مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (٥)

المؤسسات التحكيمية ودورها في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار ((دراسة مقارنة))

ARBITRATION INSTITUTIONS AND THEIR ROLE IN DETERMINING THE LAW APPLICABLE TO INVESTMENT CONTRACTS ((A COMPARATIVE STUDY))

م.م. حسان علي مسلم
مديرية تربية نينوى

المستخلص

المشرع العراقي وفي القانون المدني، المادة (٢٥) منه، وضع قاعدة اسناد خاصة للعقود الدولية، اذا اعطت هذه المادة الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية صراحة او ضمناً، وفي حالة غياب الاختيار الصريح او الضمني يطبق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً واذا اختلفا سار قانون الدولة التي ابرم فيها العقد.

ولأن عقود الاستثمار هي إحدى صور العقود الدولية والنشاط الاستثماري الناشئ عنها، أي التي يتداخل فيها عنصر أجنبي، والتي تبرم بين مستثمر أجنبي ودولة مضيفة، فهل بالإمكان إخضاعها لنص هذه المادة، نظراً لغياب الحلول الخاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

وللنشاط الاستثماري المتولد عن هذه العقود أهمية كبيرة فيما يتصل بمسائل العمل فإذا ثار نزاع وتضمن النزاع عنصراً اجنبياً، كما اذا لو كان المستثمر أجنبياً أو لا يتبع الدولة المضيفة بجنسيته العامل اجنبياً، فان الامر يقتضي عندئذ تعيين القانون الواجب التطبيق.

ويتصل بنشاط عقود الاستثمار والمنازعات الناشئة عنه موضوع التحكيم الذي اصبح في الوقت الحاضر اهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية ومن ضمنها عقود الاستثمار، اللجوء اليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية، من شرط يصار بموجبه إلى اتباع التحكيم عند حدوث نزاع أو خلاف يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد المذكور فلابد من معرفة القانون الواجب التطبيق على العقود الاستثمارية المتضمنة شرط التحكيم، والامر ليس بهذه السهولة، فقد تعالت الاصوات الفقهية مؤيدة بصورة أو بأخرى باتجاهات في قضاء التحكيم، وابرز هذه الاتجاهات او الآراء الفقهية هي ما يدعو إلى تطبيق ما يسمى قانون عبر الدول، او تطبيق القانون الدولي على العقود، او الاتجاه الذي يدعو إلى الاكتفاء الذاتي للعقد او العقد الطليق الامر الذي يدعو الى تحديد هذه الاتجاهات والتعرف عليها، وبيان أهم الاشكاليات في هذا الخصوص، ومن هنا تكمن اهمية الدارسة.

Abstract

The Iraqi legislator and in the Civil Law, Article (٢٥), establish a special reference base for international contracts, this article gives the parties the freedom to choose the law applicable to the contractual obligations explicitly or implicitly. In the absence of an explicit or implicit choice, the law of the State in which the joint domicile of the contractors is located shall be applied if it is united, and if they differ, the law of the State in which the contract is concluded shall apply.

Because investment contracts are one of the forms of international

contracts and the resulting investment activity, in which a foreign element overlaps, concluded between a foreign investor and a host country, can they be subject to the text of this article, given the absence of special solutions to determine the law applicable to them.

The investment activity generated by these contracts had a great importance in relation to labor matters. If a dispute arises and the dispute involves a foreign element, as if the investor is a foreigner or does not belong to the host country of his foreign nationality, then the applicable law must be specified.

The activity of investment contracts and disputes arising therefrom relates to the subject of arbitration, which has now become the most important means that dealers in international trade, including investment contracts, wish to resort to in order to resolve their disputes arising from their dealings. In the event of a dispute or disagreement concerning the interpretation or execution of the said contract, the law applicable to the investment contracts including the arbitration clause shall be known.

It is not so easy, the voices of jurisprudence have been raised in one way or another in favor of trends in the judiciary, The most prominent of these trends or doctrinal views are what calls for the application of the so-called law across States, or the application of international law on contracts, or the trend that calls for self-sufficiency of the contract or the loose contract, which calls for identifying these trends, and indicate the most important problems in this Especially, hence the importance of the study.

Keywords : investment contracts , Arbitration , Civil Law , international contracts , dispute .

المقدمة:

الحمد لله الذي شرع لنا من الدين أكمله، وبعث لنا من الرسل أفضلهم وخاتمهم، وأنزل علينا من الكتب أحسنها وأبينها، وجعلنا خير أمةٍ للناس تتواصى بالحق والصبر وتتعاون على البر والتقوى. أما بعد فسوف أقسّم هذه المقدمة إلى خمسة فقرات، وكما يأتي:

أولاً: مقدمة تعريفية بالموضوع:

أصبح التحكيم في الوقت الحاضر أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملاتهم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية، من شرط يصار بموجبه إلى إتباع التحكيم عند حدوث خلافات تتعلق بتفسير أو تنفيذ تلك العقود، فكما هو معلوم أن العقود الدولية تختلف عن العقود الخاصة بالتعامل الداخلي، ذلك أن الأخيرة تحكمها قواعد القانون الداخلي، أما العقود الدولية فتكون في الغالب بين أطراف ينتمون إلى دول وجنسيات مختلفة، لذلك فمن البديهي أن نرى أزدياد أهمية التحكيم بات واضحاً على الصعيد الدولي خاصةً في القضايا التجارية، ذلك أنها تتلاءم مع ما تتطلبُه التجارة الدولية من سرعة في حسم المنازعات واقتصاد في النفقات.

ويعرف التحكيم على المستوى الدولي بصورة عامة بأنه: (نظام لتسوية المنازعات بموجبه يتفق الخصوم على عرض الخلاف الذي نشأ أو الذي سوف ينشأ بينهما على محكمين أو هيئة تحكيمية أو مؤسسة تحكيمية، للفصل فيه بعيداً عن إجراءات القضاء العادي)[١].

والمعروف في الفقه القانوني أن مصطلحات التحكيم هما «شرط التحكيم» و»مشارطة التحكيم»[٢]، ولا بد أن نذكر إن التحكيم أما يكون تحكيماً خاصاً يتفق فيه الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد لا يتفق الأطراف على تحديده إذ يترك هذا الأمر إلى المحكمين أنفسهم، أو أن يكون التحكيم منظماً من قبل مؤسسة متخصصة في التحكيم وتسمى (institutional Arbitration) ويطلق عليه مصطلح التحكيم المؤسسي، إذ يتفق الأطراف على حل النزاع من قبل مؤسسة معينة وفقاً لقواعد خاصة بتلك لمؤسسة أو وفقاً لقواعد أتفق عليها الأطراف، وهذا الاخير هو محور دراستنا في هذا البحث.

---

(١) د. مجيد حميد العنبكي، المدخل إلى دراسة النظام القانوني الإنجليزي، منشورات الدائرة القانونية، وزارة العدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٩٠، ص١٩٣؛ د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، ١٩٨١، ص١٩ ؛ د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧ ص٤٤ ؛ د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الوطنية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص١١.

(٢) يقصد بشرط التحكيم (clause compromissoire) الاتفاق مقدماً على عرض النزاع الذي ينشأ مستقبلاً في قضية معينة على محكمين للفصل فيه، أما مشارطة التحكيم compromise)) فهي الاتفاق على التحكيم بعد قيام حالة النزاع. ينظر في ذلك: د. حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم، بدون دار نشر، بيروت، ١٩٧٧، ص١٠.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع:

يرجع أهم اسباب أختيار الموضوع الى:

١. لجوء الأطراف في عقود الإستثمار إلى هذا النظام، لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود، ليس فقط للمزايا العديدة التي يقدمها من سرية وسرعة في تسوية المنازعات من قبل متخصصين مهنيين، وإنما في الأساس لأسباب تتعلق بذات عقود الإستثمار، إذ لا يمكن اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المتعاقدة المضيفة لحل تلك المنازعات، لأنه لا يمكن ضمان حيادية هذا القضاء، خصوصاً وأن المنازعات تتعلق بعقود إقتصادية تتصل بالمصالح الإقتصادية وبسيادة الدولة المضيفة، كما لا يمكن إخضاع منازعات عقود الإستثمار لقضاء دولة المستثمر الأجنبي المتعاقد أو قضاء أية دولة ثالثة، لأن للدولة (المضيفة) أن تدفع بحصانتها القضائية في مواجهة هذا القضاء، فضلاً عن أنه لا يمكن ضمان حيادية هذا القضاء أيضاً.

٢. إن ما يدفع أطراف عقود الإستثمار إلى اللجوء إلى التحكيم هو لأنه قضاءٌ محايد يسعى إلى التوفيق بين مصالحهم المتعارضة، وعلى هذا الأساس تعد موافقة الدولة المضيفة اللجوء إلى هذا القضاء الإختياري عاملاً من عوامل تشجيع الإستثمار الأجنبي فيها، لأن هذه الموافقة تعبر عن حسن نيتها – الدولة المضيفة – تجاه المستثمر الأجنبي المتعاقد معها في تنفيذ إلتزاماتها التعاقدية.

٣. إن عقود الاستثمار هي إحدى صور العقود الدولية والنشاط الاستثماري الناشئ عنها، أي أنه يتداخل فيها عنصر أجنبي، لأنها في الغالب تبرم بين مستثمر أجنبي ودولة مضيفة، فهل بالإمكان إخضاعها لنص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، نظراً لغياب الحلول الخاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

ثالثاً: منهجية البحث:

سوف يتبع الباحث في هذه الدراسة المنهجية المقارنة في البحث، وذلك بالمقارنة بين الحلول الموضوعة بخصوص دور مؤسسات التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في كل من القانونين المصري واليمني مع القانون العراقي.

رابعاً: نطاق البحث:

سوف تتركز الدراسة في هذا البحث على بيان القانون الواجب التطبيق الذي يمكن أن تشير إليه أو تحدده المؤسسات التحكيمية في النزاع الذي ينشأ عن عقود الاستثمار.

خامساً: هيكلية البحث:

ستكون خطة البحث من خلال تناول شرط التحكيم في عقود الاستثمار والتعرف عليه من خلال دوره فيه وهو ما سنتناوله في المبحث الأول، وللتعرف على القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، بوصفه الأساس في إصدار حكم التحكيم ومن ثم حسم النزاع وإنهائه والذي نبين فيه دور هذه المؤسسات في تحديده نتناوله في المبحث الثاني، أما في المبحث الثالث فسوف نتناول بالبحث المشاكل التي يمكن أن تواجه ذلك الإختيار للقانون من قبل مؤسسات التحكيم الدولية.

المبحث الاول
شرط التحكيم في عقود الاستثمار

إن شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، قد يكون بموجب عقد يتم بعد نشوب النزاع، ويدون الاتفاق المذكور في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي الذي يمثل العلاقة القانونية بين الطرفين قبل تسوية النزاع، وقد يتم اتفاق التحكيم بموجب شرط يوضع في العقد الأصلي يصار بمقتضاه إلى حسم النزاع الذي قد ينشأ فيما بعد بطريق التحكيم، وأياً كانت الصورة التي يدرج فيها شرط التحكيم فإن التساؤل الاهم الذي نطرحه في هذا المبحث هو: هل يخضع كل من عقد الاستثمار (العقد الأصلي) واتفاق التحكيم (شرط التحكيم) والذي هو مجال دراستنا إلى نفس القواعد القانونية أم يخضع كل منهما لقواعد قانونية مختلفة ؟ ولكن في البداية نبين المقصود بالتحكيم المؤسسي لننتقل بعدها إلى الاجابة عن هذا التساؤل في المطلب الثاني. لذلك تنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين، وكالأتي:

المطلب الاول: مفهوم التحكيم المؤسسي

ينقسم التحكيم إلى نوعين[٣] هما التحكيم الخاص أو الحر (ad hoc)، والتحكيم المؤسسي (institutionalized)، والتحكيم الحر هو التحكيم الذي لا يختار فيه الأطراف مؤسسة تحكيمية، أي هيئة دائمة للتحكيم، وإنما يكتفي الأطراف بالإحالة إلى التحكيم، وفيه يخضع نظام التحكيم في الأصل لإتفاق الأطراف[٤].

أما التحكيم المؤسسي- والذي هو مجال بحثنا- فهو التحكيم الذي يختار فيه الأطراف إحدى المؤسسات التحكيمية، والتي يكون لكل منها نظام تحكيمي خاص[٥].

وإذا كانت أهمية التحكيم المؤسسي في تزايد مقارنة بالتحكيم الحر، الذي هو أسبق في الظهور من الأول، فإن هذا لا يعني أنه فقدت الثقة بالتحكيم الحر وبفعاليته، لهذا ولأن كل من المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار وغرفة التجارة الدولية في باريس يعد من أهم المؤسسات التحكيمية[٦]، والتي تفصل في منازعات عقود الإستثمار.

(٣) تجدر الإشارة إلى أن هناك تقسيمات أخرى للتحكيم تتمثل في (التحكيم الإجباري، التحكيم الداخلي الوطني)، ولعدم لجوء أطراف عقد الإستثمار إلى هذه الصور من التحكيم غالباً، أرتئينا عدم إدراجها في هذا البحث، لمزيد من التفصيل في هذه الصور ينظر: د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣، ص١٦-٢٦ ؛ د. رمضان عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١١. ص٢٩٣-٢٩٩.

(٤) د. حمزة حداد، التوجيهات الحديثة في التحكيم التجاري الدولي، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم المدني والتجاري في إطار القانون الوضعي والشريعة الإسلامية والإتفاقيات الدولية، قطر، ٢٠٠١، ص٤، منشورة على شبكة الإنترنت وعلى الموقع: www.LAC.com

تاريخ الزيارة: ٢٠١٩/٥/١٤

(٥) د. حمزة حداد، مصدر سابق، ص٤.

(٦) نشير إلى أن هناك مؤسسات أخرى يمكن أن تنظر في منازعات عقود الإستثمار، ولكنها قليلة الأهمية مقارنةً بالمؤسستين المذكورتين أعلاه، ومن أمثلة هذه المؤسسات، المركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي (AAA)، مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة = = العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، مركز القاهرة الإقليمي التجاري الدولي (CRCICA)، مركز الإسكندرية للتحكيم البحري الدولي. لمزيد من التفصيل في ذلك، ينظر: د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦، ص٣٦٢-٣٦٣؛ د. إبراهيم=

لذلك سوف نأخذ نموذجاً واحداً للمؤسسات التحكيمية في هذه البحث للتعرف عليها وبيان آلية عملها والقواعد المتبعة فيها، وهو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID.

أنشأ المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، بموجب إتفاقية واشنطن، لتسوية منازعات الإستثمار الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وهي إتفاقية أعدها البنك الدولي للإنشاء والتعمير، فأُبرمت في ٨ آذار ١٩٦٥، ودخلت حيز التنفيذ في ١٤ تشرين الأول ١٩٦٦[٧]. ويتكون هذا المركز من مجلس إداري وأمانة عامة بقائمة تضم عدداً من المحكمين[٨].

ويضم المجلس الإداري ممثلاً عن كل دولة متعاقدة (أي طرف في الإتفاقية)، ويرأسه رئيس البنك الدولي للإنشاء والتعمير بحكم وظيفته، وأهم ما يباشره هذا المجلس من أعمال هي: تبني اللوائح الإدارية والمالية والإجرائية للمركز، إقرار الميزانية السنوية للمركز، الموافقة على التقرير السنوي المتعلق بأوجه نشاط المركز، إنشاء اللجان التي يراها ضرورية لإنجاز أعمال المركز. كما يباشر الإختصاصات كافة التي يراها ضرورية لوضع أقسام هذه الإتفاقية موضع التنفيذ. ويكون لكل عضو في هذا المجلس صوت واحد ولا يكون للرئيس حق التصويت[٩].

وتتكون الأمانة العامة من أمين عام وأمين عام مساعد واحد أو أكثر، فضلاً عن مجموعة من الموظفين والمستخدمين، ويتم ترشيح الأمين العام والأمناء العاملين المساعدين من قبل رئيس المجلس الإداري، ويجري إنتخابهم من قبل أعضاء المجلس الإداري لمدة لا تتجاوز ست سنوات مع جواز إعادة إنتخابهم لمدة أخرى، ويمثل الأمين العام المركز قانوناً، ويكون مسئولاً، عن إدارته بما في ذلك تعيين الموظفين، وفقاً لأحكام الإتفاقية التي يقرها المجلس الإداري، كما يعمل مسجل للمحكمة، ويكون له سلطة التصديق على القرارات التحكيمية الصادرة بموجب هذه الإتفاقية[١٠].

أما عن محكمي المركز فتوجد بهم قائمة، يحق لكل دولة متعاقدة أن تعين أربعة أشخاص فيها، لا يلزم أن يكونوا من رعاياها، كما يجوز لرئيس المركز الإداري تعيين أشخاص من هذه القائمة على ان يكونوا من رعايا دول مختلفة. ويشترط في هؤلاء المحكمين أن يكونوا من المشهود لهم بالتخصص والكفاءة في المجالات القانونية والصناعية والتجارية والمالية وبالحياد والاستقلالية، ومدة تعيين هؤلاء المحكمين هي

= أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط٣، القاهرة، ١٩٩٧، ص١٦.

٧)) للإطلاع على المزيد من التفاصيل حول المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، زر موقعه على شبكة الإنترنيت:

www.worldbank.ICSID.org.

تاريخ الزيارة: ٢٠١٩/٥/١٦

(٨) وفقاً للمادتين (٢ و٣) من اتفاقية واشنطن، يقوم المركز بتسوية المنازعات عن طريق التوفيق والتحكيم وتحتفظ بقائمة تضم عدداً من الموفقين وأخرى تضم عدداً من المحكمين، وتناولت ذات المواد من الإتفاقية (١٢-١٦) وبذات الأحكام تعيين هؤلاء الموفقين والمحكمين، ولكن أهمية التوفيق في حل المنازعات مقارنة بالتحكيم أقل، فالأولى لا يصدر سوى توصيات غير ملزمة لأطراف النزاع، بينما يصدر الثاني قرارات ملزمة لهؤلاء الأطراف، لمزيد من التفصيل في التوفيق: ينظر نصوص المواد (٢٨-٣٥) من الإتفاقية.

(٩) المواد (٣، ٤، ٥، ٦، ٧) من اتفاقية واشنطن.

(١٠) ينظر: نصوص المواد (٩، ١٠، ١١) من اتفاقية واشنطن.

عشر سنوات قابلة للتجديد(١١)، ويختص المركز الدولي بتسوية المنازعات القانونية التي تنشأ مباشرةً عن عقود الإستثمار بين دولة طرف في الإتفاقية أو هيئة عامة أو جهاز تابع لها، تقوم الدولة بتحديده لدى المركز، وشخص طبيعي أو معنوي من دولة أخرى طرف في الإتفاقية ويشترط أن يتفق أطراف النزاع كتابةً على إحالته إلى المركز الدولي(١٢)، ومعنى ذلك أن إختصاص المركز هو إختصاص إختياري بالنسبة لأطراف النزاع. ولم تفرض الإتفاقية صيغة كتابية معينة لإتفاق الأطراف حول إحالة النزاع إلى المركز الدولي، فتركت لهم الحرية في التعبير عن رضائهم بهذا الخصوص، كما لم تشترط أن يتم هذا الإتفاق سلفاً قبل نشوء المنازعة بل يمكن أن يتم لاحقاً بعد حدوث المنازعة، وقد ترد موافقة الدولة إلى إخضاع منازعاتها مع المستثمر الأجنبي إلى تحكيم المركز ضمن قوانينها الوطنية الخاصة بالإستثمار أو المشجعة للإستثمارات الأجنبية(١٣)، فإذا ما حدثت منازعة بينها وبين المستثمر الأجنبي وكانت خاضعةً لهذه القوانين، فإن الإتفاق الذي تشترطه المادة (١/٢٥) يتحقق بمجرد قبول الطرف الأجنبي كتابة الإيجاب الصادر عن الدولة في صورة نصوص من قوانينها الوطنية.

تعد قضية هضبة الأهرام(١٤)، من القضايا المهمة التي تمت تسويتها من قبل المركز، وتتلخص وقائع هذه القضية بما يأتي:

أبرم وزير السياحة المصري، بوصفه ممثلاً عن جمهورية مصر العربية، والمؤسسة المصرية للسياحة والفنادق (EGOTH)، في أيلول ١٩٧٤، إتفاقاً أساسياً مع الشركة الأمريكية (S.P.P. Southern Pacific Properties)، لغرض إنشاء مجمعين سياحيين أحدهما يقع قرب الأهرامات، وقد تعهدت الحكومة المصرية في هذا الإتفاق تقديم التسهيلات اللازمة للمشروع المشترك محل العقد، في تملك الأراضي المخصصة لهذه المجمعات السياحية، وتنفيذاً لهذا الإتفاق أبرمت شركة (S.P.P.) عقداً مع مؤسسة (EGOTH) بإعتبارها الشريك المصري في المشروع المشترك لإستغلال هضبة الأهرام، وتضمن العقد تحديد لإلتزامات الطرفين ونص على أن تنشئ شركة (S.P.P.) فرعاً لها في الشرق الأوسط يمثلها في تنفيذ العقد وعلى أن يتم إحالة المنازعات التي تثار بصدد العقد إلى التحكيم، ووفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية، ولكن على إثر المعارضة التي واجهها هذا المشروع، لما يحدثه من تدمير شامل لهاذ الصرح التاريخي المتميز، قامت الحكومة المصرية بسحب الموافقة على هذا المشروع، على أساس أن الموقع يعد من المناطق الأثرية التي يجب نزع حق الإنتفاع المقرر للشركة فيه وتخصيصه للمنفعة العامة، لذلك رفعت شركة (S.P.P.) الأم وفرعها S.P.P. Middle East، الذي أنشأته الشركة الأم تطبيقاً للعقد، القضية إلى التحكيم في غرفة التجارة الدولية، ولأن محكمة إستئناف باريس ألغت الحكم التحكيمي الصادر من هذه الغرفة، والذي كان ضد جمهورية

(١١) ينظر: نصوص المواد (٩، ١٠، ١١) من اتفاقية واشنطن.
(١٢) المادة (١/٢٥) من اتفاقية واشنطن.
(١٣) ينظر: نص المادة (٧) من قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، والمادة (٦١) من قانون الإستثمار اليمني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٢.
(١٤) ينظر في هذه القضية بالتفصيل: د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص٢٦٤-٢٧٤.

مصر العربية، ولإلزام هذه الدولة بدفع التعويض عن إلغائها لمشروع هضبة الأهرام، فقد رفعت الشركتان المنازعة إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مستندتان في مسألة قبول مصر إخضاع المنازعة لتحكيم المركز إلى نص المادة (٨) من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الخاص بإستثمار رأس المال العربي والأجنبي في مصر[١٥].

في حين دفعت مصر بعدم إختصاص المركز بنظر المنازعة عبر ثلاثة دفوع ردتها محكمة التحكيم المنعقدة في ظل هذا المركز، عبر حكميين تمهيديين متعلقين بالإختصاص، صدر الأول في ٢٧ تشرين الثاني ١٩٨٥ والثاني في ١٤ نيسان ١٩٨٨، ولأهمية الدفوع والردود من الناحية القانونية سيتم عرضها بإختصار بالشكل الآتي:

أولاً:- تمسك الطرف المصري، في هذه القضية بأن إتفاق الطرفين على إحالة المنازعة إلى تحكيم المركز الدولي يعد تخلياً عن عرض ذات المنازعة على أي قضاء آخر إستناداً إلى المادة (٢٦) من إتفاقية واشنطن، والتي تقضي بأن (إتفاق الأطراف على إحالة المنازعة إلى تحكيم المركز الدولي يعد إستبعاداً لأي طريق آخر لتسوية هذه المنازعة ما لم يتفق على خلاف ذلك)، وبما أن الشركتان المدعيتان لجأتا بعد إلغاء الحكومة المصرية لمشروع هضبة الأهرام مباشرةً إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، فإذن لم يتحقق الرضا حول منح المركز الدولي الإختصاص في نظر المنازعة، وقد رفضت محكمة التحكيم التابعة للمركز الدولي هذا الدفع في حكمها التمهيدي الصادر عام ١٩٨٥، لأن نص المادة (٢٦) من إتفاقية واشنطن تتضمن عبارة: (ما لم يتفق على خلاف ذلك)، وهو ما يعني أن هذه المادة لا تفرض على الأطراف الذين يقبلون إختصاص المركز التخلي عن طرق التسوية الأخرى في منازعاتهم، بل على العكس من ذلك تتيح لهم قبول إختصاص المركز من دون إستبعاد وسائل التسوية الأخرى لمنازعاتهم[١٦].

ثانياً:- وتمسك الطرف المصري، أيضاً بأنه منذ اللحظة التي قامت فيها مصر بسحب الموافقة على المشروع السياحي المذكور، لم يعد هناك مجال لتطبيق قانون إستثمار رأس المال العربي والأجنبي ذي الرقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ والذي إستندت إليه الشركتان المدعيتان، وعلى وجه التحديد إلى المادة (٨) منه المشار إليه سابقاً، ورفضت محكمة التحكيم هذا أيضاً، في حكمها التمهيدي الصادر عام ١٩٨٥ من دون التعرض لمسألة استقلال شرط التحكيم، لأنها وجدت أن سحب الموافقة على المشروع لا يؤثر على إيجاب الحكومة المصرية بقبول إختصاص المركز، الذي تضمنه المادة (٨) من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤، فإلغاء المشروع لا ينفي واقعة قيام الإستثمار تطبيقاً لهذا القانون قبل الإلغاء.

لذا فإن هذا القانون واجب التطبيق على المنازعة المعروضة أمام المركز لتعلقها

---

(١٥) تنص هذه المادة على أنه: (تتم تسوية منازعات الإستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الإتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدولة ومواطني الدولة الأخرى التي إنضمت لها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١ في الأحوال التي تسري فيها....).

(١٦) د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص٢٦٦-٢٦٧.

بعقد إستثمار نص عليه هذا القانون(١٧).

ثالثاً:- وهو الدفع الأخير للطرف المصري، والذي تمسك فيه بأن نص المادة (٨) لا يفيد قبول الحكومة المصرية صراحةً لإختصاص المركز، وأن التحديد الذي وضعته هذه المادة، هو مجرد تعداد للطرق المحتملة لحل المنازعات بين المستثمر وجمهورية مصر العربية، وهو تحديد غير ملزم وغير تدرجي، وإنه لكي يتم قبول إختصاص المركز لابد أن يتم ذلك بناءً على إتفاق محدد بين الأطراف وخاص بهذا الأمر، أصدرت محكمة التحكيم المنعقدة في ظل المركز الدولي حكمها التمهيدي الثاني المتعلق بالإختصاص في عام ١٩٨٨، وفي هذا الحكم ردت المحكمة الدفع الثالث للطرف المصري بأن اتفاقية واشنطن لم تشترط شكل خاص لإتفاق الأطراف على قبول اختصاص المركز غير أن يكون هذا الإتفاق مكتوب، وأن تقدير المديرين التنفيذيين للبنك الدولي الذي قدم مع الإتفاقية أكد على إمكانية الدولة في أن تعلن قبولها بإختصاص المركز عبر نصوص قوانينها المتعلقة بالإستثمار، وأنه يكفي في هذه الحالة أن يقوم الطرف الأجنبي بالإعلان عن قبوله لهذا الإيجاب الصادر من الدولة كتابةً ليتحقق الإتفاق الذي تشترطه المادة (١/٢٥) لإنعقاد اختصاص المركز الدولي، وأشارت المحكمة إلى أن مصر ذاتها تعترف بهذه الإمكانية وبأن العديد من الدول تبنت هذه الطريقة في قبول اختصاص المركز ومع ذلك تتمسك بوجهة نظر تفسير القانون رقم ٤٣ على نحوٍ لا يؤدي إلى إحداث هذا الأثر.

وبناءً عليه قررت المحكمة إضفاء الطابع الإلزامي والتدرجي لوسائل التسوية التي حددتها المادة (٨) من القانون المذكور، لذى فقد قررت المحكمة في حكمها الصادر عام ١٩٨٨، انعقاد اختصاص المركز الدولي في نظر هذه المنازعة(١٨) .

ولعل هذا الحكم دفع كل دولة الاهتمام بصياغة النصوص القانونية المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار، إذ يجب أن تكون هذه النصوص واضحة بما يكفي في تحديد ما إذا كانت أدلة الدولة قاطعة في قبول إختصاص المركز الدولي في جميع منازعات الإستثمار، أم أنها تحتفظ بحق قبول هذا الإختصاص أو رفضه في كل منازعة على حدة ؟

وهو ما تداركه قانون الإستثمار المصري وكذلك قانون الإستثمار اليمني، إذ نصت المادة (٧) من القانون الأول على ما يأتي: (يجوز تسوية منازعات الإستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الإتفاق عليها مع المستثمر كما يجوز الإتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في إطار الإتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار الإتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١، وذلك بالشروط والأوضاع وفي الأحوال التي تسري فيها تلك الإتفاقيات أو وفقاً لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ كما يجوز الإتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها

(١٧) نظر: د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص٤٦.
(١٨) د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص٢٧٢-٢٧٣.

بطريقة التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي)[١٩].

أما القانون الثاني فقد نصت المادة (٦١) منه على ما يأتي: (دون إخلالٍ في الإلتجاء إلى القضاء اليمني... يجوز تسوية منازعات الإستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون والتي تنشأ بين الحكومة والمشروع وذلك عن طريق التحكيم بأي من الأساليب الآتية وفقاً لإختيار المستثمر أو المشروع:

١. الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية.
٢. الإتفاقية الدولية لفض منازعات الإستثمار التي تنشأ بين الدولة ومواطني الدول الأخرى.
٣. أي إتفاقية دولية أو ثنائية تكون الجمهورية طرفاً فيها.
٤. قواعد وإجراءات التحكيم التجاري الخاص بلجنة القانون التجاري الدولي التابعة لهيئة الأمم المتحدة في أقرب مركز إقليمي.
٥. قواعد وإجراءالت التحكيم داخل الجمهورية اليمنية)[٢٠].

فمثل هذه الصياغة قاطعة في أنها تمثل إيجاباً صادراً من الدولة بقبول أي شكل من أشكال التحكيم الواردة فيه، بخلاف قانون الإستثمار العراقي الذي نص في المادة (٤/٢٧) منه على أنه: (إذا كان النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون، يجوز لهم عند التعاقد الإتفاق على آلية حل النزاع بما فيها الإلتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً)[٢١].

إن المتأمل في نص هذه المادة يكون أمام فرضين نص عليهما المشرع العراقي:-

الفرض الأول:- الإلتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي، فمن المعلوم أن قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (المعدل) قد خصص ست وعشرين مادة لتنظيم أمور التحكيم، منذ الإتفاق عليه لحين صدور الحكم وتنفيذه[٢٢]، إذ لا يثبت الإتفاق على التحكيم في نطاق القانون العراقي إلا بالكتابة، كما لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواءً كان تعينهم قضاءً أو إتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة (وهي محكمة البداءة المختصة) بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة[٢٣].

الفرض الثاني:- أجاز المشرع العراقي في قانون الإستثمار لأطراف النزاع اللجوء إلى أي جهة تحكيم معترف بها دولياً[٢٤]. والسؤال الذي يثور هنا: أنه إذا أصدرت هيئة التحكيم المعترف بها دولياً وهي خارج العراق قرارها في القضية المعروضة أمامها،

(١٩) المادة (٧) من قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧.
(٢٠) المادة (٦١) من قانون الإستثمار اليمني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٢.
(٢١) المادة (٤/٢٧) من قانون الإستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦.
(٢٢) المواد من (٢٥١) إلى (٢٧٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
(٢٣) د. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، ط ٤، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص٣٧٣.
(٢٤) لمزيد من التفصيل حول مراكز التحكيم العالمية، ينظر في ذلك: د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص٣٥١-٣٦٤.

فهل يكون قرارها قابلاً للتنفيذ في العراق؟

بالرجوع إلى قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨، لا نجد فيه أي نص بإمكان تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق فهذا القانون يشترط في المادة الأولى منه أن يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في العراق صادراً من محكمة أجنبية مختصة مؤلفة خارج العراق فضلاً عن الشروط الأخرى التي تتطلبها تلك الأحكام وضرورة عرضها على المحكمة العراقية المختصة وإصدارها الأمر بتنفيذها في العراق.

لذلك وحسب رأينا، نرى أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في صياغة المادة (٤/٢٧) من قانون الإستثمار صياغةً واضحة على عكس المشرع المصري واليمني اللذان كانا أكثر دقة في صياغة النصوص السابقة الذكر، فإذا كانت السياسة الإستثمارية في العراق تستهدف جذب الإستثمارات الأجنبية إلى إقليمها، وضرورة أن يقر قانون الإستثمار مبدأ جواز عرض منازعات الإستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده لأن ذلك من شأنه أن يزيد من مصداقية إلتزام الدولة في الوفاء بتعهداتها التي قطعتها على نفسها، ففي الوقت نفسه أن تكون هذه المراكز محددة أو تذكر على سبيل الحصر في القانون وأن تكون في إطار الإتفاقيات الدولية ذات العلاقة، كالمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، وعدم ترك المستثمرين إحالة منازعات الإستثمار على مراكز التحكيم التي تتفق قوانينها وقواعدها مع مصالحهم الخاصة على حساب مصلحة الدولة المضيفة العامة.

كذلك إذا كان قانون الإستثمار العراقي أجاز اللجوء إلى مراكز التحكيم المعترف بها دولياً لتسوية منازعات عقود الإستثمار، فإن ما يؤخذ عليه أنه لم ينص على تنفيذ أحكام هذه المحاكم المؤلفة خارج العراق، بخلاف قانون الإستثمار اليمني الذي كان أكثر وضوحاً في ذلك، إذ نصت المادة (٦٣) منه على ما يأتي: (يكون لأحكام المحكمين الصادرة وفقاً للقواعد الواردة في هذا الباب ما لأحكام القضاء اليمني من حجية ونفاذ، وعلى المحاكم المختصة بالجمهورية الأمر بتنفيذها فور تلقيها طلباً كتابياً بذلك من ذوي الشأن)[٢٥].

لذلك نوصي المشرع العراقي بإضافة نص على غرار نص المشرع اليمني السابق الذكر، لتنفيذ أحكام المراكز التحكيمية التي أجاز هو لأطراف النزاع اللجوء إليها في حال إتفاقهم على ذلك، إذ أن ذلك من شأنه أن يزيد من ثقة المستثمرين الأجانب في الإستثمار في إقليم الدولة، لإطمئنانهم بتنفيذ حكم التحكيم في حال صدوره مباشرةً في إقليم الدولة ومن دون أي معوقات تحول دون ذلك.

ووفقاً لإتفاقية واشنطن يجوز لأية دولة عند إنضمامها أو تصديقها للإتفاقية، إبلاغ المركز بنوع المنازعة أو المنازعات التي تقدر أنه يمكنها أو لا يمكنها عرضها على المركز لتسويتها[٢٦].

(٢٥) المادة (٦٣) من قانون الإستثمار اليمني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٢.
(٢٦) المواد (٤/٢٥، ٢٦، ٢٧) من اتفاقية واشنطن.

المطلب الثاني: مدى استقلال شرط التحكيم

تتعرض عقود الإستثمار للفسخ، أو الإبطال أو الإلغاء، وهو وضع يثير تساؤل مهم وخطير، في ذات الوقت وفيما إذا كان شرط التحكيم يزول بزوال العقد الذي ورد فيه هذا الشرط، أو يظل قائماً خصوصاً وأن الحاجة إليه تصبح ملحة لتسوية المنازعات الناشئة عند إنقضاء العقد بأحد الطرق المذكورة أعلاه.

والواقع أنه يوجد إتجاهان يجيبان عن هذا التساؤل، الإتجاه الأول هو الإتجاه التقليدي، ووفقاً لهذا الإتجاه إذا فُسخ العقد أو أبطل أو ألغي، فإن ذات الإثر ينصرف إلى شرط التحكيم الوارد فيه، لأنه يعدّه تابعاً لهذا العقد أو جزء منه، والنتيجة الطبيعية في هذه الحالة أن ينقضي هذا الشرط تبعاً لإنقضاء الأصل(٢٧).

أما الإتجاه الثاني فهو الإتجاه الحديث، إذ يرى هذا الإتجاه أن شرط التحكيم يشكل عقداً ضمن العقد الاصلي – وهو هنا عقد الاستثمار –،وبتعبير آخر فإن شرط التحكيم يشكل عقداً معادلاً للعقد الأساسي، ويرجع ذلك إلى أن لكل من العقدين موضوعاً مختلفاً عن الأخر، فعلى الرغم من ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي المتعلق به في الأغلب من الحالات، إلا أنه يظل متميزاً عنه بمحله الخاص به، فمحل شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحت، وهو عمل منفصل عن العقد الأصلي الذي يضاف إليه على نحو يجعل كل منهما عقداً متميزاً عن الأخر، وإن تضمنتها وثيقة واحدة، إذ أن العمل الإجرائي في محل شرط التحكيم إنما يتعلق بحسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية(٢٨).

إذن وجود إتفاق التحكيم أو صحته أو نفاذه لا يتوقف على مصير العقد الأصلي، فالإدعاء أن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الفروض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط التحكيم والذي تم توقيعه ولكنه لم يدخل حيز التنفيذ أو أنه وقع باطلاً أو أنه تم فسخه أو أن الإلتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها إلى ما شابه ذلك من أحكام قد تلحق العقد الأصلي لا يكون له أثر على فاعلية شرط التحكيم أو يؤدي إلى المساس به، وتبعاً لذلك يظل الإختصاص معقوداً لهيئة التحكيم للفصل في حقوق والتزامات أطراف النزاع والحكم في الطلبات والدفوع حتى إذا كان العقد ذاته غير نافذ أو كان باطلاً ولا أثر له(٢٩).

وقد تم التأكيد على مبدأ استقلال شرط التحكيم في العديد من التشريعات الدولية والوطنية، فقد أكدت المادة (١/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ على أنه: (أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم)(٣٠).

(٢٧) د. حمزة حداد، قانون التجارة الدولية، الدار المتحدة للنشر، ١٩٨٠، ص٧.

(٢٨) د. مصطفى الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، تموز، ٢٠٠١، ص٦٧.

(٢٩) ينظر في ذلك: د. بشار محمد الأسعد، مصدر سابق، ص٣٩٤.

(٣٠) ينظر في ذلك: نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ والذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، منشور على شبكة الإنترنت وعلى الموقع:

http://www.jus.uio.no/lM/un.arbitration.model.law

تاريخ الزيارة: ٢٠١٩/٦/٢٠

كذلك نص المادة (٤/٦) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية إذ نصت على أن (المحكم يظل مختصاً حتى في حالة أنعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم)[٣١].

كذلك تم التأكيد على استقلال شرط التحكيم في العديد من قوانين التحكيم الوطنية، مثل قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ إذ نصت المادة (٢٣) من هذا القانون على أنه: (يعد شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته)[٣٢].

كذلك أورد المشرع الأردني نصاً مشابهاً للنص المصري وذلك في قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ في المادة (٢٢) منه[٣٣].

كذلك فقد أكد على هذا المبدأ مجمع القانون الدولي في قراره الصادر في دورته الثالثة والستين «Santiago de Compostela» والمنعقدة من ٥ إلى ١٣ ديسمبر ١٩٨٩ تحت عنوان «التحكيم بين الدول أو مشروعاتها أو هيئاتها، والمشروعات الأجنبية» على النص صراحةً في المادة (٣/أ) على استقلال التحكيم عن العلاقة القانونية التي يرجع إليها[٣٤].

كذلك حرص المحكمون في العديد من منازعات عقود الإستثمار على تأكيد مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به هذا الشرط.

ففي تحكيم «Texaco» ضد الحكومة الليبية تمسكت الحكومة الليبية بأن التأميم الذي قامت به وضع نهايةً لعقد الإمتياز، وكذلك لشرط التحكيم المدرج فيه، إلا أن المحكم «Dupuy» قد رفض ذلك وأقر بإختصاصه للفصل في النزاع إستناداً إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه[٣٥].

كذلك أيضاً المحكم المحمصاني في قضية «Liamco» ضد الحكومة الليبية، فقد ذهب في الحكم الذي أصدره في ١٢ أبريل عام ١٩٧٧ إلى أنه: (من المسلم به عموماً في الواقع وفي القانون الدوليين أن شرط التحكيم يظل باقياً بعد فسخ الدولة بإرادتها المنفردة للعقد الذي يتضمنه، وأن هذا الشرط يظل نافذ المفعول حتى بعد الفسخ)[٣٦].

الخلاصة أن مبدأ استقلال شرط التحكيم تجاه العقد الذي يتضمنه، يُعد من المبادئ الثابتة والمستقرة في مجال التحكيم الدولي، إذ نصت عليه التشريعات الوطنية المتعلقة

---

(٣١) ينظر في ذلك: نظام غرفة التجارة الدولية، منشور على شبكة الإنترنت وعلى الموقع:
http://www.jus.uio.no/IM/icc.arbitration.rules.
تاريخ الزيارة: ٢٠١٩/٦/٢٢

(٣٢) المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٣٣) إذ نصت المادة (٢٢) من قانون التحكيم الأردني على أنه (يعد شرط التحكيم إتفاقاً مستقلًا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي تضمنه، إذا كان شرط التحكيم صحيحاً في ذاته).

(٣٤) ينظر في هذا القرار الصادر عن مجمع القانون الدولي لدى: د. بشار محمد الأسعد، مصدر سابق، ص٣٩٧.

(٣٥) ينظر في ذلك: د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢١٢-٢١٣.

(٣٦) د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٢١٣.

بالتحكيم، وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، كما طُبقت أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات ذات الطابع الدولي، وينسحب ذلك بالطبع على عقود الإستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة (أو الأجهزة التابعة لها) وبين المستثمرين الأجانب.

وبما أنه لم يثبت في أي قضية من قضايا عقود الإستثمار رفض مبدأ استقلال شرط التحكيم أو العمل على خلافه، بل ما ثَبُتَ هو العكس تماماً، فيمكن القول أن هذا المبدأ معترف به في نطاق عقود الإستثمار كحل للمشكلة محل البحث. والواقع أنه مسلك محمود بما يوفره من ضمان لتطبيق شرط التحكيم، والذي يُعد بدوره ضماناً للمستثمرين وتشجيعهم على الإستثمار.

المبحث الثاني
دور المؤسسات التحكيمية
في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

إن معرفة القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم، يعتبر من الأمور التي يجب معرفتها في مجال التحكيم بوصفه أساساً في عملية إصدار حكم التحكيم وحسم النزاع في حالة كون النزاع معروضاً على القاضي لأنه سيطبق قانون بلده الذي يستمد سلطته منها ومن ثم تطبيق قواعد تنازع القوانين لتلك الدولة.

ولكن الأمر يعتبر مختلفاً عند عرض النزاع على هيئة التحكيم في المؤسسات التحكيمية التي غالباً ما تستمد سلطتها من نظامها أو وفق الاتفاقية المنُشئة لها.

والتساؤل الذي يطرح في هذا الصدد، ما هي الأسانيد التي تعتمد عليها المؤسسة التحكيمية في تطبيق القانون الواجب على موضوع النزاع ؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من إستعراض لموقف الفقه القانوني أولاً، ومن ثم بيان موقف الاتفاقيات والمؤسسات التحكيمية، وموقف القانون العراقي والتشريعات المقارنة في ذلك، لذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب الاتية:

المطلب الاول: موقف الفقه القانوني من الاساس الذي تستند عليه مؤسسات التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق

آراء فقهية عديدة قيلت بصدد معرفة الأساس الذي تستند اليه مؤسسات التحكيم لمعرفة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار ذات الطابع الدولي، عندما يطلب الطرفان حلها بصدد نزاع قائم بينهما منها:

يذهب **الرأي الاول**[٣٧] أنه مؤسسة التحكيم تطبيق أحكام القانون الذي اختاره طرفا النزاع طبقاً لمبدأ احترام إرادة الطرفين[٣٨]، اذ أن ما يطبق على العقد هي الشروط التي اتفق عليها طرفا العقد لان العقد شريعة المتعاقدين. ثم المبادىء العامة للقانون أو ما يسمى بتطبيق قانون عبر الدول (Transnational Law)[٣٩].

إن تطبيق القانون الواجب من قبل الأطراف يمكن أن يكون صريحاً، ومذكوراً في اتفاق التحكيم، أو قد يكون موجوداً في العقود النموذجية الدولية التي تبين القانون الواجب التطبيق على العقد، وقد لا يعبر أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لذلك تلجأ مؤسسة التحكيم إلى البحث عن الإرادة الضمنية

(٣٧) انظر د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الدولي الخاص، مجلة العدالة، أبو ظبي، عدد(٢٠) يوليو، صص٥٦-٦٠.

(٣٨) المصدر السابق نفسه.

(٣٩) هذا وقد قام القاضي الأمريكي Jeep بتخصيص مؤلف، أشار إلى الفكرة نفسها مقترحا تسمية القانون الذي يحكم تلك الطائفة من الاتفاقات قانون عبر الدول (Transnational Law) ينظر في ذلك:

La Live.p ; Les regles de con Flit de Lois appliqués au found du litige var Larbitre international siegeant en Suisse، Re vue de L›arbitrage، 1976، No. 3، pp. 155 ets.

أو المفترضة للأطراف في تحديده للقانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه، ويمكن الاستعانة لمعرفة ذلك بقرائن أو مؤشرات(٤٠)، للكشف عن القانون الواجب التطبيق الذي انصرفت إرادتهما إليه. مكان تنفيذ العقد مثلاً، أو استعمال الأطراف لصيغة عقد معمول به في بلد ما وتم اختيار، أما البحث عن الإرادة المفترضة وذلك عند عدم معرفة الإرادة الضمنية، وهذه الطريقة متبعة في كل من ألمانيا، فرنسا، بريطانيا، وغالباً ما يكتشف إن الأطراف قد قصدوا تطبيق قانون مكان التحكيم. وقد تقوم المؤسسة التحكيمية عند عدم معرفة كلا الارادتين سواء الصريحة أو الضمنية فتلجأ إلى تطبيق قانون ما يسمى Lex – Mercatoria وهي مجموعة قواعد عرفية متبعة في التعامل التجاري الدولي، أو تطبيق القواعد المشتركة كقانون كلا الطرفين أي يفترض ما هو مشترك في قوانينهما الوطنية وهو تطبيق ما يسمى Trome conmun(٤١).

وقد تتفق الأطراف على تعيين قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق عند نظر النزاع، ولكن هذا قد لا يخطر في بال الأطراف المتعاقدة، وعليه فأن الأمر يدعو إلى معرفة كيفية تحديد القواعد الخاصة بتنازع القوانين المطبقة على المسائل التي تخرج عن نطاق القانون الذي اختارته الأطراف.

إن تطبيق مبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ معترف به عالمياً، لكن هناك اختلافاً في النظم القانونية حول حدود هذه الإرادة، اذ لا بد من التحقق من صحة اختيار الأطراف لقانون العقد، ومدى التطابق مع القواعد الملزمة للقانون مثل مكان التنفيذ وإبرام العقد.

الرأي الثاني يذهب الى الأخذ بقواعد التنازع للبلد الذي تم اختيار قانونه ليطبق على النزاع ويطلق عليه مصطلحLocalissation de contrat وفيه يقول الأستاذ كولدمان: « إن تعيين المؤسسة التحكيمية للقانون سوف يحترم في جميع الأحوال ولكن في المسائل التي لا تدخل في نطاق القانون المذكور، يتم الرجوع فيها إلى قواعد القانون الدولي الخاص لذلك البلد»(٤٢). وحسب رأينا فإن هذا الرأي منتقد لأنه يعطي تفسيراً واسعاً لإرادة المؤسسة التحكيمية في اختيار القانون ولكن قد لا يتم اختيار قانوناً تعييناً، فقد ينصب الاختيار على قواعد متفرقة لقوانين متفرقة أخرى خاصة بالتعامل التجاري.

هذا الاتجاه ناتج عن الطبيعة القضائية للتحكيم، ويعطي هذا الرأي تصوراُ لطبيعة التحكيم تكون مزدوجة أو مختلطة (طبيعة قضائية وطبيعة عقدية) وعلى الرغم من إنها ذات طبيعة واحدة فضلاً عن أن تحديد قانون بلد التحكيم قد لا يكون له علاقة بموضوع النزاع، فضلاُ عن عدم تحديد مكان واحد للتحكيم مثل التحكيم الذي يجري بالمراسلة(٤٣) ومن المآخذ أيضا إن توطين التحكيم Localisation ليس له علاقة جغرافية ذات صلة

(٤٠) انظر في ذلك د. محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها – إبرامها – تنفيذها)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ص٢٠٣.

(٤١) Mauro Ru Bino – sammartano، Les «Tronc commun» Des Loi national sn presence (re Flextions sur le droit applicable par L›arbitre international) Re Vue de L›arbtrage 1987، No. 2، pp. 133-138.

(٤٢) Goldman، B.، op، cit، p. 377; See: Mario Giuliano and Paul Lagarde، text of Giulianao Largarde report، Report on the Conventional on the law applicable to contractual applications، Journal Official، 282 du 1980/10/31، p.13.

(٤٣) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون مكان طبع، ٢٠٠٩ ص١٩١.

بالجانب القانوني.

الرأي الثالث يذهب إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص لبلد التحكيم أي تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي توجد فيه المؤسسة التحكيمية وهذا مرجعه اختيار المؤسسة التحكيمية يكون ضمناً اختيار قانون ذلك البلد، ولعل هذا الرأي يمثل تحايلاً على قواعد تنازع القوانين عندما يتم اختيار البلد الذي يوجد فيه المؤسسة التحكيمية ومن ثم اختيار قانون لا علاقة له بالعقد ولم يخطر ببال أطراف النزاع(٤٤).

الرأي الرابع يذهب الى أنه يطبق قانون الإقامة أو الجنسية المشتركة للأطراف، اذ يتم البحث عن الإرادة المفترضة هنا من خلال البحث عن قانون الإقامة المشتركة أو الجنسية المشتركة للطرفين، ويحصل ذلك في حالة انتفاء الإرادة الصريحة أو الضمنية، ويعتبر هذا الرأي نادراً خاصة في المعاملات التجارية الدولية، فضلاً عن تعدد الجنسيات بالنسبة إلى الأطراف.

الرأي الخامس يقول بتطبيق المؤسسة التحكيمية لقانون القضاء المختص أصلا للفصل في النزاع، أي تطبيق قواعد القانون الدولي التي يتم العمل بها في بلد المحكمة المختصة للنظر بالنزاع في حالة عدم اللجوء إلى التحكيم ولا يمكن تطبيقه من الناحية العملية، ولكون نجاح التحكيم قائماً على استبعاد النزاع الناشئ عن المعاملات التجارية الدولية من الخضوع لقواعد التنازع القضائي.

الرأي السادس ينادي بتطبيق قانون بلد تنفيذ حكم التحكيم، اذ يطبق قانون البلد الذي سوف ينفذ فيه حكم التحكيم، ويعد هذا الحل وهمياً(٤٥)نظراً للصعوبة العملية في تطبيقه.

الرأي السابع وهو الذي يذهب إليه الفقه المعاصر بتطبيق أحكام العقد الطليق(٤٦)، حيث يتم في العقود الدولية عادة إخضاع عقد التجارة الدولية إلى قواعد موضوعية خاصة يكون مصدرها العقود النموذجية أو عائدات التجارة الدولية، وحيث إن التحكيم هو السلطة الوحيدة التي تطبق هذه القواعد بوصفها تشكل قانوناً مستقلاً له الأفضلية في حكم هذه العقود، وهذا الاتجاه ينتقده الفقهاء ويعللون انتقادهم بقولهم «إن القواعد الموضوعية إذا كانت تستجيب لحاجات التجارة الدولية، وعدالة أداءات الأطراف»(٤٧)، إن عدالة أداءات الاطراف عدالة عرجاء لأنها في الغالب تكون عدالة فقط لصالح احد طرفي العقد، إذا كان ضمن قانون إرادة الطرفين وهو ليس أي طرف بل الطرف الأقوى اقتصادياً عادة.

ويعزز أنصار هذا الرأي حجتهم بقضية تحكيم غرفة تجارة باريس ذات العلاقة بسوريا رقم ٣٩١٦ لسنة ١٩٨٣ إذ تم استبعاد أحكام القانون السوري المتعلق بالنظام العام التي تقضي بمقاطعة الشركات التي تتعامل مع الكيان الصهيوني، وذلك بسبب تعارضها مع النظام العام السوري – هذا ما أشارت إليه مؤسسة التحكيم – مع ما أسمته بحرية

(٤٤) د. أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص٣٥.

(٤٥) LaLive، B، Op. Cit.، p.162.

(٤٦) د. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، صص١٠٦ – ١٠٨؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص٣٦٩.

(٤٧) طارق عبد الله المجاهدي، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص٢٨٠.

التجارة الدولية ومبادئ عدم التيسير التي تتعلق في تقدير الهيئة للنظام العام الدولي الذي يجب إعلاؤه على النظام العام الوطني، والغرض هنا حسب رأينا هو استبعاد القوانين الوطنية بالتأكيد.

الخلاصة

وبالرغم من وجاهة هذه الآراء السابقة وحججهم في الاساس الذي تستند إليه مؤسسات التحكيم في بيان القانون الواجب التطبيق فان الذي نؤيده في هذا البحث هو اختيار المؤسسات التحكيمية في القضايا المعروضة بشأن نزاعات عقود الاستثمار هو: القانون الأكثر ملاءمة، وذلك عند غياب الإرادة الصريحة لطرفي النزاع وعدم معرفة الإرادة الضمنية حول القانون الواجب التطبيق أو قواعد تنازع القوانين، اذ إن هيئة التحكيم أو المحكم لا يتقيدان بإتباع قواعد القانون الدولي الخاص أو القانون الوطني الخاص بموضوع النزاع، إذ يطبق المحكم أو يختار القانون الأكثر ملاءمة لموضوع النزاع، مع الأخذ بنظر الاعتبار الأعراف والقواعد أي العادات التجارية في التعاملات التجارية الدولية.

المطلب الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم الدولي

في هذا المطلب نلقي نظرة على القانون الواجب التطبيق طبقاً لنصوص الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم الدولي بشأن القانون الواجب التطبيق الذي تستند إليه مؤسسات التحكيم الدولية، ففي اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع[٤٨] لعام ١٩٥٥ والتي أصبحت نافذة عام ١٩٦٤، تنص المادة الثانية منها على أنه (القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني للبلد الذي عينه أطراف العقد) وأشارت هذه المادة إلى المبدأ العام، أما المادتان ٣ والمادة ٤ فقد بينتا القانون الواجب تطبيقه في حالة عدم اتفاق الأطراف إذ أشارت المادة الثالثة أما إلى تطبيق قانون بلد إقامة البائع أو قانون محل إقامة المشتري أو قانون البلد الذي جرى فيه المزاد العلني، إذا كان إتمام البيع في المزاد العلني.

أما الاتفاقية الأوربية عام ١٩٦١، التي نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة منها على حرية الأطراف في الاتفاق على تعيين القانون الواجب تطبيقه، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف فعلى مؤسسة التحكيم تطبيق القانون الذي تعينه قواعد القانون الدولي الخاص التي تكون ملائمة للموضوع، وفي كلتا الحالتين على المؤسسة التحكيمية الأخذ بعين الاعتبار نصوص العقد والعادات التجارية.

أما قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٣) على إن (تطبق هيئة التحكيم على القانون الذي تعينه الأطراف على موضوع النزاع فإذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون وجب إن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي تراها الهيئة الواجبة التطبيق في الدعوى).

(٤٨) Convention on Law applicable to international (Sales of goods). the Hague 15 June 1955.

أما اتفاقية واشنطن عام ١٩٦٥ حول تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين مواطني الدول الأخرى فتنص في مادتها (٤٢) على إن هيئة التحكيم تنظر في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي حدده الطرفان وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك فإن هيئة التحكيم تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع وهو يشمل أيضا القواعد الخاصة بتنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي، ويرى البعض إن ما يقصد بمبادئ القانون الدولي ليست هي المعالجة للعلاقات الاقتصادية الدولية وإنما المبادئ التي أشارت إليها المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية[٤٩] هذا ولكن الرأي محل نظر بالنسبة إلى العلاقات التجارية الدولية إذ أن الأمر غير متعلق بالعلاقات بين الدول وإنما علاقات يحكمها القانون الخاص والعادات والأعراف المتبعة في التعامل التجاري الدولي.

وقد أشارت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى[٥٠] إلى نص مماثل للاتفاقية السابقة لعام ١٩٨٠، المادة (٦) فقرة ١ وخلاصة القول أن هذه الاتفاقيات والقواعد الخاصة بالتحكيم الدولي تعطي أولاً الحرية المطلقة للأطراف في تطبيق القانون الواجب على موضوع النزاع ويلتزم المحكم بتطبيق ما اختاره الأطراف وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فإن الحرية تعطي للمحكم أو هيئة التحكيم الذي يستند إلى جملة من الأسانيد مثل المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص والعادات التجارية، وضوابط أخرى مثل تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لموضوع النزاع. وهناك بعض النصوص القانونية التي تكاد تكون حديثة لمعالجة موضوع التحكيم التجاري الدولي، ومنها قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٧٥، اذ أشارت المادة (١٤٩٦) إلى حرية الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق دون التقيد بقواعد قانونية معينة، وإنما يجوز أن يتم اختيار قواعد قانونية من قوانين متفرقة لتطبيقها على النزاع[٥١]، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف سواءاً صراحة أو ضمناً، فان القانون الفرنسي ينص على إن المحكم يختار القانون الأكثر ملاءمة ليطبق على العقد موضوع النزاع مع الأخذ بعين الاعتبار في كلا الحالتين أي سواء كان هناك اتفاق صريح أو ضمني أو عدم التيقن منهما فأنه تراعى قواعد الأعراف والعادات التجارية الدولية.

المطلب الثالث: موقف القانون العراقي والمقارن

القانون المدني العراقي نص في المادة (١/٢٥) على قاعدة عامة بشان القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إذ أفادت هذه الفقرة (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً، وان اختلفا، يسري قانون الدولة التي ابرم فيها العقد) وهذه العبارة تشير إلى تطبيق القانون الأكثر ارتباطاً لفض هذا النزاع، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانوناً آخر يراد تطبيقه.

(٤٩) Goldman B.، OP. Cit.، p. 986.

(٥٠) أصبحت الاتفاقية نافذة المفعول منذ ١٩٨١/٩/٨ والدول العربية التي صادقت عليها (١٥) دولة عربية.

(٥١) د. حمزة حداد، قانون التجارة الدولية، الدار المتحدة للنشر، ١٩٨٠، ص٣١٨.

هنا لا بد من أن نشير إلى إنه هناك مبدأً يوجد في جميع نصوص القواعد التحكيمية الدولية، وأيضاً في قوانين وطنية متفرقة ايضاً، وهو إن هيئة التحكيم أو المؤسسة التحكيمية عندما إتخاذها لقرار التحكيم لا تلجأ إلى تطبيق مبادىء العدالة[٥٢] وإنما تلجا في هذه الحالة بعد أن تكون مفوضاً بالصلح من قبل الأطراف المتنازعة إلى تطبيق قواعد العدالة، ومبدأ حسن النية والإنصاف دون اللجوء إلى القواعد القانونية عند حسم النزاع.

لذلك فإننا نتفق مع رأي في فقه القانون العراقي[٥٣] من أنه لابد من التوسع في الاختيارات الواردة في المادة (٢٥) للتوسع في حلول وخيارات أكثر تلائم التطور وتتفق مع متطلبات حل النزاعات في العقود ذات الطابع الدولي بشكل عام، وعقود الاستثمار بشكل خاص. ونقترح إضافة الفقرات الآتية إلى المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي:

إضافة القانون الأكثر ملاءمة كما تكشف عنه ظروف كل قضية على انفراد.

إضافة القانون الأكثر علاقة بأطراف التعامل وبموضوع المال المتعاقد عليه أو مكان التنفيذ وهو ما يسمى قانون الأداء المميز وبالاعتماد على المادة ٤ من اتفاقية روما بتاريخ ١٩ حزيران ١٩٨٠.

إضافة القانون الذي تشير إليه الاتفاقية الدولية التي يوقع عليها الطرفان، أذا كانت الدولة منظّمة الى الاتفاقية.

نذكر في هذا الصدد أيضاً أن قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٧٥، وفي مادتها (١٤٩٦) أشارت إلى حرية الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق دون التقيد بقواعد قانونية معينة، وإنما يجوز أن يتم اختيار قواعد قانونية من قوانين متفرقة لتطبيقها على النزاع[٥٤]، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف سواءاً صراحة أو ضمناً، فان القانون الفرنسي ينص على إن المحكم يختار القانون الأكثر ملاءمة ليطبق على العقد موضوع النزاع مع الأخذ بعين الاعتبار في كلا الحالتين أي سواء كان هناك اتفاق صريح أو ضمني أو عدم التيقن منهما فأنه لابد من أن تراعى قواعد الأعراف والعادات التجارية الدولية.

(٥٢) انظر احمد صادق القشيري، التأميم والقانون الدولي والخاص، محاضرات ألقيت على دبلومي القانون الخاص والقانون الدولي، جامعة عين شمس عام ١٩٦٧ – ١٩٦٩، وللمزيد انظر د. مجيد حميد العنبكي، المدخل إلى دراسة النظام القانوني الإنجليزي، دار الحرية للطباعة والنشر منشورات الدائرة القانونية عدد (١٨)، بغداد، ١٩٩٠، ص١٩٣ وما يليها.

(٥٣) د. باسم سعيد يونس، التحكيم الاختياري وسيلة لفصل منازعات العقود الدولية –دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص١٣٥.

(٥٤) مشار إليه لدى د. حمزة حداد، مصدر سابق، ص٣١٨.

المبحث الثالث
المشاكل الخاصة للتحكيم في عقود الإستثمار

المقصود بهذه المشاكل هي تلك التي لا يمكن أن تنشأ إلا عن التحكيم في عقود الإستثمار، فقد تتمسك الدولة كونها طرف سيادي، بالحصانة القضائية في مواجهة المراكز التحكيمية، كما قد تدفع الدولة المتعاقدة (المضيفة) بعدم قابلية المنازعة للفصل فيها بالتحكيم، أو بقانونها الوطني اللاحق للتحلل من إلتزاماتها باللجوء إلى التحكيم. وللخوض في هذه المشاكل قسم هذا المبحث إلى المطالب الثلاثة الآتية:-

المطلب الأول: تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام مؤسسات التحكيم

ينكر الفقه كل قيمة لتمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام المحاكم التحكيمية، ولكن بناءً على أسس مختلفة فبعض الفقه القانوني(٥٥) يرفض هذا التمسك لأنه يعد قبول الدولة المضيفة لشرط التحكيم بمثابة تنازل ضمني عن التمسك بحصانتها القضائية أمام المحكمة التحكيمية التي وافقت على الخضوع لقضائها، وأن تمسك الدولة بحصانتها القضائية في مواجهة هذه المحكمة يتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، فضلاً عن أن الإعتراف بالحصانة القضائية للدولة في مواجهة المحكمة التحكيمية يعني منعها من الفصل في المنازعة المعروضة أمامها، في حين أنها استمدت إختصاصها من إرادة الدولة ذاتها عندما اتفقت مع المستثمر الأجنبي على تعيين هذه المؤسسة التحكيمية لحل ما يمكن أن ينشأ بينهما من منازعات وهو تناقض واضح.

أما البعض الآخر من الفقه(٥٦) فيرفض تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحاكم التحكيمية بناءً على أساسٍ آخر، وهو أن الحصانة القضائية ميزة لا تتمتع بها الدولة إلا في مواجهة القضاء العادي لدولةٍ أخرى تتساوى معها في السيادة، وبما أن قضاء التحكيم لا يخضع أو يتبع لأي دولة من الدول، إذن لا مجال لتطبيق فكرة الحصانة القضائية أمامها. بعبارة أخرى، لا تتمتع الدولة بأي ميزة أمام قضاء التحكيم ليقال أنها تتمسك بهذه الميزة في مواجهته، فقضاء التحكيم قضاء خاص لا يتبع أي دولة، ولا مجال لدفع بالحصانة القضائية للدولة أمامه، إذ لا خشية على الدولة من المساس بسيادتها أو استقلالها أمام هذا القضاء المستقل.

عليه فإن تمسك الدولة بحصانتها القضائية في مواجهة محكمة التحكيم لا يستند إلى أساس قانوني، وهو ما أكدته أحكام التحكيم الصادرة في العديد من القضايا منها على سبيل المثال: الحكم الصادر في ٢٥ آذار ١٩٨٤ عن غرفة التجارة الدولية في القضية المعروفة بـ «Westland» ذات الرقم ٣٨٧٩، وحكم محكمة إستئناف باريس الصادر في ١٢ تموز ١٩٨٤ بخصوص هضبة الأهرام، والحكم الصادر في ٢٠ أيار ١٩٩٢ عن المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في قضية هضبة الأهرام(٥٧).

(٥٥) Goldman، B. Les con flits des dans L›arbitrage international de droit prive، op، cit p. 336.

(٥٦) د. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، مصدر سابق، ص٤٧٦-٤٧٧.

(٥٧) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، بعض المشاكل العملية التي واجهها التحكيم العربي، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، ٢٠٠٠، ص٢٨.

المطلب الثاني: تمسك الدولة بعدم قابلية المنازعة للفصل فيها بالتحكيم

يتعلق جزء كبير من منازعات عقود الإستثمار بأعمال صادرة عن الدولة المتعاقدة (المضيفة) بصفتها سلطة عامة سيادية، لذلك قد تتمسك الدولة بعدم صلاحية المنازعة كلياً أو جزئياً للفصل فيها بالتحكيم، طالما أنها لا تستطيع الدفع بحصانتها القضائية أمام المحكمة التحكيمية، لقبولها شرط التحكيم سلفاً ، وتعد قضية «Framatome»[٥٨]، من أهم الأمثلة على ذلك حيث تمسكت إيران بعدم قابلية النزاع للعرض على التحكيم، لأنه يتعلق بأحد قرارات السلطة العليا السياسية، لذا فإن الفصل في هذه المنازعة سيؤدي إلى المساس بالسيادة الوطنية لإيران. ورفضت محكمة التحكيم هذا الدفع مقررةً أن قرار الحكومة الإيرانية بالتخلي عن برنامجها النووي لا يمكن أن يبحث مجدداً من قبل أياً كان، ما عدا الحكومة الإيرانية ذاتها، لأنها تتعلق بالسيادة الوطنية لإيران، أما الآثار العقدية والمالية لممارسة هذه السيادة فهي قابلة للفصل فيها عن طريق التحكيم، فلا تختص المحكمة بالنظر في تبني إيران لسياسة نووية أو تعديل إيران لهذه السياسة أو التخلي عنها وليس لها أن تحكم بالتنفيذ العيني للعقد الذي أبرمته إيران مع الشركات الفرنسية، لتعلق الأمر بسيادة الدولة الإيرانية، ولكن تختص المحكمة في الفصل في الآثار العقدية والمالية لممارسة إيران لهذه السيادة، أي تختص بالفصل في الآثار الناجمة عن فسخ إيران لعقدها مع الشركات الفرنسية والذي أُبرِم لإنشاء مفاعل ذري مركزي في إيران، تنفيذاً للاتفاقيات الدولية المبرمة بين فرنسا وإيران.

وفي ردها على تمسك الحكومة الإيرانية بقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلقة بسيادة الدولة على مواردها الطبيعية، والمشار إليها مسبقاً، وخصوصاً قرار رقم ٣١٧١ و ٣٢٨١، أكدت المحكمة التحكيمية أنه لا توجد في هذه القرارات تحديداً، ولا في قواعد القانون الدولي العام عموماً، أية قاعدة آمرة تحضر على الدولة اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن عقودها المبرمة مع المستثمرين الأجانب، والمتعلقة بمواردها الطبيعية، ومن باب أولى بغيرها، لذلك ردت المحكمة دفع إيران بعدم قابلية النزاع بالفصل فيه عن طريق التحكيم[٥٩].

وحسب رأينا أن حجج هذه المحكمة كفيلة بأن تقطع الطريق أمام أية دولة تحاول التمسك بعدم قابلية النزاع للفصل فيه بالتحكيم للتحلل من تطبيق شرط التحكيم، خصوصاً وان مثل هذا التحلل يتعارض مع مبدأي حسن النية والعقد شريعة المتعاقدين، وهي مبادئ أساسية في العلاقات التعاقدية الدولية.

ولا بد أن نشير في هذا الصدد، أن الفقرة (٤) من المادة (٢٥) من إتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥، تنص على أنه: (يجوز لكل دولة متعاقدة، عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الإتفاقية أو في تاريخ لاحق، أن تخطر المركز بالنزاعات أو المنازعات التي ترى إمكانية

(٥٨) ينظر بخصوص هذه القضية: د. رزق مقبول الحمدان، بعض قضايا التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور على شبكة الإنترنت، منتدى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، وعلى الموقع:
http://www.f-law.net/law/showthead.php/13026
تمت الزيارة في ٢٠١٩/٧/٣

(٥٩) د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص٢٩٣.

خضوعها أو عدم خضوعها لإختصاص المركز).

وهكذا يتضح من هذا النص أن الإتفاقية تركت لكل دولة تحديد المسائل التي يجوز أو لا يجوز تسويتها بطريق التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية المنازعات الذي أنشأته، وأن كل ما اشترطته هو إخطار المركز بالنزاع أو المنازعات التي يجوز أو لا يجوز إخضاعها للتحكيم.

ولما كانت كل دولة هي التي تتولى بنفسها تحديد المسائل التي يجوز أو لا يجوز الإتفاق بشأنها على التحكيم(٦٠)، فكان لابد أن تختلف الدول فيما بينها في هذا الشأن. فمع اختلاف الأنظمة القانونية في الدول، في تحديد المسائل التي يجوز أو لا يجوز الإتفاق بشأنها على التحكيم، فإن معظم الأنظمة القانونية في الدول المختلفة تنص على أن المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم هي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وإن هذه الأنظمة تكاد تجمع على أن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح هي مسائل الأحوال الشخصية، مثل النسب والزواج والطلاق والأهلية، والمسائل المتعلقة أيضاً بالنظام العام، مثل المسائل المتعلقة بالجنسية والمسائل الجنائية وتلك التي يجب أن تتدخل فيها النيابة العامة.

بيد أنه في مجال منازعات عقود الإستثمار تختلف التشريعات القانونية في ذلك، ولابد أن نشير في هذا الصدد بأن قانون الإستثمار العراقي كان أكثر دقةً ووضوحاً في هذا المجال أي –المنازعات التي لا يجوز إخضاعها للتحكيم– إذ نصت الفقرة (١) من المادة (٢٧) على أنه (تخضع المنازعات الناتجة عن عقد العمل حصراً لأحكام القانون العراقي ويكون الإختصاص فيها للمحاكم العراقية.....)(٦١). إذ أخضع المشرع العراقي في قانون الإستثمار المنازعات الناشئة عن عقد العمل للقانون والمحاكم العراقية حصراً، أي أن هذه المنازعات – والمتعلقة بعقد العمل – لا يجوز تسويتها بطريق التحكيم، وهو ما لم يتداركه كل من قانون الإستثمار المصري وقانون الإستثمار اليمني وبقية الأنظمة القانونية المتعلقة بالإستثمار.

المطلب الثالث: تمسك الدولة بالقانون الوطني اللاحق للتنصل من تطبيق شرط التحكيم

يمكن الكشف عن موقف المؤسسات التحكيمية من تمسك الدولة المتعاقدة بقانونها الوطني اللاحق للاتفاق على شرط التحكيم، للتهرب من تطبيق هذا الشرط، عبر عرض أهم قضيتين عالجتا هذه المسألة وهما:–

- **قضية Elf Aquitaine/N.I.O.C.:–**

وملخص هذه القضية أنه في تأريخ لاحق على إبرام العقد بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول «N.I.O.C.» وشركة «Elf Aquitaine»، في عام ١٩٦٦، أصدر

(٦٠) د. سراج حسين أبو زيد، مصدر سابق، ص٢٨٧.
(٦١) ينظر: الفقرة ٤ من المادة (٢٧) من قانون الإستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦.

مجلس ثورة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، في ٨ كانون الثاني سنة ١٩٨٠، قانوناً يتكون من مادة واحدة تقضي بتشكيل لجنة خاصة لها سلطة إبطال جميع عقود البترول التي لا تتماشى مع القانون الإيراني الصادر في عام ١٩٥١، والخاص بتأميم صناعة البترول في إيران، وتطبيقاً لهذا القانون قامت اللجنة المذكورة بإبطال العقد المبرم بين «N.I.O.C.» و«Elf Aquitaine» المشار إليه أعلاه، مما دفع الشركة الأخيرة إلى اللجوء إلى التحكيم تطبيقاً لشرط التحكيم الوارد في هذا العقد، وفي مقابل ذلك تمسكت الشركة الإيرانية «N.I.O.C.» بعدم اختصاص المحكم تطبيقاً للقانون الإيراني اللاحق للعقد(٦٢).

وعلى الرغم من أن المحكم المنفرد أثبت أن شركة «N.I.O.C.» تتمتع بشخصية قانونية مستقلة، إلا أنه، نظراً للصلات الوثيقة القائمة بين شركة «N.I.O.C.» والدولة الإيرانية ذاتها، توصل إلى أنه لا يمكن معاملة العقد محل المنازعة بشكل مختلف عن معاملة العقد الموقع من الدولة ذاتها بما في ذلك ما يخص الالتزام باحترام اتفاقات التحكيم، الذي يرتبه القانون الدولي، لذلك أقر المحكم بالاختصاص لنفسه إذ قال (أنه من المبادئ المعترف بها في القانون الدولي العام أن الدولة المرتبطة بشرط تحكيم منصوص عليه في عقد مبرم بواسطة الدولة ذاتها أو من خلال جهاز خاضع لها، لا يمكنها بإرادتها المنفردة، في تأريخ لاحق، أن تمنع الطرف الآخر المتعاقد معها من الالتجاء إلى الوسيلة المتفق عليها بين الأطراف لحل المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما)(٦٣).

- **قضية Framatome:-**

من ضمن الدفوع التي تمسكت بها إيران في مواجهة اختصاص المحكمة في قضية «Framatome»، استنادها إلى المادة (١٣٩) من الدستور الإيراني الصادر بطريق الاستفتاء في تأريخ لاحق على إبرام العقد، في ١٥ تشرين الثاني ١٩٧٩، للادعاء بعدم صحة شرط التحكيم الوارد في العقد لعدم حصول موافقة مجلس الوزراء والبرلمان الإيراني على هذا الشرط وفق ما تطلبه المادة المشار إليها أعلاه.

وبعد أن بحثت المحكمة إمكانية تطبيق المادة (١٣٩) من الدستور الإيراني لعام ١٩٧٩ على شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم عام ١٩٧٧، قررت رد الدفع الإيراني بعدم صحة هذا الشرط لأسباب عديدة أهمها:-

١. إن القول بإمكانية تطبيق المادة (١٣٩) من الدستور الإيراني لعام ١٩٧٩ على شرط التحكيم الوارد في عقد مبرم في وقت سابق على صدور هذا الدستور يتعارض مع أحد مبادئ التفسير المعترف بها والمطبقة من قبل القضاء الدولي وهو مبدأ الفعالية أو الأثر النافع، ووفقاً لهذا المبدأ لا يمكن القول أن الأطراف أرادوا أن تكون صحة وفعالية شرط جوهري مثل شرط

(٦٢) د. منير عبد المجيد، حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية، مجلة الدراسات القانونية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الثالث، كانون الأول، ١٩٩٩. ص١٤٤.
(٦٣) د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص٢٩٠-٢٩١.

التحكيم خاضعة لشرط إرادي محض يعتمد تنفيذه فقط على الدولة التي يتبعها الجهاز العام الطرف في العقد وفي الالتزام باللجوء إلى التحكيم(٦٤).

٢. يوجد مبدأ عام معترف به، سواءً على صعيد العلاقات بين الدول أو العلاقات الدولية الخاصة، يمنع الدولة الإيرانية من أن تنكر التزامها بالتحكيم الذي وقعت عليه بالموافقة بنفسها أو عبر جهاز عام كالمنظمة الإيرانية للطاقة الذرية، والتي وافقت على اللجوء إلى التحكيم في العقد محل النزاع، كما لا تستطيع هذه الدولة التحلل من التزامها بشرط التحكيم بإرادتها المنفردة عن طريق تغيير قانونها الداخلي أو عن طريق فسخ العقد من جانب واحد.

٣. يوجد ما يدعو دائماً للافتراض أن الدولة المعنية أرادت التصرف وفقاً لمبادئ وقواعد القانون الدولي العام وليس بمخالفتها لذلك لا يمكن الاستناد إلى المادة (١٣٩) من الدستور الإيراني لإبطال شرط التحكيم، فيما إذا كان هذا الشرط قد أبرم صحيحاً(٦٥).

فإذن لا يمكن لأية دولة أن تتخذ أية إجراءات، أو تصدر قوانين لاحقة، أو أن تتمسك بإجراءات أو قوانين لاحقة، للحيلولة دون تطبيق شرط التحكيم طالما كان هذا الشرط صحيحاً وفقاً للقوانين السابقة، أي تلك المعاصرة لإبرامه، وذلك تطبيقاً لمبادئ الفعالية أو الأثر النافع، العقد شريعة المتعاقدين، وحسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

تقييم التحكيم المؤسسي كوسيلة في تسوية المنازعات الخاصة بعقود الإستثمار

فمن دراستنا يتضح أن نظام التحكيم هو نظام قضائي دولي، متخصص لتسوية منازعات التجارة الدولية، وخاصةً المنازعات المتعلقة بالإستثمار الأجنبي، وأن هذا النظام يُفضلُه المستثمر الأجنبي لتسوية منازعاته الخاصة بإستثماراته مع الطرف المضيف، سواء كان هذا المضيف شركة أو الدولة المضيفة أو أحد الهيئات التابعة لها، وأن تنفيذ أحكام التحكيم تعد من أهم مراحل التحكيم، فعدم تنفيذ حكم التحكيم قد يهدم هذا النظام، إذ أن دولاً كثيرة تمتنع عن تنفيذ الأحكام التحكيمية التي قد تصدر ضدها بسبب كونها أطرافاً في هذه العقود، إذ تحتج الدولة المراد التنفيذ ضدها بحصانتها ضد التنفيذ بسبب مساسها بسيادتها الوطنية، كذلك دفع هذه الدول بعدم قابلية المنازعات الناشئة بينها وبين المستثمرين بتسويتها وإخضاعها للتحكيم، مما أثار العديد من الإشكاليات في المجتمع التجاري الدولي، ودفع الفقه والقضاء إلى محاولة إرساء مبادئ قانونية في هذا الشأن ومحاولة وضع الحلول الكفيلة بتنفيذ أحكام التنفيذ دون المساس بسيادة الدولة الممتنعة عن التنفيذ.

ولما كانت الإستثمارات الأجنبية تلعب دوراً هاماً وحيوياً في تنمية الدول المضيفة، وأن المستثمر الأجنبي يفضل نظام التحكيم كوسيلة فعالة لتسوية منازعات عقود الإستثمار التي تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة، وتعمل الدول المضيفة على التنافس الشديد من أجل

(٦٤) ينظر في هذه القضية: د. هاني صلاح الدين سري، التحكيم في العقود الإدارية بين الحظر والإجازة، ط ١، مجلة التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ٢٠٠٣، ص٢٩٤.

(٦٥) د. هاني صلاح الدين سري، مصدر سابق، ص٢٩٦.

جذب وتدفق المزيد من الإستثمارات الأجنبية إليها، ففي تقديرنا أنه يجب على الدولة المضيفة عندما تثار منازعة بينها وبين المستثمر الأجنبي، ويلجأ إلى مؤسسات التحكيم ويحصل على حكم لصالحه أن تسارع في تنفيذ هذا الحكم طالما أنه لا يمس أمنها وسيادتها، وزيادةً على ذلك فالأمر يعطي صورة سيئة عن قدرة هذه الدولة في توفير الحماية اللازمة للإستثمارات الأجنبية.

وعلى الرغم من المشاكل التي تواجه مؤسسات التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود الإستثمار، وفق ما هو مبين سابقاً، فإن الواقع العملي يدل بشكلٍ واضح على إزدياد اللجوء له في عقود الإستثمار الأجنبية، حتى يمكن القول أن الأصل في تسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود هو التحكيم، وأن اللجوء للقضاء هو الإستثناء، ومن هنا إزداد الإهتمام بمؤسسات التحكيم في مختلف الدول المصدرة للإستثمار والمضيفة له، وخاصةً الدول العربية، سواءً في مجال التشريعات أو إنشاء مراكز تحكيم أو عقد الندوات والمؤتمرات الخاصة به، وهذا يعني أن محاسنه تفوق مساوئه، مما يدعونا إلى أن نوصي المشرع العراقي – وخاصةً أن العراق يعد في هذا الوقت من أهم الدول المضيفة للإستثمارات – العمل جدياً على تنمية التحكيم وتطويره، وإزالة العقبات التي تعترض مسيرته للأمام، وبشكلٍ خاص التخفيف ما أمكن من القيود التي تقف عثرةً في طريق تنفيذه، سواءً كانت إجرائية أو تتعلق بحالات عدم تنفيذه، بحيث يضمن المستثمر الذي صدر القرار لصالحه أن القرار سينفذ ما أمكن وأن ذلك سيتم بأسرع وقت ممكن.

ولا بد من الإشارة في هذا الخصوص إلى أنه قد تم إنشاء مركز النجف الأشرف للتحكيم التجاري الدولي (ICACN) في العراق إذ أفتتح هذا المركز رسمياً في ٢٠١١/٣/١٢ تحت مظلة غرفة تجارة النجف الأشرف وبدعم ومساندة المركز الدولي للقانون والتحكيم / لاهاي – هولندا، وبتعاون فني ومهني من المؤسسة العربية للتدريب والإستشارات والتحكيم / بيروت – لبنان، ويمارس المركز العديد من الأنشطة ومنها التحكيم التجاري سواءً على الصعيدين المحلي والدولي في مختلف المنازعات التجارية والمصرفية والإستثمارية على اختلاف أنواعها وأشكالها، ويقدم المركز الإستشارات المتنوعة من قبل عدد من الخبراء في القانون والهندسة والمقاولات ورجال الأعمال والإستثمارات وغيرها.

ولقد وضع نظام قانون خاص بالتحكيم وهو متطابق إلى حد كبير مع القواعد الخاصة بالأونسترال التي يتم تطبيقها في حسم النزاع، وتتكون قواعد المركز من ٢١ مادة قانونية في التحكيم التجاري[٦٦]، وحسب رأينا المتواضع فإن اللجوء لهذه المؤسسة لحل المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار على اختلاف أنواعها سيكون له فائدة في تقليل الخسائر التي تتكبدها الشركات العراقية في منازعاتهم عند اللجوء إلى غرف ومراكز ومؤسسات التحكيم الأجنبية.

(٦٦) لمزيد من التفصيل في ذلك، ينظر موقع مركز النجف الأشرف للتحكيم التجاري الدولي على العنوان الإلكتروني: www.icacn.org

الخاتمة:

بعد هذه الدراسة حول فاعلية ودور المؤسسات التحكيمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، وبيان مدى تأثير هذا الدور في تحديد القانون، ومدى التزام تلك المؤسسات بمراعاة الاعراف التجارية الدولية والقواعد الآمرة في القوانين الداخلية، وبيان القرارات والاحكام الصادرة من تلك المؤسسات، توصلنا إلى عدة نتائج مع بعض التوصيات، وكما يأتي:

أولاً: النتائج:

التحكيم المؤسسي(institutional Arbitration) صورة من صور التحكيم يتفق فيه الأطراف على حل النزاع من قبل مؤسسة معينة وفقاً لقواعد خاصة بتلك لمؤسسة أو وفقاً لقواعد أتفق عليها الأطراف.

يميل المحكمون في التحكيم المؤسسي إلى استبعاد قانون الدولة المتعاقدة (المضيفة), واللجوء عوضاً عنه إلى المبادئ القانونية المشتركة بين أطراف العقد أو اللجوء إلى تطبيق المبادئ القانونية للدول المتمدنة عند غياب القواعد المشتركة.

من نتائج مبدأ استقلالية شرط التحكيم (أتفاق التحكيم)عن العقد الأصلي, أن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي لا يكون بالضرورة هو نفسه الواجب التطبيق على شرط التحكيم، وقد اكدت على ذلك القرارات الصادرة عن مراكز التحكيم الدولية.

ان عقود الاستثمار لا تخضع أمام مؤسسة التحكيم بطبيعة الحال لنفس القانون الذي ينطبق في شأنها أمام محكمة القضاء الداخلي, فقد وجدنا ان المؤسسات التحكيمية تميل إلى تطبيق الأعراف والعادات او تطبيق قانون العقد او تطبيق قانون بلد المحكم او تطبيق قانون بلد التحكيم وقد وجدنا أن الغالب في المؤسسات التحكيمية هو اختيار القانون الأكثر ملائمة للعقد إذ يحقق المرونة المتطلبة لأدراك العدالة.

بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق فإن المشرع العراقي قد اعتمد النظرية الشخصية عند اختيار القانون الواجب التطبيق أو الصريح أو الضمني، والنظرية الموضوعية عند عدم الاختيار، أي أنه اخذ بكلتا النظريتين أي النظرية الازدواجية في العقد, فإنه في الحالة الأولى لابد من تطبيق القانون الذي اختاره الطرفان صراحة أو ضمناً، أما في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق بين المتعاقدين لا صراحة ولا ضمنا فإنه يطبق القانون الأكثر صلة بالعقد، والذي يوصف بمنهج الأداء المميز.

ثانياً: التوصيات:

بالرغم من إنشاء غرفة تجارة النجف الأشرف, والذي يمارس من ضمن الأنشطة الملقاة على عاتقها, التحكيم التجاري سواءً على الصعيدين المحلي والدولي في مختلف المنازعات التجارية والمصرفية والإستثمارية على اختلاف أنواعها وأشكالها، وتقديم الإستشارات المتنوعة من قبل عدد من الخبراء في القانون والهندسة والمقاولات ورجال

الأعمال والإستثمارات, إلا أننا نتطلع أن يضع المشرع العراقي نظام قانوني خاص بالتحكيم بشكل عام, والتحكيم المؤسسي بشكل خاص, يتطابق إلى حد كبير مع القواعد الدولية والمرحلة الراهنة التي يمر بها العراق من حاجة إلى إستقطاب الاستثمارات الاجنبية بكافة اشكالها, ذلك أن وجود مثل هذه المؤسسات التحكيمية لحل المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار على اختلاف أنواعها سيكون له فائدة في تقليل الخسائر التي تتكبدها الشركات العراقية في منازعاتهم عند اللجوء إلى غرف ومراكز ومؤسسات التحكيم الأجنبية, وأيضاً إطمئنان الشركات الاستثمارية عند اللجوء إلى هذه المؤسسات من عدم تطبيق القوانين الداخلية على النزاع الذي يشوب في عقود الاستثمار.

نوصي المشرع العراقي التوسع في الاختيارات الواردة في المادة (٢٥) وذلك للتوسع في حلول وخيارات أكثر تلائم التطور والمرحلة التي يمر بها البلد من حاجة ماسة إلى جذب الاستثمارات ورؤوس الاموال الخارجية, والتي تتفق مع متطلبات حل النزاعات في العقود ذات الطابع الدولي بشكل عام, وعقود الاستثمار بشكل خاص ونقترح إضافة الفقرات الآتية إلى المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي:

١. إضافة القانون الأكثر ملاءمة كما تكشف عنه ظروف كل قضية على انفراد.
٢. إضافة القانون الأكثر علاقة بأطراف التعامل وبموضوع المال المتعاقد عليه أو مكان التنفيذ.
٣. إضافة القانون الذي تشير إليه الاتفاقية الدولية التي يوقع عليها الطرفان, أذا كانت الدولة منظّمة الى الاتفاقية.