مجلة

كلية التـــراث الجامعة

مجلة علمية محكمة

متعددة التخصصات نصف سنوية

العدد السابع والثلاثون

15 حزيران 2023

ISSN 2074-5621

رئيس هيئة التحرير

أ.د. جعفر جابر جواد

مدير التحرير

أ. م. د. حيدر محمود سلمان

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق 719 لسنة 2011

مجلة كلية التراث الجامعة معترف بها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بكتابها المرقم (ب 3059/4) والمؤرخ في (2014/ 4/7)

التحكيم الدولي

م.م انعام ستوري سلمان
المديرية العامة تربية بغداد - الكرخ الثانية

الملخص البحث
تاكدت اهمية اللجوء الى التحكيم بعد صدور قوانين الاستثمار في كثير من الدول النامية التي حرصت على تضمين قوانينها مجموعة من المزايا والضمانات الكفيلة بتشجيع وجذب المستثمرين الاجانب واتجاه ارادة حماية الاستثمارات الاجنبية التي يجب ان تحظى باهتمام كونها وسيلة لتحقيق سياسات التنمية الاقتصادية لذا وضع التحكيم في خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية التي لا تقتصر على تشجيع الاستثمار الخاص الاجنبي وانما يجب ان تشمل المصلحة المتبادلة للطرفين وهو ما يقبتضي الاخذ في الاعتبار الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار. ولغرض بيان ماهية التحكيم الدولي فقد قسمنا فصل الدراسة على مبحثين تناولنا في المبحث الاول ماهية التحكيم الدولي والذي يتفرع بدوره الى مطلبين تناوولنا في المطلب الاول التعريف بالتحكيم والمطلب الثاني اشكال التحكيم اما المبحث الثاني فقد تعرضنا فيه الى فعالية التحكيم كضمانة اجرائية للمستثمر والذي يتفرع عنه مطلبين تناولنا في المطلب الاول استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار والمطلب الثاني جاء في بيان اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع(مبدأ الاختصاص بالأختصاص) وفي الختام اهم النتائج والتوصيات التي توصله لها الباحث .
الكلمات المفتاحية: التحكيم ،اشكاله،شرط التحكيم ،مشارطة التحكيم.

Abstract
The importance of resorting to arbitration was confirmed after the issuance of investment laws in many developing countries, which were keen to include in their laws a set of advantages and guarantees to encourage and attract foreign investors and the direction of the will to protect foreign investments, which must receive attention as a means to achieve economic development policies. Therefore, arbitration was put in the service of relations International economic, which is not limited to encouraging foreign private investment, but must include the mutual interest of the two parties, which requires taking into account the special nature of investment disputes. For the purpose of explaining the nature of international arbitration, we divided the study chapter into two sections. In the first section, we dealt with the nature of international arbitration, which in turn is divided into two requirements. We dealt in the first requirement, the definition of arbitration, and the second requirement, the forms of arbitration. As for the second topic, we dealt with the effectiveness of arbitration as a procedural guarantee for the investor, which branches out into two requirements that we dealt with. In the first requirement, the independence of the arbitration clause from the investment contract, and the second requirement stated in the statement of the arbitrators' competence to adjudicate the dispute (the principle of jurisdiction) and in conclusion the most important findings and recommendations that the researcher reached.

المقدمة :
ان تحديد حقوق والتزامات المستثمرين ضمن اقليم الدولة المستثمرة من خلال تنظيمها ضمن اطار تشريعي واتفاقي بصورة منظمة ودقيقة فان ذلك لا يكفي لطمأنة المستثمرين وتشجيعهم للاستثمار فيها ،فلا بد من وجود وسائل تحمي تلك الحقوق في حالة الأخلال بها .
وبالرغم من التعاون المتبادل بين الدولة المستثمرة والمستثمرين على تحدي تلك الحقوق والالتزامات من حيث النطاق او المضمون ،الا انه قد يحصل تنازع بين الطرفين في المضمون الدقيق للحقوق والتي يتمتع بها المستثمر والالتزامات المترتبة عليه بسبب اخلال الدولة المستثمرة بالتزاماتها وتعهداتها.
لذلك يسعى المستثمرون الحصول على وسائل محايدة وفعالة لتسوية منازعات الاستثمار ،وعلى الرغم من تعدد الوسائل التي يمكن ان يلجأ اليها الاطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها،الا ان التحكيم يعد طريقة مقبولة لتسوية

منازعات الاستثمار حيث انه يعد وسيلة فعالة لحسم منازعات الاستثمار حيث اصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال لان يعد ضمانة اجرائية للمستثمرين لحسم منازعاتهم مع الدولة الجاذبة للاستثمار لانهم ينظرون الى قضاء تلك الاخيرة نظرة شك وريبة ،فضلا عن ذلك السرية التي يمتاز بها التحكيم والتي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار فهو يأتي منسجما مع رغبة المستثمرين بالابتعادد عن اللجوء الى القضاء الوطني للدولة المستثمرة وهذا ما يساعد في الحفاظ على اسرار المستثمرين وتجنب المساس بمركزهم وسمعتهم في مجال النشاط التجاري فضلا عن السرعة التي يتميز بها التحكم في البت والفصل في النزاع وفضلا عن ذلك يتم اللجوء الى التحكيم لما تتمتع بع عقود الاستثمار من خصوصية كون الدولة الجاذبة الاستثمار طرفا في تلك العقود وهذا ما يكون دافعا للمستثمرين لجعل التحكيم ضمانة اجرائية لحماية استثماراته.

خطة البحث :

لأجل تسليط الضوء على ما تقدم اعلاه سوف نقسم هذا الفصل على مبحثين وكلأتي :

المبحث الأول: ماهية التحكيم الدولي

المطلب الأول: التعريف بالتحكيم

المطلب الثاني: أشكال اتفاق التحكيم

المبحث الثاني : فعالية التحكيم كضمانة اجرائية لحسم منازعات الاستثمار ،

المطلب الاول:استقلال شرط التحكيم عن عقد الأستثمار

المطلب الثاني:اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع

ثم خاتمة البحث التي تتضمنها أهم النتائج والتوصيات التي سنتوصل اليها في بحثنا هذا .

مشكلة البحث:

. التحكيم يعد من الوسائل المهمة التي يلجأ اليها المتعاقدون في كافة العقود وعلى الاخص في عقود الاستثمار الاجنبية لحل المنازعات التي يمكن ان تثار، الى الحد الذي يمكن ان نقول بأن التحكيم اصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، ويرجع هذا الى المميزات التي يتميز بها والتي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار ،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 الاجنبي،ومن جانب اخر ما تتميز به سرية ،الامر الذي يؤدي الى تجنب المساس بمركزهم وبسمعتهم لمجال النشاط الاقتصادي ،هذا فضلا عن السرعة في البت في النزاع مما يؤدي الى توفير الوقت .

ومنه نطرح الاشكالية التالية : ان التزايد المستمر في عدد المنازعات القانونية الاستثمارية وعدم وجود قانون يعالج التحكيم بوصفه وسيلة لحل منازعات الاستثمار دفعنا للبحث في ذلك وللاجابة على هذه الاشكالية ،اتبعنا منهج الدراسة المقارنة وعالجنا الموضوع في مبحثين.

اهداف البحث:

يهدف البحث الى

- التعرف ماهية التحكيم الدولي
- التعرف على فعالية التحكيم كضمان اجرائي للمستثمرين.

حدود البحث:

الحدود الموضوعية:التحكيم الدولي

الحدود المكانية : العراق- بغداد

الحدود الزمانية:تم اجراء البحث في سنة 2023

المبحث الأول:- ماهية التحكيم الدولي

المطلب الأول :- التعريف بالتحكيم

التحكيم لغة

التحكيم لغة يعني التفويض في الحكم ومصدره (حكم) يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما اي اذا فوضت اليه الحكم فيه فأحتكم عليه في ذلك ،وحكموه فيما بينهم ،أمروه أن يحكم في الأمر أي جعلوه حكما فيما بينهم.

قال تعالى "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما بينهم"

التحكيم اصطلاحا :

اما مصطلح التحكيم فقد وردت بشأنه تعريفات عدة ،نلحظ فيها تركيزها على جوانب معينة فيه،جانب الفقة فقد ركز البعض منهم على الوطيفة التي يقوم بها التحكيم ،اذ انه لديهم يعني "احالة النزاع او الخلاف القائم بين شخصين على الاقل من اجل حسمه بعد سماع المتنازعين بطريقة قضائية وذلك بوساطة اشخاص ليسوا من قضاة المحاكم[1] وان كانت مسألة وضع تعريف للتحكيم قد أوجدت خلافا فقهيا ،فان هذا الخلاف يمكن تلمسه ايضا في القوانين التي عالجت أحكام التحكيم في مدى تعريفها له من عدمه.

ومن القوانين التي وضعت تعريفا للتحكيم قانون التحكيم المصري اذ ذهب الى انه ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا الناع بأرادتهما الحرة،سواء اكانت الجهة التي تتولى اجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة ام مركزا دائما للتحكيم ام لم يكن كذلك" وكذلك قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1994 اذ نصت المادة (1) منه على ان التحكيم هو "طريقة خاصة لفصل بعض اصناف النزاعات من هياة التحكيم،يسند اليها الاطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم[2] اما قانون المرافعات الهولندي فقد بين المقصود بالعقد التحكيكي حسب نص المادة (1020)ف(2) منه التي نصت على "ان عبارة العقد التحكيمي تعني الاتفاق التحكيمي الذي يلتزم الاطراف بموجبه على احالة خلاف ناشيء فيما بينهم على التحكيم[3] في حين نهجت قوانين اخرى منهجا مغايرا ،اذ لم تورد اي تعريف للتحكيم وانما اكتفت ببيان جواز لجوء الاطراف بالاتفاق عليه كطريق لفض المنازعات الناشئة او التي ستنشأ بينهم كقانون المرافعات الفرنسي رقم 81/500 لسنة 1981 النافذ حيث لم يعرف التحكيم لكنه اجاز اللجوء اليه لحسم المنازعات الناشئة اوالتي نشأت بينهم فيما بعد [4] ،وكذلك القانون الدولي الخاص السويسري،وقانون المرافعات العراقي وقانون الاستثمار العراقي النافذ الذي اكتفى بالنص في المادة (27/ف4) منه على انه (يجوز لأطراف النزاع الالتجاء الى التحكيم وفقا للقانون العراقي..) واذا كنا قد تطرقنا الى الجانب التشريعي والفقهي نجد من المهم التطرق الى الجانب القضائي هذا الامر ،فقد ذهبت الاتجاهات القضائية الى تعريفه بصور عده منها:-ما ذكرته المحكمة الدستورية العليا المصرية من انه"عرض النزاع المعين بين الطرفين على محكم من الاغيار يعين بأختيارهما او بتفويض منهما على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبه الممالأه،مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي احالها الطرفان[5] ويعرف حكم التحكيم بانه العمل الذي يمنح بمقتضاه احد قضاة الدولة لحكم التحكيم القوة التنفيذية[6] وتنظم الدول مسألة تنفيذ أحكام التحكيم بموجب قوانينها فبعضها ينظم ذلك من خلال قانون المرافعات فيما ينظمها البعض الاخر قوانين خاصة بالتحكيم مع الاخذ بنظر الاعتبار نصوص الاتفاقيات الدولية[7]

يمكن ان نخلص مما ورده اعلاه ان التحكيم ضمانة اجرائية لحسم منازعات الاستثمار وطريق استثنائي يلجأ اليه اطراف عقد الاستثمار بناءا على اتفاقهما المتخذ اما شرطا يرد ضمن بنود عقد الاستثمار قبل نشوء النزاع او مشارطة تحكيم تبرم قبل او بعد نشوء النزاع وذلك بهدف حل نزاعاتهم بعيدا عن المماطلة بحكم ملزم ونهائي يقطع دابر الخصومة[8]

المطلب الثاني:- أشكال أتفاق التحكيم

يرد اتفاق التحكيم كشرطا ضمن نصوص عقد الاستثمار او في اتفاق مستقلا عن عقد الاستثمار ويبدو لنا ان لاتفاق التحكيم شكلين هما

- شرط التحكيم
- مشارطة التحكيم .

فبالنسبة لشرط التحكيم فهو عبارة عن نص وارد ضمن نصوص عقد الاستثمار يقرر الالتجاء الى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه[9] اما بالنسبة لمشارطة التحكيم فهي اي اتفاق بي

---

[1] ابن منظور، لسان العرب ،ج15 ، ص688

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

[3] د.غسان محمد المعموري،عقد الاستثمار الاجنبي،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة بابل 2006،ص164

[4] د.يعقوب يوسف صرخوه،احكام المحكمين وتنفيذها،ط2،بلا دار نشر،الكويت،1986،ص98

[5] نفس المصدر.

[6] د.رشا خليل عبد، التحكيم في المنازعات ومدى تأثره بسيادة الدولة ،مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية،العدد(1)،المجلد(4)،2011

[7] د.زهير الحسني،النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي لنزاعات الاستثمار ،مجلة التشريع والقضاء ،العدد(2)،المجدل (2)

[8] د.نبيل زيد سليمان،،تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية،دار النهضة العربية،القاهرة،2006،ص76

[9] د.منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي،منشأة المعارف،الاسكندرية،1997،ص87

ان اطراف العلاقة الاستثمارية في عقد مستقل يتقرر بموجبه عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل على التحكيم لحلها. يتبين لنا من التعاريف المتقدمة ان شرط التحكيم يرد لغرض حسم منازعه محتمله الوقوع اما مشارطة التحكيم فأنها تمثل عقد مستقل لحسم منازعة نشأت بالفعل ويراد حسمها عن طريق التحكيم. اما بالنسبة للقانون العراقي فنجد ان قانون المرافعات العراقي النافذ لم يفرق بين شرط التحكيم او مشارطة التحكيم حيث انه أجاز الأتفاق على التحكيم في نزاع معين او جميع انواع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين ل،كن نجد ان محكمة تمييز العراق قد اشارت الى اشكال التحكيم ضمن ثنايا قرارها المرقم363 مدنية أولى 74في 1975/2/5حيث اشار على (ان التحكيم في القانون نوع واحد حسب المادة (251) مرافعات وان الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو ان يكون ثابتا بالكتابة حسب المادة (252)المعدلة من قانون المرافعات ويستوي في ذلك ان يكون الأتفاق عليه قد تم وقت التعاقد او تم بأتفاق مكتوب مستقل أو تم الأتفاق عليه اثناء المرافعة)[10] وبالتالي يتبين لنا من الحكم اعلاه ان محكمة التمييز اجازت الاتفاق على التحكيم وقت التعاقد اي كشرط ضمن بنود العقد المبرم بين الطرفين وهو ما يطلق علية (شرط التحكيم) وكذلك أجازت المحكمةان يكون الأتفاق على التحكيم عن طريق عقد مستقل وهذا ما يطلق عليه (مشارطة التحكيم)

اما القانون المصري فهو ايضا لم يفرق بين شرط ومشارطة التحكيم حيث وضع كل من شرط التحكيم ومشارطته على قدم المساواة بحيث جمعهما بمصطلح واحد اسماه(اتفاق التحكيم)[11] اما القانون الفرنسي فقد اشاره قانون المرافعات الفرنسي النافذ الى شرط التحكيم في نص المادة (1442) منه على انه (الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على احالة النزاعات التي تنشأعن العقد الى التحكيم،الا انه ما يؤاخذ على المشرع الفرنسي لم يبين المقصود بمشارطة التحكيم ولكنه اشاره الى تعريف اتفاق التحكيم بشكل عام في نص المادة (1447)من قانون المرافعات النافذ بانه(عقد يحيل بموجبه اطراف نزاع ناشيء هذا النزاع الى التحكيم شخص او اشخاص عدة)ويبدو من خلال ذلك ان المشرع الفرنسي اراده بأتفاق التحكيم مشارطة التحكيم نفسه. اما القانون السعودي فأنه ايضا لم يفرق بين شرط التحكيم ومشارطته حيث جاء بنص عام اجازه فيه الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم كما اجاز الاتفاق مسبقا على التحكيم في اي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين[12] اما بالنسبة للأتفاقيات الدولية فنجد ان اغلب هذه الأتفاقيات قد اشارت الى شرط ومشارطة التحكيم تحت مصطلح (اتفاق التحكيم)[13] ويسعى المستثمرين جاهدين على ادراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار المبرمة مع الدولة الجاذبة للأستثمار ولو كان ذلك على حساب عدم اتمام العقد والمثال على ذلك هو عقد(ديزني وورلد) المبرم بين فرنسا وشركة امريكية حيث اشترط المستثمر الأمريكي لغرض اتمام العقد تضمينه شرط يتقرر بموجبه احالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد الى التحكيم وبعد مفاوضات وافقت فرنسا بالشرط التحكيمي[14]

المبحث الثاني :- فعالية التحكيم كضمانة اجرائية للمستثمر

المطلب الاول:-استقلال شرط التحكيم عن عقد الأستثمار

ويقصد بذلك استقلال الاتفاق المبرم على شكل شرط التحكيم والمدرج ضمن بنود عقد الاستثمار عن هذا الاخير ومن المؤثرات التي تؤثر بصحته[15]يتبين لنا من ذلك ان بطلان عقد الاستثمار لا يؤثرعلى شرط التحكيم المدرج ضمن بنود هذا العقد والعكس الصحيح اي ان بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على عقد الاستثمار وهذا ما يؤدي الى تحقيق الفعالية المطلوبة للتحكيم كضمانة للمستثمرين في حسم منازعاتهم الاستثمارية ولكن السؤال الذي يطرح هنا ما هو الأساس القانوني لاستقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار؟

للأجابة على هذا السؤال يمكن القول أن أساس المبدأ المتقدم قد أشارت اليه بعض التشريعات والتي اخذت وبشكل صريح بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار فبالنسبة للقانون العراقي لم يشير ضمن نصوص قانون المرافعات النافذ الى استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد اشار قانون التحكيم المصري النافذ الى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في نص المادة(23) منه والتي نصت على انه (يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى ولا يترتب على

[10] د.منير عبد المجيد ،التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي،منشأة المعارف،الاسكندرية،1997،ص89
[11] د.محمود مختار بريري،التحكيم التجاري الدولي،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،1999،ص6
[12] د.محمود عبد الكريم حافظ،القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ،دار الحرية للطباعة،بغداد 1977،ص81
[13] د.قاسم عبد المجيد ،تنفيذ الاحكام الاجنبية وفق القانون الاردني والاتفاقيات الدولية ،ط1ظندار وائل، للنشر،عمان،2003،ص9
[14] د.محمد نور شحاته، الرقابة على احكام المحكمين ،دار النهضة العربية،القاهرة،بلا تاريخ،ص67
[15] د.فوزي محمد سامي،التحكيم التجاري الدولي،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان 1992،ص 76

بطلان العقد او فسخه او انهاءه اي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه اذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته) اما القانون الفرنسي فلم يشير قانون المرافعات الفرنسي النافذ الى استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي ولكن القضاء الفرنسي قد اقر استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي وهذا ما نجده في الحكم الذي اصدرته محكمة النقض الفرنسية في قضية (COSSET) الصادر في 7مايو 1963 حيث جاء في حيثيات الحكم على انه (في مجال التحكيم الدولي فأن اتفاق التحكيم سواء كان مبرما على نحو منفصل او كان مدرجا في التصرف القانوني المتعلق به،فأنه يتمتع بأستقلال قانوني كامل بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان الا في بعض الظروف الاستثنائية[16]اما القانون الانكليزي فقد اشار الى قانون التحكيم الانكليزي لسنة 1996 الى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد وذلك بموجب نص المادة (7) منه.وقد اشار ايضا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 الى استقلال شرط التحكيم في نص المادة (16ف1) والتي اشارت (ينظر الى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى واي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم) والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو ما أثر بطلان العقد على شرط التحكيم ؟ بمعنى هل يترتب على بطلان العقد بطلان شرط التحكيم وهل يترتب على بطلان الشرط بطلان العقد؟ام يستقل كل منهما عن الاخر صحة وبطلانا؟ ذهب المشرع الفرنسي الى ان بطلان شرط التحكيم لا يكون له اثر في بقاء العقد،واعتبر شرط التحكيم في هذه الحالة كأن لم يكن، وهذا يعني ان العقد المتضمن هذا الشرط يظل صحيحا نافذا على الرغم من بطلان شرط التحكيم ويترتب على بطلان شرط التحكيم احالة المنازعات الناشئة عن العقد الى المحكمة او الهيئة القضائية المختصة [17] وهذا ما ذهب اليه المشرع المصري في قانون التحكيم المصري لسنة 1994،حيث قرر اعتبار شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد ولا يترتب عليه بطلان العقد او فسخه او انهائه،كما اكدت قواعد لجنة القانون التجاري الدولي للامم المتحدة لسنة 1977 على استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه،وان هيئة التحكيم تتمتع بسلطة الفصل في وجود او صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم الو.ارد به جزءا لا يتجزأمنه. وان على هيئة التحكيم ان تنظر الى هذا الشرط باعتباره اتفاقا مستقلا عن النصوص الاخرى للعقد،وبناءا على ما سبق يمكن القول انه اذا طعن احد المتعاقدين في صحة العقد وتمسك ببطلانه لاي سبب من اسباب البطلان ،فأن ذلك لا يؤثر احد المتعاقدين في صحة العقد وتمسك ببطلانه لاي سبب من اسباب البطلان ،فان ذلك لا يؤثر في شرط التحكيم المدرج في العقد طالما كان هذا الشرط صحيحا في ذاته،وبالتالي فان طلب الطاعن او موافقتهعلى احالة النزاع الى التحكيم لا تعني التنازل عن طعونه ولا تعني التسليم بصحة العقد[18]

المطلب الثاني :- اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع (مبدأ الاختصاص بالأختصاص)

يترتب على اتفاق التحكيم التزام اطراف عقد الاستثمار بعرض النزاع الذي نشأ بينهم على المحكم او المحكمين الذين يتم اختيارهم فيه وذلك بدلا من اللجوء الى المحكمة القضائية المختصة اصلا بنظر النزاع وهذا هو الاثر الايجابي لاتفاق التحكيم اما الاثر السلبي فيتمثل في امتناع هؤلاء الاطراف عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني ومنع هذا القضاء الفصل فيها[19] ويقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو ان يختص المحكم بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة بأختصاصه وتحديد نطاق سلطته وتقرير فيما اذا كان النزاع صحيحا ام لا[20] اي لو اعترض احد اطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع او بعد وجود اتفاق يشير اللجوء الى التحكيم فأن الذي يفصل في ذلك هم المحكمين انفسهم وليس للمحكمة القضائية ان تفصل في مسألة اختصاص المحكمين وهذا ما يؤدي الى ابراز فعالية التحكيم كوسيلة ضامنة لحسم منازعات الاستثمار من خلال السرعة في حسم المنازعات بعيدا عن طريق الماطلة واضاعت الوقت .كما ان الاساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه مستمده من مصادر عديدة منها القوانين الوطنية للعديد من الدول او الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم وكذلك الغالبية العظمى من لوائح التحكيم وايضا احكام التحكيم نفسها تقرر ذلك الاختصاص[21] ونجد ان المشرع العراقي لم يتعرض في قانون المرافعات النافذ الى مبدأ الاختصاص بالاختصاص) اما القانون المصري فقد اشار قانون التحكيم المصري النافذ في نص المادة (22ف1)الى مبدأ الاختصاص

---

[16] هدى سعدون لفته،التحكيم في عقود الاستثمارات الاجنبية- دراسة مقارنة –رسالة ماجستير،كلية القانون،جامعة بابل 2009،ص66

[17] د.مصطفى الجمال،امتداد شرط التحكيم خارج الاطار التقليدي للعقد المتعلق به،مجلة الدراسات القانونية،كلية الحقوق،جامعة بيروت العربية،العدد السابع تموز(يوليو)،2001،ص68

[18] د.حفيظة السيد الحداد،الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2001،ص44

[19] د.احمد مخلوف،اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية،دار النهضة العربية،2003،ص130

[20] د.عبد الحميد الاحدب ،موسوعة التحكيم والتحكيم الدولي،الجزء الثاني،دار المعارف،1998،ص153

[21] د.عبد الحميد الاحدب،المصدر السابق ،ص 154

بالاختصاص[22] وذهب قانون التحكيم الانكليزي لسنة1996 الى الاشارة الى مبدأالاختصاص بالاختصاص في نص المادة (9ف4)من القانون. اما بالنسبة للاتفاقيات الدولية المختصة بالتحكيم فقد اقرت بعض هذه الاتفاقيات مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه.لذلك نجد ان الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 قد اشارت الى مبدأ الاختصاص بالاختصاص في نص المادة (5/ف3)من الاتفاقية فقد نصت على انه (مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي فأنه يقضي على المحكم المطعون بصلاحيته الا يتخلى عن القضية،وهو له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم او صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءا منه) يبدو لنا من نص الاتفاقية اعلاه قد ارادت تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص وجعلته مبدأ الزاميا وعلى المحكم اذا وجبت عليه عدم التخلي عن الدعوى عند المنازعة في اختصاصه،وايضا اشارت اتفلقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 على مبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك في نص المادة(1/ف1)من الاتفاقية[23] ان تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص يقطع الطريق بوجه الطرف الذي يحمل سوء النية والذي يهدف الى تعطيل اجراءات التحكيم فيما لو اجاز له الطعن في اختصاص المحكمين امام القضاء[24]

النتائج والتوصيات :- اهم النتائج التي توصله لها الباحث والتوصيات وكما يلي

النتائج

1- يعد التحكيم ضمانة اجرائية للاستثمار فهو طريق استثنائي يلجأاليه اطراف عقد الاستثمار بناءا على اتفاقهما المتخذ اما شرطا يرد ضمن بنود عقود الاستثمار قبل نشوء النزاع او مشارطة تحكيم تبرم قبل او بعد نشوء النزاع وذلك بهدف حل نزاعاتهم بعيداً عن المماطلة بحكم ملزم ونهائي يقطع دابر الخصومة
2- من أشكال اتفاق التحكيم هو شرط التحكيم ومشارطة التحكيم حيث يمكن ان يرد كشرط ضمن بنود عقد الاستثمار وهذا ما يسمى بشرط التحكيم ،او يمكن ان يكون في اتفاق مستقلا عن عقود الاستثمار وهذا ما يسمى (مشارطة التحكيم)
3- لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة اجرائية لحسم منازعات الاستثمار يتوجب عليه تبني العديد من المبادء القانونية المتمثلة باختصاص المحكمين في الفصل في النزاع(مبدأ الاختصاص بالاختصاص)

التوصيات :

1- نقترح على المشرع العراقي اعداد مشروع قانون التحكيم مع ظرورة الاسترشاد بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعد من قبل لجنة الامم المتحدة لسنة 1985 والمعدل سنة 2006 بما يتناسب ونظامنا القانوني وواقع السياسة الاقتصادية في العراق .
2- تنظيم التحكيم في اطار المؤسسات الاقليمية والدولية ليكون ضمانة اجرائية للمستثمرين وعاملا مشجعا للاستثمار في العراق
3- الانضمام الى الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم وعلى وجه الخصوص اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية وايضا اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الاخرى لسنة 1965 وغيرها من الاتفاقيات المعنية بهذا الشأن.
4- تعديل تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم 30 لسنة 1928 ليشمل بالاضافة الى تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ووفقا للشروط التي يتطلبها القانون .

المصادر:

1- ابن منظور، لسان العرب ،ج15 .
2- د.احمد مخلوف،اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية،دار النهضة العربية،2003
3- د.حفيظة السيد الحداد،الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2001
4- د.رشا خليل عبد، التحكيم في المنازعات ومدى تأثره بسيادة الدولة ،مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية،العدد(1)،المجلد(4)،2011
5- د.زهير الحسني،النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي لنزاعات الاستثمار ،مجلة التشريع والقضاء ،العدد(2)،المجلد (2).

[22] د.محسن شفيق،القانون التجاري الدولي،دار النهضة العربية،القاهرة،1997ظنص85
[23] د.مصطفى محمد الجمال ,د.عكاشة عبد العال,التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ,ط,منشأة المعارف,الاسكندرية،1988.ص109
[24][24] د.مهند احمد الصانوري،دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،2005،ص47

6- د.عبد الحميد الاحدب ،موسوعة التحكيم والتحكيم الدولي،الجزء الثاني،دار المعارف،1998
7- د.غسان محمد المعموري،عقد الاستثمار الاجنبي،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة بابل 2006
8- د.فوزي محمد سامي،التحكيم التجاري الدولي،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان 1992.
9- د.قاسم عبد المجيد ،تنفيذ الاحكام الاجنبية وفق القانون الاردني والاتفاقيات الدولية ،ط1، دار وائل، للنشر،عمان،2003
10- د.منيرعبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي،منشأة المعارف،الاسكندرية،1997
11- د.منير عبد المجيد ،التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي،منشأة المعارف،الاسكندرية،1997
12- د.محمود مختار بريري،التحكيم التجاري الدولي،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،1999.
13- محمود عبد الكريم حافظ،القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ،دار الحرية للطباعة،بغداد 1977.
14- - د.محمد نور شحاته، الرقابة على احكام المحكمين ،دار النهضة العربية،القاهرة،بلا تاريخ
15- د.مصطفى الجمال،امتداد شرط التحكيم خارج الاطار التقليدي للعقد المتعلق به،مجلة الدراسات القانونية،كلية الحقوق،جامعة بيروت العربية،العدد السابع تموز(يوليو)،2001.
16- د.مصطفى محمد الجمال ,د.عكاشة عبد العال,التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ,ط1,منشأة المعارف,الاسكندرية،1988.
17- د.محسن شفيق،القانون التجاري الدولي،دار النهضة العربية،القاهرة،1997.
18- د.مهند احمد الصانوري،دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،2005
19- د.نبيل زيد سليمان،،تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية،دار النهضة العربية،القاهرة،2006.
20- هدى سعدون لفته،التحكيم في عقود الاستثمارات الاجنبية- دراسة مقارنة –رسالة ماجستير،كلية القانون،جامعة بابل 2009.
21- د.هشام خالد ،القانون القضائي الدولي الخاص،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2001.
22- د.يعقوب يوسف صرخوه،احكام المحكمين وتنفيذها،ط2،بلا دار نشر،الكويت،1986