جمهورية العراقية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات

قسم القانون الخاص

اثر شرط التحكيم المعتل في منازعات الاستثمار النفطية

دراسة مقارنة باتفاقية واشنطن

رسالة تقدم بها الطالب

صلاح كاظم حسين المسعودي

الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا/ قسم القانون الخاص وهي

جزء من متطلبات شهادة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الاستاذ الدكتور احمد سامي مرهون المعموري

١٤٤٦ هـ ٢٠٢٥م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴾

صدق الله العلي العظيم

(الأنبياء - ٧٨)

الاهداء

إلى روح والدي رحمه الله واسكنه فسيح جناته الذي زرع بذرة العلم في داخلي منذ الصغر أهديه اجر هذا العمل المتواضع

الباحث

الشكر والعرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى في كتابه الكريم ﴿ وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّما يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ ﴾ لقمان الآية١٢

وبعد فأني احمد الله عزّ وجلّ حمدا كثيرا طيا بملىء السماوات والأرض واشكره قبل أي شيء على ما اكرمني به من اتمام هذه الرسالة وأرجو من الله أن تنفعني في ديني ودنياي وأنال بها رضا الله.

ويسعدني التقدم بجزيل الشكر والإمتنان إلى عمادة معهد العلمين للدراسات ورئاسة قسم القانون الخاص وكافة الاساتذة الذين تعلمنا على ايديهم في السنة التحضيرية ، كما اتقدم الى الاستاذ الدكتور أحمد سامي المعموري الاستاذ المشرف على الرسالة وكافة اعضاء لجنة مناقشة رسالتي الكرام.

الأسرة الداعمة والزوجة الغالية ولمن كان لهم دور في الدعم والصبر والتشجيع ولولاهم لما كنت هنا بينكم.

الباحث

المستخلص

يُشكل التحكيم أداةً محوريةً لحل النزاعات في قطاع الاستثمار النفطي، لكن فاعليته تتوقف على سلامة وصحة شرط التحكيم المتفق عليه بين الأطراف. فشرط التحكيم المعتل يرد على عيوب جوهرية تُفقده المشروعية، سواء كانت متعلقة بصياغة النص أو بمضمونه كمخالفة النظام العام أو إجحاف حقوق أحد الأطراف وينشأ الاعتلال من أسباب متعددة، كالغموض في الصياغة، وعدم التوازن بين حقوق الدولة والمستثمر، أو انتهاك القواعد الأمرة في التشريع العراقي.

تترتب على اعتلال شرط التحكيم آثار قانونية خطيرة مثل عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، وبطلان الحكم التحكيمي، وإطالة أمد النزاع، وارتفاع التكاليف، فضلاً عن تآكل الثقة في آلية التحكيم كوسيلة نزيهة.

ويترتب على اعتلال شرط التحكيم بطلان اثره في فض النزاع الذي يمكن ان يحدث في عقد الاستثمار النفطي ، الامر الي يستوجب لعلاج هذه الصياغات المعيبة، بالإمكان اعتماد آليات وقائية كاعتماد نماذج موحدة للصياغة، والتدقيق القانوني المسبق، وتعزيز الشفافية، واليات علاجية كالتعديل القضائي للشرط ، مثلما أن تعديل التشريعات الوطنية وتضمينها نصوصاً صريحة حول معايير وضوح شرط التحكيم .

المحتويات

الموضوع	الصفحة
الآية	أ
الاهداء	ب
الشكر والتقدير	ت
المستخلص	ث
المقدمة	١-٥
الفصل الأول **مفهوم التحكيم المعتل في منازعات الاستثمار النفطية**	٦-٧٥
المبحث الأول : **ماهية شرط التحكيم المعتل في منازعات الاستثمار النفطية**	٧=٤٥
المطلب الأول : التعريف بشرط التحكيم المعتل في منازعات الاستثمار النفطية	٨-٣٠
الفرع الاول : تعريف شرط التحكيم المعتل في منازعات الاستثمار النفطية	٨-١٦
الفرع الثاني : مسببات الاعتلال في شرط تحكيم منازعات الاستثمار النفطية	١٧-٢٠
الفرع الثالث : صور الاعتلال في شرط التحكيم لمنازعات الاستثمار النفطية	٢٠-٣٠
المطلب الثاني : الشروط المانعة للاعتلال في منازعات الاستثمار النفطية	٣٠-٤٥
الفرع الاول : توافر الأهلية القانونية للمتصرف	٣١-٣٧
الفرع الثاني : مشروعية شرط التحكيم المراد الفصل به	٣٧-٤١
الفرع الثالث : ان يكون موضوع النزاع قابلاً للتحكيم	٤٢-٤٥
المبحث الثاني : **صور شرط التحكيم المعتل في منازعات الاستثمار النفطية**	٤٦-٧٥
المطلب الاول : الاعتلال بسبب عيوب صياغة شروط التحكيم	٤٧-٦١
الفرع الأول : الاعتلال بسبب عيوب في صياغة شرط التحكيم الحر	٤٨-٥١

الفرع الثاني : الاعتلال المتعلق بتشكيل هيئة التحكيم	٥٢-٥٧
الفرع الثالث : الاعتلال بسبب عيوب صياغة شرط التحكيم المؤسسي	٥٨-٦١
المطلب الثاني : الاعتلال بسبب العيوب في مضمون شرط التحكيم	٦١-٧٥
الفرع الأول : الاعتلال بسبب القانون الواجب التطبيق على التحكيمي	٦٢-٦٩
الفرع الثاني : الاتفاق على أكثر من وسيلة لحل النزاع	٦٩-٧٣
الفرع الثالث : الاعتلال بسبب شرط التحكيم الابيض	٧٤-٧٥
الفصل الثاني **الاثار القانونية لاعتلال شرط التحكيم في منازعات الاستثمار النفطية وطرق معالجتها**	٧٦-١٢٨
المبحث الاول : اثر اعتلال شرط التحكيم على منازعات الاستثمار النفطية	٧٧-١٠٦
المطلب الأول : الاثار الموضوعية لاعتلال شرط التحكيم	٧٨-٩٢
الفرع الاول : اخضاع عقد الاستثمار النفطي لقانون الارادة.	٧٨-٨٥
الفرع الثاني : اختيار القانون الواجب التطبيق عند غياب قانون الإرادة	٨٦-٩٢
المطلب الثاني : الأثر الاجرائي لاعتلال شرط التحكيم	٩٢-١٠٦
الفرع الأول : اعتلال شرط التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص	٩٣-١٠٠
الفرع الثاني : الانقضاء الاستثنائي لشرط التحكيم المعتل	١٠١-١٠٦
المبحث الثاني : طرق معالجة اعتلال شرط التحكيم	١٠٧-١٢٨
المطلب الأول : الطرق الوقائية	١٠٨-١١٩
الفرع الأول : الصياغة القانونية السليمة لشرط التحكيم في عقد الاستثمار النفطي	١٠٩-١١٥
الفرع الثاني : تولي الخبراء المختصين صياغة شرط التحكيم	١١٥-١١٧
الفرع الثالث : اعتماد اساليب الحل القانونية	١١٧-١١٩

المطلب الثاني : الطرق العلاجية	١١٩-١٢٨
الفرع الأول : تفسير شرط التحكيم المعتل	١٢٠-١٢٤
الفرع الثاني : البحث عن الارادة الحقيقية	١٢٥-١٢٧
الفرع الثالث : استعمال القياس في معالجة شرط التحكيم المعتل	١٢٧-١٢٨
الخاتمة	١٢٩-١٣١
المصادر والمراجع	١٣٢-١٤٢
Abstract	**A**

المقدمة

أولا : التعريف بموضوع البحث

على الرغم من أن المجتمعات المعاصرة أسست النظام القضائي لإقامة العدل بين الناس، إلا أن التحكيم أصبح ملجئاً نافعاً لفض مختلف النزاعات على طريقة التخفيف من مشقة الترافع للقضاء الرسمي كما ان المستثمر قد لا يعرف القانون الوطني وان القضاء الوطني قد ينحاز الى الجانب الوطني (الدولة) ، وتضمن الوصول إلى حلول عملية يرضاها الخصوم، ذلك أن نظام التحكيم نابع من الحاجة والضرورة ولم يكن قط وليد فكرة أو فلسفة، والمتتبع لتطور التحكيم في الفقه والقانون يرى أن التحكيم نشأ وتطور مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية، وسائر المتطلبات والتطورات البشرية.

ومن ثم فان التحكيم هو نظام قضائي اتفاقي يختار فيه الأطراف قضائهم ويعهدون إليهم بمقتضي شرط خاص أو اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات الاستثمارية النفطية التي تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية والي يجوز تسويتها على وفق أحكام القانون أو مبادئ العدالة وإصدار حكم ملزم لهم.

ويعدّ شرط التحكيم في العقود الاستثمارية الدولية أهم وسيلة لحل المنازعات ولاسيما المنازعات النفطية، ونحن اليوم في ظل سياسة الانفتاح والعولمة واتساع حرية التجارة، والتعاون الدولي في شتى المجالات التجارية والصناعية. وبلدنا يعد جزءا من هذا العالم ويسير معه في مركب وأحد نحو السوق الحر والانفتاح الاقتصادي باستقطاب رؤوس الأموال واهتمام رجال الأعمال والمستثمرين للاستثمار في مجال الطاقة النفطية، وما يتبع ذلك من إبرام العقود التي تنظم وتحكم تلك الأنشطة التجارية والاقتصادية وتضمينها شرط التحكيم لتسوية المنازعات الاستثمارية النفطية الناشئة عنها باللجوء إلى التحكيم لحسمها، إلا إن هذا الشرط قد يصاغ

بشكل يجعله معيبا أو معتلا مّما يخل في دورة في فض النزاع مّما يستدعي معالجة هذا العيب وتصحيحه.

ثانيا: أهمية البحث

يبدو جليا أن جوهر التحكيم هو اتفاق الأطراف الراغبين في التحكيم، وإن كان نظاما قانونيا له هيكليه، إجراءاته، قواعده، التي رسم القانون ماهيتها وكيفيتها ..إلا أنه بالأساس نظام اتفاقي قوامه إرادة من يرغبون فيه واتفاقهم على اتخاذه سبيلا لفض منازعاتهم. فاتفاق الأطراف هو الذي يقرر مبدأ اللجوء إلى التحكيم ويحدد إجراءاته موضوعه، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم، والقانون المختص بحكم النزاع ، ولغة ومكان التحكيم ..... الخ، ويصاغ هذا الأمر بصيغة شرط يرد ضمن عقد الاستثمار النفطي بحد الطريقة والالية القانونية لفض النزاعات التي يمكن أن تحدث مستقبلا .

وتعد عملية صباغة شرط التحكيم بدقة ومن دون عيوب على درجة كبيرة من الأهمية إذ يتوافر فيها دقة الصياغة بحيث لا يثير أي مشكلات إجرائية تخلق صعوبة في تفعليه ولا يؤثر على عملية التحكيم، وعليه فإن دراسة الشروط المعتلة التي تهدد الصياغة ودراستها مثل عيوب الصياغة التي تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أصلا ، أو النطاق الموضوعي لشرط التحكيم واثره على ادخال المنازعات الاستثمارية النفطية داخل نطاق شرط التحكيم، أو عدم تسمية الجهة المختصة بنظر النزاع وسلطة التعيين ... الخ ، كلّ تلك الأمور تعد على درجة كبيرة من الأهمية القانونية والعملية

وبعد من أهم المشاكل في صياغة بند التحكيم عدم وضوح طريقة تشكيل هيئة التحكيم في حالة التحكيم متعدد الأطراف؛ إذ يؤدي تعدد أطراف العقود في العديد من الحالات إلى نشوء النزاع بين أكثر من طرفين. فقد يتعدد الأطراف المحكمة أو الأطراف المحتكم ضدها أو كلاهما.

فمن المتعارف عليه أنه في حالة وجود طرفين في النزاع، يتم عادة النص على أن هيئات التحكيم الثلاثية تتكون من المحكم المسمى من الطرف المحتكم والمحكم المسمى من الطرف المحتكم ضده ورئيس هيئة التحكيم.

وتظهر أهمية شرط التحكم المغتل بشكل خاص فيما يتعلق بعقود الاستثمار النفطي بين الدول والشركات الكبرى خاصة اذا ما كانت متكونة مما يسمى مجاميع التعدداو محموعة المستثمرين او مجموعة الشركات ، مما يستوجب البحث في مدى الزامية وصحة شرط التحكيم الذي كانت الشركة النفطية المستمثرة قد اتفقت عليه في عقودها مع الدولة، اذ يعد صياغة شرط التحكيم من الأمور ذات الحساسية البالغة عند صياغة عقد الاستثمار النفطي ؛ ذلك لما يتضمنه من مخاطر في حالة وقوع خطأ في شرط التحكيم، سواء خطأ راجع الي عيب في بند التحكيم نفسه او النطاق الموضوعي لشرط التحكيم واثرة على ادخال المنازعات داخل نطاق شرط التحكيم، او عدم تسمية الجهة المختصة بنظر النزاع وسلطة التعيين ... الخ.

ثالثا : اشكالية البحث

يشير عنوان البحث إلى اشكاليات بحثية متعددة تتمثل الاشكالية المركزية بدراسة مفهوم شرط التحكيم المعتل في منازعات الاستثمار النفطية والاثار القانونية المترتبة عليه ويتفرع عن هذه الإشكالية المركزية اشكاليات فرعية تتمثل بموقف المشرع العراقي في تشخيص صور اعتلال شرط التحكيم من حيث الصياغة والمضمون ومن حيث قابلية الاتفاق للأبرام من الناحية الشخصية والموضوعية ، وبيان آثار كلّ صنف منها على سير العملية التحكيمية في المنازعات الاستثمارية النفطية، وفيما إذا كان الاعتلال عاملا في انهائها أو عرقلتها، عن طريق مراجعة النصوص والآراء الفقيهة والأحكام القضائية والتحكيمية التي تنظم عملية التحكيم .

رابعا : فرضية البحث

البحث يرتكز على فرضية تتضمن أن الاعتلال أو العيب في شرط التحكيم قد يكون شكليا في الصياغة أو موضوعيا في المضمون ويمارس أثراً مباشرا في المنازعة التحكيمية في عقد الاستثمار النفطي ولا يمكن أن يكون هذا الأثر إلا ضمن الضوابط القانونية وأن تتوافر فيها قوالب قانونية سواء على الصعيد الوطني والدولي، هذه الفرضية تجد أساسها القانوني في أكثر من مستوى وفي ظلّ أكثر من نظام قانوني .

خامسا: الأسئلة البحثية.

السؤال المركزي يتمثل ببيان مفهوم شرط التحكيم المعتل، وأثره على سير العملية التحكيمية في منازعات عقود الاستثمار النفطي، وبعد ذلك لا بد من الإجابة على مجموعة أسئلة أخرى تقضي للإجابة عن هذا السؤال المركزي الاجابة عن هذا أسئلة فرعية التي تتمثل بما يلي:

- متى يكون شرط التحكيم معتلا؟
- ما هي صور اعتلال شرط التحكيم صياغة ؟.
- ما هي العلل المحتملة في مضمون شرط التحكيم ؟
- هل عدم كتابة شرط التحكيم في متن العقد يعد عيبا مؤثرا في سير العملية التحكيمية ؟
- متى يكون شرط التحكيم غير قابل للصياغة شكليا أو موضوعيا؟.
- ما هي الآثار الإجرائية والموضوعية لاعتلال شرط التحكيم ؟
- ما هي المعالجات المقترحة لتلاقي حدوث العيوب في شرط التحكيم؟

سادسا: مناهج البحث

سوف تكون دراستنا ضمن مناهج بحثية متعددة، ويقع في مقدمتها المنهج التحليلي، إذ سيتم دراسة وتحليل نصوص التشريعات القانونية المنظمة لشرط التحكيم المعتل قانون المرافعات

العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ومقارنة ذلك باتفاقية واشنطن التي صدرت في ١٨ آذار سنة ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الدولية والاقليمية التي تنظم عملية التحكيم.

وسيتم الاعتماد على المنهج التاريخي باعتبار أن الواقعة التاريخية هي مصدر للمعلومة العلمية والتي تتمثل بالوقائع التاريخية والتطور التاريخي للتحكيم وشرط التحكيم التي جرت خلال نطاق الدراسة، وسيتم الاعتماد على المنهج المقارن، إذ سيتم دراسة الموضوع وفق القانون العراقي بالمقارنة باتفاقية واشنطن العام ١٩٦٥، مع التطرق لنصوص التشريع المصري والفرنسي وكان لذلك ضرورة بحثية.

الدراسات السابقة :

١. علاء حسين عيسى, شرط التحكيم المعتل في المنازعات التعاقدية الدولية, رسالة ماجستير, كلية القانون, جامعة الكوفة, ٢٠١٨.

هذه الدراسة هي رسالة ماجستير في حدود ١٧٠ صفحة تطرقت الى شرط التحكيم المعتل في نطاق القانون الدولي الخاص بينما رسالتنا كانت في نطاق القانون التجاري ، كما ان هذه الدراسة جاءت لبحث شرط التحكيم المعتل بصورة عامة بينما رسالتنا تتطرق الى شرط التحكيم في منازعات الاستثمار النفطية على وجه الخصوص

٢. د. سهيلة قرطبي, شرط التحكيم المعتل ووسائل معالجته, بحث منشور في مجلة القانون والسياسة, جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان, الجزائر, العدد ٤, حزيران, ٢٠١٦.

هذه الدراسة هي على شكل بحث مختصر بحدود ٢٠ صفحة تطرق الى الاعتلال بصورة عامة في نطاق القوانين الاجرائية في دولة الجزائر ، بينما رسالتنا كانت في نطاق الاستثمار النفطي وفي مجال التشريع العراقي واتفاقية واشنطن بالتفصيل.

هيكلية البحث :

تم تقسيم الرسالة على فصلين تناولنا في الفصل الأول مفهوم شرط التحكيم المعتل في منازعات الاستثمار النفطية وتم تقسيمه على مبحثين الأول جاء بعنوان ماهية شرط التحكيم المعتل في منازعات الاستثمار النفطية والمبحث الثاني صور شرط التحكيم المعتل في منازعات الاستثمار النفطية، بينما جاء الفصل الثاني لبحث الاثار القانونية المترتبة على شرط التحكيم المعتل في منازعات الاستثمار النفطي وطرق معالجتها ، وتم تقسيمه على مبحثين كذلك جاء المبحث الأول لبحث اثر اعتلال شرط التحكيم على نزاعات الاستثمار النفطية بينما جاء المبحث الثاني لبحث طرق معالجة الاعتلال في شرط التحكيم في عقود الاستثمار النفطية، وختمت الدراسة بخاتمة تم تدوين أهم النتائج والمقترحات فيها .