مجلة رسالة الحقوق ISSN-٢٠٧٥-٢٠٣٢

الإصـــــدار ١٧
يناير – فبراير – مارس / ٢٠٢٥
العدد الاول

التحكيم الدولي ضمانة تشجيع الإستثمار الاجنبي في العراق
International arbitration
Guaranteeing the encouragement of foreign investment in Iraq

بحث مقدم من قبل
الباحث غيث صباح لطيف احمد
المشرف الاستاذ الدكتور خالد الخير
الجامعة الاسلامية في لبنان / كلية الحقوق / قسم القانون العام

خلاصة البحث:
في الوقت الذي تحرص الدول النامية على تشجيع الاستثمارات الاجنبية في بلدانها فإنها تعمد الى تشريع القوانين الخاصة باعتماد قواعد التحكيم التجاري الدولي والتي يجب ان تكون مرنه ومليئة بالخصائص والمزايا لتشجيع المستثمر الاجنبي ، والاخذ بنظام التحكيم المؤسسي المعتمد في اغلب الدول المتقدمة اقتصاديا ، والانضمام الى الاتفاقيات والمراكز والمؤسسات الدولية المهمة في هذا المجال ، كما ان تعزيز دور السلطة القضائية الوطنية في ضمان تنفيذ قرار التحكيم الدولي يعد تشجيعاً منها ورسالة تطمئن المستثمر الاجنبي .

الكلمات المفتاحية : التحكيم الدولي ، الضمانات ، الاستثمار ، الاجنبي .

Abstract
While developing countries are keen to encourage foreign investments in their countries, they legislate laws to adopt international commercial arbitration rules, which must be flexible and full of characteristics and advantages to encourage the foreign investor . Adopting the institutional arbitration system adopted in most economically developed countries, and joining important international agreements, centers and institutions in this field, and strengthening the role of the national judicial authority in ensuring the implementation of the international arbitration decision is considered an encouragement from it and a message that reassures **the foreign investor.**

Keywords: foreign investments , international commercial arbitration, arbitration system, arbitration .

المقدمة :

يعرف التحكيم الدولي على أنه مسار لحل المنازعات بديلاً عن القضاء الذي يعتبر المسار العام لحلها ، إذ يتيح إمكانية مباشرة الفصل في النازعات بين الأفراد من قبل أفراد عاديين لا يعدون من الجسم القضائي للدولة ، فالتحكيم هو عرض خلاف معين بين الأطراف المحتكمين على هيئة تحكيميه تتكون من الأغيار ، ويتم تعيين أعضاء هيئة التحكيم من قبل أطراف النزاع وذلك وفق شروط يحددونها لتفصل تلك الهيئة بذلك النزاع بقرار يفترض أن يكون بعيداً عن التحيز لأي طرف من أطراف النزاع ، حيث انه يسمح للأطراف المتنازعة القادمة من خلفيات قانونية وثقافية مختلفة بتسوية نزاعاتهم دون الخوض في شكليات النظام القانوني لكل طرف .وتتعدد انواع التحكيم في مؤسسات التحكيم الدولية والمحلية ، وابرزها التحكيم المدني والتحكيم الاداري والذي يعرف بانه الاتفاق الذي تكون بموجبه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً تلجأ بموجبه إلى إحالة منازعاتها ذات الطابع الإداري الحالية أو المستقبلية من اختصاص قضائها وقانونها الإداريين إلى محكم أو هيئة تحكيمية لحل النزاع بحكم نهائي ملزم ، اما التحكيم التجاري الدولي موضوع البحث فيعرف بانه وسيلة لفض المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية والتي تكون الدولة او احدى مؤسساتها طرفا فيها ، فالتحكيم التجاري الدولي يقتضي وجود محكمة تحكيم مؤلفة من اعضاء ينتمون الى جنسيات مختلفة ، ووجود المحكمة في دولة غير الدولة محل الاستثمار وكذلك القانون واجب التطبيق اذا اتفق طرفا النزاع على تطبيق القواعد الخاصة بالبيوع التجارية الدولية او اختارت محكمة التحكيم قواعد غير القواعد القانونية النافذة في الدولة المضيفة للاستثمار ، وغالبا ماتكون قواعد الدولة التي توجد فيها المحكمة وهو قانون المحكمة ، بدلاً من قانون الدولة المضيفة للاستثمار اي قانون عقد الاستثمار ، وهو تبديل قانون وطني بقانون اخر ، (وان فكرة وجود نظام قانوني تحكيمي الى جانب الانظمة القانونية الوطنية ليست مجهولة وغامضة لدى القضاة والمشرعين بصورة عامة ، ودليل ذلك هي الحلول المعتمدة في تشريعات عدد متزايد من الدول النامية واجتهاد قضائها الوطني)[١] .ان اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي بصورة عامة (يعود لسببين رئيسيين هما : البحث عن النزاهة والشفافية والحياد في المحكمة من جهة ، وعدم معرفة المستثمر الأجنبي بالبيئة التشريعية للدولة المضيفة وما يمكن ان يطرأ عليها من متغيرات تقتضيها السياسة الاقتصادية للدولة وخاصة التشريعات ذات العلاقة بالتنمية الاقتصادية من جهة اخرى ، حيث يجوز للمتعاقدين ان يدرجوا في العقد التجاري المبرم بينهم بنداً ينص على ان تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد او تفسيره)[٢]. وعليه وفي الوقت الذي تحرص الدول النامية على تشجيع الاستثمارات الاجنبية في بلدانها فإنها تعمد الى تشريع القوانين الخاصة باعتماد قواعد التحكيم التجاري الدولي والتي يجب ان تكون مرنه ومليئة بالخصائص والمزايا لتشجيع المستثمر الاجنبي ، والاخذ بنظام التحكيم المؤسسي المعتمد في اغلب الدول المتقدمة اقتصاديا ، والانضمام الى الاتفاقيات والمراكز والمؤسسات الدولية المهمة في هذا المجال ، كما ان تعزيز دور السلطة القضائية الوطنية في ضمان تنفيذ قرار التحكيم الدولي يعد تشجيعاً منها ورسالة تطمئن المستثمر الاجنبي .وبعد أحداث عام ٢٠٠٣ خطى المشرع العراقي خطوات باتجاه تشجيع اللجوء إلى التحكيم الدولي ، للضرورات التي تفرضها معطيات التعامل التجاري في الوقت الحاضر ، وللخصائص والفوائد التي أشرنا إليها انفاً.

فقد أجاز المشرع العراقي في قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ إمكانية اللجوء للتحكيم التجاري الدولي حيث اشار في المادة (٢٧) الفقرة (٤) من القانون نفسه على أنه (إذا كان أطراف النزاع خاضعين لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الإتفاق على آلية حل النزاع بما فيها الإلتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً) . ويفصح هذا النص بوضوح أن أطراف النزاع الخاضعين لقانون الاستثمار يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع باللجوء إلى التحكيم بموجب القانون العراقي أو التحكيم بجهة أخرى معترف بها دولياً. حيث جاء النص على التحكيم الدولي بشكل مطلق باللجوء إلى محكمة او هيئة تحكيم خاصة أو محاكم التحكيم الدولية.ولأهمية الموضوع وتأثيره المباشر على دعم الاقتصاد من خلال تشجيع الاستثمار الأجنبي . أجاز المشرع نفسه ايضاً اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وتعديلاته وأشارت المادة (١١) الفقرة الاولى البند (د) على انه (لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على أن ينص ذلك في العقد وعندما يكون احد طرفي العقد أجنبيا مع الأخذ بنظر الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة وان يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة لحسم النزاع) . وبذلك يمكن النص في عقد الاستثمار او العقود التجارية على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في شرط أو مشارطة التحكيم. ومن خلال ما تقدم فان التحكيم التجاري الدولي في ظل النظام القانوني العراقي الحالي لازال يعاني من بعض أوجه الخلل والقصور إذا ما قارناه بالنظم القانونية العربية والعالمية وان هناك ضرورة وحاجة ملحة لتشريع قانون للتحكيم يعنى بتنظيم عملية التحكيم بالكامل من مفهومه وإجراءاته وتنفيذه . بالإستناد إلى القوانين والإتفاقيات العالمية والعربية وعدم ترك نصوصه مبعثرة ومشتتة ، حيث أن الإستثمار الأجنبي إذا ما تم توجيهه بالطريقة الصحيحة ودعمه وتشجيعه وحمايته وذلك بتوفير ضمانة التحكيم الدولي بقانون خاص فأنه كفيل بأن ينهض بالإقتصاد العراقي وينتشله من أزمته المالية الراهنة ، مع التأكيد على أهمية تفعيل إنضمام العراق إلى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ والمتعلقة بالإعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية .وهذه الأسباب والغايات دفعتنا لتسليط الضوء على هذا الموضوع والبحث فيه على الرغم من صعوبته والمتمثلة في حداثة التجربة العراقية وندرة التشريعات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، وانتشار المواد القانونية بين العديد من القوانين القديمة والحديثة ، وكذلك الحال بالنسبة للدعاوى الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي بين مستثمرين اجانب من جهة والحكومة العراقية من جهة اخرى .

الفصل الأول / تحديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي وفقاً للقانون

التحكيم الدولي هو إتفاق على طرح النزاع على شخص معين او اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة [٣]، كما يعرف بانه" نظام تعاقدي بموجبه يتفق الخصوم على حل الخلاف الذي ينشأ بينهما على محكمين ليفصلوا فيه بعيداً عن إجراءات القضاء العادي[٤]، كما يعرف بأنه "عبارة عن القضاء المختار[٥]، وعرفه بعضهم بأنه: "احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفصل النزاع بينهم [٦]، كما يقصد بالتحكيم إنشاء عدالة خاصة يتم عن طريقها سحب المنازعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين مخولين بمهمة الحكم[٧] ، أو هو" نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير اجراء ثم ينتهي بقضاء[٨]، كما يعرف بأنه اتفاق بين طرفين، أو أكثر على اخراج نزاع، أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم[٩]، كما عرفه البعض بانه" النظر في نزاع بمعرفة شخص، أو هيئة يلجأ إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع[١٠] .وبين تعدد الاراء حول تعريف التحكيم الدولي وامكانية اللجوء اليه ، نرى ان التحكيم الدولي وسيلة لحل النزاعات بعد فشل المفاوضات المباشرة او بالوساطة ، وانه الطريقة المثلى لاعادة التوازن الاقتصادي في المشروع الاستثماري بسبب تغيير ظروف التعاقد تغيراً جوهرياً يجعل الاستمرار في شروط التعاقد والالتزام بها من احد الطرفين مرهقاً ، مما يقتضي مراجعة هذه الشروط كوسيلة لاعادة التوازن ، ويتم حل النزاعات القانونية امام محكمين يتم اختيارهم من قبل اطراف النزاع ويقبلون بالحكم الصادر عنهم بناءاً على اتفاقهم المسبق على ذلك، ويمكن (للخصوم عند التحكيم الطلب الى هيئة التحكيم بتطبيق مبادىء الانصاف والتوفيق قدر الامكان ، حيث ان التحكيم مشترط برضى الأطراف المتنازعة وانتفاء شرط الرضى ينفي شرط التحكيم ذاته)[١١] . ويختلف التحكيم عن القضاء من جهة ان الاساس القانوني لاختصاص القاضي هو القانون بحيث ان المشرع هو الذي يخول القاضي قبول الاختصاص وممارسة الوظيفة القضائية في النزاع المطروح امامه ، اما التحكيم فان اللجوء اليه ليس اذعانياً بقوة المشرع وانما هو رضائياً يقوم على سلطان ارادة اطراف النزاع باللجوء اليه وذلك بعد ان يجيز المشرع الوطني ذلك . وبالنظر لأهمية الاستثمارات الاجنبية ودورها في النمو الاقتصادي في الدول النامية ، فإن هذه الاخيرة مضطرة الى طمأنة المستثمرين الأجانب بحماية استثماراتهم بتنازلها عن اختصاص قضائها واللجوء الى التحكيم التجاري الدولي لحل نزاعات الاستثمار وتنظيم تشريعات وطنية واضحة ومفصلة ، تضمن حق المستثمر الاجنبي في اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي وتكفل تنفيذ قرار التحكيم بعد ذلك .وعليه تصبح للمستثمر الاجنبي ضمانة قانونية تتمثل بالتحكيم الدولي تتميز بالعديد من الخصائص والمزايا اهمها توفير الحماية القانونية اللازمة والبيئة الاستثمارية المناسبة للشروع بالإستثمار والتعاقد مع الجهة الحكومية .

المبحث الأول/ التحكيم التجاري الدولي في القانون العراقي

تقضي القوانين المتعلقة بالاستثمار في العراق والقوانين الاخرى ذات الصلة بامكانية اللجوء الى التحكيم في المنازعات التجارية الناشئة بين المستثمر الاجنبي واية جهة حكومية دون ان تحدد نوع التحكيم فيما اذا كان وطنيا بموجب القانون العراقي ام دوليا وفق قواعد التحكيم التجاري الدولي ، حيث نصت العديد من القوانين على التحكيم باعتباره وسيلة مهمة لفض النزاعات التي تتعلق بالقضايا التجارية والاستثمارية[١٢] نذكر منها على سبيل المثال قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل[١٣]، وقانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل ، فضلاً عن الاختصاصات التي اقرها القانون للغرف التجارية والصناعية المتخصصة وحسب قوانين تأسيسها[١٤] . حيث عرف النظام القانوني العراقي التحكيم التجاري منذ عام ١٩٢٨ بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٢٨[١٥] ، المتضمن المصادقة على البرتوكول الخاص بشروط التحكيم الموقع في جنيف بتاريخ ١٩٢٣/٩/٢٤ والمسمى (Protocol on arbitration clauses signed at Geneva) حيث اقر البروتوكول بحل الخلافات المتعلقة بالقضايا التجارية وغيرها من خلال التحكيم[١٦]، وأن يتبع إرادة الطرفين وقانون الدولة التي يجري في أرضها التحكيم، وان تتعهد كل دولة متعاقدة بتنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في ارضيها بموجب قوانينها الوطنية[١٧] . بيد أن ذلك يجعل التحكيم مرهونا بمصادقة المحكمة المختصة على قرار التحكيم الصادر عن مؤسسات أو جهات التحكيم المختصة استناداً لأحكام قانون المرافعات المدنية الوطني ، بناءً على طلب أحد الطرفين، حيث تطبق المحكمة المختصة قانون المرافعات والأحكام الوارده في المواد(٢٥١-٢٧٦) منه ، وهو ما يسمح للمحكمة المختصة النفوذ إلى أصل قرار التحكيم وملابسات إصداره وظروفه على وفق القانون العراقي وهو ما يعني بالضرورة افراغ القرار التحكيمي من محتواه وعدم فائدة النص على التحكيم ، ومن الأولى بأطراف العقد اللجوء الى القضاء العراقي ابتداءً لفض النزاع ، حيث أن القانون المذكور يسري على الاحكام القضائية محدداً الشروط التي يمكن بمقتضاها تنفيذها داخل العراق ، ومن ثم لا تعدو أن تكون قرارات التحكيم والنصوص التي تضمن الأخذ بها عبارات صماء لا أثر لها. بيد أنه من جانب أخر فأن (موضوع تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية عالجته اتفاقية نيويوك (Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards) المنعقدة بتاريخ ١٩٥٨/٦/١٠ والمتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم، والتي صادق عليها العراق عام ٢٠١٣، ولعل البعض يرجع اسباب ذلك التأخير في المصادقة للعوامل التاريخية نتيجة التجارب التي مر بها العراق شانه في ذلك شأن أغلب الدول العربية التي أتخذت موقفا سلبيا من التحكيم التجاري الدولي للخسارة الكبيرة التي كانت تلحق به عند اختياره أسلوب التحكيم الدولي أمام المراكز وغرف التحكيم الدولية)[١٨]، أو سوء صياغة وتنفيذ العقود التي تتضمن شرط التحكيم إذ لا يراعى الدقة في النص على شروط التحكيم وتنفيذ هذه العقود من جهات لا تمتلك الخبرة والمعرفة القانونية وتنحصر جهودها بالشروط المادية للعقد (كالسعر ومواصفات المواد بحث العقد

باعتبارها عملية تقليدية)[١٩] وهو ما دفع المشرع العراقي الى النص على حظر التحكيم والقرارات التي تصدر عن هيئات التحكيم الدولية في حينها ، ومن ذلك قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٤ لسنة ١٩٩٠ [٢٠] المتضمن حماية الأموال والمصالح والحقوق العراقية في داخل العراق وخارجه[٢١] ، وعلى الرغم من ذلك نجد العديد من النصوص الواردة في القانون[٢٢] أو العقود التي تبرمها الجهات الحكومية تنص على شرط التحكيم، استجابة لحكم الضرورات العملية ومطالبة الشركات المتعاقدة بشرط التحكيم بغية توفير الاطمئنان لرؤوس الاموال العائدة للشركات المستثمرة ، وبغية استعراض موقف المشرع العراقي تجاه التحكيم التجاري بشكل مفصل سنبحث في اهم المواد المتعلقة بالتحكيم والواردة في التشريعات العراقية العامة والخاصة فيما يأتي:

النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في العراق

أ- قانون المرافعات المدنية

تناول قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية الملغى موضوع التحكيم وافرد له فصلاً بذلك (الفصل الرابع) وحدد الاسس والشروط الواجب توافرها ، ومع ذلك فان هذه النصوص لم تكن ملبية لتسوية النزاعات والخلافات[٢٣].

وصدر بعده قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ والذي تضمن احكام التحكيم في المواد (٢٥١ -٢٧٦) وقد فصلت المواد شروط التحكيم واسلوب فض النزاعات ، كما اوردت شروطاً خاصة بالنسبة للمحكمين وان يكون عددهم وتراً ، كما تضمنت النصوص بعدم جواز ان يكون المحكم من رجال القضاء الا بأذن من مجلس العدل وضرورة توافر الشروط العامة للجوء الى التحكيم ومنها:

أ- ان تكون هناك علاقة تعاقدية بين اطراف النزاع.

ب- ان يكون اتفاق تحريري بين اطراف النزاع وان يتم الاتفاق عليه بعد اقامة الدعوى في المحكمة المختصة وعندئذ يدون هذا الاتفاق في محضر الدعوى ليقوم مقام الاتفاق التحريري المادة (٢/٢٧٣).

جـ - ان القواعد القانونية التي جاء بها قانون المرافعات هو ان اشتراط الكتابة منعاً للنزاع لذلك لا يجوز اثبات عقد التحكيم بالتحكيم بالإقرار او النكول عن اليمين بل الكتابة اعتبرت شرطاً أساسياً المادة(٢٥٢) .

د- أن تكون الخصومة في دعوى المال حيث لايجوز التحكيم في المسائل الشخصية كمسائل البنوة او الزوجية او الولاية او الوصاية.

هـ - ضرورة اتباع الاجراءات المقررة في قانون المرافعات اي ان يسلك المحكمين سلوك القضاء فيما يتعلق بالخصومة وقواعد التقاضي ووفقاً لإجراءات التي جاء بها قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

و- كما ان المادة (٢٥١) من قانون المرافعات اجازت الاتفاق على التحكيم في نزاع معين او في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين ، وتقع على القضاء مهمة استخلاص قصد الخصومة في العقد.

ز- ان المادة (٢٥٤) قانون مرافعات تضمنت (لا يصح التحكيم الأ في المسائل التي يجوز الصلح فيها).

اما الية تنفيذ القرارت الصادرة عن هيئة التحكيم ، اذا صدر قرار هيئة التحكيم لصاحب المصلحة تصديق القرار لدى المحكمة المختصة وهي محكمة البداءة ان لم تكن الدعوى مقامة اصلاً لدى هذه المحكمة.

وبعد عرض قرار المحكمين على المحكمة المختصة لتصديقة ، تلاحظ المحكمة مدى مطابقة الاجراءات التي اتبعها المحكمون لقواعد القانون وعدم مخالفتة للنظام العام والاداب ، ولا يجوز للمحكمة التعرض لسلطة المحكمين التقديرية من حيث تحصيل وقائع النزاع ما دام قد توصل الى ذلك بما لا يخالف المستندات ، وتصدر المحكمة عند نظرها لقرار هيئة التحكيم قرارها اما بالمصادقة عليه او تعديلة او ابطاله كلاً او جزءاً شأنه شأن بقية الاحكام الاخرى وهذا ما اشارت اليه المادة (٢٧٤) مرافعات مدنية .

وان قرارات المحكمين وفقاً لاحكام المادة(٢٧٠) من قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ تنص على مايلي:

أ- يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق او باكثرية الاراء بعد المداولة فيما بينهم وطبقاً للقانون.

ب- يجب ان يشمل القرار بوجة خاص على ملخص اتفاق التحكيم واقوال الخصوم ومستنداتهم واسباب القرار والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتوقيع المحكمين .

نلاحظ مما تقدم ان قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ لم يتناول احكام التحكيم التجاري الدولي بشكل واضح وصريح ، مما يجعل هذا النوع من التحكيم مسكوتاً عنه ، وان هذا الموقف السكوتي لا يمكن تفسيره بجواز اتفاق التحكيم من قبل الدولة او اشخاص القانون العام لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبية التي قد تنشأ بينها وبين المستثمر الاجنبي ، لان ذلك يتطلب وجود نص صريح .فضلا عن (ان جميع المواد المشار اليها والمخصصة لتنظيم التحكيم منذ الاتفاق عليه لحين صدور الحكم وتنفيذه تعالج التحكيم الداخلي الخاص فقط دون التطرق الى التحكيم الدولي)[٢٤]، والمؤسسي ، وهذا ما يدفعنا للقول بان امكانية قيام الدولة بأبرام اتفاق تحكيم وفقا للقواعد العامة للتحكيم الواردة في قانون المرافعات اصبحت مسألة متوتره وغير مستقرة من الناحية العملية وهو الامر الذي ادى الى ظهور اختلاف لدى فقهاء القانون في تفسير ذلك بين التأييد والرفض حول جواز التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها وفق قانون المرافعات العراقي .يضاف الى ذلك ما جاء في المادة (٢٩٥) من قانون التجارة العراقي [٢٥] والتي تقضي بأن لكلا طرفي العقد الدولي ان يتفقا على احكامه بحسب ما تقتضيه ظروفهما الخاصة او متطلبات التجارة الدولية سواء ما تعلق منها بالمحكمة المختصة بالنظر في النزاع او بالقانون الواجب التطبيق .

ومن جانب اخر بالامكان النص في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والمستثمر الاجنبي على اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي في أي نزاع تجاري ، وذلك بالاستناد الى مبدأ سلطان الارادة من غير تعليق ذلك على أي نص خاص بإستثناء مثل هذه النزاعات من اختصاص المحاكم الوطنية [٢٦] .

ب- قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل

نصت الفقرة (٥) من المادة (٢٧) من قانون الاستثمار النافذ على ان (المنازعات الناشئة بين الهيئة او أي جهة حكومية ، وبين أي من الخاضعين لاحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة احكام هذا القانون ، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية ، اما في المنازعات التجارية فيجوز للاطراف اللجوء للتحكيم على ان ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الاطراف) ونستنتج من ذلك ان قانون الاستثمار ميز في هذا الشأن بين صنفين من المنازعات ، وهما :

اولا: المنازعات الناشئة في المسائل المدنية ، وقد اناط القانون مسألة الفصل فيها حصريا الى القضاء العراقي ، والقانون العراقي هو واجب التطبيق عليها ، وبغض النظر عن اتفاق اطراف النزاع وقواعد الاسناد المقررة في هذا الشأن .

والمفهوم المخالف للنص (ان اللجوء الى التحكيم في تلك المنازعات امر غير جائز ، ورغم خلو قانون الاستثمار بالتحديد المقصود بالمسائل المدنية فذهب البعض) [٢٧] الى انه يدخل ضمن مفهوم المسائل المدنية مسائل عديدة ، ومنها العمل الضار وقضايا التعويض عن الاخلال في تنفيذ العقود المدنية . بينما نحن نرى انه لتحديد المسائل المدنية لا بد من الرجوع الى قانون التجارة العراقي النافذ ووفق المواد (٥,٦) الاعمال التجارية وارده على سبيل الحصر ، وما عدا ذلك تعتبر عملا مدنياً .

ثانياً : المنازعات الناشئة في المسائل التجارية ، اجاز القانون بصراحة (اللجوء الى التحكيم في منازعات الاستثمار ذات الطابع التجاري فوفق لذلك ان الدولة متمثله بالهيئات او الجهات الحكومية الاخرى امكانية ابرام اتفاق التحكيم مع المستثمر بغض النظر عن صفته الاجنبي ام الوطني ومن غير ان يبين الالتجاء يكون للتحكيم الدولي امن وطني) [٢٨] .

ويبدو لنا ان مسألة التمييز بين المسائل المدنية والتجارية في قانون الاستثمار واجازة اللجوء الى التحكيم في احداهما دون الاخر امر غير محمود الى حد ما ، فكان من الاحرى السماح باللجوء الى التحكيم بغض النظر عن صفة العمل الناشئ عنه النزاع ، تفاديا للاجتهاد الفقهي في التمييز بين الاعمال المدنية والتجارية هذا من جهة ، ومن جهة اخرى في الواقع العملي كثير من الاستثمارات الاجنبية الشائعه في العراق تعد اعمال مدنية وليست تجارية وفقا لقانون التجارة العراقي ، كالاستثمار في انشاء المستشفيات الخاصة او الاستثمار في مجال تاسيس الجامعات الخاصة ، وان هذه الاعمال يمكن اعتبارها مشاريع استثمارية وفق قانون الاستثمار العراقي . اضافة الى ذلك نصت الفقرة (٤) من المادة ٢٧ بانه (يجوز لاطراف النزاع الخاضعين لاحكام قانون الاستثمار بالاتفاق وقت التعاقد على التحكيم وفق القانون العراقي او أي جهة اخرى معترف بها دوليا). ويفسر هذا النص عند بعض الباحثين [٢٩] بان المشرع العراقي يجيز للادارة بالاتفاق على التحكيم التجاري الدولي لتسوية ما ينشئ بينها وبين المستثمر الاجنبي من منازعات ، وذلك من خلال مبدأ سلطان الارادة في اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، وتنظيمه جنبا الى جنب مع القضاء الوطني .بينما يلاحظ على ذلك انه اقتصر الاتفاق على التحكيم بشرط التحكيم دون المشارطة ، حيث ان عبارة وقت التعاقد يقصد به حال ابرام العقد بين المستثمر الاجنبي وهيئة الاستثمار ، وهذا يشير الى استبعاد المشارطة عن التحكيم ، وذلك لان الاتفاق عليها يكون لاحقا على ابرام عقد الاستثمار المتضمن شرط التحكيم ، ويرد في عقد مستقل من عقد الاستثمار ، وعليه (نهيب بالمشرع العراقي تعديل المادة المذكورة اعلاه بشكل يتضمن جواز الاتفاق على التحكيم بصورة مطلقه دون التقييد بوقت ابرام عقد الاستثمار لكي يشمل كلا الصورتين من صور اتفاق التحكيم ، الشرط والمشارطة)[٣٠] . ومن مجمل النصين المادة (٢٧) فقرة (٤,٥) يتضح انه لكي يمكن اللجوء الى التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبية لا بد من توفر الشروط التالية [٣١]

١. ان لا يتعلق النزاع بمسألة متعلقه بأحكام قانون الاستثمار .
٢. يجب ان يتعلق النزاع بمسائل تجارية حصراً .
٣. يجب ان يكون التحكيم وسيلة بديلة للقضاء الوطني .
٤. ان يكون اتفاق التحكيم على شكل شرط التحكيم منصوص عليه في عقد الأستثمار .

ويبدو ان هذه الشروط تعرقل عملية التحكيم (الى حد ما) في منازعات الاستثمار وفق قانون الاستثمار العراقي .

المبحث الثاني/ موقف التشريعات العراقية الاخرى

من القوانين العراقية ذات الصلة بالموضوع كالشروط العامة للمقاولات لاعمال الهندسة المدنية لعام ٢٠٠٥ نصت في المادة (٩٦) على امكانية اللجوء الى التحكيم في حالة حدوث نزاع بين صاحب العمل والمقاول حتى عند عدم الاتفاق بين الاطراف على التحكيم ، بمعنى (يكون التحكيم في هذه الحالة الزاميا بحيث اوجب احالة النزاع الى المهندس ، والذي يتخذ قرارا لحل النزاع وفي حالة لم يقتنع احد الاطراف بقرار المهندس او كلاهما ، فعندها يمكن اللجوء الى التحكيم خلال ٣٠ يوما من تاريخ اصدار قرار المهندس ، ويطبق في هذا الشأن قواعد التحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية العراقي) [٣٢] . ووفقا لقانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل بقانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٣ قضت الفقرة (٢/ج) من المادة ١٢ منه باستعمال مبادئ التسوية البديلة للنزاع الى اقصى حد ممكن بشرط ان يتفق الطرفان على ذلك . ويستنتج من ذلك انه بالأمكان اللجوء الى التحكيم لتسوية ماينشئ من نزاع بين الدولة الطرف في العقد والطرف الاخر ، وذلك لان التحكيم يعتبر وسيلة من ضمن الوسائل البديلة . وفي السياق ذاته ، ومن خلال استقرائنا لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق

رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ [٣٣] ، تبين لنا بجلاء انه سمح صراحة للمستثمر الاجنبي باللجوء الى التحكيم عند عدم التواصل الى اتفاق وديلتسوية ماينشئ من نزاع بينه وبين الدولة في حالات الضرورة ، وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى او المهمه ، ولكن بشرط مراعاة مايلي :

١. ان يتم اختيار احدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة .
٢. تحديد مكان ولغة التحكيم .
٣. اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق .
٤. ان تتوفر في العمالين لدى جهة التقاعد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الاسلوب .

يتضح مما سبق، ان شرط اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق في التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لايخدم المستثمر الاجنبي ولايشجعه في ابرام عقود الاستثمار مع الحكومة العراقية وذلك لان التحكيم في هذه الحالة ليس في صالحه لعدم ميله في تطبيق القانون العراقي .

وفي ما يتعلق بقانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٧ المعدل بقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١١ [٣٤] ، فانه يخلو من أي نص من شأنه تنظيم عملية تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الاطراف المعنية التي يسري عليها هذا القانون وبضمنها الية التحكيم بيد ان المادة ١٨ منه نصت على انه (يتمتع المشروع المشيد وفق احكام هذا القانون بجميع الامتيازات التي نص عليها قانون الاستثمار العام ذي العدد (١٣) لسنة ٢٠٠٦ عدا ماورد في المادة ٢٠ منه .

ويفسر البعض [٣٥] ان امكانية اللجوء الى التحكيم ، يشكل امتياز يسعى اليه المستثمر الاجنبي في علاقة مشروعة الاستثماري مع الدولة فان امكانية اللجوء الى التحكيم ستكون امرا قائما وفقا للاليات المنظمة لهذا الاسلوب الخاص بتسوية المنازعات طبقا لقانون الاستثمار المشار اليه سلفا .

الفصل الثاني / خصائص ومزايا التحكيم التجاري الدولي

يعتبر التحكيم التجاري الدولي بمثابة (قضاء خاص) الذي يلجأ اليه الفرقاء اختياريا من اجل الفصل في نزاع ما ، كما يعتبر المحكم بمثابة (قاض خاص) تعهد للخصوم بتنفيذ مهمه تحكيمية خلال فتره زمنية محدد ، لقاء اتعاب تنظم بموجب اتفاقية موقعه بين الفرقاء ، بندا كانت ام عقدا ، ان العلاقة التعاقدية التي تنشأ عن عقد التحكيم تولد حقوقا وموجبات لكل من المحكم وفرقاء العقد .كما يعتبر التحكيم نظاما اختياريا تعاقديا يقرر القانون القواعد التي تنظمه وتحدد طرق وشروط استعناله ، ويكون من شأن اللجوء اليه استبعاد اختصاص المحاكم العادية للنظر بالنزاع ، عن طريق التوسيع الاتفاقي للاختصاص ، وبالشروط عينها التي تم بها حلول محكمة عدلية محل اخرى .ويركز التحكيم على اساس تعاقدي حر وان تدخل القضاء بشأنه سواء اعطاءه القرار الذي يصدر فيه الصيغة التنفيذية ، ام عند استعمال طرق الطعن ضد هذا القرار ، فان ذلك لا يزيل عنه الطابع التعاقدي ، الذي يبقى طاغيا ويجعل من التحكيم الفرع الاكثر حيوية في نطاق قانون الموجبات وعليه سوف نعالج في الفرع الاول تحديدخصائص التحكيم التجاري الدولي وفي الفرع الثاني مزايا التحكيم التجاري الدولي

المبحث الاول/ تحديد خصائص التحكيم التجاري الدولي

للتحكيم التجاري الدولي العديد من المزايا والخصائص التي تدعو للاخذ به من التشريعات المقارنة وللاطراف المتعاقدة ، وتتجلى أهميته من خلال المصالح التي يحققها للاطراف التي تلوذ به وتتمثل بالآتي [٣٦] :

أ- الإسراع في فض النزاع

وذلك لأن المحكمين يكونون عادة متفرغين للفصل في هذه الخصومة المعروضة عليهم، فيتيسر لهم البدء في إجراءات التحكيم وإنهائه في وقت أقصر بكثير مما هو عليه في المحاكم، كما أن المحكمين يملكون صلاحية تحديد المدة التي يرونها ملزمة للمحكم لإنهاء النزاع، وعلى المحكم أن يلتزم بذلك .اما نظام التقاضي داخل الدولة نجده مطولا لاتحتمله طبيعه التجارة التي تحسب حسلابا لثمن الساعة والدقيقة والثانيه ، فان القضية تمر على مراحل متتالية بين المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية ومحكمة النقض وربما استخدمت بعد حكم النقض اشكالات التنفيذ كوسيلة لتعطيل تنفيذ الاحكام وعلى خلاف ذلك نجد التحكيم يمر عادة بدرجة واحدة من هذه الدرجات وهي العرض على هيئة التحكيم ، وتشترط غرفة التجارة الدولية في باريس على الطرفين ان يتنازلا مقدما عن كل طرق الطعن في حكم التحكيم ، لذلك فالمادة (٥٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ نصت على (انه لاتقبل احكام التحكيم التي تصدر طبقا لاحكام هذا القانون من الطعن فيها في اي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، كما تقضي المادة ٥٥ من ذات القانون بان احكام المحكمين تحوز حجية الامر المقضي وتكون واجبة النفاذ .

ب- المحافظة على علاقات الطرفين

ان التحكيم يحافظ على العلاقات بين الطرفين فهو ليس طريقا هجوميا عنيفا وانما هو اقرب الى التفاهم بين الطرفين فكل من الطرفين يعتقد ان فهمه الى العقد هو الفهم الصحيح او ان تصرفه في تنفيذ العقد سليم ، ولذلك يتفق مع الطرف الاخر على عرض موقف كل منهما على المحكم او المحكمين المختارين بواسطتهم ، وبعد الفصل في الموضوع تستمر العلاقات غالبا بين الطرفين على الاساس الذي قرره التحكيم ، بينما الملاحظ ان المنازعات المعروضه على القضاء العادي قد يستعمل فيها كل من الطرفين اساليب الكيد للطرف الاخروتنتهي المسألةالى حداللاعودة للعلاقات بينهما ولذلك يقول البعض ان الاطراف يدخلون الى القضاءالعادي وهم ينظرون الى الوراءبينما يدخلون الى التحكيم وهم ينظرون الى الامام [٣٧]

ج- العدالة والرضا بالجهة التي تتولى الفصل في النزاع

من اهم مزايا التحكيم انه يجوز لاطراف النزاع اختيار المحكمين عن طيب نفس وقناعة تامة وتحديد درجة التخصص المطلوبة في موضوع النزاع ففي مجال التأمين يمكنهم ان يختاروا متخصصا او متخصصين في التأمين وكذلك في مجال البنوك او النقل البحري او المقاولات يسهم في فهم سريع ودقيق لموضوع الخلاف وبخاصة في بعض القضايا الفنية (وهذه ميزة لا تتوافر في القضاء العادي حيث ينظر القاضي الى كل انواع المنازعات وذلك دون ان يكون متخصصا في موضوع أي منها ويعتمد على رأي أهل الخبرة، بالتالي يكون الحكم المتخصص أفهم للقضية وأسرع في الفصل من غيره)[٣٨].

المبحث الثاني/ مزايا التحكيم التجاري الدولي

أ- التحكيم يتيح الطمأنينة للمستثمرين

ويتمثل في إن القوانين الوطنية لا يعرفها المستثمر، كما إنه لايثق بقضاء الدولة المضيفة ومن ثم فبدون التحكيم لا يطمئن إلى مستقبله التجاري وتبقى استثماراته مرهونة بيد قضاء الدولة المضيفة الذي يتأثر بالظروف السياسية للدولة ويتعاطف معها في احكامه.

ب- السرية والكتمان

ان التحكيم يحفظ اسرار الطرفين فلا يطلع عليها سوى المحكمون المختارون لنظر القضية والمحامون المدافعون عن الطرفين وهؤلاء ملتزمون بالمحافظة على سر المهنه ، فلا يمكن اذاعة موضوع القضية وتفاصيلها . وهذا بخلاف مايحصل في القضاء العادي (قضاء الدولة) حيث تكون الاجراءات علنيه ويتعذر اخفاء نوع المعاملة بين الطرفين وحجم النزاع ومقدار الاموال التي يتعلق بها وكثيرا مايكون في كشف هذه الامور ضرر على احد الطرفين او كليهما معا خاصة في مجال التجارة الدولية حيث تكون قيمة العقود المتعلقة بها كبيرة جدا ، لذلك (يحرص الاطراف في المسائل التجارية على الالتجاء الى مراكز التحكيم المتخصصة مثل غرفة التجارة الدولية بباريس ومحكمة التحكيم بلندن وغيرهما من المراكز لتشكيل هيئة تتولى الفصل في القضية بصفة سرية) [٣٩] .

ج- تحديد قواعد الفصل في المنازعات

يتيح التحكيم مخرجاً في مسألة تنازع القوانين، فالمنازعات التجارية الدولية كثيراً ما تكون محلاً لتنازع القوانين، (فيسعى كل منهم إلى إلى تطبيق قوانين بلده على موضوع العقد فيأتي التحكيم قاطعاً لدابر هذا الخلاف وتعارض المصالح)[٤٠].وعليه فأن سلطة القضاء هي سلطة اجبارية ازاء اطراف النزاع بينما تكون سلطة التحكيم رضائية تقوم على رضاء اطراف النزاع معاً في اللجوء اليه لحل النزاع ، ويكون في شكل شرط تحكيم سابق على قيام النزاع يرد في عقد معين او في شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع[٤١]، وبذا يكون التحكيم اختيارياً من حيث الاصل وسنده القانوني هو اتفاق الطرفين المتنازعين . وهنالك رأي اخر تجاه التحكيم التجاري الدولي وامكانية اللجوء اليه ، ويستند في تحليله ان نزاعات الاستثمار لا تأنس بالتحكيم التجاري الدولي لحل النزاعات التي تحصل بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة للاستثمار لسببين اساسيين هما :

أ- حرص المستثمر الأجنبي على مشروعه الإستثماري ومواصلة عمله في البلد المضيف بالنظر لما يتوقعه من نجاح مشروعه والحصول على الارباح التي تنجم عنه .

ب- حرص الدولة المضيفة على تدفق المستثمرين الاجانب وتوفير مناخ مناسب لهم للإستثمار وعلى نجاح المشروع الاستثماري واستمراره بالرغم من النزاع الناجم عنه .

لذا فان الحكم في النزاع على قاعدة غالب ومغلوب من شأنه ان يزعزع الثقة التي يوجدها الطرفان من خلال علاقتهما العقدية التي تنظم المشروع الاستثماري ، ولذا (يرى اصحاب هذا الرأي ان تلجأ الهيئات الدولية لحل النزاعات الخاصة بالاستثمار الى اقتراح طرق أخرى غير التحكيم ، واتخاذ ماهو مناسب لتقريب وجهات النظر لمقاصد الوصول الى حل ودي للنزاع)[٤٢] .وبالعادة يسعى المحكمون الى التوسع في تفسير نصوص العقود واتفاقات تشجيع وحماية الاستثمار بما يوفر حماية واسعة للمستثمر ، وذلك بتفسير النصوص الحمائية تفسيرا موسعا كتفسير مفهوم نزع الملكية للمنفعة العامة ومفهوم الاستثمار وشروط المظلة التي من شأنها ان تنقل الالتزامات العقدية الى التزامات دولية بشكل يوحي بأن المستثمر الاجنبي يتعامل مع الدولة كالند بالند .

الخاتمة

ان التحكيم التجاري الدولي في ظل النظام القانوني العراقي الحالي لازال يعاني من بعض أوجه الخلل والقصور إذا ما قارناه بالنظم القانونية العربية والعالمية ، وهناك بعض الملاحظات التي ينبغي علينا إبرازها وأهمها :

١- أصبح هناك ضرورة وحاجة ملحة على المشرع العرقي أن يشرع قانون للتحكيم يعنى بتنظيم عملية التحكيم بالكامل من مفهومه وإجراءاته وتنفيذه ، بالاستناد إلى القوانين والاتفاقيات العالمية والعربية وعدم ترك نصوصه مبعثرة ومشتتة مع التأكيد على أهمية تفعيل انضمام العراق إلى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ والمتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

ونجد من الأفضل ان يأخذ المشرع عند اصدار قانون التحكيم بأحد الآراء الفقهية والعملية في مجال التجارة الدولية والأفضل ان يسترشد بالقانون الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة عام ١٩٥٨ ، فيأخذ منه الاحكام التي تلائم نظامنا القانوني ويقرر ما يمكن اضافته او تعديله وفقا للسياسة الاقتصادية العراقية وبشكل لا يتعارض مع مصادر التشريع العراقي .

٢- من خلال الاطلاع على بعض مسودات العقود التي تبرمها المؤسسات والشركات العراقية مع شركات وجهات أجنبية فقد لاحظنا ضعفاً وقصوراً في بعض نصوص تلك العقود وخصوصاً النصوص التي تشير إلى تسوية النزاع بواسطة التحكيم والمعروف بشرط التحكيم ، حيث انه يفتقر إلى الكثير من الجوانب التفصيلية إذ لا يراعي الدقة في النص فعلى سبيل المثال لم تتم الإشارة في شرط التحكيم الذي يرد في بعض العقود النص على الآلية الإجرائية والقواعد المتبعة في التحكيم حيث لم يتطرق إلى كيفية اختيار وتشكيل هيئات التحكيم وعدد أعضائها وطريقة اختيارهم وصلاحيتهم وذلك لضمان الأداء الفعال والحيادي وكذلك تغفل النصوص الخاصة بالتحكيم الإشارة الى مكان التحكيم ولغة التحكيم وكيفية سير إجراءات التحكيم ونفقات وتكاليف التحكيم وحكم التحكيم والقانون الواجب التطبيق ومن الأولى عدم ترك مثل هذه الأمور المهمة لقواعد التحكيم والتي قد لا تكون دون أدنى شك مناسبة للمصلحة الجهة المتعاقدة والمستفيدة على الرغم من إشارة تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وتعديلاته في المادة (١١) الفقرة اولاً البند (د) التأكيد على الأخذ بنظر الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ طريقة تسوية النزاع بواسطة التحكيم الدولي وان يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة لحسم النزاع .

٣- تنشيط الاستثمار يتطلب استقطاب رؤوس الاموال الاجنبية ، مما يتطلب ذلك تدويل علاقات الاستثمار ومنازعاته عن طريق تحريرها من الخضوع لأحكام القوانين الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار ومحاكمها . والعبرة بدولية الاستثمار تكون بالنظر لأجنبية رأس المال لا بالنظر لجنسية مالكه وقد اكدت على ذلك القواعد الدولية التي تحكم الاستثمار ، ولا يكون التمييز بين المستثمرين على اساس الجنسية انما على اساس مصدر راس المال للاستفادة من الامتيازات والاعفاءات والتسهيلات التي تمنحها الدولة المضيفة ، والاتفاقيات ذات الصلة ومنها اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ . حيث نصت المادة (٢/٢٧) من قانون الاستثمار العراقي النافذ ((اذا كان اطراف النزاع من غير العراقين وفي غير المنازعات الناتجة في جريمة يجوز للمتنازعين الاتفاق على القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة او أي اتفاق اخر لحل النزاع بينهما)) وكان من الاولى على المشرع العراقي ان يعامل المستثمر العراقي الذي حول امواله من الخارج الى داخل العراق معاملة الاجنبي حتى يمكنه من الاستفادة من فرصة تحرير الاستثمار من الخضوع للقوانين الوطنية وهو ما سيضمن انسيابية عالية لتدفق رؤوس الاموال الاجنبية والتي ستتعثر او يصيبها الضعف اذا تمت معاملة الوطني الذي يحول رؤوس اموال اجنبية الى العراق بنفس معاملة الوطني الذي يستثمر رؤوس اموال موجودة اصلاً في العراق واعتقد ان ذلك لايحقق العدالة لانه ينخفض بمستوى المستثمر العراقي لرؤوس اموال اجنبية لمستوى المستثمر العراقي لرؤوس اموال وطنية وذلك لايشجع الاول على الاستثمار في العراق ، كما ان في ذلك الموقف ترفيع لمستوى المستثمر الاجنبي الذي يستثمر اموال وطنية على مستوى المستثمر العراقي الذي يريد ان يستثمر اموال اجنبية فهنا بطبيعة الحال يقتضي ان تكون المعادلة بصالح الثاني كما ان موقف المشرع العراقي فيه تجاهل وضع المستثمر العراقي لرؤوس اموال اجنبية لانه يجعل مستواه اقل من درجة المستثمر الاجنبي لرؤوس اموال اجنبية والمستثمر الاجنبي لرؤوس اموال وطنية وبدرجة مساوية للمستثمر عراقي لرؤوس اموال وطنية ولم يقدم المشرع حلاً واضحاً لوصف وطبيعة الاستثمار الذي يتم برؤوس اموال مشتركة وطنية واجنبية هل ان هذا الاستثمار وطني ام اجنبي ويعود السبب في غموض موقف المشرع العراقي في هذه الحالة الى انه عول على جنسية المستثمر لا على مصدر رأس المال في اسباغ الصفة الوطنية والاجنبية على الاستثمار وبالتالي فهو لا يستطيع ان يحدد على اساس هذا المعيار طبيعة الاستثمار في الغرض المتقدم وبالمقابل كان بإمكان المشرع ان يعتمد على معيار اجنبية رأس المال المستثمر لتحديد طبيعة الاستثمار ووصف المستثمر الذي من خلاله يستطيع ان يقدم حلاً للغرض المتقدم فيوصف الاستثمار بالصفة الوطنية او الاجنبية تبعاً لتغلب ايا من رؤوس الاموال الاجنبية على الوطنية او بالعكس فاذا تغلبت الاولى على الثانية كنا امام استثمار اجنبي بغض النظر عن جنسية المستثمرون واذا تحقق العكس كنا امام استثمار وطني وهذا الحل يمكن الوصول اليه بسهولة باعتماد معيار اجنبية رأس المال ويستعصي علينا اذا اعتمدنا معيار جنسية المستثمر وان اعتماد المعيار الاول موقف يشجع عليه الفقه .

٤- احترام الدولة لشرط الثبات التشريعي والذي يقضي بالتزام الدولة المضيفة بعدم تعديل قوانينها ذات الصلة بالاستثمار خلال فترة النشاط الاستثماري طالما كان التزام الدولة هو من بين الدوافع للاستثمار فهذا الشرط يعزز احد مبادئ القانون الدولي الخاص وهو احترام توقعات الافراد في مجال العقود والامن القانوني .

٥- يجوز لاطراف الاستثمار الاجنبي الاتفاق على قانون اخر غير قانون الدولة المضيفة باستثناء المسائل ذات الصلة بقواعد البوليس والامن المدني ، ويحتاج العراق الى تعديل بعض القوانين مثل قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ وقانون الضرائب والرسوم وقوانين تتعلق بالزراعة حتى يوفر آلية سهلة وبسيطة لتطبيق قانون الاستثمار .وتظهر قراءة قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ ان بعض احكامه كانت خارجة على بعض المبادئ المذكورة انفاً ، وذلك من خلال اعتماده لمعيار جنسية المستثمر للتمييز بين المستثمرين فخصت المادة (٢٢) المستثمر الاجنبي بالاستفادة من المزايا الاضافية التي تمنحها الاتفاقيات الدولية في حين يقضي المبدأ الثاني باستفادة كل مستثمر بغض النظر عن جنسيته اذا اتصف مصدر رأس

ماله بالصفة الاجنبية فالعبرة في الاستفادة تكون بالنظر الى اجنبية رأس المال المستثمر لا اجنبية المستثمر ومقابل ذلك تشكل المادة (٢٢) تناقضاً واضح مع المادة (١٠) من القانون حيث منحت المادة الاخيرة المستثمر بغض النظر عن جنسيته جميع المزايا والتسهيلات والضمانات ولم تحدد مصدر ذلك أي سواء وردت في قانون او اتفاقية مقابل انها حددت مصدر التزامات المستثمر الواردة في قانون الاستثمار .كما تظهر قراءة المادة (١٣) انها جاءت قاصرة ، حيث قيدت سلطة المشرع بعدم تعديل احكام قانون الاستثمار ذات الصلة بالضمانات والاعتمادات ، وهذه يمكن ان توفرها قوانين اخرى ذات صلة بالضرائب والرسوم الكمركية والشركات والعمل وهذا يعني ان شرط الثبات التشريعي يستفاد منه المستثمر فقط من خلال عدم تعديل الضمانات والاعفاءات والتسهيلات الواردة في قانون الاستثمار فقط . دون تلك التي تنص عليها قوانين اخرى وبعبارة اخرى يملك المشرع تعديل القواعد الواردة في قانون العمل والشركات والتأمين والمصارف.فمبدأ الثبات التشريعي سيطبق ولكن بحدود ضيقة جداً وهذا يشكل احد العراقيل التي تعد من الاسباب المنفرة للاستثمار في العراق .كما ان المادة (٢/٢٧) تعطي حق الاتفاق على القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة الى اطراف الاستثمار غير العراقيين، في حين ان التمييز في هذا الاطار يغيب بين المستثمرين على اساس الجنسية طالما اتصفت اموالهم المستثمرة بالصفة الاجنبية . وعليه فان المستثمر يتمتع بجميع الاعفاءات والامتيازات بغض النظر عن جنسيته كما يستفاد من المادة (١٠) ويعد حق تحرير الاطراف لعقد الاستثمار من الخضوع لأحكام القوانين الوطنية والمحاكم احد اهم هذه الامتيازات . وهذا يعني بالمقابل ان المادة (٢/٢٧) هي الاخرى تعيش حالة تناقض مع المادة (١٠) والمبادئ المستقر العمل بها عالمياً في موضع الاستثمار .ونقترح هنا تقييد حرية اطراف عقد الاستثمار بالاتفاق على قانون غير القانون العراقي في مسائل عقود العمل بحيث تكون فقط في الجوانب الغير تنظيمية ، اما الجوانب التنظيمية فهي تخضع حصراً للقانون العراقي بوصفه قانون بلد التنفيذ .

الهوامش.

(١)ايمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشروالتوزيع،الطبعةالاولى٢٠١١ص٨٣
(٢)قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، الكتاب الثاني ، الباب الاول ، القسم الاول ، المادة رقم (٧٦٢) .
(٣)المستشار عبدالمنعم دسوقي ،التحكيم التجاري والدولي والداخلي في القانون الجديد رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤ ، مكتبة مربولي، ١٩٩٥ ، ص٥ .
(٤)د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، الموصل، دار الكتب للطباعة والنشر، ٢٠٠٠، ص٣٥٠
(٥)د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، ط١، بغداد، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٢، ص٢٨٠
(٦)عبد الجليل برتو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، بغداد، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر المحدودة، ١٩٥٧، ص٣٤٦.
(٧)د. مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، مجلة العدالة(تصدر عن وزارة العدل)، السنة الثانية، العدد الأول، بغداد، دار الحرية للطباعة، ٢٠٠٠، ص٢٥.
(٨)د.محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧ ، ص٢٠.
(٩)محمد ابو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والافريقية التي تبنت قانون اليونسترال النموذجي، بحث في مجلة التحكيم العربي، العدد الاول، مايو، ١٩٩٩، ص٨.
(١٠)د.علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، ط١٢، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٧٤٢.
(١١)محمد شهاب ، اساسيات التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية ، ٢٠٠٩ ،ص١٠.
(١٢)فؤاد العلواني، التحكيم التجاري الدولي في العراق الواقع والتوصيات، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع ، مايو٢٠٠٩، ص٣٦-٣٧.
(١٣)المواد (٢٥١-٢٧٦) من القانون المذكور.
(١٤)(م/٤٩) قانون سوق بغداد للاوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ التي نصت على أن " أولاً : تشكل بقرار من الوزير لجنة تحكيم يرأسها قاض من الصنف الثاني في الأقل يختاره وزير العدل وعضوية اثنين من أعضاء المجلس تكون مهمتها الفصل في المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في السوق، ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم ويثبت ذلك في أوراق هذه المعاملات.ثانياً : تكون قرارات لجنة التحكيم ملزمة لطرفي النزاع. ثالثاً: يحدد القرار الصادر بتشكيل اللجنة الإجراءات التي تتبع لرفع النزاع والفصل فيه ". (م/٩/ثالثا) من قانون الاتحاد العام للغرف التجارية والصناعية العراقية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٣ التي نصت على أن " القيام بدور الحكم أو المشاركة في التحكيم لحسم الخلافات التجارية والصناعية التي تقع بين اعضاء الغرف أنفسهم أو بينهم وبين الجهات الاخرى وتأليف لجان التحكيم وتسمية الخبراء والممثلين لهذا الغرض وابداء الرأي في كل ما له صلة بالموضوع."
(١٥)نشر في جريدة الوقائع العدد (٦٧٠) في ١٩٢٨/٧/١٩.
(١٦)نص(م/١) من البروتوكول المذكور.

(١٧)نص(م/٣) من البروتوكول المذكور.
(١٨)أحمد الورفلي، مداخلة حول التحكيم في العالم العربي والعرب واعادة اكتشاف التحكيم، بحث مقدم الى غرفة تجارة باريس، ٢٠٠٩، ص١ وما بعدها.
(١٩)فؤاد العلواني، مرجع سابق، ص٣٩
(٢٠)نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد (٣٣٢٦) ١٩٩٠/٩/٢٤.
(٢١)نصت (م/٦) منه على أن " تمتنع المحاكم وهيئات التحكيم العراقية من النظر في أية دعوى تقام داخل العراق ضد الحكومة العراقية أو مؤسساتها أو شركاتها أو أية جهة حكومية أو أي شخص عراقي طبيعي أو معنوي بما يتعارض والأحكام في أعلاه. ولا يعتد بأي قانون أو قرار مهما كانت طبيعته صدر أو يصدر عن أية محكمة أو هيئة تحكيمية أو أية جهة أخرى في الخارج بهذا الخصوص وتتحمل الجهات ذات العلاقة النتائج المترتبة على تنفيذها لأي قانون أو قرار يتعارض وهذا القانون."
(٢٢)نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد (٣٢٩٩) في ١٩٩٠/٣/١٩،
(٢٣) رزاق حمد العوادي ، قواعد التحكيم في النظام القانوني العراقي والاتفاقيات الدولية ، بحث منشور في شبكة الحوار المتمدن، سنة ٢٠١٢ ، ص ٥ ومابعدها .
(٢٤)قرار الهيئة التمييزية في رئاسة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية القرار رقم ٤٨٩/م/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٢/٤/١٨ .
(٢٥)د. حيدر طالب محمد علي ، الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين العدد ٢٠ الاصدار ١٠ ، العراق ، ٢٠٠٨ ، ص ١١٢ .
(٢٦)أ. صباح نجاح مهدي ، قراءة قانونية لمعوقات الاستثمار في العراق وطرق معالجتها ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العدد١ ، كلية القانون ، جامعة القادسية ، العراق ،٢٠١١، ص ٣٥٢ .
(٢٧) د. قيصر يحيى جعفر ، الاختصاص في حسم منازعات الاستثمار وفقا لاحكام قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ ،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد، العدد ٧ ،الاصدار الثاني ، ٢٠١٦، ص٢٦١ .
(٢٨)تطبيقا لذلك نصت الفقرة ١٠ من العقد المبرم بين الحكومة العراقية المتمثلة بمحافظ النجف والمستثمر الاجنبي شركة العقيق حيث نصت على انه (في حال وجود أي خلاف مابين الطرفين يعتمد مركز دولي للتحكيم الدولي للتحكيم مابين الطرفين ابرم هذا العقد في دولة الكويت بتاريخ ٢٠٠٨/١/٧ .
(٢٩)ا. صباح نجاح مهدي ، مرجع سابق ،ص٣٥٤ .
(٣٠) د.هفال صديق اسماعيل ، التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبي،منشاة المعارف ، الاسكندرية،سنة٢٠١٦ ص١٣٠
(٣١)د. عبدالله سعيد عبدالله البرواري ، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية ، تطبيقات من خلال المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ٢٠١٤ ، ص ٣١٤ .
(٣٢)د. عمار طارق عبدالعزيز ، دور التحكيم في منازعات العقد الاداري ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، العدد ١٤ ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص١٤٨ .
(٣٣) هذه التعليمات منشورة في جريدة الوقائع العراقية العدد ٣٢٥ في ٢٠١٤/٦/١٦ .
(٣٤) نشر قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٧ في صحيفة الوقائع العراقية العدد ٤٠٦٢ الصادرة بتاريخ ٢٠٠٨/٢/١٨
(٣٥)د . حيدر ادهم عبدالهادي ، التحكيم كطريقة لتسوية المنازعات في ضوء قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ ، بحث مقدم ضمن اعمال المؤتمر العلمي السنوي لقسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة بعنوان النظام القانوني للتحكيم في التشريعات العراقية المنعقد في ٢٠١٤/١١/٢٦ ، ص ١٢ .
(٣٦)د.طالب حسن موسى، التجارة الدولية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص٢٢٨
(٣٧) سمير جاويد ، التحكيم كآلية لفض المنازعات ، الطبعة الاولى ،دار القضاء ابو ظبي ، ٢٠١٤ ، ص٢١.
(٣٨)د.قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ط١،مطبعة الخلود، بغداد، بدون سنة، ص ٤٦٤
(٣٩)سمير جاويد ، مرجع سابق ، ص ٢٠ .
(٤٠)د.قحطان عبد الرحمن الدوري، مصدر سابق، ص ١٠٦ .
(٤١)قانون التحكيم العماني ، مرسوم سلطاني رقم ٤٧/٩٧ المادة (١٠) ثانياً .
(٤٢)وائل انور بندق، موسوعة التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠١، ص٢٨٦ .

المصادر :
١. المستشار عبدالمنعم دسوقي ،التحكيم التجاري والدولي والداخلي في القانون الجديد رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤ ، مكتبة مربولي
٢. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، الموصل، دار الكتب للطباعة والنشر، ٢٠٠٠ .
٣. د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، ط١، بغداد، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٢.
٤. عبدالجليل برتو،شرح قانون أصول المرافعات المدنيةوالتجارية بغدادالشركةالإسلامية للطباعةوالنشرالمحدودة، ١٩٥٧.
٥. د. مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، مجلة العدالة(تصدر عن وزارة العدل)، السنة الثانية، العدد الأول، بغداد، دار الحرية للطباعة، ٢٠٠٠.
٦. د.محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧.
٧. محمد ابو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والافريقية التي تبنت قانون اليونسترال النموذجي، بحث في مجلة التحكيم العربي، العدد الاول، مايو، ١٩٩٩.
٨. د.علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، ط١٢، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٩. محمد شهاب ، اساسيات التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية ، ٢٠٠٩.
١٠. فؤاد العلواني، التحكيم التجاري الدولي في العراق الواقع والتوصيات، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع ، مايو٢٠٠٩.
١١. أحمدالورفلي،مداخلةحول التحكيم في العالم العربي والعرب واعادةاكتشاف التحكيم،بحث مقدم الى غرفةتجارةباريس.
١٢. رزاق حمد العوادي ، قواعد التحكيم في النظام القانوني العراقي والاتفاقيات الدولية ، بحث منشور في شبكة الحوار المتمدن، سنة ٢٠١٢.
١٣. د. حيدر طالب محمد علي ، الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين العدد ٢٠ الاصدار ١٠ ، العراق ، ٢٠٠٨.
١٤. أ. صباح نجاح مهدي ، قراءة قانونية لمعوقات الاستثمار في العراق وطرق معالجتها ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العدد١ ، كلية القانون ، جامعة القادسية ، العراق ،٢٠١١.
١٥. قيصر يحيى جعفر ، الاختصاص في حسم منازعات الاستثمار وفقا لاحكام قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد ٧ ، الاصدار الثاني ، ٢٠١٦.
١٦. هفال صديق اسماعيل ، التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبي ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، سنة ٢٠١٦ .
١٧. د. عبدالله سعيد عبدالله البرواري ، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية ، تطبيقات من خلال المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ٢٠١٤.
١٨. عمار طارق عبدالعزيز ، دور التحكيم في منازعات العقد الاداري ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، العدد ١٤ ، بغداد ، ٢٠١٢.
١٩. د . حيدر ادهم عبدالهادي ، التحكيم كطريقة لتسوية المنازعات في ضوء قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ ، بحث مقدم ضمن اعمال المؤتمر العلمي السنوي لقسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة بعنوان النظام القانوني للتحكيم في التشريعات العراقية المنعقد في ٢٠١٤/١١/٢٦.
٢٠. طالب حسن موسى، التجارة الدولية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥.
٢١. سمير جاويد ، التحكيم كآلية لفض المنازعات ، الطبعة الاولى ،دار القضاء ابو ظبي ، ٢٠١٤.
٢٢. قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي،ط١،مطبعة الخلود، بغداد، بدون سنة.
٢٣. وائل انور بندق، موسوعة التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ .

مصادر اخرى :
١. قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل
٢. جريدة الوقائع العراقية العدد (٣٣٢٦) ١٩٩٠/٩/٢٤ والعدد (٣٢٩٩) في ١٩٩٠/٣/١٩، والعدد ٣٢٥ في ٢٠١٤/٦/١٦ والعدد ٤٠٦٢ الصادرة بتاريخ ٢٠٠٨/٢/١٨ .
٣. قرار الهيئة التمييزية في رئاسة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية القرار رقم ٤٨٩/م/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٢/٤/١٨ .
٤. قانون التحكيم العماني ، مرسوم سلطاني رقم ٤٧/٩٧ المادة (١٠) ثانياً .
٥. قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٧ .