبيرة في إجراءات تحكيمية سرية لا يعلم بها سوى الأطراف في عقود بعيداً عن القضاء الوطني بأجراءاته القضائية العلنية وأحكامه القضائية المعلومه للكافة<sup>1</sup> .

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 الأستثمارات الأجنبية عادةً مستوفياً شروطه الشكلية ومشتماً على بيانات معينة وذلك تلبية لما قرره أتفاق التحكيم مباشرةً ،أو 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 وتنفيذهً

وعليه ومن أجل أستجلاء هذه البيانات والشروط الشكلية فيه، سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول شكل الحكم التحكيمي وأهم البيانات الواجب توافرها فيه وفي الفرع الثاني سنحدد أهم الآثارالتي تترتب عليه.

<sup>1</sup> د. حفيظه السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص20 وما بعدها .

## الفرع الأول

### شكل حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية

يصدر حكم التحكيم في مجال الاستثمار الأجنبي مستوفياً شروطه الشكلية، إذ يكون عادة مكتوباً ومسبباً وموقعاً وشاملاً لوقائع النزاع ومحدداً أطرافه ومحكميه ومتضمناً منطوقه، وزمان ومكان إصداره .

إذ يصدر حكم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية في شكل مكتوب متضمناً أسماء الخصوم وطلباتهم ومستنداتهم، إذ يعد هذا الأمر شرطاً جوهرياً لقيام الحكم بحيث يؤدي تخلفه لا إلى التأثير في مضمون الحكم فحسب، بل إلى عدم معرفة هذا المضمون لدرجة أنعدام الحكم، فالكتابة شرط لصحة الحكم لا لإثباته فصدوره شفاهية لا يتحقق به وصف التحكيم<sup>1</sup>. هذا فضلاً عن ما تتطلبه القوانين لتنفيذ الحكم، أو الطعن به من تقديم أصله أو صورة مصدقه عنه، مما يستحيل معه ذلك ان لم يكن الحكم مكتوباً<sup>2</sup>.

وعلاوة على ذلك يجب ان يتضمن الحكم التحكيمي أحكاماً تتعلق بمصالح الخصوم (أطراف عقد الاستثمار الأجنبي) وحقوقهم، إذ له من إذ الأهمية والخطورة ما للقرار القضائي، ولأجل حماية هذه الحقوق وضمانها وكذلك لغرض تسهيل مهمة الرقابة القضائية التي اوجبها القانون على إجراءات المحكمين فقد اوجبنا اغلب التشريعات المقارنة كتابة قرار التحكيم وبطريقة نفسها كتابة القرار القضائي كالتشريعين المصري والعراقي اللذان نصا على هذا الأمر صراحة<sup>3</sup>. فان صدر القرار

<sup>1</sup> اسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص 156 .

<sup>2</sup> د. حمزة أحمد حداد ، مصدر سابق ، ص 348 .

<sup>3</sup> ينظر م(43) من قانون التحكيم المصري ، و م(270) من قانون المرافعات العراقي ، و م(760) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي و م(231) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي .

التحكيمي خلافاً للشكل الذي حدده القانون فمن الواجب على المحكمة المختصة ان تصدر حكماً بإبطال ذلك القرار<sup>1</sup>.

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 إلا بالكتابة<sup>2</sup>، 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 لا يعد من قبيل النقص الذي يحاسب عليه ذكره أسماء الخصوم من دون ذكر صفاتهم او ألقابهم<sup>3</sup>.

أما إذا أهمل 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 محددة اصلاً بالمحكمة المختصة بنظر النزاع والتي يجب على المحكمين ايداع اصل الحكم لديها أو تلك التي تقام أمامها الدعوى من أحد الطرفين لتصديق قرار التحكيم ، وأبطله<sup>4</sup>.

أما بيان تاريخ صدور قرار التحكيم فهو من البيانات الاساسية التي لا يجوز للمحكم أن يتجاوزها إذ يحتل هذا البيان اهمية بالغة بالنسبة للأحكام القضائية ، فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على ان ورقة الحكم هي من الاوراق الرسمية التي يجب ان تحمل تاريخ اصدارها وإلا أبطل

<sup>1</sup> ينظر بهذا المعنى القرار رقم 110/مدنية اولى/1997 الصادر من محكمة التمييز العراقية في 12/8/1997 والذي قررت فيه "نقض قرار المحكمين لأنه لم يستوف الشكل القانوني والذي نص عليه قانون المرافعات = =العراقي النافذ في باب التحكيم حسب نص م(270) منه التي تقضي بكتابة قرار المحكمين بالطريقة والتي يكتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة " .اشار اليه اسعد فاضل منديل ،مصدر سابق ، ص156 .

<sup>2</sup> Bernard Moreau Et Thierry Bernard ،Op ، Cit ، P.68 .

<sup>3</sup> ينظر حكم محكمة السين الفرنسية في 27 شباط 1936 اشار اليه د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري، مصدر سابق ، ص206 .

<sup>4</sup> حسام عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص13 .

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 " <sup>1</sup> .  
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 المدد المحددة لأتفاق التحكيم ام بعدها مما يعرضه لخطر البطلان <sup>2</sup> .

هذا ويلزم المحكم في مجال الأستثمار أن يذكر الوقائع والأسباب التي دفعته لاصدار قراره التحكيمي ، وهذا ما يسمى بتسبيب القرار التحكيمي ، أي أبرز 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 إجراء تحكيم وليس مجرد إجراء صلح <sup>3</sup> .

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 معللاً" . 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 <sup>4</sup> .

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 .....".

<sup>1</sup> ينظر قرارها رقم 459 لسنة 1931 تمت الاشارة اليه في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض

المصرية ، ج4، المكتب الفني ، مطابع الهيئة العامة ، 1975 ، ص 475 .

<sup>2</sup> د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص 295 .

<sup>3</sup> ينظر د. عاطف محمد الفقي ، مصدر سابق ، ص 545 .

<sup>4</sup> للمزيد ينظر محمد ماجد خلوصي ، مصدر سابق ، ص 307 .

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 اتفاق التحكيم أم لم يلتزموا ،وعلى هذا الاساس فإنه لا يجوز ترك هذه المسائل لاتفاق الطرفين<sup>1</sup> .

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"<sup>2</sup>.

اما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فقد نصت م(8) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على أنه "من المفترض ان يكون الفراء قد توافقوا على أن يكون الحكم التحكيمي معللاً" .

وكذلك بالنسبة للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية إذ نصت م (2) ف(7) من الملحق التابع لها على "تصدر هيئة التحكيم قرارها متضمنه اسباب كل قرار" .

هذا وان تسبيب أحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية يعد ضرورة ملحة لاعتبارات كثيرة 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 لما إذا كسبوا ،أو خسروا قضيتهم ، ويحيمهم من خطر التعسف أو سوء سلوك المحكمين ويفتح الباب أمام تقويم هذا الانحراف بامكانية الطعن اللاحق على الحكم<sup>3</sup> .

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

<sup>1</sup> اسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص163 .

<sup>2</sup> 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) .

<sup>3</sup> ينظر د. فوزي محمد سامي ،مصدر سابق ،ص334 .

ثم نشرها (في حالة 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 استثماني دولي مستمد من الأتفاقيات الدولية والسوابق الأستثمارية التحكيمية يطبقه المحكمون ويتواتر تطبيقه حتى يستقل التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية الدولي بقواعده القانونية الدولية بعيداً عن القوانين الوطنية المختلفة .

وتجدر الاشارة 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" <sup>1</sup>.

واخيراً ينبغي على المحكمين او اعضاء الهيئة التحكيمية ان يوقعوا على الحكم التحكيمي الصادر عنهم إذ ينبغي ان يتم توقيعهم جمعياً على الحكم دلالةً وتأكيذاً على صدوره عنهم وتحملهم مسؤولية هذا الاصدار <sup>2</sup> .

إذ يعد التوقيع بمثابة تصديق القرار من المحكم ،أو هيئة التحكيم فإذا ما صدر القرار التحكيمي بالأنتفاق فإنه يجب ان يحتوي على جميع تواعيع المحكمين الذين اصدروه ، اما إذا صدر بالاغلبية المطلقة ففي هذه الحالة يكفي تواعيع اغلبية المحكمين لصدوره، أما إذا جاء القرار التحكيمي خالياً من توقيع أحد المحكمين الذين اصدروه فسيكون مصيره البطلان <sup>3</sup> ، وهذا ما اخذ به القانون الفرنسي والهولندي <sup>4</sup>.

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 الآراء ،وإذا لم تتكون الاغلبية فان رئيس الهيئة التحكيمية يصدر الحكم وحده ويصدر حكم التحكيم موقعاً ،ويكفي توقيع رئيس الهيئة التحكيمية "، وهذا يعني ان المشرع السويسري قد اكنفى بتوقيع رئيس الهيئة التحكيمية ليصدر الحكم التحكيمي صحيحاً .

<sup>1</sup> ينظر د.مهند الصانوري ، مصدر سابق ، ص334 .

<sup>2</sup> اسعد فاضل منديل ، مصدر سابق ، ص158 .

<sup>3</sup> ينظر د. عبد الحميد الأحذب ، موسوعة التحكيم ، مصدر سابق ، ص479، ود. محمود مختار بريري، مصدر سابق ، ص183 .

<sup>4</sup> ينظر م(1473) من قانون المرافعات الفرنسي ،وم(1057) من قانون المرافعات الهولندي

اما التشريع المصري فقد رتب حكماً مشابهاً للحكم الذي جاء به التشريع الفرنسي، إلا أنه اشترط شرطاً استطاع به ان يتميز عن غيره من التشريعات وهو وجوب تثبيت اسباب عدم توقيع بقية المحكمين على القرار التحكيمي في حاله صدور القرار بالاغلبية إذ تنص م(43) من قانون التحكيم المصري النافذ على أنه " في حالة تشكيل هيئة التحكيم من اكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات اغلبية المحكمين بشرط ان يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الاقلية" .

اما بالنسبة لقانون المرافعات العراقي فقد نصت م(270) ف(2) منه على " يجب أن يشمل القرار بوجه خاص على ملخص أنفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم واسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتوقيعات المحكمين" .

وهذا يعني ان المشرع العراقي اشترط على أن يشمل القرار التحكيمي على توقيع جميع المحكمين وذلك في حاله صدوره بالأتفاق ، أما في حاله صدور القرار بالاكثرية فهنا تذكر اسباب مخالفة الراضين لهذا القرار لاتجاه الاكثرية فيه. وهو ما يفضل معه لو أن المشرع العراقي قد 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 صناعه الى مرحلة اصداره ، إذ لوقت صدور القرار اهمية كبيرة من الناحية القانونية ذلك لأن من هذا التاريخ تبدأ المحكمة المختصة بالتحقيق من سلامة الإجراءات التي اتبعها المحكم ، أو هيئة التحكيم لاصدار قرارها الفاصل في الخصومة .

وعلى الرغم من هذه الاهمية ، إلا أنه يلاحظ اختلاف الفقه والقضاء في تحديد هذا الوقت وتشعبت الاراء بصده ، إذ يذهب بعضهم الى أنه يكفي لصدور قرار التحكيم مجرد أنفاق المحكمين فيما بينهم بصدد منطوق القرار واسبابه الذي بني عليها خلال الميعاد المحدد لأنفاق التحكيم ، حتى ولو كتب هذا القرار ووقع عليه المحكمون لاحقاً.<sup>1</sup>

وهو رأي يبدو أنه لا يستقيم 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

<sup>1</sup> ينظر د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الأختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص 265 ود. اشرف عبد العليم الرفاعي ، مصدر سابق ، ص 320 ود. حسني المصري ، مصدر سابق ، ص 120 .



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<sup>1</sup>.

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 اصفاء الصفة القانونية الملزمة على القرار واستحصال الموافقة من القضاء لغرض التسهيل في تنفيذه لدى دوائر التنفيذ<sup>2</sup>.

ونعتقد ان عد تاريخ صدور القرار ، هو التاريخ الذي يكتب فيه القرار ويوقع من المحكمين هو الادق ،وذلك لان القانون لم يوجب النطق بالقرار التحكيمي في جلسته علنية كما هو عليه الحال بالنسبة للأحكام القضائية حتى يمكن اعتبار ذلك هو تاريخ صدور بل أوجب كتابه ذلك القرار وتوقيع جميع المحكمين عليه، ليعد تاريخ حصول ذلك هو تاريخ صدور . وعند صدور القرار التحكيمي تخرج المسألة من اختصاص المحكم ،أو هيئة التحكيم لتدخل ضمن دائرة اختصاص القضاء إذ لا يعد للمحكمين ادنى صلاحية إلا 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 يستنفذ المحكمون ولايتهم في الفصل في النزاع محل الحكم الذي يكتسب حجية الأمرالمقضي به، ويلقى على عاتق الأطراف التزام بتنفيذه بعد صيرورته حكماً نهائياً<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حسام عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص153 .

<sup>2</sup> ينظر بهذا المعنى م(1477) ف(1) من قانون المرافعات الفرنسي ، وم(47) من قانون التحكيم المصري ، وم(272) من قانون المرافعات العراقي .

<sup>3</sup> د.فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص357

وأول اثر لصدور الحكم التحكيمي الأستثماري هو رفع يد المحكمين الأستثماريين عن العملية التحكيمية بصفة قطعية بحيث لايجوز لهم العوده ثانيه الى نظرها حتى ولو تبين لهم عدم عدالة ،أو عدم صحة ما حكموا به، وذلك لسقوط حقهم في الفصل فيما قضاوا به من قبل ، إذ لا يمكن الفصل بالموضوع الواحد مرتين من محكمة واحدة حرصاً على منع تضارب الأحكام وتحقيقاً للاستقرار المنشود وتدعيماً لثقة المتحاكمين بالأحكام التحكيمية الأستثمارية<sup>1</sup> .

هذا وعلى الرغم من ارتباط بقاء صفة الهيئة بصدور الحكم التحكيمي المنهي للخصومة إلا أنه يجوز لها ان تختص بتفسير الحكم التحكيمي الأستثماري الذي اصدرته وذلك في حالة كونه مشوبة بالغموض،أو الابهام ، ويعد الحكم التفسيري جزءاً متمماً للحكم الأصلي من كافة الوجوه ويخضع لما يخضع له هذا الحكم<sup>2</sup> .

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"<sup>3</sup>.

وهو الأمر ذاته الذي اخذ به قانون التحكيم المصري النافذ في م (48) ف(1) التي تنص على " تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها ،أو بصدور امر بإنهاء إجراءات التحكيم " .

وعليه فان صدور الحكم المنهي للخصومه يؤدي الى انتهاء إجراءات التحكيم وانتهاء صفة المحكم ،أو هيئة التحكيم في مباشرة أي اجراء ،أو تلقي أي طلبات جديدة من أطراف النزاع حتى ولو كان ميعاد اصدار الحكم ما زال ممتداً ،إذ يعد قبول تلقي مثل هذه الطلبات تجاوزاً لحدود المهمة الموكلة لهم والتي تقتصر على الفصل في ما طرح عليهم من طلبات اصلية او عارضة اثناء سير عملية التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبيّة<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> د.عبد الحميد الأحديب ، موسوعة التحكيم ، مصدر سابق ، ص483.

<sup>2</sup> د. محمود مختار بريري ، مصدر سابق ، ص201.

<sup>3</sup> ينظر بذات الأتجاه م(33) من القانون النموذجي لسنة 1985 الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

<sup>4</sup> د. عاشور مبروك،مصدر سابق،ص617 .

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 ،أو في أي وقت قبل تنفيذ الحكم إذا لم يكن هناك تحديد للوقت في الأتفاق ، فإذا تكرر اللجوء الى المحكم لتصحيح الاخطاء الماديه في الحكم لانقضاء الميعاد المحدد بالأتفاق أو لتعزيز اجتماع المحكمين فعندئذ يتم اللجوء الى المحكمه المختصه لكي تقوم بهذه المهمه<sup>1</sup> .

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<sup>2</sup> .

وتكتسب الأحكام التحكيمية الأستثمارية هذه الحجبه وتستمددا من القرينة القانونية القاطعة التي تقرها 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<sup>3</sup> .

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<sup>4</sup> .

### المطلب الثالث

## الطعن بمحكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية و أسباب بطلانه

إن العامل الرئيسي الذي من وراءه يسعى أطراف عقد الأستثمار الأجنبي اللجوء إلى التحكيم

<sup>1</sup> د.نبيل اسماعيل عمر ،مصدر سابق ،ص195.

<sup>2</sup> د. فوزي محمد سامي ،مصدر سابق،ص385 .

<sup>3</sup> د.ابوزيد رضوان ،مصدر سابق ،ص46،47.

<sup>4</sup> وهو ما سنوضحه في المبحث الثاني من هذا الفصل فإليه نحيل منعاً للتكرار .

بوصفه وسيلة لحل المنازعات الأستثمارية هو سرعة الفصل في النزاعات من خلال إجراءات تحكيمية غير رسمية في ظل خبرة متخصصة لدى محكمين أكفاء ، بعيداً عن البطء الذي يعترى القضاء الوطني ، ولكن ومن جانب آخر يأتي المحكم الأستثماري الذي قد يصدر حكماً غير صحيح بسبب خطأ او نسيان او سوء تصرف ، أو غير ذلك ، فإن كان الحكم الأستثماري يحوز حجية الأمر المقضي به بعد صيرورته حكماً نهائياً ، وإذا كان يستتفد ولاية القضاء بالنسبة لموضوع النزاع محل الحكم فور إصداره ، فإن الحاجة تدعو إلى معقب لتصحيح الخطأ أو لرد الأمور إلى نصابها ، إذ أنه من غير المقبول الاعتراف بحكم تحكيمي مشوب بالخطأ ، وعليه يبدو لنا لزوم تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول الطعن بالحكم التحكيمي الصادر في المنازعات الأستثمارية ، وفي الفرع الثاني سنحدد أسباب بطلان هذا الحكم .

## الفرع الأول

### 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 المتنازعة الى هذا النظام كطريق لفض منازعاتهم هو على أساس ثقتهم الكبيرة في عدالة المحكم، زيادة على ما يوفره لهم هذا النظام من مزايا جيدة لا يمكن أن يوفرها النظام القضائي في الدولة التي في مقدمتها السرعة في فض الخصومة، والاقتصاد في الوقت والنفقات<sup>1</sup>.

وعليه فإن مسألة تحديد طرق الطعن بالقرار التحكيمي تقف ضد هذه المزايا الجيدة لكون أن هذه الوسائل أو الطرق من شأنها أن تؤدي إلى إعادة النظر في العملية التحكيمية مجدداً من القضاء العادي وهذا ما يهدد أهم ميزة للنظام التحكيمي ؛ وهي السرعة والتحرر من الإجراءات القضائية المعقدة .

هذا وأن تقرير الطعن بقرار المحكم من المشرع لا يتفق مع نصوص القانون التي تقضي بإعفاء المحكمين من التقيد بالقواعد القانونية، والأجراءات القضائية خصوصاً إذا كان المحكم مفوض

<sup>1</sup>D.Jean Vineet، Preeis Dalloz Proedure Civile vingtet unieme Edition 1987، P.1102.Et Gean Rrober ، Op، cit، p.167

بالصلح ذلك لأن أساس الطعن بقرار المحكم يستند إلى كون ذلك القرار لم يصدر وفق الإجراءات القضائية أو أنه مخالف لقاعدة من قواعد القانون<sup>1</sup>.

بينما ذهب الجانب الآخر منهم إلى اعتبار أن تلك الطرق، أو الوسائل هي من الضمانات القضائية التي قد يمنحها المشرع للخصوم والتي لا يمكن الاستغناء عنها حتى بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم على الرغم من إن هذه الأحكام تصدر من قاضي مختص لديه العلم والمعرفة بالنصوص القانونية وخبرة طويلة في الفصل في النزاعات و إصدار الحكم فيها وعليه فإنه من باب أولى أن يتم إقرارها أيضاً بالنسبة لقرار المحكم، وذلك لكونه في اغلب الأحيان بعيداً عن القضاء ، فطبيعة الحال تنقصه الخبرة العلمية والعملية في إصدار القرار التحكيمي فضلاً عن ذلك فإن منح الأطراف حق الطعن بالقرار يسمح للقضاء في مراقبة مدى احترام المحكم للقواعد القانونية و إجراءات التحكيم ومن ثم حماية الخصوم من الاخلالات التي يرتكبها المحكم بحقهم<sup>2</sup>، 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 الأنفاق الخاص بين الأطراف الأستثمارية له طبيعة وأوصاف الحكم القضائي الذي يتمتع بحجية الأمرالمقتضي به والقوة التنفيذية ، وعليه فلا يمكن ان يظل بمعزل عن الرقابة 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 وإنما أنقسمت على اتجاهين ، ساوت التشريعات التي اخذت بالاتجاه الأول بين الأحكام التحكيمية وأحكام القضاء باعتبار المحكمين يمارسون جزءاً من العملية القضائية بتحويل من المشرع في الدولة. و من ثم فإن هذه الأحكام تخضع لما تخضع له أحكام القضاء من طرق الطعن كالأستئناف

<sup>1</sup> حسام عبد اللطيف محي، مصدر سابق، ص153

<sup>2</sup> ينظر د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام و المحررات 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 .

والتمييز ، وأن كانت تمنع الخصوم من الاعتراض على الحكم التحكيمي<sup>1</sup> ، لكون ذلك لا يستقيم مع فكرة التحكيم ويهدد الفائدة المتوخاة منه بتقصير زمن المنازعات، كما أنه يتيح الفرصة للطرف الخاسر بالمماطلة العمدية فضلاً عن أن قبول هذا الطعن يؤدي الى أهدار اتفاق التحكيم بأرادة أحد الطرفين المنفردة، 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<sup>2</sup>. 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"<sup>3</sup>، اما بالنسبة الى الطلب فيقدم الى محكمة الاستئناف وذلك حسب المادة (1505)<sup>4</sup>.

في حين منعت التشريعات التي اخذت بالاتجاه الثاني الطعن في أحكام المحكمين بطرق الطعن العادية بصورة عامة على اعتبار ان الطعن موجه فقط الى أحكام القضاء من دون أحكام المحكمين . وهذا ما اخذ به المشرع المصري إذا أنه اجاز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم و ذلك

<sup>1</sup> من هذه القوانين القانون الدولي الخاص السويسري في م(160)، وقانون المرافعات الهولندي في م(1062-1065)

<sup>2</sup> حميد فيصل، مصدر سابق، ص 302.

<sup>3</sup> تنص المادة ( 1502 ) من قانون المرافعات الفرنسي على " لايجوز استئناف القرار الذي يعترف بالحكم التحكيمي او يمنحه الصيغة التنفيذية الا في الحالات التالية :

1-إذا فصل المحكم النزاع من دون عقد تحكيمي او بناءً على عقد تحكيمي باطل او انتهت مدته .

2-إذا لم يتم تشكيل الهيئة التحكيمية بصورة قانونية، أو لم يتم تعيين المحكم الوحيد وفقاً للاصول .

3-إذا فصل المحكم النزاع من دون التقيد بالمهمة التحكيمية التي عهد بها اليه .

4-إذا لم يتم احترام مبدأ الوجاهية .

5-إذا كان الاعتراف بالحكم التحكيمي او تنفيذه مخالفاً للنظام العام الدولي ."

<sup>4</sup> 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 ".

حسب م(52) ف (2) من قانون التحكيم المصري النافذ إذ نصت على "يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفق الأحكام المبينة في القانون"<sup>1</sup>.

أما القانون العراقي فقد اجاز الطعن بمضمون القرار التحكيمي وذلك من خلال تقديم طلب إبطال الحكم الى المحكمة المختصة بنظر النزاع وذلك حسب نص المادة (274) من قانون المرافعات التي تنص على "يجوز للمحكمة ان تصدق قرار التحكيم او تبطله كلاً او بعضاً ويجوز لها في حالة الابطال ان تعيد القضية الى المحكمين لأصلاح ما شاب قرار التحكيم، أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها"، وسمح في المادة(275) من القانون ذاته بالطعن بقرار المحكمة الصادر بموجب المادة (274) اعلاه بكل طرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام القضائية ما خلا طريق الاعتراض على الحكم الغيابي إذ نصت على "الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة وفقاً للمادة السابقة غير قابل للاعتراض وإنما يقبل الطعن بالطرق المقررة بالقانون".

## الفرع الثاني

### أسباب بطلان حكم التحكيم في عقود 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 اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً او سقط بآتهاء مدته.

أن وجود اتفاق التحكيم في عقود الأستثمار الأجنبي يعد أمراً لا مفر منه طالما أنه يستند الى أرادة الأطراف التي تعطي للتحكيم بالاتفاق على اختياره لحل نزاعهم أساساً تعاقدياً يستمد منه المحكمون

<sup>1</sup> 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.

سطلتهم و نطاق هذه السلطة ومن ثم إذا ادعى أحد الأطراف أمام القاضي بعدم وجود اتفاق التحكيم فإن على الاخير أن يبحث الوجود القانوني لهذا الأتفاق<sup>1</sup>.

ومن ثم فإن بطلان أئتفاق 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<sup>2</sup>.

وهو الأمر ذاته بالنسبة لسقوط أئتفاق التحكيم لانتهاء المدة المحددة للمحكمن لأصدار حكمهم إذ يفصل القاضي في هذه المسائل بالبحث أولاً عن المدة المحددة أئتفاقاً . فإذا لم تكن قد حددت فإنه يبحث عنها قانوناً في القانون المطبق على الأجراءات التحكيمية فإذا صدر الحكم بعد أنتهاء الميعاد المحدد أئتفاقاً أو قانوناً أبطل لصدوره بعد الميعاد ، ومن الأحكام القضائية الخاصة بالمنازعات الأستثمارية التي أكدت ذلك هو حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 15 يونيو 1994 في قضية شركة sonidep ضد sigmoi. و تتلخص وقائع هذه المنازعة بشأن بيع شحنتين بتروليتين من الأولى الى الثانية ،ونص في عقد البيع على ان صحة العقد تخضع للقانون الفرنسي و ان كل منازعة يتم الفصل فيها بواسطة التحكيم الذي يعقد في باريس وتسري عليه قواعد القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي. ولقد شرعت شركة sigmoi في أئتخاذ أجراءات التحكيم واصرر 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 المترتبة على ما ابدته من ملاحظات التي وفقاً لها لا يتضمن أئتفاق التحكيم ولا اللائحة والتي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون

<sup>1</sup> د.صلاح الدين جمال الدين ود.محمود مصيلحي،الفعالية الدولية لقبول التحكيم في المنازعات الدولية،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2004، ص123.

<sup>2</sup> 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



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 وإنما الى القانون الفرنسي الذي يقضي تقيد سلطة المحكمين بأصدار الحكم في الميعاد القانوني المحدد في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد الميعاد، فإنه يجب بطلان حكم التحكيم بسبب عدم صدوره خلال المدة التي نصت عليها م (1456) من قانون المرافعات الفرنسي".<sup>1</sup>

ثانياً : إذا تم تعيين المحكم أو تشكيل هيئة التحكيم على وجه مخالف للقانون أو لأتفاق الطرفين .

يبطل الحكم التحكيمي في الأستثمار الأجنبي إذا تم تشكيل هيئة التحكيم سواء أكانت مشكلة من محكم واحد أو اكثر، تشكياً مخالفاً للاتفاق ،أو القانون إذ ينبغي احترام النظام الاجرائي المنظم لتشكيلها سواء أكان اتفاق تحكيم، أم القانون المطبق على الأجراءات من إذ عدد المحكمين وكيفية تعيينهم و الشروط الواجب توافرها فيهم بحيث يبطل حكم التحكيم إذا كانت هيئة التحكيم قد شكلت من محكمين اثنين في حين يتطلب القانون المطبق على الأجراءات الذي اختاره الأطراف ان يكون عددهم فردياً، و يبطل حكم التحكيم إذا قام أحد الأطراف في اتفاق التحكيم بتعيين جميع المحكمين في حين يتطلب اتفاق التحكيم أن يشترك الطرفان في تعيينهم<sup>2</sup>. إذ يكون التحكيم باطلاً في حالة تشكلها بشكل مخالف للقانون لأن كل ما ينبنى على الباطل يعد باطلاً و ذلك وفقاً للمبادئ العامة.<sup>3</sup> وهذا ما قضت به محكمة النقض المصريه في حكمها الصادر في 13/6/1987 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 28/2/1981 ،وعند وصول السفينه الى ميناء الاسكندرية في 20/3/1981 تبين أن بالرساله عجزاً قدرت قيمته بالمبلغ المطالب

<sup>1</sup> أشارت اليه ، د.حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 . ص 161 وما بعدها .

<sup>2</sup> د. هشام صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق ، ص 398 .

<sup>3</sup> ينظر م (1484) من قانون المرافعات الفرنسي، م (1065) ف (2) من قانون المرافعات الهولندي، م (53) ف (4) من قانون التحكيم المصري ، م (273) ف (2) من قانون المرافعات العراقي .

به ، ولما كانت الرسالة 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.

### ثالثاً: إذا فصل المحكم ، أو هيئة التحكيم في النزاع من غير الالتزام بالمهمة الموكلة اليه .

إذا فصل المحكم الأستثماري في النزاع من دون مراعاة للمهمة المعهودة بها إليه، أو لحدودها كما وردت في قانون التحكيم فعندها يجوز رفع دعوى بطلان التحكيم، و يتخذ فصل المحكم في النزاع من دون الالتزام بالمهمة الموكلة إليه صوراً منها ان يفصل المحكم في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف على أساس التسوية الودية 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<sup>2</sup>. أو أن يفصل المحكم في مسألة تقع خارج نطاق الأتفاق او ان يغفل الفصل في مسألة أتنق على العهد اليه بها لأجل ذلك، فقد قضت محكمة النقض الفرنسيه في 22/أكتوبر/1991 في 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 أتنق الأطراف على أن يفصل الأول النزاع بموجبه . وتتلخص وقائع هذه القضية في أن عقداً أبرم بين الشركة الاسبانيه والشركة الأمريكية الذي بمقتضاه تلتزم الشركة الأولى بتسليم الاخير كميات محدده من الفحم وفقاً لسعر يتم تحديده كل ستة أشهر ،والذي اشترط فيه أن تعرض المنازعه الناشئه بينهما للتحكيم وفقاً لقواعد غرفة تجاره الدولية وذلك وفقاً للمادة

<sup>1</sup> اشار اليه د.مجد ماجد خلوصي ، قضايا تحكيميه ، دار الكتب القانونيه ،مصر ، 2008 ،ص212 .

<sup>2</sup> ينظر م ( 1484 ) ف ( 3 ) من قانون المرافعات الفرنسي ، م ( 1065 ) ف ( 3 ) من قانون المرافعات الهولندي ،

م ( 53 ) ف ( 1 ) من قانون التحكيم المصري ، م ( 273 ) ف ( 3 ) من قانون المرافعات العراقي .

الخامسة من العقد المبرم بين الشركتين وأعمالاً لنص المادة المذكورة قرر المحكم في حكمه الصادر في أول سبتمبر 1988 في القضيته رقم 5953 ان النزاع المعروض عليه سوف يتم حسمه وفقاً لعادات التجاره الدوليه أو ما يطلق عليه قانون التجارة الدولية . ولما كان هذا الحكم لم يلق قبول الشركة الاسبانية فأنها قامت بالطعن فيه أمام محكمة أستئناف باريس بسبب مخالفة المحكم مهمته بتطبيقه قانون التجارة الدولية على النزاع المعروض عليه من دون أن تكون الأطراف قد اشارت الى تطبيق هذا القانون . ولقد ذهبت محكمة النقض 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 لا يكون قد فصل فيها حسب القانون الذي يمليه عليه الالتزام الوارد في العقد )<sup>1</sup>.

رابعا : عدم احترام المحكم او هيئة التحكيم لمبدأ المواجهه بين الطرفين المتنازعين .

يعد سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية حالة عدم احترام المحكم لمبدأ المواجهه في جميع مراحل الأجراءات التحكيمية الذي يمثل إحدى المبادئ الاساسية لأي فصل في نزاع سواء أكان قضائياً أم تحكيمياً. إذ ينبغي على المحكم أن يمكن كل طرف من تقديم ادلته وحججه، و من العلم بأدلة الطرف الاخر وحججه في الوقت المناسب، وأعطائه الفرصة المناسبة لتفنيدها والرد عليها ، كما ينبغي على المحكم أن يبلغ كافة الوثائق التي تنتهي إليه كتقارير الخبراء وغيرها الى أطراف الخصومة التحكيمية وان يدعوهم الى ابداء الرأي والمناقشة حول أي دفع واقعي، أو قانوني يصل اليه المحكم<sup>2</sup>. وعلى القاضي اثناء نظر دعوى البطلان بسبب عدم تطبيق هذا المبدأ أن لا يكتفي بالرجوع الى القواعد المطبقة الواردة في إحدى المصادر من اتفاق تحكيم أو لائحة تحكيم أو قانون وطني واجب التطبيق، بل عليه البحث في هذه المصادر مجتمعةً للفصل فيما إذا كان الحكم قد فصل في النزاع من دون خرق لمبدأ المواجهه<sup>3</sup>. فإذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم اعلانه اعلاناً صحيحاً بتعيين محكم، أو بأجراءات التحكيم، أو لأي سبب

<sup>1</sup> اشارت اليه د حفيظه السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مصدر سابق ، ص 175 .

<sup>2</sup> ينظر د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص 391 و د. صلاح الدين جمال الدين ود. محمود مصيلحي ، مصدر سابق، ص 124.

<sup>3</sup> ينظر د. ابراهيم أحمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص 172.173.

آخر خارج عن ارادته ومع ذلك اصدر المحكم ،أو هيئة التحكيم الحكم فيمكن الطعن فيه بالبطلان لعدم احتوائه حقوق الدفاع للمساس بمبدأ المساواة المطلقة بين الأطراف أمام هيئة التحكيم<sup>1</sup> .

### خامساً : إذا خالف المحكم ،أو هيئة التحكيم قاعدة من قواعد النظام العام الدولي

يجب التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي إذ يقصد بالأول "مجموعة المبادئ المستخلصة من القانون الداخلي" . اما الثاني فيقصد به "فهو مجموعة المبادئ المستخلصة من المقتضيات الأساسية في مختلف القوانين الوطنية وخاصة القانون الدولي"<sup>2</sup> . 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<sup>3</sup> . 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 بتروكيمياوي **arak** والذي كان المقاول فيه شركة إيرانية، عقداً مع الشركة الانكليزية **westman** بهدف تسهيل أختيارها المسبق في المشروع و لقد حددت مهمة شركة **westman** في العقد المذكور عبارات فضفاضة إذ حدد دورها بأن تقدم لشركة **alsthem turbines** أكبر قدر ممكن من المعلومات وأن تمدها بالمقترحات و كل النصائح المفيدة من اجل الفوز بالتعاقد في أفضل شروط ممكنة وأن تقدم لها أيضاً كل المساعدة التي يتوقع تقديمها . وبالمقابل

<sup>1</sup> د. حفيفة السيد الحداد، الطعن بالبطلان، مصدر سابق، ص 193.

<sup>2</sup> ينظر د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، مصدر سابق، ص 178

<sup>3</sup> ينظر د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، مصدر سابق، ص 538 و ما بعدها.

لهذه الالتزامات الواقعة على شركة **westman** فإنه كان من الطبيعي أن ينص على أن تتلقى شركة **westman** عمولة يتم تحديدها بشكل لاحق من خلال اتفاق جديد يبرم بين الأطراف شريطة أن تغطي هذه العمولة كل النفقات، أيًا كانت طبيعتها التي تم انفاقها بواسطة هذه الشركة ولقد نص أيضاً على ان هذه العمولة لن تكون مستحقة سواء بشكل كلي، أو جزئي إلا إذا تم رسو العطاء على الشركة **alsthem turbines** في المدة المحددة، و لما كان هذا الشرط الاخير قد تحقق نظراً لابرام الشركة الاخيرة في 12 مارس 1989 لعقد توريد توربينات الغاز مع المشروع المذكور فإن شركة **westman** طالبت شركة **alsthem turbines** بالوفاء بالعمولة التي يمنحها العقد المبرم بينهما في الحصول عليها 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 فإن شركة **westman** شرعت في اتخاذ إجراءات التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية في باريس أعمالاً لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما الذي ينص على ان كل منازعة تنشأ عن هذا الاتفاق يتم حسمها بشكل نهائي وفقاً لقواعد المصالحة والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس ثلاثة محكمين يتم تعيينهم وفقاً لقواعدها، وقد قبلت شركة **alsthem turbines** المشاركة في التحكيم. ولقد تمسكت أمام هيئة التحكيم بشكل أصلي أن العقد محل المنازعة يتعين القضاء ببطلانه بسبب عدم مشروعيته سببه، فالمهمة الحقيقية التي كان منوطاً بشركة **westman** القيام بها تتلخص في استعمال كل الوسائل من اجل التأثير على المقاول في اختياره لمن ترسو عليه المناقصة و احتياطاً ادعت شركة **alsthem turbines** أن شركة **westman** لم تمارس أي نشاط ومن ثم فإنه لا يحق لها المطالبة بأية مبالغ اياً ما كانت بناءً على العقد الذي لم تقم بتنفيذه. و لقد قامت شركة **alsthem turbines** بالطعن بالبطلان على حكم التحكيم الذي أصدرته هيئة التحكيم في 21 مارس 1992 و التي تلزمها بدفع عمولة لشركة **westman** تقرر بنسبة 4% من قيمة الصفقة المبرمة بينها و بين الشركة صاحبة المشروع. وذلك استناداً لنص م(1502 ف 5 و 1504) 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 هيئة التحكيم. لذلك قضت محكمة أستئناف باريس ببطلان حكم التحكيم الصادر في 21 مارس 1994 على اعتبار أنه عقد ينصب محله وسببه على أستغلال النفوذ وتقديم الرشوة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أشارت له د.حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص211 و ما بعدها .

## 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 الإجراءات التنفيذية لقانون الدولة التي يتم التنفيذ فيها"<sup>1</sup>. 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 يمثل 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 الأول، وفي المطلب الثاني سنحدد أساليب هذا التنفيذ .

## المطلب الأول

### معنى تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية

<sup>1</sup> للمزيد ينظر ،درع حماد عبد ،عقد الامتياز ،أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة النهدين ،بغداد، 2003، ص213 .

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 الاختياري، أو قد يمتنع عن التنفيذ فيصبح المحكوم له بحاجة للاستعانة بالسلطة القضائية لأعطاء الحكم قوة التنفيذ ليتمكن أكره المحكوم عليه على ذلك وهذا هو التنفيذ الاجباري .

هذا وتشتترط 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 الأول منها لأيضاح أنواع تنفيذ الحكم التحكيمي في هذه العقود ، وسنحدد في الفرع الثاني الشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي ، وسيكون الفرع الثالث معقوداً لبيان إجراءات تنفيذ هذه الأحكام .

## الفرع الأول

### أنواع تنفيذ حكم التحكيم

يحتل التنفيذ الاختياري لأحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية المرتبة الأولى بصدد تنفيذ الأحكام ، إذ ان رفض التنفيذ الاختياري أمر نادر الحدوث خاصةً وأن أمتثال الطرف الخاسر للحكم الصادر ضده وتنفيذه طواعيةً واختياراً يقود الى استمرار العلاقات الودية بين أطراف التحكيم بل ويدفعها قدماً الى الأمام، وهو هدف اساسي وجوهري من اهداف لجوئهم الى قضاء التحكيم بدلاً من القضاء الوطني.<sup>1</sup> 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 حياة ثقة الممارسين للأنشطة الأستثمارية ،ومن ثم ثقة من اختاروهم من أطراف التحكيم

<sup>1</sup> د. عاشور مبروك ،مصدر سابق ،ص2 .

في عقود الأستثمارات الأجنبية . و عليه فيكون من السهل على الطرف الخاسر أن يمثل للحكم التحكيمي الصادر الذي أشرت في إصداره محكم كان قد اختاره بنفسه لحيازة الاخير على ثقته<sup>1</sup> . وهكذا فإذا أنتقت الرغبة المشتركة بين الأطراف في المحافظة على روح العملية التحكيمية كما أتفقوا عليها فان الطرف الخاسر سيفكر أولاً أكثر من مرة قبل أن يرفض التنفيذ الاختياري للحكم واضعاً في ذهنه جزاءات مادية ومعنوية قد تتاله لرفضه هذا، فهنا لا يكمن 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<sup>2</sup> .

وعلى الرغم من أنه غالباً ما يتم تنفيذ أحكام التحكيم في مجال الأستثمار الأجنبي اختياراً ، لكن الأمر لا يخلو من تعمد الطرف الخاسر من التماذي 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 الرابع للجوء 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<sup>3</sup> . 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<sup>4</sup> .

## الفرع الثاني

### شروط تنفيذ حكم التحكيم

<sup>1</sup> ينظر د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، مصدر سابق، ص489 و ما بعدها.

<sup>2</sup> ينظر د. أبو زيد رضوان ، مصدر سابق، ص48 .

<sup>3</sup> درع حماد، مصدر سابق، ص213

<sup>4</sup> ينظر د. يعقوب يوسف صرخوه، أحكام المحكمين وتنفيذها، ط1 ، من دون اسم مطبعة ، الكويت ، 1986 ،

ص81 وما بعدها .



تحرص المحاكم الوطنية التي يطلب منها وضع الصيغة التنفيذية اللازمة لتنفيذ الحكم التحكيمي الأستثماري الصادر عن المحكم، أو الهيئة التحكيمية على التأكد من تحقق شروط معينه، في الحكم قبل ان تاذن بتنفيذه على المحكوم عليه إلا أن هذه الشروط تختلف من دولة أخرى . فقد اجازت بعض الدول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، ولكن بوصفها بمثابة أحكام قضائية اجنبية ، لهذا فأن تنفيذها يتم وفق شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية كالقانون المصري<sup>1</sup> . بينما سكتت قوانين أخرى عن بيأنه ، الأمر الذي دفع القضاء على الأخذ بالمساواة بين الحكم التحكيمي الوطني والأجنبي من إذ قوة التنفيذ والحكم الوطني كالقضاء الفرنسي<sup>2</sup> .

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 :-

#### أولاً: مبدأ المعاملة بالمثل .

يقصد بمبدأ المعاملة بالمثل "وضع يتحقق عندما تضمن دولة ما أو تعد دولة أخرى بمعاملة ممثليها أو مواطنيها أو تجاريتها ، أو غير ذلك معاملة مماثلة او معادلة لتلك التي تضمنها لها الدولة الاخيرة ، أو تعدها به"<sup>3</sup> 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 .

<sup>1</sup> 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 .

<sup>2</sup> 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

<sup>3</sup> د .حسن الهداوي ود.غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص، ج1، ط1، دار الكتب للطباعة والنشر ،جامعة الموصل، سنة 1981، ص269

فلو كان قانون البلد الأجنبي لا يجيز تنفيذ الحكم الصادر في الدولة المطلوب منها التنفيذ ، او لا يعتد بحجية الحكم التحكيمي الصادر فيها و يوجب على صاحب الحق المحكوم به رفع دعوى جديدة في طلبه، او كان ذلك القانون يجيز تنفيذه بعد أن تراجع المحاكم من ناحية الشكل او من ناحية الموضوع فأن الحكم الذي يصدر من الهيئات التحكيمية الأستثمارية في تلك الدولة يعامل المعاملة نفسها في الدولة المطلوب منها الاعتراف بالحكم التحكيمي الأجنبي و تنفيذه<sup>1</sup> .

### ثانياً: أن يكون الحكم التحكيمي الأستثماني نهائياً وقطعياً .

يجب أن يكون الحكم التحكيمي الأستثماني 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"<sup>2</sup>، هذا ولا يعد الحكم التحكيمي الأستثماني مكتسباً الدرجة القطعية ، إلا بعد أنتهاء مدة الطعن فيه ، أو صيرورته ملزماً بعد الطعن فيه بتصديقه من الجهة التي طعن فيه أمامها فإذا أكتسب الدرجة القطعية فإنه يتمتع بقوة الشيء المحكوم فيه ويكون قابلاً للتنفيذ<sup>3</sup>، ولا شك أن هذا الشرط يضمن أستقرار المعاملات واحترام الحقوق المكتسبة ، إذ ما الحكمه من إصدار أمر بتنفيذ حكم يمكن الغاؤه فيما بعد ، وللتعرف على نهائية الحكم وقطعيته يجب الرجوع الى قانون الدولة التي صدر فيها .

### ثالثاً: عدم تعارض الحكم التحكيمي الأستثماني مع حكم ، أو أمر سبق صدوره في الدولة التي يراد تنفيذه فيها .

من الشروط التي يجب توافرها في الحكم التحكيمي هو عدم تعارضه مع الأحكام ، أو الاوامر التي سبق وان صدرت في الدولة التي يراد تنفيذه فيها ، وذلك لان الحكم الاخير يعد عنواناً للحقيقة فيها لذا يضحى بالحكم الأجنبي في حالة وجود هذا التعارض ، ذلك ان وجود هذا الأمر بين الحكامين هو في حقيقته تعارض مع النظام العام ، وإذا تم ابطال حكم التحكيم في الدولة التي صدر فيها ، فإنه يصبح غير قانوني للتنفيذ في هذه الدولة ، ولكن وعلى الرغم من ذلك اتجه القضاء في بعض الدول ، مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية سعياً وراء تحقيق القدر الاعظم من الفعالية لأحكام التحكيم

<sup>1</sup> حميد فيصل ، مصدر سابق ، ص 287

<sup>2</sup> ببداء علي ولي الجميلي ، تنفيذ أحكام التحكيم والقضاء الدوليين ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة بغداد ، سنة 2001 ، ص 8 .

<sup>3</sup> د. مختار أحمد بريري ، مصدر سابق ، ص 286

في العلاقات الدولية الخاصة الى الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على الرغم من ابطالها في الدولة التي صدرت فيها ، وذلك تأسيساً على ان اسباب البطلان التي ابطلت من اجلها تلك الأحكام لا تتوفر في قوانين هذه الدول ، إذ استند هذا القضاء في ذلك الى نص الفقرة الأولى من المادة السابعة من اتفاقية نيويورك والتي تنص على أنه " لاتخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقيات الجماعية ، أو الثنائية التي ابرمتها الدول المتعاقدة بشأن تنفيذ أحكام المحكمين ولا تحرم أي طرف من حقه في الافادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع او معاهدات البلد المطلوب اليها التنفيذ " . وقد تأكد هذا التوجه في قضية **Polish Ocean Line** إذ عبرت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك بلغة واضحة فأعلنت " 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 اتفاقية نيويورك ليست نفسها الاسس المحددة في المادة 1502 من قانون المرافعات النافذ <sup>1</sup> . كما اخذ بالاتجاه نفسه

#### القضاء الأمريكي في قضية **Chromalloy** بين شركة **Aerosreivices**

**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 هيئة التحكيم نهائياً وملزماً ولقد جاء حكم هيئة التحكيم في صالح الشركة الأمريكية .

ولقد طعن الطرف المصري على هذا الحكم بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة التي أصدرت حكمها ببطلان حكم التحكيم؛ على أساس أن هيئة التحكيم قد أخطأت وطبقت قواعد القانون المدني المصري بدلاً من قواعد القانون الاداري المصري ، وبغض النظر عن الحكم الملغي فإن محكمة مقاطعة كولومبيا الأمريكية أجازت تنفيذ حكم التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية ، وذلك اسناداً الى نص اتفاق التحكيم الذي نص صراحة على استبعاد أي طريق للطعن على حكم التحكيم وكذلك الى المادة السابعة من اتفاقية نيويورك وان القسم رقم 10 من قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي

<sup>1</sup> Leboulanger Philipt ,op ,cit ،P. 140

لايجيز لقاضي التنفيذ في الولايات المتحدة رفض تنفيذ أحكام التحكيم لوقوع خطأ من هيئة التحكيم في تطبيق القانون<sup>1</sup> .

رابعاً: ألا يكون الحكم التحكيمي الأستثمري مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الدولة التي يراد تنفيذه فيها .

تعد فكرة النظام العام من الافكار الاساسيه في علم القانون الذي يهدف الى حماية المبادئ والأسس العامة السياسية،أو الاقتصادية،أو الاجتماعيه،أو الخلقيه التي يقوم عليها المجتمع ، ولقد عرفت محكمة النقض المصريه النظام العام بأنه "القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحه عامه سياسيه،أو اجتماعيه،أو اقتصاديه تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصلحه الافراد ، إذ ينبغي على جميع الافراد مراعاة تلك المصلحه ولايجوز لهم الأتفاق على ما يخالفها نظراً لأن المصلحه العامه تسمو على المصلحه الفرديه"<sup>2</sup>.

وعليه فعلى القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم التحكيمي الأستثمري التأكد والتحقق من مدى ملاءمته للنظام العام والآداب العامة في قانون دولته لأن قبول تنفيذ الحكم التحكيمي الأستثمري 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<sup>3</sup>. 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،لخفاً المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية إذ أنه لم يحصل على التصريح الخاص بالاستيراد في الوقت المناسب . وهذا الحكم واجب التنفيذ في فرنسا وقد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم وذلك بسبب بطلانه بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام الفرنسي لعدم مراعاته للقواعد الأمرة الخاصة بالتصدير ، وعليه حكمت محكمة النقض الفرنسيه ببطلان الحكم التحكيمي بسبب تعارض الحكم مع النظام العام.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Bertrand Moreu EtThierry Bernard,op ,cit , p213 .

<sup>2</sup> 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 .

<sup>3</sup> حميد فيصل ،مصدر سابق ،ص289

<sup>4</sup> Leboulanger Philip ،OP،Cit ،P.121.

## الفرع الثالث

### أجراءات تنفيذ حكم التحكيم

تختلف إجراءات التنفيذ لأحكام التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية من دولة الى أخرى إذ تبدأ إجراءات تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية في فرنسا عن طريق طلب يتقدم به طالب التنفيذ في عقد الأستثمار الأجنبي الى القاضي الفرنسي المختص طالباً بأصدار امر تنفيذ يفيد الموافقة على تنفيذ الحكم في فرنسا و يختص بأصدار امر التنفيذ في فرنسا كما حددته م (1500) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ وبالأحالة الى م (1477) من القانون ذاته قاضي تنفيذ محكمة استئناف باريس أو المحكمة الاستئنافية التي يختارها طالب التنفيذ بشرط ان يرتبط مكان الأجراءات بالاقليم الفرنسي و ذلك حسب نص م(1493) من قانون المرافعات الفرنسي ،فإذا ما تم اختيار محكمة أستئناف باريس أو المحكمة التي أختارها طالب التنفيذ في عقود الأستثمارات الأجنبية وجب على المحكم الأستثماري أو طالب التنفيذ أن يودع في صندوق المحكمة المستندات الوارد تحديدها في م(1499)من قانون المرافعات الفرنسي النافذ وهي :-

1. أصل الحكم و صورة رسمية منه .

2. أصل اتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه <sup>1</sup>.

فإذا كانت هذه المستندات بلغة أخرى غير الفرنسية فعلى طالب التنفيذ حسب م(1499) ف(2) أن يقدم ترجمة لها بالفرنسية معتمدة من مترجم مسجل بقائمة الخبراء .فإذا ما دفع الطلب و المستندات الى صندوق أي من المحاكم الفرنسية أختص به قاضي التنفيذ في هذه المحاكم ، فإذا ما عقد الاختصاص لمن يعهد اليه بمهمة قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف الفرنسية ،بدأ القاضي الفرنسي في نظر الطلب تمهيداً للبت فيه، إذ عليه في هذا الشأن أولاً ان يعمل في إطار من نظام الاوامر على العرائض أي أنه يعمل ليقرر أما الموافقة على إصدار أمر،التنفيذ أو الرفض فقط من دون مواجهات ،أو مناقشات شفوية بين الأطراف ،إذ يبحث القاضي الفرنسي في حكم التحكيم المقدم إليه بحثاً ظاهرياً أولاً خارجياً ليكتفي فيه حسبما قررت م(1498)من قانون المرافعات الفرنسي بالتأكد من وجود حكم التحكيم ، أي من وجود متطلباته الشكلية ،ومن عدم مخالفة الحكم للنظام العام

<sup>1</sup> Rene David،OP،Cit،P.221.

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 فإنه يلتزم بتسبب هذا برفض وذلك حسب ف(2) من نفس المادة<sup>1</sup>.

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 فإنه لرئيس محكمة أستئناف القاهرة أو من يندبه من قضااته 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<sup>2</sup>. كما ان على طالب تنفيذ حكم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية في مصر ان يستوفي إجراء الايداع المقرر في م(47) من قانون التحكيم المصري<sup>3</sup>. فإذا تقدم طالب التنفيذ في مصر الى قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف المصرية بالمستندات السابق ذكرها طالباً الأمر بتنفيذ الحكم فإن هذا الأمر لا يخلو من أحد احتمالين ، فاما أن يكون ميعاد الطعن في الحكم بدعوى البطلان لازال مفتوحاً ام لا، ففي الحالة الأولى، 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 الحالة الثانية فان طلب تنفيذ الحكم يتم قبوله تمهيداً للنظر فيه. فإذا تم قبول طلب تنفيذ الحكم أمام قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف المصرية فان القاضي المصري ينظر في هذا الطلب بالطريقة نفسها التي ينظر بها قاضي التنفيذ الفرنسي، أي أنه ينظر على أساس الوثائق والمستندات فقط لا على اساس نظر حضوري في مواجهة الأطراف . فإذا أنتهى القاضي المصري من التحقق من شروطه كان له أما أن يحكم بالأمر بالتنفيذ أو يرفضه إذ لا يجوز له أن يحكم

<sup>1</sup>Philip Fouchard،OP،Cit،P،187

<sup>2</sup> ينظر م ( 56 ) من قانون التحكيم المصري .

<sup>3</sup> ينظر م ( 47 ) من قانون التحكيم المصري .

بتعديل الحكم، أو ابطاله . فإذا أمر القاضي المصري بتنفيذ الحكم التحكيمي فان هذا الأمر يعد نهائياً ولايجوز التظلم منه، ومن ثم فإنه يقرر للمطلوب تنفيذه ضده طريقة واحدة للأعتراض على الحكم وهي طريقة الطعن بالبطلان حصراً<sup>1</sup> .

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 اتجاهين أزاء هذا الموقف السلبي أحدهما يجيز التنفيذ والثاني يرفضه ، فقد ذهب الاتجاه الأول الى القول بإمكانية تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في العراق على الرغم من عدم وجود نص يجيز ذلك ، على اعتبار أن قانون المرافعات العراقي لم يحدد في باب التحكيم الأحكام التي تدخل في نطاقه لذا لا يجوز تقييد نطاقه من دون نص . وعليه فإنه يشمل أحكام التحكيم الوطنية فضلاً عن الأحكام الأجنبية ، فالمطلق يجري على اطلاقه ما لم يقيد بنص . ومن ثم فيمكن ( وفقاً لهذا الاتجاه) أن يتم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سواء كانت هذه الأحكام مشمولة باتفاقات دولية التي تقضي بإمكانية تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 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 السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً"<sup>2</sup>. في حين رفض الاتجاه الثاني هذا الأمر إذ ذهب الأخذين به وبحق الى القول بعدم قبول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق ، إلا إذا كانت مشمولة باتفاقية دولية ثنائية او جماعية تقضي بإمكانية تنفيذ أحكام المحكمين في الدولة المتعاقدة التي يكون العراق طرفاً فيها ، كأتفاقية

<sup>1</sup> ينظر م(58) من قانون التحكيم المصري .

<sup>2</sup> علي حميد رضا ، مصدر سابق ، ص146 ود. محمد ظاهر معروف ، شرط التحكيم في عقود القانون العام والخاص ، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الأول ، 1967 ، ص64 .

تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لسنة 1952، و اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة 1983 والاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 وغيرها من الاتفاقيات الأخرى.<sup>1</sup>

فقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 وقانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، لم يشر نهائياً الى أحكام التحكيم الأجنبية وعليه فلا يمكن القول بإمكانية تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في العراق لأن هذا المبدأ لا يمكن أستخلافه من بين النصوص الساكنة عنه. فضلاً عن ذلك فان قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة 1928 أشار صراحة الى نطاق تطبيقه إذ يشترط ان يكون الحكم قد صدر من محكمة مؤلفة خارج العراق لامكانية تنفيذه في العراق.<sup>2</sup>

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 مواضع 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 لا تقبل التنفيذ في العراق ،إلا إذا كانت مشموله باتفاقيات دوليه ، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة 1983 ، والاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987. فقد أشتملت هذه الاتفاقيات على أحكام تتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة في إحدى الدول المتعاقدة لدى الدول المتعاقدة الأخرى . ومن الاتفاقيات الثنائية معاهدة التعاون القضائي بين العراق وأتحاد الجمهوريات الاشتراكية والمصادق عليها بقانون رقم 104 لسنة 1973 والاتفاقية المعقودة بين مصر والعراق لعام 1964 التي قبلت ايضاً تنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في الدولتين وفقاً لأحكام الاتفاقية<sup>3</sup> . وعلى كل الاحوال يشترط القانون العراقي لتنفيذ قرارات التحكيم لدى دوائر التنفيذ أن تتم المصادقة على هذه القرارات من قبل المحكمة المختصة بعد دفع الرسوم المقررة لذلك ، وذلك حسب نص م(272)ف(1) من قانون المرافعات العراقي والتي تقرر "لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء أكان تعيينهم قضاءً أو اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة

<sup>1</sup> ينظر د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي ،مصدر سابق ،ص282 ، وحميد فيصل ،مصدر سابق،ص299 .

<sup>2</sup> ينظر م(6) ف(ب) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928 المعدل.

<sup>3</sup> أشار إليها علي حميد رضا ،مصدر سابق ،ص305 .



المختصة بالنزاع بناءً على طلب إحدى الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة ". والغرض من هذا الاجراء هو مراقبة عمل المحكمين وذلك من خلال حكم التصديق أو الابطال الذي تصدره المحكمة المختصة على اعتبار ان المحكمين هم ليس كالقضاة من إذ الخبرة الطويلة في القضاء، والعلم بكل النصوص القانونية الوطنية، والتأكد من أن القرار الذي أصدره ليس مخالفاً للقانون من إذ الشكل أو الموضوع.

أما بالنسبة الى أحكام التحكيم الداخلي ؛ فلا يوجد أي خلاف حول تنفيذها إذ أنها تنفذ مباشرةً ومن دون أي مشاكل على اعتبار أنها أحكام داخلية.

## المطلب الثاني

### أساليب تنفيذ حكم التحكيم في عقود 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 لقضاائها حق الرقابة على الحكم من ناحيتين الموضوعية والشكلية للحصول على الأمر بالتنفيذ ويشير الواقع العملي الى أن هناك اسلوبين لتنفيذ الأحكام التحكيمية يطلق على الأول اسلوب المراجعة ويعرف الثاني بأسلوب المراقبة ، ولمعرفة المقصود بهذين الاسلوبين فأننا سنخصص لكل واحد منهما فرعاً خاصاً به.

## الفرع الأول

### 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

للمحكمة المختصة الحق في مراجعته من إذ الموضوع ايضاً، فهي تستطيع أن تعرض للوقائع من جديد وتقوم بتفسير هذه الوقائع وفقاً لمنهجها في التفسير ولها مناقشة أوجه الدفاع في موضوع النزاع حتى يمكن لها إصدار الأمر بتنفيذ الحكم، كما يجوز لها الفصل في 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<sup>1</sup>.

وقد وجهت لهذا الاسلوب انتقادات كثيرة منها أنه يؤدي الى عرقلة نظام التحكيم . ويمس بأهم المبادئ التي يقوم عليها كالسرعة وتفاذي بطئ الإجراءات 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 خاصة، وأن القاضي سيكون أمام صعوبات عند تقديره للوقائع في ظروف بعيدة عنه و ادلة تمت في الخارج<sup>2</sup> .

ويبدو و كنتيجة منطقية لهذه الانتقادات 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 الأساسية 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 الإشارة 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

<sup>1</sup> د مختار.أحمد بديري،مصدر سابق،ص201 و ما بعدها

<sup>2</sup> ينظر د.الحسين السالمي،التحكيم و قضاء الدولة ،ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع ،من دون مكان طبع ،2008،ص531 و ما بعدها.

قاضي التنفيذ الفرنسي على الحكم التحكيم تمهيداً لإصدار امر التنفيذ أو رفض إصداره 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<sup>1</sup> .

ولقد نحى المشرع المصري منحى المشرع الفرنسي أي 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 فإنه انتهج نهجاً مخالفاً لما سار عليه القانون الفرنسي بالنسبة للأحكام التي يجوز ان تنفذ داخل العراق كما بينا سابقاً، إذ أنه اخذ بأسلوب المراجعة في م(274) من قانون المرافعات المدنية والتي تنص على "يجوز للمحكمة ان تصدق قرار التحكيم ، أو تبطله كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الابطال كلاً أو بعضاً 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 الثاني

### أسلوب المراقبة

<sup>1</sup> 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 ، ص 298 .

تقوم المحكمة المطلوب منها إصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الأستثماري وفقاً لهذا الاسلوب 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 إليه، أو سلامة وصحة تفسيره للقانون والوقائع<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>.

وعليه يمكن القول بان سلطة القاضي تنقيد باجراء رقابة خارجية وشكلية من النواحي الاتية

1. التحقق من وجود اتفاق التحكيم وتوفر أهلية الخصوم.
2. قابلية النزاع للتحكيم و دخول موضوعه في نطاق اتفاق التحكيم و في سلطة المحكمين.
3. صدور الحكم ضمن المهلة المحددة قانوناً أو اتفاقاً .
4. مراعاة الشروط الالزامية الاساسية التي يجب تحققها في الحكم التحكيمي.
5. مراعاة المحكمين للمبادئ الاساسية للتقاضي.
6. عدم مخالفة النظام العام<sup>3</sup>.

ولقد أخذ القانون الفرنسي بهذا الاسلوب في م(1488) إذ تنص على " لايقبل القرار الصادر بمنح الصيغة التنفيذية اية مراجعة ...." وهذا يعني ان سلطة قاضي التنفيذ تقف عند التحقق من وجود حكم التحكيم واتفاق التحكيم وله ان يراقب الشروط الخارجية ولا يتطرق لفحص موضوع الحكم . وعلى النهج نفسه سار المشرع السويسري والمشرع الهولندي إذ ان هذين القانونين لم يعطيا الى القاضي السلطة في مراجعة الحكم التحكيمي أو أحداث أي تغييرات في الحكم إذ اكتفت كما فعل المشرع الفرنسي بمراقبة الحكم التحكيمي<sup>4</sup>، وهكذا فأن رقابة قاضي التنفيذ في هذه القوانين على حكم

<sup>1</sup> د.أحمد ضامن السمران، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الأول ، الكويت 1988 ،ص 25

<sup>2</sup> د.عاشور مبروك ،مصدر سابق ،ص 136

<sup>3</sup> ينظر د. حفيظه السيد الحداد ،النظريه العامه في التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ،ص 469 وما بعدها.

<sup>4</sup> ينظر م(999)من القانون الدولي الخاص السويسري وم(1062) من قانون المرافعات الهولندي .

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<sup>1</sup>.

ومن خلال استقراء الأتفاقيات الدولية نلاحظ أن اغلبها لم تأخذ بالاسلوب الأول 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 بأي شيء غير المستندات التي نصت عليها م(4) منها وما على القاضي الوطني سوى أن يأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي بعد التأكد فقط من قابلية النزاع للحل بواسطة اللجوء الى التحكيم وعدم مخالفته للنظام العام الدولي<sup>2</sup>، وكذلك بالنسبة لأتفاقية 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 إطار هذا النظام بميزه التنفيذ المباشر، أي أنها قابلة للتنفيذ في أقاليم الدول المتعاقدة ولا تخضع لرقابة المحاكم الداخلية لهذه الدول فهي تعد بمنزلة الأحكام القضائية النهائية الصادرة في المحاكم الداخلية للدولة المطلوب فيها التنفيذ<sup>3</sup>. 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 " .

<sup>1</sup> وسيراً على هذا النهج فقد قررت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 21/ 5/ 1990 بأنه "إذا تطرق القاضي الى بحث مدى سلامة او صحة قضاء التحكيم في موضوع الدعوى فإنه يكون قد خرج عن حدود ولايته لأنه لا يعد حياة أستثنائية في هذا الصدد و ليس له إلا ان يأمر بالتنفيذ أو يرفضه " اشار اليه د. مجدي فتح الله ،مصدر سابق ،ص214 .

<sup>2</sup> ينظر م(3-4) من أتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

<sup>3</sup> ينظر م(53،54) من أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار .

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 صادراً من أحد المحاكم لتلك الدوله<sup>1</sup>. 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 أنتهجتة الأتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربية.<sup>2</sup>

## الخاتمة

بعد ان وصلنا الى ختام دراستنا في موضوع البحث الموسوم بـ( التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية ) سنبين اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات وذلك على النحو الآتي ..  
أولاً: النتائج .  
ثانياً: المقترحات .

## النتائج

<sup>1</sup> ينظر المواد (3-4) من الأتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الاموال العربية .

<sup>2</sup> ينظر م(25-26) من هذه الأتفاقية .

1- لاحظنا ان الأستثمار الأجنبي ذو طبيعة مركبة لكونه مزيج عناصر اقتصادية وأخرى قانونية ونتيجة لهذه الطبيعة اختلف فقهاء الاقتصاد والقانون لايجاد تعريف جامع مانع لهذا الوجه من اوجه الأنشطة الاقتصادية .

2- لاحظنا ان عقد الأستثمار الأجنبي قد يتخذ أشكال عدة ، إلا أن أهم التقسيمات التي حازت على 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 بتحديددها في جميع مراحل التعاقد وذلك لتخوفه من محاولة الدولة المضيفة للاستثمار وخصوصاً الدول النامية منها بالدفع بحصانيتها القضائية ؛ لذلك فإن 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 بموجبية يحد من سلطان الدولة المضيفة للاستثمار في استخدام حصانيتها القضائية ومنعها من إصدار 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 تحكيمياً أختيارياً طبقاً لقواعد القانون وحرراً ودولياً .

5- لاحظنا ان التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية هو تحكيم ذو طبيعه مستقلة ، فالتحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية قضاء ولكنه اتفاقياً والقرارات التي تصدر عنه قرارات لها القوة الملزمه ، ولكنها ذات طبيعة خاصة صادرة من اشخاص عاديين .

6- وجدنا ان اختيار المحكمين في عقود الأستثمارات الأجنبية يتم عن طريق الأطراف في اكثر الاحيان، وذلك بسبب شرط التخصص والخبرة في المحكم الأستثماري ، وغالباً 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

تشويه سمعته في الوسط الأستثمالي ،مما يدفع المستثمرين الآخرين على حظر التعامل معه في مجال الأستثمالي.

## المقترحات

1- إذ ان نجاح اسلوب التحكيم في إطار منازعات الأستثمار يكون منوطاً بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبي و ضماناته من جهة ، وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية من جهة أخرى ، لهذا ندعو المشرع العراقي أن يقوم بمعالجة التحكيم الدولي بما يتوافق مع طبيعة روابط 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 لطبيعته الخاصة لمنازعات الأستثمار نقترح على المشرع العراقي أن يشرع في قانون خاص ينظم التحكيم في عقود الأستثمارات الأجنبية وذلك نظراً لأهميته هذه الوسيله في حل المنازعات في هذه العقود وكثره اللجوء إليها في الوقت الحاضر إذ ان المستثمرين يعدون التحكيم في هذه العقود هو ضمانه تحميهم من التغييرات التشريعية من الدولة المضيفة للاستثمار ، وفي حالة عدم تشريع قانون خاص يعالج كيفية 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 تعريفاً محدداً للتحكيم في الأستثمار الأجنبي وبيان طبيعته بصورة صريحة.

3- نظراً لأهمية مبدأ استقلال اتفاق 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 بالنسبة لموضوع البحث إذ تمت الاشارة اليه في قانون الأستثمار فقط اما في قانون المرافعات النافذ فلم تتم الاشارة اليه الأمر الذي قد يوهم البعض فيما بعدم اخذ القانون العراقي بالتحكيم الدولي خص هذه العقود.



5- نقترح تعديل م(270) ف(2) من قانون المرافعات العراقي على اعتبار أنها من المواد المنظمة للتحكيم في العقود موضوع البحث في حالة لجوء الأطراف الى التحكيم وذلك وفقاً لأحكام المادة (27) ف(4) من قانون الأستثمار العراقي النافذ التي تتعلق بشروط صدور القرار التحكيمي إذ اشترط المشرع العراقي أن يوقع جميع المحكمين المحددين في اتفاق التحكيم، لتصبح كالاتي "يجب ان يشتمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم واقوال الخصوم ومستنداتهم واسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر به وتاريخ صدوره وتوقيع 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 المحكمة 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 المادة (275) لتصبح كالاتي "الحكم الذي تصدره المحكمة المختصه وفقاً للمادة السابقة غير قابل للاعتراض والطعن بالطرق المقررة قانوناً الا تمييزاً "، إذ يصبح الحكم الذي تصدره المحكمة لتصديق القرار التحكيمي، أو أبطاله خاضعاً لدرجة واحدة من الطعن وهي التمييز

## المصادر

### أولاً : المصادر العربية

#### 1- الكتب

- 1-ابن منظور ،معجم لسان العرب ،دار بيروت للطباعة،لبنان ، 1956.
- 2- أبو العلا علي أبو العلا النمر ،نظرة انتقادية للسياسية التشريعية المصرية في مجال الأستثمار ،ط1،دار النهضة العربي ،القاهرة، 2003 .
- 3- د. أبراهيم أحمد أبراهيم ،القانون الدولي الخاص ،ط2،دار النهضة العربية القاهرة ، 1997 .

- 4- د. ابراهيم حرب محيسن ، طبيعة الوضع في المواد المدنية ، دار الثقافة ، عمان ، 1991 .
- 5- د. أبراهيم سيد أحمد ، عقد الصلح فقهاً وقضاءً ، المكتب الجماعي الحديث ، الاسكندرية ، 2002 .
- 6- د. أبو زيد رضوان ، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1971 .
- 7- د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية ، بدون سنة طبع.
- 8- د. أحمد 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 الحقوقية، بيروت، 2003.
- 11- د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المختصر في قانون العلاقة الدولية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1987 .
- 12- د. أحمد منعم ناجي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، ط1، مركز البحوث اليمني ، 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 اتفاق التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2001 .
- 17- د. اكثم خولي ، خليات التحكيم وادابه ، ط1 ، المكتبة القانونية ، دمشق ، 2008 .
- 18- د. الحسين السالمي ، التحكيم وقضاء الدولة ، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، من دون مكان طبع ، 2008 .
- 19- د. أنس السيد عطية سليمان، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا ، جامعة عين شمس ، 1956.
- 20- د. بشار محمد الاسعد ، عقود الأستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2006 .
- 21- د. ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1993 .
- 22- د. جلال وفاء محمدين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة ، دار الجامعة
- 23 الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2001.

- 24-د. جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، دار الجامعه الجديده للنشر ، الاسكندرية ، 2004 .
- 25-المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى أقامة الدعاوى ، المكتبة القانونية ، بغداد، 2004 .
- 26- د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، التصرف القانوني والارادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 .
- 27-د.جميل الشرقاوي ، المقاصد الاساسية لقوانين الأستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1978 .
- 28-د.حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005.
- 29- د. حسن الهداوي ، 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 ألداد، العقود المبرمه بين الدوله والاشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996.
- 33-د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 .
- 34-د. حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على حكم التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 .
- 35-د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة للتحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007.
- 36-د. حمزة أحمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 .
- 37-د. خالد عزت المالكي ، التحكيم ، مؤسسة النوري للطبع والنشر ، دمشق ، 2003.
- 38-د. دريد محمود السامرائي ، الأستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2006.

- 39- د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام و المحررات الموثقة، دار النهضة العربية، ط9، القاهرة 1970.
- 40-- د. سامي عبد الباقي أبو صالح، الاطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2003 .
- 41- د. سامية راشد ،التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة،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 للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 ،ط1 ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،2006 .
- 49 - د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ،دور الأستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية،2005 .
- 50- د. صلاح الدين جمال الدين ود. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في المنازعات الدولية ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،2004 .
- 51- د.عاشور مبروك ، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم ، دار الفكر والقانون ، جامعة المنصورة ، القاهرة ، 2005 .
- 52- د. عاطف محمد الفقي ،التحكيم في المنازعات البحرية ، دار النهضة العربية ،القاهرة،2004 .
- 53- د. عبد الباسط عبد الواسع الضراسي ،النظام القانوني لأتفاق التحكيم ،ط1،المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية ،2005 .

- 54-د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، عقود التنمية الاقتصادية ، مكتبة النصر ، القاهرة ، بدون سنة نشر .
- 55-د. عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000 .
- 56-د. عبد الحميد الأحذب ، موسوعة التحكيم ، التحكيم التجاري الدولي ، ج2، ط3، منشورات 57الحمدي الحقوقية ، بيروت ، 2008 .
- 58-د. عبد الحميد الأحذب ، وثائق تحكيمية ، ط3، منشورات الحمدي الحقوقية ، بيروت ، 2008 .
- 59-د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1964 .
- 60-د. عبد القادر الطورة ، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعي ، المطبعة الفنية الحديثة ، من دون مكان طبع ، 1988 .
- 61-د. عبد الفتاح مراد ، موسوعة الأستثمار ، ج2 ، بدون أسم مطبعة ، الاسكندرية ، 2005 .
- 62-د. عبد الفتاح مراد ، 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 والمواطن وتمتع الاجانب بالحقوق ، ط1 ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1986 .
- 65-د. عصمت الشيخ ، التحكيم في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .
- 66-د. علاء ابا ريان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، ط1 ، منشورات الحمدي الحقوقية ، بيروت ، 2008 .
- 67-د. علي عوض حسن ، التحكيم الاختياري والاجباري في المنازعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 .
- 68-د. علي ابراهيم ، العلاقات الدولية وقت السلم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 .
- 69-د. عمر عيسى الفقي ، التحكيم في الدول العربية ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2003 .
- 70-د. عوني محمد الفخري ، التنظيم القانوني للشركات المتعددة الجنسية ، بيت الحكمة ، بغداد ، 2002 .

- 71-د. عصام الدين القسبي ،خصوصية التحكيم في مجال منازعات الأستثمار ،منشأة المعارف ،الاسكندرية،1994 .
- 72-د. عكاشة عبد العال ،المفترضات والشروط الذاتية في المحكم ،ط1 ،المكتبة القانونية ،دمشق ،2003 .
- 73-د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص،(الجنسية،المواطن،مركز الاجانب)لمطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد،1982.
- 74-د. فايز الحاج شاهين ، القانون الواجب التطبيق على 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 النهضة العربية ، القاهرة ،1997.
- 80-د. محمد بن أحمد المقصودي ،الشروط الموضوعية 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 .

- 86-د. محمود السيد عمر التحيوي، أنفاق التحكيم وقواعده، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.
- 87-د. محمود السيد التحيوي، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003.
- 88-د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في القانون الواجب التطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، 78.
- 89-د. مجدي فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم المصري، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 90-د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 91-د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998.
- 92-د. مصطفى صخري، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية والادارية والجنائية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2005.
- 93-د. محمد ماجد خلوصي، قضايا تحكيمه، دار الكتب القانونيه، مصر، 2008.
- 94-د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
- 95-د. محي أسماعيل علم الدين، منصفه التحكيم التجاري الدولي، ج1، بدون مكان طبع، 1986.
- 96-د. محي اسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم (1982 . 2000) ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 97-د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، ط1، بغداد، بيت الحكمة، 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 اوفيسست، بغداد، 1987.

- 101-د.مهند أحمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 .
- 102- د. نبيل اسماعيل عمر ،التحكيم في المواد المدنية والتجارية ،دار النهضة العربية، القاهرة ، 2004 .
- القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي ، مبادئ التحكيم ،ط3،المكتبة القانونية ،بغداد، 2004 .
- 103-د. هاني محمود حمزة ، النظام الواجب الاعمال على العقود الدولية أمام المحكم الدولي ،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت، 2008 .
- 104-د. هشام خالد ،عقد ضمان الأستثمار الأجنبي،مؤسسة شباب الجامعة،بدون مكان طبع ، 1988 .
- 105-د. هشام خالد ، القانون القضائي الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية، 2001 .
- 106-د. هشام خالد ،أوليات التحكيم التجاري الدولي ،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية. 2004.
- 107-د. هشام خالد ، معيار دولية التحكيم التجاري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2006 .
- 108-د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1995 .
- 109-د. هشام علي صادق ،القانون الواجب التطبيق على عقود تجاره الدوليہ ،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 .



- 3- بيداء علي ولي الجميلي ، تنفيذ أحكام التحكيم والقضاء الدوليين ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد ، سنة 2001 .
- 4- حسام عبد اللطيف، دور المحكم في إجراءات التحكيم الداخلي، رسالة ماجستير مقدمه الى مجلس كلية الحقوق في جامعة النهريين 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 النهريين سنة 2003 .
- 8- رجاء خضير عبود موسى ، اثر الأستثمار الأجنبي على بعض القطاعات الاقتصادية ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الادارة والأقتصاد في جامعة الكوفة ، سنة 2004 .
- 9- عبد الرسول كريم ، الاعتراف في الأحكام القضائية وقرارات التحكيم ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون جامعة بابل ، سنة 2002 .
- 10- غسان المعموري ، عقد الأستثمار الأجنبي للعقار ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون في جامعة بابل سنة 2006 .
- 11- محمد فوزي دباس العبادي ، التسهيلات الأستثماريه واثرها على الأستثمار الأجنبي المباشر ، رسالة ماجستير مقدمه الى المعهد العالي للدراسات 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 الله 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 والشريعة ، العدد الثاني، الكويت، 1979.

- 2-د. أحمد عبد الرحمن الملحم ، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، الكويت ، العدد الثاني ، السنة الثامنة عشر ، 1994 .
- 3-د. أحمد ضاعن السمران ، القانون الواجب التطبيق في التحكيم الدولي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، لسنة 17 ، العدد 2، 1 ، جامعة الكويت ، 1993.
- 4-د. أحمد ضاعن السمران ، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الأول ، جامعة الكويت ، 1988.
- 5-د. الياس ناصيف ، اطلالة على التحكيم الالكتروني في العالم ، بحث منشور في مجلة اتحاد المصارف العربية ، العدد 237 ، المجلد 20 ، ايلول ، 2000 .
- 6-د. جورج حزبون ، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الرابع ، الكويت ، السنة الحادية عشرة ، 1987.
- 7-د. خالد محمد الجمعه ، المركز الدولي لتسوية منازعات الأستثمار ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الثالث ، الكويت ، 1998 .
- 8-د. عز الدين عبد العال ، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي ، مجلة العدالة ، العدد 19 في 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 الأول ، 1967 .
- 11-د. منصور فرج السعيد ، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الثالث ، السنة السابع والعشرون ، الكويت ، 2003.
- 12-د. يعقوب يوسف صرخوه ، شروط صحة الحكم التحكيمي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الثالث ، الكويت ، 1994 .

## 4-القوانين

### أ- القوانين العراقية

- 1- مجلة الأحكام العدليه .

- 2- قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 المعدل.
- 3- القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
- 4- قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل .
- 5- قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل.
- 6- قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 المعدل.
- 7- قانون 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 العربية

- 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 الإجراءات المدنية الاماراتي رقم 11 لسنة 1992.
- 13- قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 .
- 14- قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم 93 لسنة 1993.
- 15- قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993.
- 16- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

- 17- قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم 9 لسنة 1994 .  
 18 - قانون التحكيم العماني رقم 47 لسنة 1997.  
 16- قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2002 .  
 20- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني 440 لسنة 2002 .

## 5- الاتفاقيات واللوائح الدولية

- 1- اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1959 .  
 2- الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 منشوره على الموقع الالكتروني .  
<http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.genev.1961/doc>.  
 3- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965 منشوره على الموقع الالكتروني  
<http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/documentsRPID20%documents/rpo40%12>  
 4- اتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1975 .  
 5- الاتفاقية الموحده لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية 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.arbitration.model.law.1985.doc](http://www.jus.uio/im/un.arbitration.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 Llaribtrage Internation Al de Droit Prive، paris،1960.

- 3-Francoi Rigaux،Droit،Internatina, priveTom،Deuxieme Edition،  
Bruxelles،1987.
- 4-Foucharrd ،Larbitrage Commercial Internatinal Dalloze ،Parise ،1965
- 5-Jean Robert ،Arbitrage civil Et commercial en droit interne et intrnatianal  
Prive ،4 Iemeedition ،Dalloz،Parise،1966
- 6-Phili Foucharrd،Larbitrage Commerca lInternatinal Dalloze ،Parise  
،1965 .
- 7-Pevichic Rubellin ،Larbitrage nature juridique dritAntern et droit  
international،paris،1966
- 8-Motulsky(henru)،Ecrits etudes etnotsur،larbirage،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 12/5/1981 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.no/IM/nether/lands.arbitration.act.1986/doc>
- 4-قانون التحكيم الانكليزي لسنة 1997  
<http://www.jus.uio.no/IM/England.arbitration.act.1996.doc>