اثر التحكيم التجاري الدولي على فض النزاعات الاستثمارية

م.د علي صلاح كريم

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/مكتب وكيل الوزارة للشؤون الادارية

Ali.s.kareem@mohesr.edu.iq

الملخص

ان تخوف المستثمر من اللجوء للقضاء الوطني في سبيل فض النزاع الذي ينشأ بينه وبين الدولة، يدفعه الى اعتماد التحكيم لاعتباره الوسيلة الأكثر اماناً من اجل حل النزاع، فالتحكيم هو القضاء الخاص بالمنازعات الاستثمارية، وهو وسيلة لتشجيع الاستثمارات الخارجية وبالتالي نمو التجارية الدولية.

فاللجوء الى التحكيم يمنح اطراف النزاع سلطة واسعة في تقرير الطريقة المناسبة لفض هذا النزاع، فهو يمكنهم من اختيار المحكمين وكذلك القانون المراد تطبيقه على الواقعة، كما ان الواقع العملي الحديث يؤكد لنا ان الدولة لا تمثل الجانب الأقوى في التعاقدات الإدارية ، وانما اصبح المستثمر لما يملكه من أموال هو الجانب الأقوى.

بالتالي كان لا بد من الاهتمام بنظام التحكيم وكذلك ثقافة التحكيم من خلال معرفة الاتفاقيات الدولة المنظمة للتحكيم الاستثماري وايضاً معرفة إجراءات التحكيم ومزاياه والتحديات التي تواجهه، حيث ان الاهتمام بنظام التحكيم يستلزم ضرورة اعداد كوادر مؤهلة قانوناً للنهوض بقضايا التحكيم وبالتالي تمثيل الدولة تمثيلاً جيداً امام مراكز التحكيم الدولية.

الكلمات المفتاحية (التحكيم، المستثمر، المنازعات ، الاتفاقيات الدولية، المحكمين)

Abstract

An investor's reluctance to resort to national courts to resolve disputes with the state leads them to adopt arbitration as the safest means of conflict resolution. Arbitration is the specialized form of dispute resolution for investment disputes, and it serves as a tool to encourage foreign investment and, consequently, the growth of international trade.

Resorting to arbitration grants the disputing parties broad authority in determining the appropriate method for resolving the dispute. It allows them to choose the arbitrators and the applicable law. Furthermore, practical experience confirms that the state is no longer the stronger party in administrative contracts; rather, the investor, due to their financial resources, holds the greater power.

Therefore, it is essential to focus on the arbitration system and its culture by understanding international agreements governing investment

arbitration, as well as its procedures and advantages. Furthermore, developing a robust arbitration system necessitates training legally qualified personnel to effectively handle arbitration cases and represent the state well before international arbitration centers.

Keywords (arbitration, investor, disputes, international agreements, arbitrators)

المقدمة

في كثير من الأحوال تنتهي الوسائل الودية كالمفاوضات والوساطة والتوفيق لتسوية منازعات الاستثمار بالفشل، ولتخوف المستثمر من ضياع حقوقه نتيجة لجوئه الى القضاء الوطني لحل هذا النزاع، يلجأ الى اعتماد التحكيم باعتباره الوسيلة الأكثر اماناً لحل تلك المنازعات، فالتحكيم يعتبر وسيلة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية وبالتالي ازدهار التجارة الدولية.

ان ما يشجع المستثمر لاختيار التحكيم وترك القضاء الوطني هو إجراءات التحكيم بحد ذاتها والتي تضمن حقوقه من الضياع وذلك من خلال اختيار المحكمين من قبل اطراف النزاع وكذلك منح سلطة واسعة في تقرير كيفية فض النزاعات وايضاً اختيار القانون الواجب التطبيق وهذا ما يشجع المستثمر الى اللجوء للتحكيم لفض النزاع الحاصل بينه وبين الدولة.

أصبحت غالبية التشريعات الوطنية تعتمد التحكيم كأداة فعالة لتسوية نزاعات الاستثمار في سبيل جذب الاستثمارات الأجنبية وخاصة في قطاع الموارد الطبيعية والانشاءات، لان اتفاق التحكيم هو عقد ملزم للجانبين يرتب التزامات وحقوق متقابلة.

ومع تزايد حجم الاستثمارات الأجنبية، بات التحكيم الوسيلة الأكثر شيوعاً لتسوية وحسم النزاعات، الا ان نظام التحكيم لا يسري على اطلاقه بل لا بد من توافر شروط قبول التحكيم كما لابد من وجود إجراءات لسير عملية التحكيم.

أهمية البحث

يكتسب التحكيم التجاري الدولي أهمية متزايدة كوسيلة فعالة لفض النزاعات الاستثمارية خاصة في ظل تزايد المعاملات التجارية الدولية والاستثمارات الأجنبية.

إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في معرفة اثر التحكيم التجاري على فض النزاعات الاستثمارية؟ وهل يعد التحكيم وسيلة فعالة من اجل تحقيق العدالة بين اطراف النزاع؟

اهداف البحث

يهدف البحث الى توضيح مفهوم التحكيم التجاري الدولي، وكذلك بيان دور التحكيم في تسوية المنازعات الاستثمارية، وايضاً بيان ابرز مزايا التحكيم.

منهج البحث

سيتم الاعتماد في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي والقائم على دراسة وتحليل النصوص وذلك عن طريق دراسة الاتفاقيات الدولية الخاصة بموضوع البحث.

خطة البحث

سيتم تقسيم بحثنا هذا الى مبحثين، حيث سندرس في المبحث الأول مفهوم التحكيم التجاري الدولي وشرط اتفاق التحكيم، اما المبحث الثاني فسنخصصه لبيان دور التحكيم التجاري الدولي في فض النزاعات الاستثمارية.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم التجاري الدولي والمنازعات الاستثمارية

يمكننا القول بأن التنظيم القانوني للتحكيم التجاري والمنازعات الاستثمارية يتنازعه اعتباران متعارضان أولهما ضرورة حماية المتعاقد وذلك نظراً لأهمية التحكيم وثانيهما مقتضيات التجارة الدولية التي تدفع بأن يكون التراضي هو من أهم شروط التحكيم، وبالتالي من اجل التوفيق بينهما لجأت المعاهدات الدولية الى استلزام الكتابة كشرط لانعقاد اتفاق التحكيم وجعلها لا تتعارض مع متطلبات التجارة الدولية[1].

عليه ولما تقدم سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين، سنقوم ببيان مفهوم التحكيم التجاري الدولي في المطلب الأول، اما المطلب الثاني فسنخصصه لبحث شرط اتفاق التحكيم.

المطلب الأول

مفهوم التحكيم التجاري الدولي

قام الفقهاء بوضع العديد من التعريفات للتحكيم بشكل عام، وقد اعتمدوا في تعريفاتهم على اطراف النزاع، بينما اتجه البعض منهم بالتركيز على دور المحكم او وظيفته، وذهب البعض الآخر الى بيان طبيعة التحكيم ونظامه.

فقد عرفه جانب من الفقه بأنه (نظام تعاقدي بموجبه يتفق الخصوم على حل الخلاف الناشئ بينهم من خلال المحكمين ليقوموا بالفصل بعيداً عن إجراءات التقاضي).[2]

كما تم تعريف التحكيم بأنه الية لتسوية النزاعات يتم من خلالها تمكين الأطراف من اختيار اشخاص لحل النزاع سواء بشكل مباشر او من خلال وسيلة أخرى يرتضونها، ويهدف هذا

---

[1] - دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانوني) ، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص341.

[2] - د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 2000، ص350.

النظام الى ابعاد المنازعات من نطاق القضاء العادي وبالتالي احالتها الى محكمين يتم اختيارهم وفق اتفاق الأطراف.[1]

وفي سياق القانون الدولي العام يتم تعريفه بانه وسيلة لتسوية النزاعات التي تنشأ بين طرفين أو اكثر من الأشخاص الاعتباريين الذين يحكمهم القانون الدولي وذلك من خلال اصدار قرار تحكيمي من قبل محكم او هيئة تحكيمية يتم اختيارها بالاتفاق بين الأطراف المتنازعة.[2]

يعرفه البعض على انه الأسلوب الذي يختاره الأطراف لحل النزاعات الناشئة عن العقد، ويتم الفصل فيها من خلال شخص او اكثر يطلق عليهم اسم المحكم او هيئة التحكيم دون الحاجة الى اللجوء الى القضاء.[3]

يعرف ايضاً بأنه نظام لتسوية المنازعات يعتمد على اختيار الأطراف المتنازعة لأفراد طبيعيين بشكل مباشر او عبر وسائل يتفقون عليها، ويهدف هذا النظام الى تمكين الأطراف من استبعاد منازعاتهم من اختصاص المحاكم الرسمية المخولة قانوناً بالنظر فيها، لتحل تلك النزاعات من خلال اشخاص طبيعيين يتم اختيارهم باتفاق الاطراف).[4]

تعرف بعض الآراء الفقهية التحكيم بانه اتفاق بين الأطراف المعنية يلزمهم بإحالة نزاعاتهم الى حكم افراد يتم اختيارهم من قبل تلك الاطراف.[5]

يتضح مما تقدم ان التعريفات السابقة تعتبر التحكيم وسيلة فاعلة لحسم النزاعات، وذلك باعتباره اجراء استثنائي يهدف الى استبعاد تلك المنازعات من نطاق اختصاص القضاء العادي بناء على اتفاق الأطراف.

يتضح من التعريفات السابقة الأهمية البالغة للتحكيم بوصفه الية استثنائية لحسم المنازعات حيث يسهم في نقل النزاعات من نطاق اختصاص المحاكم الوطنية الى اطار اتفاقي قائم على إرادة الأطراف، وتجدر الإشارة الى ان تلك التعريفات ركزت بشكل رئيسي على الهدف الأساسي للتحكيم دون تناول اختلاف طبيعة اتفاق التحكيم، سواء تم تضمينه كشرط ضمن بنود العقد بين الأطراف او كاتفاق مستقل في صورة مشارطة، بالإضافة الى ذلك، تفتر هذه التعريفات الى تسليط الضوء على الدور المحوري الذي تلعبه مؤسسات التحكيم في تسوية منازعات

---

[1] - د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 1981، ص19.

[2] - د. محمد عزيز شكري ، المدخل الى القانون الدولي العام وقت السلم، دار الكتاب، دمشق، 1986، ص412.

[3] - د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992، ص17.

[4] - د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص19.

[5] - المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى أقامة الدعاوي المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص 215 .

الاستثمار خاصة في ظل الاعتماد الكبير في الوقت الراهن على تلك المؤسسات لحسم الجزء الأكبر من النزاعات الاستثمارية.

على صعيد القوانين الداخلية لم يقدم المشرع العراقي تعريفاً محدداً للتحكيم ، لكنه سمح بالاتفاق على اللجوء الى التحكيم لحل نزاع محدد، كما أتاح إمكانية الاتفاق على التحكيم لحل جميع المنازعات التي قد تنشأ نتيجة تنفيذ عقد معين.[1]

فيما يتعلق بالمشرع المصري فقد نص قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، المعدل في المادة (1/4) على ان مفهوم التحكيم في سياق هذا القانون ينطبق على التحكيم الذي يتم بناءً على اتفاق حر بين طرفي النزاع، كما يؤكد النص على ان هذا الاتفاق يظل سارياً سواء اكانت الجهة المسؤولة عن إدارة إجراءات التحكيم منظمة متخصصة او مركزاً دائماً للتحكيم او حتى اذا لم تكن مثل هذه الجهة موجودة.

في حين ان قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم 8 لسنة 1997 الساري، لم يتضمن تعريفاً للتحكيم فقد سمح باللجوء اليه كوسيلة لتسوية النزاعات المرتبطة باحكام هذا القانون

بالنسبة للقانون الفرنسي، لم يتطرق قانون المرافعات الفرنسي رقم 500/81 الصادر عام 1981 والذي لا يزال نافذاً الى تقديم تعريف محدد للتحكيم، ومع ذلك فقد أتاح إمكانية اللجوء الى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات سواء تلك التي نشأت بالفعل أو التي قد تنشأ في المستقبل بين الأطراف المتنازعة.[2]

فيما يتعلق بالقضاء فقد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم باعتباره وسيلة لحل النزاعات تقوم على الابتعاد عن مسار التقاضي التقليدي متحررة من التقيد بالإجراءات الرسمية للمرافعات امام المحاكم، ويوضح التعريف ان التحكيم يعتمد على المبادئ الأساسية للتقاضي، مع الالتزام بما تم النص عليه في باب التحكيم، دون الخروج عن اطاره القانوني.[3]

وتوجهت نفس المحكمة في حكم آخر لها الى توضيح تعريف التحكيم، حيث أكدت انه يعد وسيلة استثنائية لحل النزاعات، تقوم على الابتعاد عن أساليب التقاضي التقليدية.[4]

---

[1] - ينظر: قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المواد (251-276).

[2] - يرجى مراجعة نص المادة (1445) من قانون المرافعات الفرنسي لعام 1981، والمتاح بالنسخة الإنجليزية عبر الانترنيت على الموقع الالكتروني المخصص لذلك:-
.http:// www. Jus. Uio. No./IM/France. Arbrationcod of civil, Procedure, 1981/doc

[3] - يراجع في ذلك قرار محكمة النقض المصرية رقم (1403) لسنة 55 جلسة 11/20 /1998. أشار إليه د. مراد محمود المواجده، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2010، ص24.

[4] - ينظر في ذلك حكم المحكمة أعلاه طعن رقم (1462) لسنة 57 جلسة 4/11 /1994، اشار إليه المستشار معوض عبد التواب ، المستحدث في القضاء التجاري ،منشأة المعارف ، الاسكندرية ،1997 ، ص293.

أوضحت المحكمة الدستورية العليا في مصر مفهوم التحكيم بصفته عملية يتم من خلالها إحالة نزاع محدد بين طرفين الى محكم مستقل يتم اختياره من قبلهما او بتفويض منهما، وفقاً لشروط يتم الاتفاق عليها، يقوم هذا المحكم بإصدار قرار في النزاع المعروض عليه، وهو قرار يتسم بالحياد ويهدف الى وضع حد نهائي للخلاف بشأن الجوانب المحالة اليه، وذلك بعد منح كل طرف فرصة لعرض وجهة نظره بشكل منفصل ضمن إطار من ضمانات التقاضي الأساسية.[1]

من خلال ما تم تعريفه أعلاه للتحكيم يمكننا تعريفه بأنه: (ضمان لحسم المنازعات وهو طريق استثنائي يلجأ إليه أطراف النزاع بناءً على أتفاقهما بهدف حل نزاعاتهم بعيداً عن القضاء العادي).

المطلب الثاني

شرط اتفاق التحكيم

بعد توضيح مفهوم التحكيم التجاري، يتضح انه لكي يتمكن اطراف عقد الاستثمار من اللجوء الى التحكيم، يجب ان يتم الاتفاق على ذلك مسبقاً، فالتحكيم هو الآلية التي يتم بواسطتها نقل الفصل في منازعات الاستثمار من محاكم التقليدية الى المحكمين.

يمكن ادراج اتفاق التحكيم اما كبند داخل نصوص عقد الاستثمار او كاتفاق مستقل منفصل عن العقد الأساسي، ويبدو ان اتفاق التحكيم يتضمن عنصرين رئيسيين: شرط التحكيم واتفاق المشاركة في التحكيم

بالنسبة لشرط التحكيم فهو عبارة عن بند يدرج ضمن عقد الاستثمار يحدد فيه الالتزام باللجوء الى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي قد تنشأ مستقبلاً بين الأطراف حول العقد او تنفيذه. [2]

اما شرط التحكيم يعتمد على ان يكون هناك اتفاق مستقل بين أطراف العلاقة الاستثمارية، يتم بموجبه الاتفاق على إحالة المنازعات التي نشأت بالفعل بينهم الى التحكيم من أجل تسويتها.[3]

يتضح مما سبق ان شرط التحكيم يدرج بهدف تسوية نزاع محتمل الحدوث، بينما اتفاق التحكيم يعتبر عقداً مستقلاً يبرم لتسوية نزاع قد وقع بالفعل، ويراد حسمه عبر التحكيم

---

[1] - ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 13 لسنة 15 ق جلسة 1994/12/17 أشارت إليه د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص42.

[2] - د . سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول ، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص75.

[3] - د.مراد محمود المواجدة ، مصدر سابق ، ص40

وعلى صعيد القوانين الوطنية، يلاحظ ان قانون المرافعات العراقي النافذ لم يميز بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، واتفاق التحكيم، حيث يسمح بالاتفاق على التحكيم في نازع محدد أو في جميع المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ عقد معين.[1]

نلاحظ ان محكمة التمييز العراقية تناولت اشكال التحكيم ضمن حيثيات القرار الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية المرقم 363 من تاريخ 1975/2/5 حيث اكد القرار على ان التحكيم وفقاً للقانون العراقي يقوم على نوع واحد، وذلك استناداً الى المادة (251) من قانون المرافعات، كما أوضح ان الشرط الأساسي لقيام التحكيم وترتيب آثاره هو إثباته بصيغة مكتوبة، وفقاً للمادة (252) المعدلة من قانون المرافعات، ويتساوى في ذلك ما اذا كان الاتفاق على التحكيم قد تم اثناء توقيع العقد الأصلي، او عبر اتفاق مكتوب مستقل، او اثناء سير الدعوى القضائية.[2]

يتضح من القرار المشار اليه ان محكمة التمييز قد أقرت بجواز الاتفاق على التحكيم منذ لحظة التعاقد، بحيث يمكن ادارج هذا الاتفاق ضمن بنود العقد المبرم بين الطرفين، وهو ما يعرف بـ "شرط التحكيم"، كما اجازت المحكمة إمكانية إتمام الاتفاق على التحكيم بموجب عقد مستقل، وهو ما يشار إليه بـ "مشارطة التحكيم"

في السياق ذاته، فإن القانون المصري لم يميز بين مفهوم شرط التحكيم ومشارطته، حيث "ساوى بينهما وأدرجهما تحت مصطلح موحد يحمل أسم" اتفاق التحكيم.[3]

يشير القانون الفرنسي في نص المادة (1442) من قانون المرافعات الى شرط التحكيم باعتباره الاتفاق الذي يلتزم فيه الأطراف بإحالة النزاعات الناشئة عن العقد إلى التحكيم.

مع ذلك يلاحظ ان المشرع الفرنسي لم يقدم تعريفاً واضحاً لمفهوم مشارطة التحكيم، مكتفياً بتعريف عام لاتفاق التحكيم في المادة (1447) من نفس القانون، والذي يعرف بأنه عقد يتفق بموجبه اطراف النزاع على إحالة نزاع ناشئ الى تحكيم شخص واحد او اكثر.

من خلال قراءة نص المادة المذكورة، يبدو أن المشرع الفرنسي قصد باتفاق التحكيم الإشارة إلى مشارطة التحكيم نفسها، ويظهر تحليل النصوص التشريعية ذات الصلة أن المشرع عند تعريفه لشرط التحكيم يشير إلى إحالة النزاعات المستقبلية الناشئة عن العقد الى التحكيم، وفي المقابل يفهم من تعريف اتفاق التحكيم انه ينطبق على نزاعات قائمة او ناشئة بالفعل، بحيث يحتاج حلها الى اتفاق منفصل بين الأطراف لنقل النزاع الى التحكيم، وهو ما يعرف "بمصطلح" مشارطة التحكيم.

---

[1] - ينظر في ذلك نص المادة (251) من قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969.

[2] - قرار منشور في مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل ، ع1، س6، ص175.

[3] - ينظر المادة (10) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 النافذ.

اما فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية، فإن معظمها يستخدم مصطلحاً موحداً وهو "اتفاق التحكيم" للإشارة الى كل من شرط ومشارطة التحكيم.

على صعيد آخر فإن قانون اليونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 قد تبنى تعريف اتفاق التحكيم في المادة (7) ليشمل بدوره كلا النوعين: شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.

يجدر الإشارة الى ان شرط التحكيم يعد أكر شيوعاً من مشارطة التحكيم، إذ تشير الإحصاءات الى ان حوالي 80% من عقود التجارة الدولية تتضمن شرط التحكيم، خاصة في عقود الاستثمار.

يتضح من ذلك ان المستثمرين يحرصون بشدة على إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار المبرمة مع الدولة المستضيفة، حتى ولو كان ذلك على حساب عدم إتمام العقد، يمكن توضيح ذلك بمثال علمي يتمثل في عقد "ديزني وورلد" الذي أبرم بين فرنسا وشرطة أمريكية حيث أصر المستثمر الأمريكي على إدراج شرط تحكيمي ينص على إحالة النزاعات الناشئة عن هذا العقد إلى التحكيم، وبعد مفاوضات مطولة، وافقت فرنسا في النهاية على تضمين هذا الشرط في العقد .[1]

المبحث الثاني

دور التحكيم التجاري الدولي في فض المنازعات الاستثمارية

التحكيم عبارة عن عقد يرتب التزامات متقابلة لتطرفيه، بالتالي لابد من توفر التنظيم القانوني لهذا العقد، أي الشروط العامة التي يتطلبها الالتزام في القواعد العامة في للقانون المدني، وتتمثل هذه الشروط في التراضي ومحل العقد وسبب الالتزام.

عليه ولما تقدم سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول التنظيم القانوني لعقد التحكيم، في حين سنبحث في المطلب الثاني قرارات التحكيم واثرها على النزاعات الاستثمارية وكالاتي:

المطلب الأول

التنظيم القانوني لعقد التحكيم

أولا: اتفاق التحكيم

يمكن القول بان التنظيم القانوني لعقد التحكيم يتمثل في اعتباران مهمان أولهما ضرورية حماية طرفي العقد وذلك لخطورة التحكيم، وهو ما يقتضي اعتبار هذا العقد من العقود الشكلية،

[1] - د. عبد الحميد الأحدث، الخطأ هو التسرع في توقيع العقد من دون معالجة الوضع القانوني الذي لا يجيز التحكيم في العقود الإدارية، مقال منشور على الموقع الالكتروني لجريدة السفير لسنة 2001.

اما الاعتبار الثاني فيتمثل في التجارة الدولية، والتي تستوجب جعل التحكيم من العقود الرضائية.[1]

بالتالي ومن اجل التوفيق بين هذين الاعتبارين اتجهت المعاهدات الدولية الى الربط بينهما فمن ناحية الشكلية استلزمت المعاهدات شرط الكتابة كشرط لانعقاد اتفاق التحكيم، وجعلت هذا الشرط مرن بحيث لا يتعارض مع متطلبات التجارة الدولية.

ومن حيث الرضائية، يكون اتفاق التحكيم صحيحاً، عندما يتفق طرفا العقد على اختياره وكذلك اختيار القانون الواجب التطبيق لواقعة النزاع او القانون الذي يراه المحكم ملائماً.

بالتالي لا يمكن الاحتجاج بعد صحة عقد التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصل، وعليه لابد من ترجمة عقد التحكيم في وثيقة مكتوبة او بأي شكلية أخرى من شأنها ان تقبل الاثبات بالكتابة، وان هذه الشكلية تقرر من اجل الاثبات وليس من اجل الانعقاد.

ان امعان النظر في هذه الكتابة يكشف حقيقة ان ما دعت اليه المعاهدات لم يكن حلاً وسطاً، بل هو تحقيقاً لمتطلبات التجارة الدولية، وفي ظل الاحتكارات العالمية للسلع والخدمات التي تتحكم بها بعض الشركات، تصبح عقود التجارة الدولية هي عقود اذعان ومن ثم فإن هذه الشركات يمكن ان تفرض شروطها على من يتعامل معها وفي مقدمة هذه الشروط هو شرط التحكيم، وهذا التوجه كان نتيجة المعاهدات الدولية والذي ثبتته لجنة القانون التجاري في الأمم المتحدة (الانسترال) في القانون النموذجي للتحكيم عام 1985، واتجهت الدول الى الاخذ به لا في التحكيم التجاري الدولي فقط، بل ايضاً في التحكيم بصفة.[2]

اكدت محكمة العدل الدولية هذا التوجه عندما قررت أن مبدأ عدم إمكانية إلزام الدولة بإحالة نزاعاتها إلى التحكيم دون موافقتها يعد من المبادئ الراسخة والثابتة في القانون الدولي.[3]

ويمكننا القول ان التحكيم يقوم اساساً على مبدأ الرضاً، حيث ان اللجوء الى هذا الاتفاق يكون بعد اتفاق الأطراف المتنازعة عليه.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق

كما رأينا سابقاً ان اتفاق التحكيم يكون رضائياً وذلك لاستقلال إرادة كل دولة من الدول المستقطبة للاستثمار، ومن ضمن شروط الرضا في التحكيم هو حق اختيار القانون الواجب

---

[1] - د. الطاهر برايك: التحكيم التجاري في منازعات الاستثمار، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الاغواط، الجزائر، ع2، 2015، ص 5.

[2] - د. ياسر احمد كامل: اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ضوء مقتضيات التجارة الدولة، بحث مقدم الى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الامارات، 2008.

[3] - احمد عبد الحميد العشوش: النظام القانوني للاتفاقيات في البلاد العربية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975، ص483.

تطبيقه عند نشوء النزاع، سواء كان القانون الوطني للدولة او القانون الوطني للمستثمر او قانون دولة أخرى او تطبيق قواعد القانون الدولي.

وقد اختلف الفقه في ذلك ، حيث ذهب جانب من الفقه التقليدي الى القول بان احكام القانون الدولي الخاص هي التي تكون واجبة التطبيق عند عدم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل اطراف عقد التحكيم.[1]

وذهب اتجاه آخر في الفقه التقليد الى وجوب تطبيق قانون محل التنفيذ وذلك استناداً الى ان التنفيذ هو الهدف النهائي للعقد ومن ثم لا ينبغي اعتبار محل التنفيذ هو المحل الحقيقي للتعاقد.[2]

يميل الفقه الحديث الى استبعاد قواعد القانون الدولي الخاص عند تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار والمنازعات الناتجة عنها، ويرى هذا الاتجاه ان هذه القواعد وإن كانت مناسبة لتحديد القانون المطبق على التصرفات القانونية العادية، فإنها لا تصلح لتحديد القانون الذي ينظم عقود الاستثمار، يعود ذلك إلى أن عقد الاستثمار يتعلق باستغلال اقتصادي له أهمية تتجاوز الحدود الوطنية للدولة، مما يستدعي إخضاعه لقواعد قانونية ذات طابع خارجي ولذلك لا ينبغي حصر عقد الاستثمار في نطاق قانوني وطني محدد او تقييده بإطار إقليمي محدود.[3]

ويلاحظ على الاتجاه انه يهدف الى إضفاء طابع دولي على عقد الاستثمار وذلك باستبعاد تطبيق القانون الوطني لطرفا العقد، وهذا غير صحيح، لان عملية الاستثمار الأجنبي تخضع من حيث الأصل الى احكام القانون الوطني للدولة المشجعة على الاستثمار وايضاً تخضع الى القضاء الوطني لهذه الدولة، وكما رأينا بان اللجوء الى التحكيم التجاري الدولية من اجل تسوية المنازعات هو استثناء من القاعدة العامة للاختصاص القضائي.

ان السبب من توكيل هيئة دولية للتحكيم لتسوية النزاع يهدف الى ضمان حقوق المستثمر من إجراءات التقاضي الداخلي الى قد تستنفذ الكثير من الجهد والوقت والنفقات، وايضاً لتفادي عدم الحياد عند اللجوء للقضاء الوطني.

ثالثا: إجراءات التحكيم

1- تشكيلة الهيئة التحكيمية

العديد من عقود الاستثمار والقوانين تنص على الرجوع إلى القواعد الإجرائية لمحاكم التحكيم عند تشكيل وتنظيم هيئة التحكيم ، من بين هذه القواعد، ما يتم الإحالة إليه مثل قواعد

---

[1] - C.Carbiber – L Arbitrage commercial international – Recueil des cours (Academie de droit international) vol2, 1959,p146.

[2] - احمد عبد الحميد عشوش: النظام القانون للاتفاقيات الدولية ، مصدر سابق، ص505.

[3] - فليب جيسوب: قانون عبر الدولة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1989، ص28.

إجراءات محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، أو الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980.

تتفق غالبية قوانين الاستثمار والاتفاقيات الدولية على تشكيل هيئة التحكيم بطريقة تعتمد على اختيار كل طرف في النزاع لمحكم واحد، ليعمل هذان المحكمان على الاتفاق معاً لتعيين أحد الأطراف إلى الطرف الآخر، ويشمل موضوع النزاع ودعوته للجوء إلى التحكيم وتحديد المحكم.[1]

وتحدد الاتفاقيات الدولية وعقود الاستثمار حداً اقصى لتلك المدة بحيث بترتب على انقضائها من دون قيام أحد الطرفين بتعين الحكم، تخويل جهة قضائية أخرى بتعيين المحكم، وقد تكون هذه الجهة القضائية وطنية او اجنبية وقد تكون هيئة قضائية دولية.[2]

2- المزايا الإجرائية للتحكيم

تتميز إجراءات التحكيم بالعديد من المزايا قد لا يجدها المستثمر الأجنبي في القضاء العادي أهمها ما يلي:

أ- السرية

المبدأ الأساسي لجلسات التحكيم يقوم على ضمان السرية التامة، بهدف حماية أطراف النزاع من الكشف عن أسرار معاملاتهم ليس فقط للغير بل أحياناً حتى لبعضهم البعض، تجري إجراءات التحكيم ضمن نطاق محدود للغاية من الأشخاص المشاركين فيها، مع حرص المحكم على حل النزاعات بأقل مستوى ممكن من العلنية، ذلك لان كشف أسرار المعاملات التجارية قد يتسبب في أضرار متعددة، خاصة بالنسبة للأطراف التي تتنافس في الأسواق الدولية بمنتجاتها، حيث يفضلون الاحتفاظ بأسرار الإنتاج بعيداً عن الأنظار، إضافة إلى ذلك، تعتبر البيانات المتعلقة بهذه المنتجات والمفاوضات المرتبطة بها جزءاً اساسياً من رأس مالهم.[3]

ب- السرعة

أحد أبرز مزايا التحكيم يتمثل في السرعة التي يتم بها الفصل في النزاعات، مقارنة بالقضاء التقليدي المعروف بطول وتعقيد إجراءات، لذلك تحرص التشريعات المختلفة سواء على المستويات الدولية او الوطنية، بالإضافة إلى أنظمة وقواعد ومؤسسات ومراكز التحكيم، على ضمان هذه السرعة من خلال وضع إجراءات زمنية محددة وقصيرة لسير عملية التحكيم.[4]

---

[1] - د. طاهر برايك: التحكيم التجاري في منازعات الاستثمار الأجنبية، مصدر سابق، ص13.

[2] - دريد محمود السامرائي، الاستثمار الاجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص248.

[3] - احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري ، دار النهضة العربية ،2004، ط1، ص131.

[4] - احمد عبد الكريم ، مصدر سابق، ص136.

ج- كفاءة المحكم وحياده

حيادية المحكم تعد ميزة أساسية في عملية التحكيم، حيث يتمتع المحكم بالاستقلالية التامة عن أي جهة او نظام قانوني وطني، فهو لا يصدر قراراته تحت مظلة سيادة دولة بعينها، كما أنه غير ملزم بتطبيق قوانين وطنية محددة نظراً لعدم انتمائه لأي منها، هذا الحياد يتيح له البقاء بعيداً عن تأثيرات الانحياز الوطني أو الضغوط ذات الطابع الوطني.[1]

المطلب الثاني

قرارات التحكيم واثرها على النزاعات الاستثمارية

بسبب ازدياد الاستثمارات الأجنبية داخل الدول، اصبح اللجوء الى التحكيم من اجل تسوية المنازعات هو الوسيلة الأكثر نجاحاً وضماناً للحقوق من اجل فض النزاعات الاستثمارية، وفي مقابل ذلك ازدادت المؤسسات المختصة بالتحكيم ومن تلك المؤسسات (المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID) وكذلك (الغرفة التجارية الدولية في باريس ICC) ومحكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA) واتحاد الغرف التجاري الاوربية العربية ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ... الخ

ووفقاً لقواعد هذه المؤسسات فيجب ان يتمتع اطرف النزاع بالحرية التامة في تحديد القواعد المطبقة على الإجراءات وكذلك على موضوع النزاع، الا فيما يتعلق بالإجراءات التي تسمح التشريعات الداخلية باختيارها وادراجها في العقد.[2]

يشترط وجود اتفاق بين الأطراف المعنية لإحالة النزاع إلى إحدى الهيئات التحكيمية المختصة، مع التأكيد على ضرورة أن يكون الاختصاص واضحاً وأن يتمحور النزاع حول مسائل تجارية، وقد اقرت اتفاقية واشنطن بحرية اطراف النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعاتهم، وأشارت هذه الاتفاقية الى انه في حالة عدم وجود اتفاق فيتم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، بما في ذلك القواعد الوطنية الخاصة بتنازع القوانين إضافة الى مبادئ القانون الدولي الواجب التطبيق.[3]

وعند الوصول الى اختيار المحكمين وبعد اجراء التحقيقات اللازمة ودراسة العقد ينتهي المحكمين الى اصدار القرار وتبليغ الأطراف المتنازعة، وهذا القرار لا يصدر الا بعد سماع

---

[1] - جورج حزيون : النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي، مجلة الحقوق، الكويت، ع4، 1987، ص189 ومابعدها.

[2] - د. منى محمود مصطفى : الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ،ص64.

[3] - عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993،ص73.

اقوال الطرفين، وهذا القرار يكتب عادة باللغة التي يتفق عليها اطراف النزاع، وفي حال عدم الاتفاق يتم الرجوع الى القواعد الإجرائية الخاصة بالتحكيم.[1]

ونلاحظ ان اغلب الاتفاقيات الدولية تقوم بتحديد مدة زمنية معينة لصدور قرار التحكيم، وهذا الاتجاه يهدف الى تحقيق السرعة المرجوة من التحكيم والذي يميزه عن قرارات القضاء العادي.

وتذهب غالبية الاتفاقيات وعقود الاستثمار الى التشديد على ضرورة صدور القرار من قبل المحكمة بأغلبية الأصوات، وهذا القرار يكون نهائي وملزم ولايجوز الطعن فيه، ومع ذلك فان هناك بعض الاتفاقيات الدولية تجيز الطعن في قرار المحكمين في حال تضمن هذا القرار مخالفات للنظام العام، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965.

يقضي قرار التحكيم بشكل عام الفصل في النزاع من خلال اصدار حكم يمنح الحق لأحد الأطراف على حساب الآخر، ولابد من الطرف الاخر تنفيذ قرار التحكيم ولكن قد يصطدم التنفيذ بالعديد من العقبات وخصوصاً حينما يتعلق الامر بقرار صادر على دولة أخرى يجب تنفيذ هذا القرار فيها، وذلك بسبب اختلاف النظام القانوني وكذلك الإجراءات المتبعة في كل دولة، فقرارات التحكيم لا تتمتع بقوة تنفيذية في اغلب الدول وبالتالي يجب تقديم طلب الى المحكمة المختصة في الدولة المراد التنفيذ فيها وذلك من اجل إضفاء القوة التنفيذية على القرار التحكيمي.[2]

الخاتمة

في نهاية بحثنا الموسوم بـ (اثر التحكيم التجاري الدولي على فض النزاعات الاستثمارية) توصلنا الى عدد من النتائج والتوصيات نوجزها بالآتي:

أولاً : النتائج

1. حاجة النزاعات الاستثمارية الى التحكيم التجاري باعتباره وسيلة اكثر فاعلية من القضاء العادي في فض النزاعات الاستثمارية
2. تتخذ اتفاقات التحكيم شكلين رئيسيين: الأول هو شرط التحكيم، والثاني هو مشارطة التحكيم، يتمثل شرط التحكيم في تضمين بند داخل عقود الاستثمار ينص على الالتزام بالتحكيم كوسيلة لحل النزاعات المحتملة، اما مشارطة التحكيم، فهي تمثل اتفاقاً مستقلاً يبرم بين الأطراف خارج اطار عقد الاستثمار الرئيس، ويحدد الالتزام بالتحكيم كآلية لتسوية الخلافات.

[1] - طالب حسن موسى: الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص175.
[2] - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة، طرابلس، 1992،ص367.

3. لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار، يجب وضع عدد من المبادئ القانونية، مثل استثمار شرط التحكيم الوارد في عقد الاستثمار، وضمان اختصاص المحكمين للفصل في النزاع، بالإضافة إلى ذلك، ينبغي عدم قبول دفع الدولة او الأشخاص الاعتبارية التابعة لها بعد أهليتها للتحكيم.
4. ان من اهم مزايا التحكيم هو حيادية المحكمين وكذلك سرعة الإجراءات وسريتها.
5. يلعب التحكيم دوراً مهماً واساسياً في تشجيع الاستثمار الأجنبي.

ثانياً : التوصيات

1. نوصي بان يتجه المشرع العراقي إلى اصدار قانون مستقل يعنى بتنظيم التحكيم، يحمل اسم "قانون التحكيم"، بحيث يتولى هذا القانون وضع إطار قانوني متكامل لعملية التحكيم، ولتحقيق ذلك يقترح الاستناد الى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضع من قبل لجنة الأمم المتحدة في عام 1985 وتم تعديله في عام 2006، كمرجع أساسي لصياغة النصوص القانونية التي تضمن تنظيماً حديثاً وشاملاً لهذه العملية.
2. نوصي بتنظيم عملية التحكيم ضمن إطار المؤسسات الدولية والإقليمية، بهدف توفير ضمانات إجرائية للمستثمرين وتعزيز جاذبية الاستثمار.
3. نوصي بإجراء تعديل على قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية رقم 30 لسنة 1928، بحيث يتسع نطاقه ليشمل إلى جانب تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية، تنفيذ قرارات التحكيم الصادرة عن هيئات التحكيم الأجنبية، وذلك وفقاً للشروط التي يحددها القانون، من المتوقع أن يسهم هذا التعديل بشكل كبير في تعزيز فعالية التحكيم كآلية إجرائية موثوقة لتسوية منازعات الاستثمار.
4. نقترح على المختصين المشاركة في البرامج التدريبية الخاصة بالمحكمة وذلك من أجل اعداد كوادر من المحكمين في سبيل إدارة عمليات التحكيم بكل كفاءة وحيادية.

قائمة المراجع والمصادر

أولا: المؤلفات

1. أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 1981.
2. الربيعي جمعة سعدون، كيفية إقامة الدعاوى المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006.
3. السامرائي، دريد محمود، المعوقات والضمانات القانونية للاستثمار، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006.

4. سامية راشد، اتفاق التحكيم ودوره في العلاقات الدولية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
5. سلامة أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري ، دار النهضة العربية ،2004، ط1.
6. السيد حداد ، حفيظة ، النظرية العامة في التحكيم التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
7. شكري، محمد عزيز، القانون الدولي العام وقت السلم، دار الكتاب، دمشق، 1986.
8. طالب حسن موسى: الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001.
9. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 2000.
10. عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
11. فليب جيسوب: قانون عبر الدولة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1989.
12. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة، طرابلس، 1992.
13. منى محمود مصطفى : الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
14. المواحدة، مراد محمود، اتفاق التحكيم في عقود الدولة ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2010.

ثانياً: الاطاريح والرسائل

1. العشوش، احمد عبد الحميد: التنظيم القانوني للاتفاقيات في الدول العربية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975.

ثالثا: البحوث والمجلات

1. جورج حزيون : التنظيم القانوني للتحكيم في القانون الوطني، مجلة الحقوق، الكويت، ع4، 1987.
2. الطاهر برايك: اتفاق التحكيم في المنازعات الاستثمارية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الاغواط، الجزائر، ع2، 2015.
3. ياسر احمد كامل: التحكيم في مقتضيات التجارة الدولية، بحث مقدم الى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الامارات، 2008.

رابعاً: القوانين

1. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969
2. قانون المرافعات الفرنسية لسنة 1981.
3. قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 النافذ.

خامساً: القرارات القضائية

1. قرار محكمة النقض المصرية طعن رقم (1403) لسنة 55 جلسة 11/20/ 1998
2. قرار محكمة النقص المصرية رقم (1462) لسنة 57 جلسة 4/11/ 1994.
3. حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 13 لسنة 15 ق جلسة 1994/12/17
4. قرار منشور في مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل ، ع1، س6.

سادساً: المصادر باللغة الأجنبية

1. C.Carbiber – L Arbitrage commercial international – Recueil des cours (Academie de droit international) vol2, 1959,p146.