المستخلص

تلعب جنسية المستثمر دوراً مهماً في تحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار وفي تحديد المحاكم المختصة لنظر تلك المنازعات ولا سيما اذا اتجهت الدولة المتعاقدة الى اعتماد جنسية المتعاقد واعتبارها الاساس في تكييف عقود الاستثمار ولكن في احيان اخرى قد تعتمد موطن عمل المتعاقد الاجنبي في تحديد قانون الدولة الواجب التطبيق وليس جنسيته كما قد تعمد الى عدم اتخاذ دولته اساس لتكيف منازعات الاستثمار كل هذا دفعنا الى دراسة الموضوع وبشكل مقارن بين العراق ومصر.

Abstract

The nationality of the investor plays an important role in determining the law applicable in the disputes of investment contracts and in determining the competent courts to deal with such disputes, especially if the Contracting State tends to adopt the nationality of the contractor and consider it the basis in the adaptation of investment contracts, but in other times may adopt the worker's domicile in determining the foreign contractor. The law of the State applicable and not his nationality, as may be deliberately not to take his state on the basis of adapting investment disputes, all this led us to study the subject comparatively between Iraq and Egypt

المقدمة

ان تحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي للمنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، لا سيما التي يكون المستثمر الاجنبي طرفاً فيها وتتنازل الإدارة في الدولة المضيفة لأستثماراته عن بعض الامتيازات لمصلحة المستثمر تشجيعاً له على الاستثمار.

ومن ثم يترتب على هذا التنازل امكانية اخضاع التكييف الى قانون جنسية المستثمر، اضافة الى ذلك يحق له اختيار المحكمة والقضاء المختص بنظر منازعاته. وفي هذه الحالة فيكون المستثمر الطرف الاقوى في التعاقد ولذلك نجد في كثير من الاحيان لا تتنازل الدولة المضيفة عن بعض شروطها الوطنية ومن ثم لا يكون للمستثمر دون فعال في التعاقد كما ان الدولة في احيان كثيرة لا تعتمد دولة المستثمر معيار الجنسية، بل قد تعتمد على معيار الموطن وهذا ما يحدث في الدول الانكلوسكسونية، وكل هذه المسائل دفعتنا الى البحث في هذا الموضوع وبشكل مقارن بين العراق ومصر.

اولا /أهمية البحث:

تبرز اهمية البحث من خلال تحديد دور جنسية المستثمر في تكييف عقد الاستثمار بتحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات والاختصاص القضائي لها، وتحديد دور الدولة المتعاقدة في هذا الجانب من خلال دراستها بشكل مقارن.

ثانيا /مشكلة البحث:

ان مشكلة البحث تتحدد من خلال هل ان في الغالب يتم اعتماد جنسية المتعاقد في تكييف عقد الاستثمار؟ وهل يؤدي ذلك الى تقوية مركزة في العقد؟ وهل في الغالب يتم اعتماد جنسية المستثمر في تكييف العقد؟ وهل للدولة المتعاقدة لها دور في ذلك؟

ثالثا /منهجية البحث:

لقد انتهجنا في هذا البحث المنهج التحليلي الوصفي المقارن من خلال تحليل المواد المتعلقة بعقد الاستثمارودراستها بشكل مقارن مع مصر من اجل الوصول الى افضل التوصيات في هذا المجال.

رابعا /خطة البحث

وعليه قمنا بتقسيم هذا البحث الى مبحثين رئيسيين، وعلى النحو الآتي:

المبحث الاول: جنسية المستثمر ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار.

المبحث الثاني: جنسية المستثمر ودورها في تحديد الاختصاص القضائي لمنازعات عقود الاستثمار.

المبحث الاول

جنسية المستثمر ودورها في تحديد القانون

الوجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار

ان عقود الاستثمار في احيان كثيرة تتضمن اتفاق اطراف العقد على تحديد القانون الذي يحكم عقدهم، وبالتالي يلزم القاضي المعروض امامه النزاع تطبيق هذا القانون على اعتبار ان العقد شريعة المتعاقدين وفي حالة سكوت الاطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق صراحةً او ضمناً فعلى القاضي ان يبحث عن وسيلة للوصول الى حل للنزاع.[1]

وبناء على ما تقدم سنعالج هذا الموضوع في فرعين: سيكون الفرع الاول منهما مخصصاً لبيان اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار, في حين سيكون الفرع الثاني مخصصاً للبحث في انعدام ارادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار, وكما يلي:

المطلب الاول

ارادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار

تخضع العقود الدولية بصورة عامة وعقود الاستثمار بصورة خاصة الى قانون الارادة في حالة ما اذا وجد في عقد الاستثمار شرطاً او اتفاقاً لاحقاً يتضمن الخضوع لإرادة المتعاقدين في حل المنازعات الناشئة عن العقد[2]. كأن يتفق اطراف العقد على انه في حالة حدوث نزاع ناتج عن العقد فإن القانون الواجب التطبيق على العقد هو الدولة المضيفة للاستثمار او قانون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر بجنسيته او غير ذلك من القوانين الاخرى.

وتتجه غالبية التشريعات الى ان قانون الواجب التطبيق الذي يحكم الالتزامات التعاقدية هو قانون الارادة.[3]

وهذا ما فعله المشرع المصري في المادة (19) من القانون المدني رقم (131) لسنة (1948) والتي نصت على انه: "يسري على الالتزامات التعاقدية, قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً, فإن اختلفا موطناً سرى القانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبيّن من الظروف ان قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه". كما اخذ المشرع العراقي بنص مماثل في نص المادة (1/25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951).[4]

ويتضح من النصوص السالف ذكرها ان القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية ومنها عقود الاستثمار ما يأتي:

١. قانون الموطن المشترك لأطراف عقد الاستثمار: اي ان كلاً من طرفي عقد الاستثمار (الدولة المضيفة او القطاع الخاص والمستثمر الاجنبي) يقيم على وجه الاعتياد في موطن واحد كأن يكونوا مقيمين في العراق, فإن القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق على العقد بصفته قانون الموطن المشترك لهما.
٢. قانون الدولة التي تم فيها العقد في حالة اختلاف مواطن اطراف عقد الاستثمار, كأن يكون الدولة المضيفة للاستثمار اماراتية, والمستثمر فيها متوطناً في مصر وأبرم العقد في المملكة الاردنية الهاشمية, فإن القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار في هذه الحالة هو القانون الاردني.

٣. قانون الإرادة الصريحة: ففي هذه الحالة يتفق اطراف عقد الاستثمار على تطبيق قانون معين لحل منازعاتهم, كأن يتفقوا على ان قانون جنسية المستثمر او القانون الوطني للدولة المضيفة او قانون دولة ثالثة هو القانون الواجب التطبيق على عقدهم.
٤. قانون الإرادة الضمنية: ففي هذه الحالة يختار اطراف عقد الاستثمار قانوناً معيناً بشكل ضمني يطبق على عقدهم, كأن يتضمن عقد الاستثمار شرط الثبات التشريعي, فوجود مثل هكذا شرط يدل على ان القانون المراد تطبيقه هو قانون الدولة المضيفة.

وبالرغم من ان النصوص المذكورة جاءت بتقديم الموطن المشترك لأطراف العلاقة التعاقدية ومحل ابرام العقد على القانون الذي يختاره الاطراف بأختيارهم, الا ان ذلك لا يعني ان لهما حق الصدارة على قانون الارادة,ففي حالة اتفاق اطراف عقد الاستثمار على ان يكون قانوناً معيناً هو القانون الواجب التطبيق في حل منازعاتهم يكون للأخير الاولوية وبالتالي هو الذي يطبق, وفي حالة عدم وجود مثل هكذا اتفاق لا صراحة ولا ضمناً يعطى الاختصاص بالتالي الى قانون الموطن المشترك, وفي حالة عدم وجود موطن مشترك يصار الاختصاص الى قانون إبرام العقد.[5]

اما عن موقف قانون الاستثمار العراقي الاتحادي النافذ رقم (13) لسنة (2006) وكذلك قانون الاستثمار في اقليم كوردستان رقم (4) لسنة (2006) في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار بموجب قانون ارادة الاطراف, فنلاحظ على القانون الاول انه قد عالج هذه المسألة في المادة (1/27) منه[6], وعليه فالمادة المذكورة لم تخرج عن القاعدة العامة المذكورة في نص المادة (1/25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951), اما عن موقف اقليم كوردستان رقم (4) لسنة (2006) [7] فإنه جاء خالياً من اي اشارة صريحة تجيز لاطراف عقد الاستثمار الاتفاق على قانون معين لحل المنازعات الناشئة عن العقد , الا ان هذا لا يعني عدم امكانية اتفاق الاطراف على اختيار قانون معين يطبق على عقدهم , فقد اجازت المادة (22) من القانون ذاته بتطبيق الاحكام العامة الواردة في القانون المدني في الحالات التي لم يرد بشأنها نص , وبالتالي يمكن تطبيق المادة(25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951).

ويثور التساؤل هنا: هل حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق حرية مطلقة ام مقيدة ؟ ذهب اتجاه من الفقه الى القول ان حرية المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق يجب ان تكون حرية مقيدة بقيد وهو ان يكون القانون المختار مثبت الصلة بعقد الاستثمار المبرم بينهم على اعتبار انما قصده المشرع بمقتضى قاعدة التنازع هنا وللمتعاقدين الحق في تعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعه دون غيرها من القوانين.[8]

ويرى الفقه (باتيفول) ان الإرادة ما هي إلا ضابط إسناد في قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي، ومتى ما توافرت جملة من الشروط قوامها وجود مصلحة حقيقية وجدية ومشروعة بين عقد الاستثمار المبرم او القانون المختار، وبالتالي يخول القاضي الحق في الاعتداد بالشرط الوارد في العقد، اما في حالة عدم توافر الشروط المذكورة في العقد فيحق للقاضي حينئذ عدم الاعتداد بإرادة المتعاقدين ورغباتهم غير المشروعة، إذ لا يقل انصياع القاضي وخروجه عن اهداف قاعدة الاسناد التي منحت المتعاقدين حق الاختيار مقيداً بقوانين محل الابرام او محل التنفيذ او قانون موطن المتعاقدين او قانون جنسيتهم دون غيرها من القوانين.[9]

اما الاتجاه الاخر فيذهب الى القول بأن حرية المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق هي حرية مطلقة، ولا يخول القاضي تغيير القانون المختار في العقد المبرم بحجة فقدان الصلة بينه

وبين الرابطة العقدية، إذ يركز انصار هذا الاتجاه الى الاكتفاء بتحقق مصلحة مشروعة وجدية للمتعاقدين في اختيارهم لقانون معين يحكم عقدهم دون المساس بتوقعات المتعاقدين وتهديداً لمصالحهم الفردية التي يسعى القانون الدولي الخاص لحمايتها.[10]

وقد اخذت اتفاقية روما لعام (1980) في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بالاتجاه الثاني، حيث خولت للمتعاقدين الحرية المطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم.[11]

اما عن موقف المشرع العراقي فيما يخص حرية المتعاقدين بأختيار القانون الواجب التطبيق نلاحظ ان نص المادة (25/ 1) جاءت مطلقة كما ذكرنا سابقاً، بيد ان المشرع اشار بوضوح في قانون التجارة رقم (30) لسنة (1984) في نص المادة (297) الى احالة عقود البيع الى العقود النموذجية.[12]

ونحن بدورنا نؤيد الاتجاه الثاني ايضاً والسبب في ذلك يرجع لكون ان عقود الاستثمار كبقية العقود الدولية تخضع لقانون الارادة وبالتالي يحق للدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الاجنبي اختيار القانون الذي يرونه مناسباً لحكم عقدهم تحاشياً لما قد يثيره العقد من مشاكل في المستقبل.

وقانون الارادة يحمي توقعات المتعاقدين ويحقق لهم الامان سواء كان بالاختيار الصريح او بالاختيار المؤكد غير المعلن المطلق عليه بالإرادة الضمنية، إذ قد يحدث ان يعبر المتعاقدان عن نيتهم في الاختيار بطريقة غامضة غير واضحة، وفي هذه الحالة يكون للقاضي الصلاحية المطلقة في تفسير تلك الشروط الغامضة من خلال دراسته لطبيعة عقد الاستثمار والظروف التي انشأ فيها العقد من خلال الاستعانة بقرائن او مؤشرات تساعده في الكشف عن القانون الواجب التطبيق الذي انصرفت ارادة المتعاقدين إليه.[13]

ويتم استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين من خلال عدة مؤشرات يتفق الفقه والقضاء على الاخذ بها، او حالات تدل عن الاختيار الضمني، اهمها ان يتم إبرام عقد يرتبط بعقد سابق له تم فيه اختيار القانون الحاكم للعقد بصورة صريحة، ويستفاد من هذا انصراف إرادة الاطراف الى القانون ذاته في العقد الاول، او وجود شرط الثبات التشريعي او شرط اللجوء الى التحكيم او تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن العقد، او قد يستخدم المتعاقدين لغة معينة لكتابة العقد، كل هذا يدل على ان رغبة المتعاقدين تتجه الى اخضاع عقدهم لقانون الدولة التي استعملوا لغتها في العقد، ويمكن ان تكون الدلالة المستخلصة لتحديد القانون عن طريق استخدامهم لمصطلحات معينة في قانون دولة ينفرد بها قانونها دون غيرها.[14]

ويذهب غالبية الفقه الى التسوية بين الارادة الصريحة والارادة الضمنية، على شرط ان يتأكد القاضي المعروض امامه النزاع من الاخيرة من خلال وجود قرائن تدل او تكشف عن اختيار حقيقي للقانون الواجب التطبيق على منازعاتهم.[15]

وكذلك القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية ساوت بين اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد سواء كان صراحة او ضمناً، وهذا ما نصت عليه المادة (1/19) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) بقولها: ((... هذا ما يتفق عليه المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه))، وكذلك ما ورد في نص المادة (25/ 1) من القانون المدني العراقي رقم (40 لسنة 1951)[16]، وبنفس المفهوم جاء موقف القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة (1976)

في نص المادة (20/ 1) منه، وكذلك ما ورد في المادة (3/ أولاً) من اتفاقية روما للألتزامات التعاقدية عام 1980.[17]

وايا كان من الامر فإن إرادة المتعاقدين لها دور فعال في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بصورة عامة وعلى عقود الاستثمار بصورة خاصة، وعليه فإن القاضي الوطني ملزم باحترام ما تقرره هذه الإرادة، وقد نصت العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية على ذلك.[18]

المطلب الثاني

انعدام ارادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار

غالباً ما يتفق المتعاقدين في عقود الاستثمار على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، ويكون القاضي في هذه الحالة ملزماً بتطبيق القانون المختار في عقدهم على النزاع المعروض امامه، اما في حالة لو سكت المتعاقدان عن تحديد القانون المطبق على عقدهم وتعذر على القاضي الكشف عن إرادتهم الضمنية بعدم وجود الادلة والقرائن ففي هذه الحالة يتعين عليه تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال الاستناد الى القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص.[19]

وعليه فالوصول الى القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار من خلال قيام قاضي الموضوع بربط العقد بالقانون الذي يرتبط به ارتباطاً وثيقاً، ويكون تطبيق القانون الواجب التطبيق من خلال:

اولاً// دور المشرع في تحديد القانون الواجب التطبيق

وفقاً لهذا المنهج يقوم المشرع بنفسه بعملية التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية عند انعدام إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، من خلال إيراد ضوابط محددة يلزم القاضي بتطبيقها دون ترك مجال للأخير في الاجتهاد، بأستثناء ما يلزم لفهم الضابط التشريعي واعماله على النحو السليم.[20]

وقد اخذت تشريعات دول عديدة بهذا المنهج في الاسناد، ومنها المادة (1/25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) والتي تنص على ان: ((يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، وإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد...)).[21]

ويتضح من ذلك ان القاضي الوطني المعروض امامه النزاع الاخذ بإحدى الضابطين المذكورين وفقاً للتدرج المذكور، وهما قانون الموطن المشترك للمتعاقدين اي الدولة المضيفة للأستثمار والمستثمر الاجنبي، او قانون الدولة التي انشئ فيها العقد، وعليه فالقاضي ملزم هنا بتطبيق ما هو مقرر في قانونه الوطني، وبذلك تكون قاعدة الإسناد جامدة لا مجال للقاضي الاجتهاد بها.

وبهذا فإن منهج الإسناد الجامد يعبر عما يراه المشرع هو اقرب القوانين صلة بالتعاقد، مثل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين او قانون دولة ابرام العقد، او قانون الدولة التي ينفذ فيها العقد، او قانون جنسية المتعاقدين، وبالتالي يكون القاضي المعروض امامه النزاع ملزماً بتطبيق الضابط الذي قرره له المشرع وفق الترتيب الذي اورده المشرع.[22]

وفي ضوء ما تقدم نلاحظ على هذا المنهج انه تجاهل الطبيعة الذاتية للعقد المعروض بشأنه منازعة امام قاضي الموضوع، او لظروف وملابسات العقد في كل حالة، وهذا ما يتنافى من حيث المبدأ مع فكرة القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية.[23]

ثانياً// دور القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض

يقوم القاضي وفق هذا المنهج بالبحث في كل حالة على حدة وصولاً لأقرب القوانين صلة بالعلاقة العقدية والذي يعبر عن مركز الثقل في هذه العلاقة كما تشير به ظروف التعاقد وملابساته[24]، ويعتبر إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به من خلال نظرية الاداء المميز من احدث الاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وتقوم فكرة هذه النظرية على تفريد التعامل بالعقود، وتحديد النظام القانوني بالتطبيق عليها على كل فئة متشابهة من العقود، حيث ينفرد كل عقد من العقود بأداء يميز ويحدد خصائصه، وبالتالي يترتب عليه اختلاف القانون الواجب التطبيق في كل عقد على حدة.[25]

ويتفق هذا المنهج مع ما تسير به المحاكم في البلاد الانكلوسكسونية في تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب الإرادة الصريحة او الضمنية للمتعاقدين في عقدهم، حيث إن القاضي في هذه البلاد يعمل على تحديد القانون الملائم من خلال وضع انفسهم محل الشخص المعقول ثم يحاول التحقق ليس فقط من نية المتعاقدين وإنما مما يحمله الشخص المعقول من اهتمام لحل المشكلة، والى مجمل المسائل التي يأخذها بالاعتبار، وبصفة اساسية محل ابرام العقد، محل التنفيذ، محل الإقامة، او محل اعمال المتعاقدين.[26]

وبالرغم من مرونة المنهج المتقدم كونه يعطي القاضي المعروض اماه النزاع سلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون الاوثق صلة بالعقد لتحقيق العدالة، بيد ان هذا المنهج لم تأخذ به اغلب التشريعات الوطنية ومنها التشريع العراقي والاردني والمصري محل المقارنة.

وبالرغم من ذلك ظهرت هنالك اتجاهات فقهية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار عند غياب إرادة المتعاقدين وعدها من قبيل القوانين ذات الصلة الاوثق بعقد الاستثمار. وفيما يلي سنحاول بيان هذه الاتجاهات وعلى النحو الآتي:

الاتجاه الاول (تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة لحل منازعات عقود الاستثمار):

يذهب جانب من الفقه الى اخضاع عقد الاستثمار الذي تبرمه الدولة مع المستثمر الاجنبي للقانون الوطني للدولة المضيفة، والسبب في ذلك لمجموعة مبررات:

اولها تكييف عقد الاستثمار بأنه عقد اداري، وبالتالي من غير الممكن القول باخضاعها لقانون غير القانون الوطني استناداً الى فكرة سيادة الدولة المضيفة، وكذلك يستندون الى مبرر اخر وهو كون عقود الاستثمار تبرم وتنفذ في اقليم الدولة المضيفة للاستثمار وارتباطها بالأهداف الاقتصادية والمصالح العليا للدولة.[27]

والمبرر الاخر الذي يستد اليه انصار هذه النظرية هو القرارات الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلقة باستغلال الموارد الطبيعية التابعة للدولة المضيفة للاستثمار حيث يكون للأخيرة السيادة التامة على مواردها الطبيعية والتعاون الاقتصادي الدولي، وقد صدر اول قرار عن الجمعية العامة للأمم المتحدة (1803) الصادر في 14/ 12/ 1962، فقد جاء في المادة (1/ 3) منه: ((يسري على رأس المال المستورد وما نتج عنه من ارباح في حالة منح الاذن شروط هذا الاذن واحكام التشريع الوطني النافذ..))[28]، وكذلك القرار (158) الصادر 25/ 11/ 1966 الذي نص

على ان استغلال المصادر الطبيعية في كل قطر من الاقطار يجب ان يجري دائماً بموجب قوانينه وانظمته الوطنية.[29]

وكذلك صدرت عن الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار (3281) في 12/ 12/ 1974 حيث نص على ان لكل دولة الحق في تنظيم السلطة وممارستها على الاستثمار الاجنبي ضمن اختصاصها الوطني بموجب قوانينها وانظمتها ووفق اهدافها واولياتها الوطنية ولا يجوز ان تجبر الدولة على منح معاملة تفضيلية للاستثمار الاجنبي.[30]

ولقد تأيد هذا الاتجاه من قبل عدة اتفاقيات دولية اهمها اتفاقية واشنطن لعام 1965 التي نصت على ان: ((تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفق القواعد القانونية المتفق عليها من قبل الاطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة..)).[31]

وبالرغم من وجاهة الحجج التي استند إليها انصار هذا الاتجاه في تبرير رأيهم، توجد عدة انتقادات جوهرية اهمها:

١. ان الطبيعية القانونية لعقد الاستثمار ليست من طبيعة واحدة، فأحياناً يكيفها البعض على انها عقد من عقود القانون العام، واحياناً اخرى يكيفها البعض على انها من عقود القانون الخاص، بل في الحقيقة هي عقود ذات طبيعة خاصة ليست تابعة لقواعد القانون العام ولا لقواعد القانون الخاص بصورة بحتة.[32]
٢. ان القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لا تخرج عن كونها توصيات موجهة للدول الاعضاء بالجمعية، وبالتالي تعد قواعد قانونية لها صفة الإلتزام كونها غير مصادق عليها من الدول الاعضاء، وهي لا تعتبر مصدر من مصادر القانون الدولي العام المحددة بموجب المادة (38) من النظام الاساس لمحكمة العدل الدولية.[33]

الاتجاه الثاني (تطبيق قواعد القانون الدولي العام لحل منازعات عقود الاستثمار):

يذهب انصار هذا الاتجاه الى تطبيق قواعد القانون الدولي العام على المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار عند انعدام اختيار المتعاقدين صراحة او ضمناً القانون الحاكم لعقدهم، والعلة من تدويل عقود الاستثمار هو تحريرها من سيطرة القانون الوطني للدولة المضيفة، بالإضافة الى ذلك يعد تدويل العقد هو الضمانة الوحيدة لحماية المستثمر الاجنبي من سلطة وسيادة الدولة المضيفة، حيث يمكن للأخيرة تعديل العقد او انهاءه بإرادتها المنفردة.[34]

وبالرغم من الحجج التي استند إليها انصار هذا الاتجاه في تبرير رأيهم، يوجد هناك انتقاد مهم الا وهو ان القانون الدولي العام يقوم بمعالجة العلاقات بين الدول فكيف يمكن ان نرفع امامه نزاع يتعلق بالافراد او الشركات، لا بل حتى منازعات الدول التي تمارس انشطة تجارية او اقتصادية، فكما تعرفون ان الفرد لا يعد شخصاً من اشخاص القانون الدولي العام.[35]

الاتجاه الثالث (تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية في حل منازعات الاستثمار):

يذهب انصار هذا الاتجاه الى عدم تطبيق قواعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وكذلك قواعد القانون الدولي العام لكونهما لا يصلحان لحل المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، وبالتالي يجب تحرير الاخير من سيطرة القانونين المذكورين والبحث عن نظام قانوني ملائم ينظم ويحكم المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار.[36]

فوفق ما قال به انصار هذا الاتجاه تكون قواعد قانون التجارة الوطنية هو النظام القانوني الانسب ليحكم عقد الاستثمار في ظل غياب الإرادة الصريحة او الضمنية في اختيار القانون الحاكم

للعقد، وسيكفل مزيداً من الحماية لمصالح المتعاقدين على اعتبار ان قواعد قانون التجارة الدولية هي مجموعة من القواعد عبر الدولية المستقلة عن الانظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، وتجد هذه القوانين مصدرها في الاعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي استقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي.[37]

وبالرغم من ذلك ان قواعد قانون التجارة الدولية غير كافية لتغطية جميع المسائل ففي عقود الاستثمار، كونها لا تشكل نظاماً قانونياً متكاملاً لخلوه من القواعد التي تحكم مسائل اخرى على درجة كبيرة من الخطورة والاهمية، مثل ذلك اهلية الاطراف والتراضي والتقادم المسقط والفوائد التأخيرية، فاللجوء الى تطبيق مثل هذه القواعد على عقود الاستثمار يعد حلاً سيئاً في نتائجه وايضاً في آلياته الفنية، لما لهذه العقود من خصوصية بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار لا يمكن لقواعد قانون التجارة الدولية ان تراعيها.[38]

بالإضافة الى ذلك ان قواعد قانون التجارة الدولية لا تتناسب مع الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، وخاصة فيما اذا كانت الدولة طرفاً فيها، وان قواعد قانون التجارة الدولية تحكم العلاقات التجارية الدولية بين الاشخاص .[39]

ويتضح مما سبق من النصوص القانونية والاتجاهات الفقهية الى انه في حال غياب اختيار المتعاقدين الصريح او الضمني للقانون الواجب التطبيق الحاكم للمنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، فإن قانون الدولة المضيفة يجب ان يكون واجب التطبيق استناداً للقواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، لكون هذا القانون هو الاكثر صلة بعقد الاستثمار، نظراً لكونه قانون الدولة التي فيها الوفاء بالاداء او الالتزام الرئيسي في العقود، وبما ان اطراف عقد الاستثمار يتواجدان وجوداً مادياً على إقليم الدولة المضيفة، بالإضافة الى ارتباط العقد ارتباطاً مباشراً بوسائل النمو الاقتصادي في هذه الدولة، وهذا الحكم يطبق في حال ما اذا كان المستثمر شخصاً طبيعياً او معنوياً وذلك أستنادا لنص المادة (49) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) والتي نصت على ان: ((1.يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الاجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، 2.إذا باشر الشخص المعنوي الاجنبي نشاطه الرئيسي في العراق، فإن القانون العراقي هو الذي يسري)).

ويفهم من خلال نص المادة انه اذا باشر المستثمر الاجنبي نشاطه التجاري في العراق بغض النظر عن مركز إدارته سواء كان في العراق او خارجه، وبهذا المعنى سيطبق قانون الدولة المضيفة على المستثمر الاجنبي سواء كان شخصاً طبيعياً او معنوياً.

الا ان هناك حالات طارئة قد يحمل فيها المستثمر الاجنبي جنسيات دول عدة، فهنا يجب ان نفرق بين حالتين:

الحالة الاولى: اذا كانت من بين الجنسيات التي يحملها المستثمر جنسية الدولة المضيفة للاستثمار ففي هذه الحالة يطبق القانون الوطني لهذه الدولة على اعتبار انه من مواطنيها.

اما الحالة الثانية إذا لم تكن من بين الجنسيات التي يحملها المستثمر الاجنبي جنسية الدولة المضيفة للأستثمار، كما لو كان النزاع متعلقاً بأهلية المستثمر، ففي هذه الحالة يطبق قانون الدولة التي يحمل المستثمر جنسيتها استناداً الى نص المادة (8/ 1) من القانون المدني العراقي.[40]

وفي بعض الحالات قد تمنح الدولة المضيفة للأستثمار جنسيتها للمستثمر الاجنبي من اجل جذب الاستثمارات الاجنبية وتحقيق التنمية الاقتصادية، وبهذه الحالة سيطبق قانون الدولة الوطنية في حال حدوث نزاع ناشئ عن عقدهم.[41]

ولجنسية المستثمر الاثر الفعال في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار في حالة ما اذا تم اختيار قانون دولة جنسية من قبل المتعاقدين في متن العقد او في اتفاق لاحق لإبرام العقد سواء كان ذلك الاختيار صريحاً او ضمنياً يستخلصه قاضي الموضوع من ظروف وملابسات العقد، الا ان لهذه الجنسية دوراً سلبياً في حالتين:

الاولى هي عدم اختيار اطراف العقد للقانون الحاكم، ففي هذه الحالة لا يناط لقانون جنسية المستثمر اي دور في تحديد القانون الحاكم.

اما الثانية في حالة ما اذا كانت دولة المستثمر تعتمد على معيار الموطن المشترك في حل المنازعات الناشئة عن عقودهم، وهذا ما اتبعته الدول الانكلوسكسونية.

المبحث الثاني

جنسية المستثمر ودورها في تحديد الاختصاص القضائي لمنازعات عقود الاستثمار

يجب ان نميز فيما اذا كان المستثمر وطنياً او اجنبياً، في حال اذا كان المستثمر وطنياً او اجنبياً ولكن يحمل جنسيات دول متعددة ومن بينها جنسية الدولة المضيفة للأستثمار، فالمستثمر يقاضي هنا امام المحاكم الوطنية وان كان مقيماً خارج اقليم الدولة تطبيقاً لمبدا سيادة الدولة على رعاياها، طبقاً لنص المادة (14) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)[42]، والى ما جاء في المادة (10/ ثانياً) من قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة (2006).[43]

حيث تبين من نصوص المواد المذكورة ان المستثمر الحامل للجنسية العراقية يقاضى امام المحاكم العراقية بغض النظر عن موطن المدعي او المدعي عليه او موقع المال محل النزاع او مكان نشوء محل الالتزام او مكان تنفيذه.[44]

ونلاحظ على نص المادة (14) من القانون المدني العراقي انه جاء بأختصاص عام مطلق لم يستثنِ المنازعات المرتبطة بعقار كائن خارج اقليم الدولة بصورة صريحة[45] على العكس من التشريع المصري، حيث استثنى المنازعات المتعلقة بعقار من اختصاصها بصورة دائمة، وهذا ما نصت عليه المادة (28) من قانون المرافعات المصري رقم (13) لسنة (1868).[46]

اما اذا كان المستثمر اجنبياً فإنه يقاضى امام محاكم الدولة المضيفة للأستثمار استناداً لضوابط الاختصاص القضائي الدولي، وعليه سنتطرق لهذه الضوابط في كل من التشريعات المقارنة للقانون العراقي، وهي كل من التشريع العراقي والاردني والمصري، وبالشكل الآتي:

المطلب الاول

الاختصاص القضائي الدولي لمنازعات عقود الاستثمار في التشريع العراقي

نظم المشرع العراقي ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في العديد من قوانينه، فقد نص عليها في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) وفي قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (30) لسنة (1928)، وفي قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة (1979)[47]، وكذلك قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة (2006).

وعند الرجوع الى نصوص القانون المدني العراقي في المادة (15) منه نجدها انها تنص على الحالات التي يمكن ان يقاضى بها الاجنبي امام القضاء العراقي سواء كان شخصاً طبيعياً او معنوياً، وهي كالآتي:

١. اذا وجد الاجنبي في العراق: وهذا يعني ان المستثمر الاجنبي سواء كان شخصاً طبيعياً ام معنوياً يقاضى امام المحاكم العراقية في حالة وجوده في العراق ولو بصورة عارضة، فيكفي لانعقاد الاختصاص للقضاء العراقي في مقاضاته ان يكون موجوداً في العراق وقت رفع الدعوى.[48]
٢. إذا كانت المقاضاة متعلقة بحق عقاري موجود في العراق او بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى: وهذا يعني ان تكون المنقولات التابعة للمستثمر الاجنبي كالآلات والمعدات موجودة وقت رفع الدعوى، اي لا يهم اذا كانت غير موجودة قبل رفعها او قيامه بنقلها بعد رفع الدعوى، فالعبرة بوجودها في العراق وقت رفع المتعاقد الآخر الدعوى ضده، اما بالنسبة للحق العقاري فقد استثنى المشرع العراقي العقارات الموجودة خارج العراق، كونها لا تستطيع اصدار قرارات ملزمة للتنفيذ بشأن تلك العقارات.[49]

٣. اذا كان موضوع التقاضي عقد تم ابرامه في العراق او كان واجب التطبيق فيه: وهذا يعني في حال ما اذا ابرم عقد الاستثمار في العراق فقضاء الاخير مختص بنظر منازعات هذه العقود بغض النظر عن جنسية اطراف عقد او وجودها خارج العراق او داخله سواء كان العقد واجب التنفيذ في العراق او خارجه يكفي لانعقاد الاختصاص للقضاء العراقي ابرام العقد داخل العراق. اما في حال اذا ابرم عقد الاستثمار خارج العراق فهنا لا ينعقد الاختصاص للقضاء العراقي بنظر النزاع الا في حالة واحدة وهي ان يذكر في العقد شرطاً بتنفيذ هذا العقد في العراق، ففي هذه الحالة تخضع منازعاته للقضاء العراقي.

٤. اذا كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق: وينعقد هنا الاختصاص للقضاء العراقي عندما يتسبب المستثمر الاجنبي بأضرار لشخص اخر داخل العراق كما في حالة تصادم سيارات، فيقاضى المستثمر الاجنبي امام المحاكم العراقية وعن دفع التعويض المدني للمتضرر حتى وان لم يكن موجوداً في العراق وقت رفع الدعوى.[50]

بالاضافة الى ذلك ينعقد الاختصاص للقضاء العراقي في حالة الخضوع الارادي من قبل المستثمر الاجنبي لولاية القضاء العراقي، كأن يتفق اطراف العقد على قبول ولاية قضاء الدولة العراقية، وقد يكون قبولهم هذا صريحاً في حالة اذا ذكر احد المتعاقدين شرط حازم لاختصاص القضاء العراقي في العقد المبرم بينهم، او يكون قبولاً ضمنياً يفهم من ظروف وملابسات الحالة التي يجب تقديرها، ويكون ذلك في حالة سكوت المدعى عليه وعدم دفعه بإيقاف إجراءات الدعوى المرفوعة ضده امام المحاكم العراقية.[51]

وبالرغم من ان القانون العراقي لم ينص على هذه القاعدة بل اجاز اللجوء لها استناداً الى نص المادة (30) من القانون المدني العراقي رقم (40) سنة (1951) التي نصت على ان: ((يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً)).

اما عن ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (30) لسنة (1928) فقد نصت عليها المادة (7) منه بقولها: ((تعتبر المحكمة الاجنبية ذات صلاحية اذا تحقق احد الشروط الاتية:

١) كون الدعوى متعلقة بأموال منقولة او غير منقولة كائنة في البلاد الاجنبية.
٢) كون الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الاجنبية او كان يقصد تنفيذه هناك كله او قسماً منه يتعلق به الحكم.
٣) كون الدعوى ناشئة عن اعمال وقع كلها او جزء منها في البلاد الاجنبية.
٤) كون المحكوم عليه مقيما في البلاد الاجنبية او كان مشتغلاً بالتجارة فيها في التاريخ الذي اقيمت فيه الدعوى.
٥) كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى بأختياره.
٦) كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الاجنبية في دعواه)).

ومن خلال قراءة نص المادة المذكور يلاحظ انه جاء بأحكام مطابقة لما جاء في نص المادة (15) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951).

اما عن موقف قانون الاستثمار العراقي النافذ فقد نظمت في المادة (27) منه عدة فقرات تتعلق بتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية بالنظر في مثل هذه المنازعات، وعليه

حددت الفقرتان الاولى والخامسة من المادة على انه: ((1_ خضع المنازعات الناتجة عن عقد العمل حصراً لأحكام القانون العراقي ويكون الاختصاص فيها للمحاكم العراقية، ويستثنى من ذلك العامل غير العراقي اذا نص عقد العمل على خلاف ذلك. ... 5_ المنازعات الناشئة بين الهيئة او اي جهة حكومية او بين اي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة احد احكام هذا القانون...)).

ويتضح من نص المادة اعلاه ان قانون الاستثمار قد حدد الحالات التي تختص فيها المحاكم العراقية بالنظر في مثل هذه المنازعات، وهي:

١. النظر في المنازعات التي تخضع لأحكام هذا القانون.
٢. النظر في المنازعات الناجمة عن عقد العمل.
٣. النظر في المنازعات الناشئة بين هيئة الاستثمار او اية جهة حكومية وبين اي من الخاضعين لأحكام هذا القانون.[52]

وبعد ان حددنا ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الحاكمة لمنازعات عقود الاستثمار، ينتقل الدور للبحث عن المحكمة المختصة داخل الدولة في حل منازعات هذه العقود، فإن النظام القضائي للدولة المضيفة قد يترك مهمة الفصل في هذه المنازعات للقضاء العادي (محكمة البداءة)، او قد يناط بها محاكم مختصة بنظر هذه المنازعات اختصاصاً دقيقاً، ففي العراق تشكلت محكمة بداءة متخصصة بالنظر في الدعاوى التجارية اذا كان احد اطراف العقد من غير العراقيين[53]، ولقد اضاف مجلس القضاء الاعلى اختصاصاً اخر لها وهو النظر في عقود المقاولات التي يكون احد الخصوم فيها طرفاً حكومياً.[54]

المطلب الثاني

الاختصاص القضائي الدولي لمنازعات الاستثمار في التشريع المصري

عند الرجوع الى قانون الاستثمار المصري رقم (8) لسنة (1997) نجد انه قد جاء خالياً من اية اشارة لتحديد الضوابط التي بمقتضاها تختص المحاكم المصرية في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار ذات العنصر الاجنبي، وذلك في حالة حدوث نزاع بين المستثمر الاجنبي والدولة المصرية المضيفة للأستثمار يتم الرجوع بذلك الى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة (1968) حيث حدد هذا القانون الحالات التي تختص فيها المحاكم المصرية في المنازعات المتضمنة عنصراً اجنبياً.[55]

ويستنبط من هذا النص(1) ان المشرع المصري قد جعل المحاكم المصرية مختصة بنظر الدعاوى الاستثمارية طالما كان المستثمر الاجنبي متوطناً او له محل اقامة في مصر، وقد استثنى المشرع المصري في ذات المادة من اختصاص المحاكم المصرية الدعاوى المرفوعة على المستثمر الاجنبي طالما كانت هذه الدعوى متعلقة بحق عقاري واقع خارج اقليم مصر.

اما في حال اذا تعلق النزاع الناشئ عن عقود الاستثمار على مال منقول وعلى حق عقاري موجود في مصر او تعلق بالتزام نشا او نفذ فيه وكان واجب التنفيذ فيه، ولو لم يكن للمستثمر الاجنبي موطن او محل اقامة في مصر، فهنا تختص المحاكم المصرية بنظر الدعاوى التي ترفع على المستثمر الاجنبي المتعاقد مع الدولة المصرية طالما كان موضوع النزاع متعلقاً بالأموال المذكورة، وهو ما نصت عليه المادة (30/ 2) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة (1968).[56]

وبالإضافة الى الاختصاصات المذكورة يكون للمحاكم المصرية اختصاصات اضافية في نظر المنازعات المرفوعة امامها وان كانت هذه الاخيرة غير داخلة في اختصاصها طبقاً لمبدأ الخضوع الارادي للمحاكم الوطنية، اي بأتفاق اطراف عقد الاستثمار على خضوع منازعاتهم الناشئة عن عقدهم الى القضاء المصري، فمثل هذا الاتفاق يعد ضابطاً لأختصاص هذه المحاكم، وبذلك نص المشرع المصري في المادة (32) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة (1968).[57]

الخاتمة

في نهاية هذا البحث توصلنا الى جملة من النتائج، واخرى من التوصيات، والتي سوف نقوم بإدراجها على النحو الآتي:

اولاً: النتائج

١. ان ارادة اطراف العقد هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على تكييف عقود الاستثمار في الاصل، فلهم الحق في اختيار قانون معين يحكم المنازعات الناشئة عن عقدهم، واغلب عقود الاستثمار تتضمن شرط اللجوء الى التحكيم، ففي هذه الحال يحال النزاع امام المحكمين، وللأخيرين السلطة الكاملة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع، اما في حالة سكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق، فعلى القاضي الوطني تحديد القانون المختص وفق قواعد الاسناد الموجودة في قانونه.

٢. في إطار الاختصاص القضائي الدولي لعقود الاستثمار، فإن القاعدة العامة في اغلب المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار هو خضوعها للقضاء الوطني للدولة المضيفة، وفي حال ما إذا تضمن العقد شرط منح الاختصاص لقضاء دولة اخرى بنظر المنازعات الناشئة عن عقدهم يطبق القاضي الشرط المذكور بالعقد دون غيره.

٣. تختص محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية بالنظر في المنازعات الاستثمارية اذا كان الطرف الاخر مستثمراً اجنبياً، بالاضافة الى ذلك تنظر في دعاوى المقاولات على شرط ان يكون الطرف الاخر شخصاً حكومياً، اما في المنازعات التي يكون اطرافها وطنيين فينعقد الاختصاص لمحاكم البداءة المدنية باعتبارها صاحبة الولاية العامة.

٤. لا يوجد قانون خاص في الوقت الحالي ينظم احكام التحكيم في المنازعات الاستثمارية، وفي حال قيام نزاع ناشئ عن عقد الاستثمار يتضمن شرط اللجوء الى التحكيم، يتم الرجوع الى الاحكام العامة الواردة في نصوص قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة (1969) المعدل، والحقيقة ان هذه النصوص يشوبها النقص لكثير من التفاصيل.

٥. تتسم المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار بخاصية مهمة وهي التفاوت في المراكز القانونية لاطرافها والناجمة عن حقيقة مفادها ان احد اطراف العقد هو شخص عام وسيادي وهو الدولة الذي يسعى لتحقيق مصلحة عامة للدولة اما الطرف الثاني هو شخص خاص الذي يمثل المستثمر ويسعى دائما لتحقيق الربح .

ثانياً: المقترحات

١. نقترح على المشرع العراقي ان يتبنى تعريفا موحد للمستثمر الاجنبي والوطني ونفترح ان يكون التعريف كالاتي (وهو الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخص بأقامة مشروع استثماري في الدولة المضيفة للاستثمار على وفق احكام قانونها وطنيا كان ام اجنبيا) .

٢. لاستيعاب التطورات والتغيرات التي تطرأ على رؤوس الاموال بصورة عامة نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (21) من قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 وذلك باضافة عبارة تدل على الصناعة المرنة لما يتكون منه رأس المال لاغراض هذا القانون لذا نقترح ان يكون نص المادة المذكورة كالاتي(تعني عبارة راس المال لأغراض هذا القانون مايستثمره الوطني او الاجنبي في العراق من اموال نقدية أو عينية أو حقوق لها قيمة مالية بما في ذلك) .

٣. ضرورة الاسراع في اقرار مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لسنة 2011، والغاء القواعد العامة الخاصة به والمنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة (1969) المعدل.
٤. ضرورة انضمام العراق الى الاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مثل اتفاقية نيويورك لعام (1958)، وغيرها من الاتفاقيات الفعالة في التحكيم.
٥. نقترح على المشرع العراقي اصدار قانون خاص يعنى بتشكيل المحاكم الخاصة التي تنظر في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار مع مراعاة مايلي :

أ.تشكيل الى جانب محاكم البداءة التي تنظر في الدعاوي المدنية محاكم بداءة استثمارية تقوم بمهمة الفصل في المنازعات ذات طابع استثماري .

ب. تنظر هذه المحاكم في جميع المنازعات التي يكون ذات طابع استثماري وفقا لقانون الاستثمار والقوانين الاخرى ذات الصلة بموضوع الاستثمار .

ج. تنظر هذه المحاكم بجميع المنازعات الاستثمارية وبغض النظر عن صفة اطرافها .

د. مراعاة الاختصاص المكاني لهذه المحكمة وجعله يشمل جميع محافظات العراق دون استثناء .

ه.يشترط ان يكون القاضي متخصصا في النظر بالمنازعات التجارية عموما والمنازعات الاستثمارية على وجه الخصوص .

و.انشاء هيئة متخصصة داخل هذه المحاكم تقوم بعملية التسوية الودية بين اطراف المنازعة عن طريق الوساطة او التوفيق .

الهوامش

[1] د.احمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية_القانون الواجب التطبيق وازمته)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001_2002، ص195.

[2] د.هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, منشأة المعارف الاسكندرية, 1995, ص101 وما بعدها.

[3] د.عباس العبودي: تنازع القوانين, مكتبة السنهوري, بغداد, 2014, ص176.

[4] نصت المادة (1/25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) على ان: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا, فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد, هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخلر يراد تطبيقه"

[5]د.غالب علي الداوودي ود.حسن محمد الهداوي: القانون الدولي الخاص , ج2, 2009, ص 150 وما بعدها.

[6] نصت المادة (1/27) على ان: "المنازعات الناشئة بين الاطراف الخاضعين لأحكام هذا القانون يطبق عليهم القانون العراقي ما لم يتفقوا على خلاف ذلك بغير الحالات التي تخضع لأحكام القانون العراقي حصراً او يكون فيها الاختصاص للمحاكم العراقية".

[7] نصت المادة (22) من قانون الاستثمار الكوردستاني رقم (4) لسنة (2006) على ان: "تخضع الحالات التي لم يرد بشأنها نص في هذا القانون للقواعد العامة في القوانين الاخرى ذات العلاقة".

[8] د. محمود محمد ياقوت: الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2014، ص94.

[9] د. هشام علي صادق: مصدر سابق، ص 343.

[10] د. عكاشة محمد عبد العال: قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1994، ص 52.

[11] د. محمود محمد ياقوت: مصدر سابق، ص 121_ 122.

[12] نصت المادة (297) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة (1984) على ان: ((يجوز للمتعاقدين فيما يتعلق بالشروط التفصيلية للبيع ان يحيلا الى احد عقود البيع النموذجية)).

ونقصد بالعقود النموذجية هي تلك العقود التي لاتخرج عن كونها مجرد املاء معلومات موضوعية في استمارات معدة ومطبوعة تصدر عن مراكز او هيئات دولية متخصصة تشرف على الامور التفصيلية والتي تخص تجارة او بيوع تلك الاصناف والتي يوضع في مثل هذه العقود شرط الرجوع الى غرفة معينة في حالة نشوء نزاع مثل العقود المتعلقة بالحبوب والتي يشار بشأنها الرجوع الى قواعد غرفة تجارة لندن للحبوب، وبما ان عقد الاستثمار قد تكيف في بعض الحالات على انه عقد بيع فبالتالي تعد عقود الاستثمار من قبيل العقود النموذجية. للمزيد من التفاصيل حول العقود النموذجية ينظر سلطان عبد الله محمود الجواري: عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، 2004، ص54.

[13] د. محمد علي جواد: العقود الدولية (مفاوضتها_ إبرامها_ تنفيذها)، جامعة بابل، دون سنة طبع، ص 203.

[14] د. مرتضى جمعة عاشور: عقد الاستثمار التكنلوجي (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان، ط1، 2011، ص 464_ 465.

[15] د. هشام علي صادق: مصدر سابق، ص 418.

[16] نصت المادة (1/25) من القانون المدني العراقي على ان: (... هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من خلال الظروف ان قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه)).

[17] نصت المادة (3/ اولاً) من اتفاقية روما لعام (1980) على ان: ((يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الاطراف، ويجب ان يكون هذا الاختيار صريحاً او مستخلصاً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد او من ظروف التعاقد.

نص الاتفاقية متاح على الموقع الاتي: www. Jus.uio./Im/ ex. Applicable. Law. Contacts. 1980..

[18] وهذا ما نصت عليه اتفاقية جنيف المبرمة في 21/ ابريل نيسان/ 1961 في شأن التحكيم التجاري، إذ نصت المادة (7/ 1) منها على انه: ((يتمتع الاطراف بموجب الاتفاقية بحرية تحديد القانون الذي يطبقه المحكمون على موضوع النزاع)). نصوص الاتفاقية متاح على الموقع الالكتروني الاتي:

. no/ Im/ Europe. International. Commercial. Arbration. Coven- tion. Geneva. www.jus 1961.

وبموجب اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى، ففي نص المادة (42/ 1) منها نصت على انه: ((تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي يتفق عليها الاطراف المتنازعة)).
وينظر نص الاتفاقية على الموقع: http; // icsid. Worldbank. Org.

[19] د. بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 249.

[20] د. احمد عبد الكريم سلامة: مصدر سابق، ص 197.

[21] يتبنى المشرع المصري في نص المادة (19/ 1) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) بنص مماثل لما جاء في القانون العراقي، وكذلك القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة (1976) في المادة (20/ 1) منه.

[22] د. عكاشة عبد العال: مصدر سابق، ص 60.

[23] د. بشار محمد الاسعد: مصدر سابق، ص 311.

[24] د. هشام علي صادق: مصدر سابق، ص 426.

[25] د. احمد عبد الكريم سلامة: مصدر سابق، ص 199.

[26] Dicey and Morris, The Confilict of Laws, Edition, Stevens and Stones LTD, London 1969, P. 691.

[27] شيماء محمد شلتاغ: القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة مع الاشخاص الاجنبية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005م، ص 66.

[28] للمزيد من التفاصيل في هذا القرار ينظر د. احمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للأتفاقيات البترولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة 1957، ص 216_ 217.

[29] د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان: القانون والسيادة امتيازات النفط (دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية)، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 1996، ص 124_ 125.

[30] المصدر نفسه، ص 125.

[31] ينظر نص الاتفاقية على الموقع الالكتروني: Worldbank. Org. http://icsid .

[32] د. محمد عبد العزيز علي بكر: فكرة العقد الاداري عبر الحدود (دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 527.

[33] ينظر نص المادة (38) من النظام الاساس لمحكمة العدل الدولية.

[34] د. صلاح الدين جمال الدين: دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين (دراسة في احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارية واشنطن)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص 35.

[35] د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان: مصدر سابق، ص 137.

[36] د. بشار حمد الاسعد: عقود الدولة في القانون الدولي، مصدر سابق، ص 190 وما بعدها.

[37] شيماء محمد شلتاغ: مصدر سابق، ص 94 وما بعدها.

[38] د. حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2001، ص 813.

[39] د. مرتضى جمعة عاشور: مصدر سابق، ص 525.

[40] نص المادة (8/ 1) من القانون المدني العراقي على ان: ((الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته)).

[41] وبالفعل توجد عدة دول في وقتنا الحاضر اتجهت نحو منح المستثمر الاجنبي جنسيتها الوطنية وذلك كنوع من تشجيع الاستثمار على اراضيها، كما فعلت دولة بلغاريا ودولة مالطا، الا ان ذلك الامر قد يؤدي الى نتائج معكوسة، اذ قد يفهم المستثمر ان منحه للجنسية الوطنية سيكون مدعاة لخضوعه لقوانين تلك الدولة خصوصاً وانه سيصبح موطناً لديها، وبالتالي سيلزم بقوانين حاله حال المواطن. للمزيد ينظر المواقع الالكترونية: www.maltamigration.com و www.arabic.arabiabuisness.com .

[42] نصت المادة (14) من القانون المدني العراقي على ان: ((يقاضى العراقي امام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج)).

[43] نصت المادة (1/ ثانياً) من قانون الجنسية العراقية على ان: ((تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية الدولة الاجنبية)).

[44] سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال: القانون الدولي الخاص، الدار الجامعة، بيروت، دون سنة نشر، ص 441.

[45] د. عوني محمد الفخري: الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، دون ذكر مكان النشر، بغداد 2007، ص 11.

[46] نصت المادة (28) من قانون المرافعات المصري رقم (13) لسنة (1968) على ان: ((تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن او محل اقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج)).

[47] نصت المادة الثالثة من قانون التنظيم القضائي العراقي على ان: ((ولاية القضاء العراقي تسري على جميع الاشخاص المعنوية العامة والخاصة في العراق الا ما استثنى منها بنص خاص)).

[48] د. ممدوح عبد الكريم حافظ: القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، ط1، 1973، ص 373.

[49] رحيم حسن العكيلي: دراسة في قانون المرافعات المدنية، دون ذكر مكان واسم الناشر، ص 75.

[50] القاضي مدحت المحمود: شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 وتطبيقاته العملية، ط4، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2011، ص 43.

[51] حسنين ضياء الموسوي: الارادة ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي (دراسة في القانون العراقي والمصري)، بحث منشور في مجلة ابحاث ميسان، المجلد 8، العدد 16، 2012، ص 399.

[52] ينظر قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة (2006).

[53] تشكلت هذه المحكمة ببيان من رئيس مجلس القضاء الاعلى بتاريخ 2010/11/1.

[54] كانت دعاوى المقاولات تنظر قبل تشكيل هذه المحكمة من قبل محكمة البداءة، وبعد تشكيلها نقل اليها اختصاص نظر الدعوى التجارية اذا كان احد اطرافها اجنبياً ودعاوى المقاولات في حال اذا كان احد اطرافها الدولة.

[55] نصت المادة (29) على ان: ((تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الاجنبي الذي له موطن او محل اقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج)).

[56] نصت المادة (30/ 2) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة (1968) على ان: ((تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الاجنبي الذي ليس له موطن او محل اقامة في الجمهورية وذلك في حسب الاحوال الاتية: ... 2_ إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية او كانت متعلقة بالتزام نشأ او نفذ او كان واجب التنفيذ فيه او كانت متعلقة بإفلاس اشهر فيها)).

[57] نصت المادة (32) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة (1968) على ان: ((تقضي محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة اذا قبل الخصم ولايته صراحة او ضمناً)).

قائمة المصادر

اولاً: الكتب القانونية

١. د. احمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للأتفاقات البترولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة 1975.
٢. د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان: القانون والسيادة امتيازات النفط (دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية)، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 1996.
٣. د. احمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية_ القانون الواجب التطبيق وازمته)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001_ 2002.
٤. د. بشار محمد الاسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
٥. د. حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2001.
٦. القاضي رحيم حسن العكيلي: دراسة في قانون المرافعات المدنية، بلا ناشر، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
٧. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال: القانون الدولي الخاص، الدار الجامعة، بيروت، دون سنة نشر.
٨. د. صلاح الدين جمال الدين: دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين (دراسة في احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارية واشنطن)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.
٩. د.عباس العبودي: تنازع القوانين، مكتبة السنهوري، بغداد، 2014.
١٠. د. عكاشة محمد عبد العال: قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1994.
١١. د. عوني محمد الفخري: الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، بلا ناشر، بغداد 2007.
١٢. د. غالب علي الداوودي و د. حسن محمد الهداوي: القانون الدولي الخاص، ج2، 2009.
١٣. د. محمد عبد العزيز علي بكر: فكرة العقد الاداري عبر الحدود (دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
١٤. د. محمد علي جواد: العقود الدولية (مفاوضاتها_ إبرامها_ تنفيذها)، جامعة بابل، دون سنة طبع.
١٥. د. محمود محمد ياقوت: الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2004.

١٦. القاضي مدحت المحمود: شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 وتطبيقاته العملية، ط4، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2011.
١٧. د. مرتضى جمعة عاشور: عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان، 2011.
١٨. د. ممدوح عبد الكريم حافظ: القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973.
١٩. د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، 1995.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

١. سلطان عبد الله محمود الجواري: عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، 2004.
٢. شيماء محمد شلتاغ: القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة مع الاشخاص الاجنبية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005م.

ثالثاً: المقالات والبحوث

١. حسنين ضياء الموسوي: الارادة ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي (دراسة في القانون العراقي والمصري)، بحث منشور في مجلة ابحاث ميسان، المجلد 8، العدد 16، 2012.

رابعاً: القوانين والانظمة

(١) القوانين والانظمة العراقية:

١. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
٢. قانون ايجار العقار رقم (87) لسنة (1979) المعدل.
٣. قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة (1979) المعدل.
٤. قانون التجارة رقم (30) لسنة (1984).
٥. قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة (2006).
٦. قانون الاستثمار في إقليم كردستان رقم (4) لسنة (2006).

(٢) القوانين والانظمة العربية

١. قانون تنظيم رأس المال الاجنبي في دولة قطر رقم 133 لسنة 2000.
٢. قانون تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الاجنبي في دولة الكويت رقم 8 لسنة 2000.
٣. قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة (1997).
٤. القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976.
٥. قانون الاستثمار الاردني رقم (30) لسنة (2014).
٦. قانون الاستثمار السوري رقم 10 لسنة 1991.
٧. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
٨. قانون المرافعات المدنية التجارية المصري رقم 13 لسنة 1968.

خامساً: المواقع الالكترونية

www.jus.uio.no/im/ex.applicable.law.contacts.1980

www.jus.uio.no/im/europe.international.commercial.arbtration.covention.geneva.1961

http://icsid.worldbank.org

سادساً: المصادر الاجنبية

Dicey and Morris, The Confilict of Laws, Edition, Stevens and Stones LTD, London 1969