التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة

بحث مقدم من قبل
المدرس ايناس هاشم رشيد
المدرس وعود كاتب الانباري
جامعة كربلاء / كلية القانون

الخلاصة.

اصبح التحكيم ظاهرة من مظاهر العصر الحديث ، وزاد اللجوء اليه كنظام لحسم المنازعات لما يوفره من مزايا لايحققها قضاء الدولة المثقل بالقضايا ، وايضا لما يوفره من مزايا للمتعاقدين من دول مختلفة ، حيث يجنبهم مشكلة عدم العلم بالقواعد الموضوعية والاجرائية في القانون الاجنبي .ولقد ادى التطور الهائل الذي طرأ على التجارة والاستثمار الى ذيوع التحكيم وانتشاره على الصعيد الخارجي مما يضاعف اهميته ويستوجب الاحاطة به . بل واضحى يتمتع بالقبول لدى اغلب الدول المختلفة في انظمتها القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، ولاينصب هذا القبول على ان التحكيم هو الوسيلة المثلى والملائمة لفض المنازعات الناشئة في اطار العلاقات الداخلية والخارجية فقط ، وانما ايضا كحافز ضروري نتيجة هذه العلاقات وتطويرها بما يحقق المزايا للدولة المنتجة والمستهلكة .

الكلمات المفتاحية: التحكيم ، النزاعات ، عقود ، الاستثمار ، استقلالية.

Abstract.

The modern period marked by the rise of arbitration's phenomenon as a system for settlement of disputes as offering advantages which don't provided by judicatory of the state.And also it provides the advantages of contractors from different countries, which help them to avoid the problem of unknowing of the rules of substantive and Procedural foreign law. When the enormous development on made on investment level which doubles its important which may be possess innate tendencies towards representation it. And even has been fall due accepted by the majority of countries in their economic and social system. Thus in this way arbitration came to be envisaged not only as appositive imptiment for settlement disputesWithin internal and external relationships but also as to be incentive which is necessary as result of these relationships.

Key words: Arbitration, Conflicts, Contracts, Investment, Independence.

المقدمـــة.

أصبح التحكيم ظاهرة من مظاهر العصر الحديث ، وزاد اللجوء إليه كنظام لحسم المنازعات لما يوفره من مزايا لا يحققها قضاء الدولة المثقل بالقضايا وأيضاً لما يوفره من مزايا للمتعاقد دين ، من دول مختلفة ، حتى يجنبهم مشكلة عدم العلم بالقواعد الموضوعية والإجرائية في القانون الأجنبي.ولقد أدى التطور الهائل الذي طرأ على التجارة والاستثمار إلى ذيوع التحكم وانتشاره على الصعيد الخارجي مما يضاعف أهميته ويتوجب الاحاطه به ، بل واضحي يتمتع بالقبول لدى اغلب الدول المختلفة في أنظمتها القانونية والاقتصادية والاجتماعية ولا ينصب هذا القبول على إن التحكيم هو الوسيلة المثلى والملائمة لفض المنازعات الناشئة في إطار العلاقات الداخلية والخارجية فقط ، وإنما أيضاً كحافز ضروري نتيجة هذه العلاقات وتطويرها بما يحقق المزايا للدولة المنتجة والمستهلكة .

المبحث الاول/اهميـة التحكيـم في عقـود الاستثمـار.

يعد التحكيم التجاري الدولي عنصراً رئيسياً في عقود الاستثمار الأجنبية ، والتي تكاد جميعها تتضمن شرط إحالة جميع منازعاتهم إلى التحكيم ، فالمستثمر الأجنبي يعبر دائماً على إضافة شرط التحكيم نظراً للمزايا التي يوفرها التحكيم له ، والدولة المضيفة للاستثمارات تجد نفسها دائماً ملزمة بقبول شرط التحكيم ، ولهذا سوف نتناول في هذا المبحث مفهوم التحكيم في المطلب الأول ، ثم نتطرق إلى شرط التحكيم في المطلب الثاني.

المطلب الأول/مفهـوم التحكيـم.

سنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على تعريف التحكيم ، وماهي المزايا التي يتمتع بها من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول/تعريـف التحكيـم.

لقد تعددت التعريفات التي عرف بها الفقهاء والباحثون والقانون الوضعي التحكيم ، وذهبوا في ذلك إلى مفاهيم تكاد تكون متقاربة ، فعرفه جانب من الباحثين على انه " نظام قانوني خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم ، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي والتي يجوز تسويتها بواسطة التحكيم . " (1) وجانب أخر عرف التحكيم : " الطريقة التي يختارها الأطراف لفض النزاعات التي تنشأ عن العقد والتي يتم البحث فيها أمام شخص أو أكثر يطلق عليها المحكم أو المحكمين . " (2)أوهو (اتفاق الأطراف على اختيار أشخاصاً طبيعيين لحل خلافاتهم. " (3) ومن التعاريف المتقدمة نلاحظ أن التحكيم يعد وسيلة استثنائية يلجأ إليها المتعاقدان ، لحل خصوماتهم باللجوء إلى أشخاص يختارونهم بعيداً عن المحاكم . على إن الخصوصية التي يتمتع بها التحكيم في مجال عقود الاستثمار التي تبرمها

الدولة ليست نابعة من تلك المزايا ، بل نابعة من كون الدولة طرفاً في العقد ، وذلك من خلال الوقوف عند جملة من الضوابط التي يقررها التحكيم ، وكذلك الضمانات التي وفرها للأجانب من خلال النص على آثاره على سلطة الدولة .أما بالنسبة لموقف التشريعات من التحكيم ، فقد جاء في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 " ينصرف لفظ التحكيم في هذا القانون إلى الاتفاق الذي ينصرف فيه أطراف هذا النزاع بإرادتها الحرة ، سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركز دائم للتحكيم ، أو لم يكن كذلك ".ولقد أجاز قانون التحكيم السعودي رقم 46 لسنة 1403 للهجرة الاتفاق على اختيار التحكيم في نزاع معين. (4)كما أشار قانون الاونسترال النموذجي لسنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006 إلى تعريف التحكيم حيث جاء في الفقرة (أ) من المادة الثانية على أن التحكيم سواء تولته منظمة حكومية دائمية ، أم لا . (5) والملاحظ على هذا التعريف انه يشير فقط إلى الجهة التي تتولى عملية التحكيم ، فهي أما أن تكون منظمة دائمية ، أو غير ذلك دون أن يبين ماهية التحكيم .وبالنسبة لموقف القانون العراقي من التحكيم ، فنجد انه في قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969 ، أجاز اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الناشئة عن العقد . (6) أما مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لسنة 2011 فقد عرف التحكيم في المادة الأولى منه (أسلوب يختاره أطراف النزاع لحله من محكم أو أكثر بدلاً من اللجوء للقضاء.)أما على الصعيد القضائي ، فقد عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم الدولي بأنه (عرض نزاع معين يبين الطرفان على محكم من الانهيار يعين باختيارهما ، أو بتفويض منهما ، أو على ضوء شروط يحددها ليفصل في النزاع بقرار يكون بعيداً عن الممالاءه ، مجرد من التحامل ، وقاطعاً لدابر الخصومة ، في جوانبها التي احالها الطرفان اليه ، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية).(7)اما محكمة التميز الاردنيه ،فقد عرفت التحكيم بأنه (طريق استثنائي لفض المنازعات ،ويقتصر على ماتفقت عليه ارادة طرفي التحكيم وعلى المحكمة ان لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم).(8)ومن جميع التعاريف المتقدمة نخلص الى ان التحكيم هو (اتفاق بين طرفين من المتعاملين في التجارة الدولية ، على ان يتم تسوية المنازعات التي قد تحدث بينهم عن طريق شخص ثالث او اكثر ، يستمدون صلاحياتهم من اتفاق التحكيم) .

الفرع الثاني/مزايـــــا التحكيم.

يتمتع التحكيم التجاري بالعديد من المزايا التي جعلته محط انظار الخصوم في منازعات عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة ، الامر الذي ادى الى انتشار التحكيم كوسيلة لحل تلك المنازعات وتتجلى تلك المزايا . (9)

1- مرونة التحكيم بما يتناسب مع طبيعة المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار ، اذ تتميز عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة بانها عقود ذات قيمة مالية عالية ، ويحتاج تنفيذها الى فترة زمنية طويلة ، وعلى مراحل مختلفة ، فعلى سبيل المثال نجد ان عقود الاستثمار في مجال الاعمال الاستخراجية ، امتد تنفيذها عشرات السنين ، الامر الذي يتطلب وجود آلية لتسويـة المنازعـات

2- الناشئة عنها تتناسب وطبيعة هذه العقود لكسب الوقت والجهد والمال . فالتحكيم وبشكل اساسي يقوم على مبدأ سلطان الارادة ، حيث يستطيع اطراف النزاع في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة تنظيم العملية التحكيمية بالشكل الذي يتلائم مع ظروفهم التجارية والاقتصادية وبما يتفق مع طبيعة عقود الاستثمارات مصدر النزاع . (10)

3- توفر عنصر السرعة في حسم المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة اذ تتسم هذه العقود بضخامة رأس المال المستثمر ووجود جداول زمنية لتنفيذها ، فإذا حصل بشأنها نزاع فان الأمر يتطلب البت منها في أسرع وقت ممكن لاستئناف تنفيذ هذه العقود (11)والتحكيم التجاري يوفر هذا المطلب لان المحكمين يتفرغون عادة للبت في المنازعات الأمر الذي يؤدي الى الفصل فيها في وقت أقل مما يلزم عادةً في القضاء ، وفي احيانٍ كثيرة ليس في التحكيم طرق للمراجعة مما يختصر كثيراً طريقه الى الحكم النهائي . بالاضافة الى ذلك ان قوانين التحكيم قد حدوت حدة يجب على المحكم ان يصدر قرار التحكيم خلالها وإلا يكون اتفاق التحكيم باطلاً (12)

4-استمرار العلاقات الودية بين الطرفين بعد النزاع في العقود التي تبرمها الدولة ، اذ ان هذه العقود في الغالب تنفذ على مراحل زمنية مختلفة ، الأمر الذي يتطلب المحافظة على بقاء هذه العلاقات ودية وحميمة الى حين الانتهاء من تنفيذها ، والتحكيم يحقق هذا الهدف . (13)

5-عدم خضوع المتعاقدين في عقود الاستثمار التي تبرمها لقضاء الدولة التي يقوم بأستثمار امواله خشية وقوعه تحت تأثير قضائها الوطني ، وذلك لان التحكيم يعطي اطرافه حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع ، والمكان الذي سوف يتم فيه التحكيم وبالتالي يستطيع المستثمر بتجنب الخضوع لقضاء الدولة التي يقوم باستثمار امواله داخلها بالاتفاق على حل ما ينشأ من نزاع بشأن عقود الاستثمار التي تبرمها بطريق التحكيم دون القضاء . (14)

5 - تجنب الكثير من المشاكل التي تثار في ميدان تنازع القوانين بالنسبة لعقود الاستثمارات بالنظر لما يوفره التحكيم للاطراف من افساح المجال الذي تعمل فيه الإرادة في تعين القواعد الاجرائية والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق . (15)

6- سهولة الإجراءات المتبعة في التحكيم في منازعات عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة سواء فيما يتعلق بتحديد موعد جلسات التحكيم ، او ما يتعلق بكيفية تقديم البيانات حيث يجوز في التحكيم مثلاً تقديم الشهادة الخطية مشفوعة بأداة القسم . (16)

المطلب الثاني/شرط التحكيم في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة.

وهو نص يرد عادة في عقد الاستثمار ، لذا سنتناول في هذا المطلب ، أساس شرط التحكيم في الفرع الأول ، ومبدأ استقلال شرط التحكيم في الفرع الثاني .

الفرع الأول/أساس التحكيم .

يعطي هذا الشرط الحق لكل من طرفي العقد اللجوء الى التحكيم قبل وقوع النزاع حتى وان كان الطرف الآخر غير راغب في ذلك . فالرضائية في التحكيم تتمثل في إرادة كل منهما في اللجوء الى التحكيم.ويعود شرط التحكيم في نشأته الى عقود الامتياز التي أبرمتها الشركات متعددة الجنسية مع الدول النامية لاستثمار مواردها الطبيعية كالنفط والمعادن .ولقد ثار الخلاف في فرنسا حول صحة شرط التحكيم نظراً لعدم النص عليه في قانون المرافعات ، لان موضوع هذا الشرط احتمالي من جهة وغير محدد من جهة اخرى ، وفي عام 1925 اجاز المشرع الفرنسي شرط التحكيم في المواد التجارية ، واشترط قانون المرافعات رقم 354 لسنة 1980 ان يكون شرط التحكيم مكتوباً في اصل العقد ، مع توضيح كامل لكيفية تعيين المحكمين ، وإلا فان الشرط يعد باطلاً (17) .

ويعد التحكيم وسيلة لحل النزاعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة ، والتي يحوز فيها الصلح ، وبذلك يمكن ان يخرج من اختصاص القضاء الوطني بحيث لا يؤثر اللجوء إلى التحكيم الى انتهاك السيادة الوطنية والحصانه القضائية لسيادة الدولة . لان نزاعات الاستثمار تتعلق بشؤون القطاع التجاري الذي تمارسه الدولة بوصفها شخصا من اشخاص القانون الخاص وعليه فان التنازل عن الحصانة القضائية في شرط التحكيم ، انما يتم في اطار النشاط التجاري وحسب ماجاءت به المادة 46 من اتفاقية واشنطن لإنشاء مركز حل النزاعات المتعلقة بالاستثمار لعام 1965.(18) وتختص محكمة التحكيم بالفصل بالنزاع الذي ينشأ عن العقد الذي ورد فيه شرط التحكيم ، بمعنى ان طرفي العقد قد اختارا التحكيم الاجباري لحل النزاع الذي ينشأ عن هذا العقد دون غيره.وتنشأ صفة الإجبار بموجب شرط التحكيم شبيه بالتحكيم الاجباري في المعاهدات التي تختار التحكيم الدولي لحل النزاعات الناجمه بينهما بموجب المعاهدة التي اشترطت التحكيم الاجباري للنزاع الناشئ عنها . وقد نظم قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل قواعد التحكيم من المواد (251 الى 276) والتي تخضع جميع النزاعات الواقعه في العراق سواء كانت وطنية ام يشوبها عنصر اجنبي الى القانون العراقي ، والى المحكمين العراقيين من حيث الشكل ، اما من حيث الموضوع فيكون القانون العراقي هو الواجب التطبيق طبقاً للمادة 25 من القانون المدني (19) .اما التحكيم التجاري الدولي فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة (27) من قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل على " اذا كان اطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل بما فيها الالتجاء الى التحكيم وفقاً للقانون العراقي أو اية جهة اخرى معترف بها دولياً " . مما يجعل التحكيم التجاري الدولي اجبارياً لاطرافه متى اوردوه في عقد الاستثمار ، وذلك لتشجيع المستثمر الاجنبي بتوفير المناخ الاستثماري الجيد في العراق .

المطلب الثاني/استقلاليـة شرط التحكيـم.

ويقصد به استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار . (20) بمعنى اذا أبطل عقد الاستثمار فهذا لا يعني ابطال شرط التحكيم المدرج ضمن بنود العقد ، وان مبدأ استقلال شرط التحكيم في منازعات عقود الاستثمار نصت عليه بعض التشريعات ، ومن أمثلة تلك القوانين ، قانون التحكيم الانكليزي لسنة 1996 ، الذي اشار الى مبدأ استقلال شرط التحكيم في المادة (7) منه ، كما جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في الفقرة الاولى من المادة (16) الى ضرورة النظر الى شرط التحكيم الذي يعد جزءاً من العقد كما لو كان مستقلاً عن شروط العقد الاخرى ، كما جاء فيها ان أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم . وعلى صعيد القوانين العربية ، فقد جاء في المادة (23) من قانون التحكيم المصري ، بأنه " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الاخرى ، ولا يترتب على بطلان العقد او فسخه او إنهاؤه ، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه اذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته ".مما يدل بلا شك ان قانون التحكيم المصري ، قد أكد على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن عقد الاستثمار.في الوقت الذي لم يتضمن قانون التحكيم السعودي أي نص على هذا المبدأ ، كذلك الحال بالنسبة لقانون المرافعات العراقي النافذ.اما على صعيد القضايا التحكيمية ، فقد جاء في حكم التحكيم الصادر في قضية (تكساكو) ضد الحكومة الليبية في 27 نوفمبر عام 1975 الى ضرورة استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي . (21)مما نقدم تخلص الى ان مبدأ إستقلال شرط التحكيم هو من المبادئ المهمة ، والذي يخلق نوع من الطمأنينة في نفوس المستثمرين من أي تأثير او بطلان لشرط التحكيم تبعاً للعقد الاصلي ، مما يجعل التحكيم الأداة الفاعلة لحل النزاعات .

المبحث الثاني/آثار التحكيم على الدولةبوصفها طرفاً في عقود الاستثمار.

لبيان القيود التي تعكس بحق خصوصية التحكيم في فض المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة ، نجد ان الدولة قد سلبت بعضاً من صلاحياتها لا سيما الدفع بالعنصر السيادي في مواجهة الاطراف والادعاء بسلطتها ، بالاضافة الى عدم مسؤوليتها الدولية جراء لجوء مشاريعها الى التحكيم كما ان من خصوصية التحكيم تحقيقه لضابط الاستقرار التعاقدي سواء يتمثل في مبدأ استمرارية العقد في ظل الظروف القاهرة،او عدم التأثر بالاجراءات الفردية التي تقوم بها الدولة.وسنقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول منهما الى بحث سلب الدولة لبعض خصائصها ، اما الثاني فنخصصه لبحث ضرورة تحقيق الاستقرار التعاقدي.

المطلب الاول/سلب الدولـة لبعض صلاحياتهـا.

ان التحكيم يسلب الدولة بعض صلاحياتها ، لذا لا يجوز للدولة التحلل من التحكيم وتدفع بالسيادة ، وهنالك جانب من الفقه يعارض الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة قانونية لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها الدولة ، بحجة مخالفته لسيادة الدولة ، كما ان قيام هيئة التحكيم الدولية بالنظر في المنازعات بين المستثمر مثلاً والدولة المضيفة للاستثمار سيستدعي بالضرورة مناقشة وتقييم الاعمال هذه الدولة ، وفي ذلك اعتداء جسيم على سيادتها الوطنية ، إذ لا يحق لأية جهة دولية اصدار قرارات في أمور تعتبر من صميم الشؤون الداخلية للدولة (22).ولقد رفضت هيئة التحكيم المشكلة في اطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية الدفع الذي تقدمت به احداث الدول الافريقية في نزاعها مع شركة فرنسية ، على اساس ان حصانتها تحول دون خضوعها لقضاء اجنبي ، غير ان الهيئة رفضت هذا الدفع لكون الحكومة أبرمت إتفاق التحكيم بأرادتها وكان لها الرفض من البداية . (23) كما اعطت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في الفقرة الاولى من المادة (5) للدولة أهلية إبرام اتفاقية التحكيم الدولي ، في الوقت الذي أكدت اتفاقية جنيف لعام 1961 بشأن التحكيم التجاري صراحةً على أهلية الاشخاص المعنوية عموماً في اللجوء الى التحكيم ، وعليه اذا وافقت دولة متعاقدة كتابةً على اخضاع منازعة ما نشأت او يمكن ان تنشأ عن علاقة تجارية او مدنية للتحكيم ، فإن هذه الدولة لا يمكنها ان تتمسك بالحصانة امام دولة متعاقدة اخرى يتم التحكيم على اقليمها او بموجب قانونها ، فلا يمكن قبول إدعاءات الحصانة القضائية المستمدة من كون الدولة في وضع سلطة وتسيد ، لان ذلك يتعارض مع اتفاق التحكيم الذي ابرمته . (24)وبهذا الصدد نود طرح التساؤل الآتي ، ما مدى تأثير شرط التحكيم على ما تتمتع به الدولة من حصانة قضائية امام المحاكم القضائية ؟ قد يبدو غريباً للوهلة الاولى ان يعرض النزاع المتفق بصدده عن التحكيم امام المحاكم القضائية ، بيد انه لا غرابه في الامر لان المحاكم القضائية قد تنظر في المنازعات الناشئة عن العقد الذي اتفق بصدده على التحكيم في مناسبات عديدة : فإذا عرضت المنازعة التي اتفق بصددها اللجوء الى التحكيم امام القضاء الوطني لدولة اخرى ، او أمام القضاء الوطني للدولة وفي الفرض الاول ، فان التجاء الدولة المتعاقدة الى القضاء الوطني لدولة اخرى ، يفيد التنازل من جانبها عن حصانتها القضائية ولا يثير هذا الفرض اية صعوبة لانه محض تطبيق للقواعد المستقرة في هذا الشأن .

اما في الفرض الثاني ، فان المستثمر يلجأ الى القضاء الوطني ويرفع الدعوى امامه ضد الدولة المتعاقده معه ، فجانب من الفقه (25) ، يرى ان من حق الدولة التمسك بحصانتها القضائية رغم وجود شرط التحكيم ، ويستند هذا الجانب من الفقه في قوله هذا الى ان تنازل الدولة عن حصانتها أمر لا يفترض ، ولا بد ان يكون صريحاً وان وجود شرط التحكيم في العقد لايعني تنازل الدولة عن حصانتها القضائية ، وأخذ بهذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية في حكم هام لها تضمن ان الخضوع الى التحكيم لا يتضمن بالضرورة التنازل عن الحصانة القضائية . (26)في حين يذهب الجانب الاخر من الفقه (27) ، الى ان شرط التحكيم يعد تنازلاً ضمنياً عن الحصانة ، ولقد أيدت هذا الجانب بعض الاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات ، ومن هذه الاتفاقيات ، الاتفاقيات

الاوربيه الخاصة بحصانة الدول الاجنبية المبرمة عام 1972 (E . I . C)(28) وكذلك اتفاقية واشنطن لعام 1965 ، ومن القوانين التي تعتبر وجود الشرط بمثابة تنازل ضمني عن الحصانة قانون الحصانة الانكليزي ، اذ جاء في الفقرة الاولى من المادة (9) منه على " عندما تتفق دولة ما كتابة على اخضاع منازعةٍ ما ، ناشئة أو يمكن ان تنشأ للتحكيم فإن هذه الدولة لا يمكنها ان تدفع بحصانتها امام المحاكم البريطانية المرتبطة بهذا التحكيم " . (29) ونحن نؤيد الاتجاه الذي ذهب الى اعتبار قبول الدولة لشرط التحكيم بمثابة التنازل من جانبها عن حصانتها القضائية امام القضاء الوطني عندما تطرح امامه مسألة تتعلق بالتحكيم ، والقول بخلاف ذلك يعني لاجدوى من ادراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة .

المطلب الثاني/تحقيق الاستقرار التعاقدي.

تتسم عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة بطول مدتها ، وهذا يستدعي من الاطراف المتعاقدة المحافظة على تحقيق الثبات التعاقدي في ظل القوة القاهرة ، وحماية العقد من تدخل الدولة كطرف في هذه العقود لصفة انفرادية لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين : نخصص الاول منهما لبحث استمرارية العقد في ظل القوة القاهرة ، ونبحث في الثاني عدم تأثر العقد بالاجراءات الفردية للدولة .

الفرع الاول/استمراريـة العقد في ظـل القـوة القاهـرة.

تبرز خصوصية التحكيم في مثل هذه المنازعات لكون الأطراف لا يريدون في الغالب انهاء العقد بسبب القوة القاهرة ، بل يرون ضرورة التوافق مع جديد الظروف ليعيدوا النظر في العقد وذلك على خلاف القواعد العامة التي تحكم العقود . (30)واذا كانت القواعد العامة تقضي بان القوة القاهرة من شأنها انقضاء الالتزام ، وعدم تحمل المدين تبعة عدم تنفيذه خصوصاً في العقود ذات الالتزامات المتقابلة ، فان الامر يختلف في عقود الاستثمار ، حيث إن هناك حرص على مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها لضمان استمرار هذه العلاقة الاستثمارية بين الأطراف المعنية. (31)ومما لا يشك فيه إن مهمة الفصل في المنازعات تدور حول تحقيق شرط القوة القاهرة والنتائج المترتبة على ثبوته ، هي مهمة فنية في المقام الأول ، فالمنازعة قد تتعلق بتنفيذ غير مطابق للمواصفات في ظل القوة القاهرة التي حالت دون التنفيذ الأمثل المتفق عليه في العقد ، وقد تتعلق المنازعة بتحديد درجة الخطر الذي لحق بالمتعاقد الآخر وما اذا كان مسوغا كافياً لإيقاف العقد أو انه قد وصل إلى درجة يتعين معها إنهاؤه ، كما قد تدور المنازعة حول إقرار مبدأ التعويض ، إن كان له محل طبقاً لشروط العقد ومداه (32) وان هذه المسائل الفنية تضاعف من صعوبة المهام الملقاه على عاتق هيئة التحكيم ، فحتى على فرض ان الجزاء في هذه الهيئة على مستوى عالٍ من التخصص في هذا المجال فإن مرور الوقت بين وقوع احداث القوة القاهرة وإحالة النزاع للتحكيم ثم تعيين الجزاء ، يجعل من المتعذر الوصول الى نتائج تتفق وظروف النزاع خاصةً اذا ما أخذنا بنظر الاعتبار ان اللجوء الى التحكيم غالباً مالايحدث الا بعد مناقشات و مفاوضات بين اطرافه محاولة للوصول الى تسوية سليمة للنزاع .(33) وبشكل

عام ، فانه في حالة غياب شرط صريح خاص بالقوة القاهرة يحدد نتائجها ، او في حالة عدم وجود اتفاق اصلاً بين الاطراف حول هذه النتائج فان تحديد أثر هذه القوة القاهرة على استمرارية العقد يدخل في الاختصاص الاصيل لهيئة المحكمين فتختص هذه الهيئة بأعادة ضبط العلاقة القانونية بين اطرافها واعادة التوازن للعقد مرة اخرى . (34)

الفرع الثاني/عدم تأثر العقد بالاجراءات الفرديـة للدولـة.

يفرق الفقه عادة بين نوعين من الاجراءات الفردية التي تقوم بها الدولة في عقود الاستثمار وتؤثر بشكل غير مباشر على تسوية المنازعات بطريق التحكيم ، والنوع الاول من هذه الاجراءات ، يتمثل في قيام الدولة بأحداث تغييرات اللجوء الى التحكيم او الالتزام بأحكامه ، او قد يكون من شأن هذه التغييرات التعديل في القواعد القانونية التي تحكم تسوية المنازعات ، اما النوع الثاني ، فيقصد به الاجراءات التي تتخذها الدولة لإبطال او فسخ عقد الاستثمار الذي يتضمن الاتفاق التحكيمي ذاته . (35)ولقد تطرقنا فيما تقدم الى مبدأ مهم من مبادئ التحكيم الا وهو استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار الاصيل ، والذي يعد الاساس القانوني لمبدأ آخر وهو الاختصاص بالاختصاص والذي يمنح هيئة التحكيم الفصل في مسألة إختصاصها ، وهذا يعني ان يختص المحكم بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة بأختصاصه ، وتحديد نطاق سلطته ، وتقرير مدى صحة النزاع (36)وهذا مأكدته معاهدة جنيف لسنة 1961 حيث نصت المادة (5) منها على ((لا يلتزم المحكم الذي ينكر عليه الاطراف الاختصاص ان يتخلى عن نظر المنازعة وله ان يفصل في مسألة اختصاصه ، وفي وجود وصحة إتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد الذي يعد هذا الاتفاق جزء منه وذلك دون اخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي)) .

كما ذهبت معاهدة واشنطن المنشئة للبنك الدولي للبناء والتعمير ذات المذهب في مادتها (41) والتي نصت على ((المحكمة هي التي تحدد اختصاصها)) (37)وكثيراً ماترفض الدول اختصاص هيئات التحكيم بالنظر في أجراءتها الفردية سواء فيما قامت به من تغييرات جوهرية في تشريعاتها الوطنية في مجال التحكيم أو مالجأت اليه من سبل لنقض العقد مع الأجنبي المستثمر الذي يتضمن الاتفاق التحكيمي ، لذا يجب ان تعامل الدولة على نقيض قصدها ، وليس لهيئة التحكيم إن تتخلى عن اختصاصها ، تطبيقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص من جهة وتحقيقاً لمبدأ استمرارية العلاقة التعاقدية ضماناً وموازنة بين الاطراف من جهة اخرى.ولكن مامدى تطبيق احكام التحكيم في العراق ؟ لقد وضحنا فيما مضى من البحث ان قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل ، قد نص على التحكيم ونظمه في (26) مادة ، من حيث التعريف والآلية لكنها جاءت منظمة للتحكيم الداخلي فقط ، دون التحكيم الخارجي والدولي وبالرغم من ان قانون الاستثمار العراقي لعام 2006 المعدل قد أجاز اللجوء إلى أي جهة تحكيم معترف بها دولياً ، وهذا مانصت عليه المادة (27) إذ جاء فيها : ((إذا كان أطراف النزاع خاضعاً لاحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل بما فيها الالتجاء الى التحكيم وفقاً لاحكام القانون العراقي او أي جهة اخرى معترف بها دولياً)).في حين نجد ان

المادة الاولى من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم 30 لسنة 1928 قد اشترطت ان يكون الحكم الاجنبي المطلوب تنفيذه في العراق صادراً من محكمة أجنبية مختصة مؤلفة خارج العراق وبالرغم من انضمام العراق إلى الاتفاقيات العربية التي تنظم تنفيذ أحكام التحكيم ، ومنها الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1980 والتي صادق عليها العراق بالقانون رقم 44 لسنة 1981 . (38)وأيضاً الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 وهذا لايعني إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم في العراق ، الأمر الذي يستلزم إعادة النظر في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية لعام 1928 والذي مضى عليه قرابة القرن بالشكل الذي يتلاءم مع متطلبات العصر الحالي .

الخاتمـــة.

إن الاستثمارات التي تبرمها الدولة تشكل القيمة الاقتصادية للبلد ، وان دراسة التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمارات التي تبرمها الدولة توصلنا إلى جملة نتائج ومقترحات:

أولاً//الاستنتاجات.

1- لقد تعددت التعاريف ، التي عرف بها التحكيم سواء على صعيد الفقه أو القوانين الوضعية او القضاء إذ ذهبوا مذاهباً تكاد تكون متقاربة فالتحكيم هو ((اتفاق بين طرفين من المتعاملين في التجارة الدولية على أن يتم تسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم عن طريق شخص ثالث أو أكثر بعيداً عن روتين المحاكم والقضاء)) .

2- تبين لنا أن التحكيم يتمتع بعدة مزايا تجعله الملاذ الذي يلجأ إليه الأطراف المتعاقدة من حيث مرونته بالشكل الذي يتلاءم مع طبيعة المنازعات عقود الاستثمار ، خاصة وان هذه العقود تمتاز بأنها تحتاج إلى فترة زمنية طويلة لكي تُنفذ ، بالإضافة إلى امتياز التحكيم بالسرعة في حسم هذه المنازعات في اسرع وقت ممكن ، اقل مما يستلزمه الأمر في المحاكم . وبالتالي عدم خضوع المستثمرين إلى قضاء الدولة .

3- اتضح لنا ان شرط التحكيم يعود في نشأته إلى عقود الامتياز التي أبرمتها الشركات متعددة الجنسية مع الدول النامية.تبين لنا إن مايميز شرط التحكيم هو تمتعه بالاستقلالية عن عقد الاستثمار الأصيل ، فهو بذلك يخلق نوعاً من الثقة والطمأنينة في نفس المستثمر ، إذ يكون بمأمن عن بطلانه أو فسخه في حالة بطلان عقد الاستثمار الأصيل .

4- إن وجود شروط التحكيم يؤثر على سيادة الدولة ، فيسلبها بعض خصائصها ، كالحصانة القضائية ، إذ إنها – أي الدولة – بمجرد موافقتها على إدراج شرط التحكيم تكون قد تنازلت عن حصانتها القضائية .

5- إن الإجراءات الفردية التي تتخذها الدولة لاتؤثر على عقد الاستثمار ، وهذا أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، بمعنى إن المحكم يختص بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة باختصاصه .

ثانياً//المقترحات.

1- نقترح على المشرع العراقي الانضمام إلى اتفاقية واشنطن للمركز الدولي لحل المنازعات الاستثمار الموقع عليها في 18 / 3 / 1965 .

2- نقترح على المشرع العراقي إصدار قانون للتحكيم التجاري الدولي لما في ذلك من أثر عالي على جذب الاستثمارات الأجنبية للعراقي .

3- نوصي بتعديل قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 ، ليشمل تنفيذ أحكام المحكمين خاصةً في ظل التطور الذي يشهده العالم اليوم بما يعود النفع للبلاد .

الهوامش.

(1) نجم رياض نجم ، ضمانات إطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2003.

(2) د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان 1992 ، صـــ17 .

(3) ناصر عبد الله حسن محمد ، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، دراسة انتقاديه رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، صـــ22-24 .

(4) المادة (1) من قانون التحكيم السعودي .

(5) القانون منشور

http // www . United . Org

(6) المادة (251) من قانون المرافعات العراقي رقم 169 لسنه 1959

(7) الدعوى رقم (104) لسنة 20 ، قضائية دستورية جلسه 3 / 7 / 1999

أشارت إليها د. حنان عبد العزيز مخلوف ، العقود الدولية ، بحث مقدم إلى كلية الحقوق ، جامعة بنها ، جمهورية مصر 2010 ، صـــ85 -86 منشور على الموقع:

www . pdf factory . com .

(8) حكم محكمة التميز الأردنية رقم (1774 / 94) منشور في مجلة المحامين الأردنية سنة 43 ، ع 7-8 1995 ، صـــ1985 .

(9) شفيق محسن ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، مذكرات لطلبة الدبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، جامعة القاهرة ، (1993-1994) صـــ201 .

(10) د. حبيب ثروت ، دراسة في قانون التجارة الدولية ، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم ، صـــ105-106 .

(11) د. مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دراسة مقارنه ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2010 ، صـــ25 .

(12) خلال (12 شهر) ابتداء من إجراءات التحكيم حسب قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 .وخلال (12) شهر حسب قانون التحكيم المصري رقم 47 لسنة 1994،وخلال (90)

(13) يوم من تاريخ صدور القرار حسب وثيقة التحكيم بموجب نظام التحكيم السعودي رقم 46 لسنة 1403 هـ .
(14) ناصر عبد الله حسن ، مصدر سابق ، صـ22-23 .
(15) محمد بن جلال وفاء ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديد الأسكندرية ، صـ25-26 .
(16) د. نجم رياض نجم ، مصدر سابق ، صـ30-32 .
(17) المصدر نفسه ، صـ30-31 .
(18) Mostafa trafitana : l – a clause Compromissoire these . Renne . 1985 p 12
اشارت اليه :
(19) د. حفيظة السيد الحداد . ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم الدولي ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2007 ، صـ277 .
(20) د. ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الثقافة عمان ، 2005 ، صـ165 .
(21) د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، صـ119 .
(22) اشار اليه د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلي الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، صـ398 .
(23) دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي ، المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، لبنان ، 2006 ، صـ304 .
(24) بشار محمد الأسعد ، مصدر سابق ، صـ408 .
(25) دريد محمود السامرائي ، مصدر سابق ، صـ340 .
(26) د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، صـ201 .
(27) أشار اليه د. احمد مخلوق ، اتفاق التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية صـ312 .
(28) أشار الى هذا الاتجاه د. غسان علي ، أستاذ بالمعهد القضائي بوزارة العدل ، بحث منشور www. Aladala . org / showstudies .
(29) الاتفاقية الأوربية الخاصة بحصانة الدول الأجنبية
European Convention on state Immunity
Basle 16 . V. 1972
Convention . Coe . int .
(30) قانون الحصانة البرلمانية البريطاني .
(31) عمر مشهور حديثه الجازي ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، المجلة اللبنانية للتحكيم ، العدد 33 ، سنة 2002 ، صـ19 .

(32) سامي منصور ، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني في القانون اللبناني ، دار الفكر اللبناني ، 1987 ، ص 32.
(33) لما احمد كوجان ، التحكيم في عقود الاستثمار ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، صـ76-77 .
(34) ناصر عبد الله حسن ، مصدر سابق ، صـ76- .
(35) د. سراج حسين ابو زيد ، التحكيم في عقود البترول دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، صـ203 .
(36) لما احمد كوجان ، مصدر سابق ، صـ99-100 .
(37) د. ابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2 ، 1997 ، صـ98 .
(38) د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، صـ229-230 .
(39) الوقائع العراقية ع 2976 في 16 / 3 / 1948

المصادر.

اولا //الكتب.

1- د . ابراهيم احمد ابراهيم :القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2 ، 1997 .
2- د . احمد مخلوف : اتفاق التحكيم كوسيله لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة2005 .
3- د. بشار محمد الاسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي ، بيروت 2006 .
د .حفيظة السيد حداد :الموجز في النظرية العامة في التحكيم الدولي ، منشورات الحلبي ،بيروت ، 2007.
4- د .حبيب ثروت : دراسة في قانون التجارة الالكترونية ، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم.
5- دريد محمود السامرائي : الاستثمار الاجنبي ، المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، 2006 .
6- سامي منصور ، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني في القانون اللبناني ، دار الفكر اللبناني ، 1987
7- د. سراج حسين ابو زيد ، التحكيم في عقود البترول دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010
8- شفيق محسن ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، مذكرات لطلبة الدبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، جامعة القاهرة ، (1993-1994)
9- د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1992 .

10- لما احمد كوجان ، التحكيم في عقود الاستثمار ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2008
11- د. مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دراسة مقارنه ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2010 .
12- محمد بن جلال وفاء ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديد الأسكندرية.
13- د. ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الثقافة عمان ، 2005

ثانيا / البحوث والرسائل .

1- عمر مشهور حديثه الجازي ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، المجلة اللبنانية للتحكيم ، العدد 33 ، سنة 2002
2- ناصر عبد الله حسن محمد ، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، دراسة انتقاديه ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة طنطا .
3- نجم رياض نجم ، ضمانات إطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2003

مواقع الانترنت.

1- **حنان عبدالعزيز مخلوف : العقود الدولية ،بحث مقدم الى كلية الحقوق جامعة بنها ،2010، www.pdffactory.com**
2- **غسان علي : www.aladala.org.**
3- **www.uncited.org**