

## مخاطر انضمام العراق الى اتفاقية الاكسيد

إعداد : الحقوقي حيدر داود حمد الله

مدير القسم القانوني في هيئة استثمار الديوانية

### المقدمة

لقد أصبح التحكيم ظاهرةً أشغلت بالَ الكتاب وفقهاء القانون في العصر الحديث ، وازداد اللجوء إليه كنظامٍ لحسم المنازعات لأسبابٍ عديدة ، فالمستثمر الأجنبي يصر على النص بشكلٍ صريح في العقد المبرم معه على تضمين شرط التحكيم فيه لما يوفره من مزايا<sup>(١)</sup> لا يحققها القضاء الوطني للدولة ولما يوفره من مزايا للمستثمرين، من دول مختلفة ، حتى يجنبهم مشكلة عدم العلم بالقواعد الموضوعية والإجرائية في قانون الدول المضيفة للاستثمار . وقد أدى التطور الهائل الذي طرأ على التجارة والاستثمار في نهاية القرن التاسع عشر<sup>(٢)</sup> إلى انتشار التحكيم على الصعيد الخارجي مما يضاعف أهميته ويتوجب الإحاطة به ، بل وأصبح يتمتع بالقبول لدى أغلب الدول على الرغم من اختلاف 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 يُعدّ أيضاً كحافزٍ ضروري نتيجة هذه العلاقات وتطويرها بما يحقق المزايا للدولة المضيفة للاستثمارات.

ولهذا تسابقت الدول الى الانضمام الى اتفاقية ICSID التي تسمى بالعربية باتفاقية الاكسيد وهي اختصار للعبارة الاتية : International Centre for Settlement of Investment Disputes التي تعني (المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار) . ويُعدُّ هذا المركز إحدى مؤسسات البنك الدولي ، وقد أنشأ بموجب اتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين دول ومواطني دول أخرى عام ١٩٦٥ التي دخلت حيز النفاذ عام ١٩٦٦ ، ولم ينضم العراق لها الا مؤخراً بموجب القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢ المنشور بالوقائع العراقية بالعدد ٤٢٨٣ في ٢٠١٣/٧/٢٩ .

(١) ايناس هاشم رشيد و وعود كاتب الانباري ، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة ، مجلة رسالة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الأول ، ٢٠١٥ ، ص ٢٧٣

(٢) هند فائز احمد الحسون ، محاضرة في التحكيم الدولي ، أقيمت في المركز العراقي للتحكيم الدولي/ النجف الاشرف في الورشة الثالثة والعشرين ، ٢٠١٤ ، ص ٣

## المبحث الأول : مزايا التحكيم

يسعى العراق الى جذب المستثمرين الأجانب نظراً ، لما يعانيه هذا البلد من اقتصاد شبه مدمر بالكامل نتيجة الحروب - الداخلية والخارجية - التي كان سببها النظام السابق والحصار الخانق الذي فرضته الأمم المتحدة والدول الأخرى بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية . وقد ورثت الحكومات المتعاقبة ما بعد التغيير في ٢٠٠٣ منظومة تشريعية تعاني من نقص وأحياناً فقدان للنصوص التشريعية التي تنظم عمل الاستثمار في البلاد حتى جاء العام ٢٠٠٦ فبرز الى الوجود قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٣ الذي لم يكن هو الآخر بمستوى الطموح ولم يلبي حاجات المستثمرين الاجانب ويبدد مخاوفهم فأجريت عليه التعديلات وأخرها التعديل الثاني رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٥<sup>(١)</sup>، الذي يتيح في المادة ٢٧ المعدلة الاتفاق مع المستثمرين اللجوء الى التحكيم التجاري سواء كان وطنياً أو دولياً .

ينبغي أن نعرف ما هي مزايا التحكيم التي يمكن إجمالها بالاتي :

- ١- تعتبر قواعد التحكيم من القواعد المرنة<sup>(٢)</sup> التي تتسجم مع طبيعة منازعات العقود الاستثمارية ، فهي من النوع المكمل أو المفسر التي يستطيع الاطراف أن ينفقوا على ما يخالفها لأنهم الذين اختاروا طريق التحكيم برضاهم .
- ٢- يتسم التحكيم بالسرعة في فض المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار بالمقارنة مع القضاء حيث من الممكن الاتفاق على تحديد مدة معينة يتوجب خلالها اصدار قرار التحكيم وهذا له الاثر الكبير في تحصيل حقوق المستثمرين بعيداً عن المحاكم وبالمدة التي يتفقون عليها .
- ٣- حيث إن حسم النزاع يكون بالتراضي وبالاتفاق على المحكمين والقانون الواجب التطبيق فإن ذلك يؤدي الى احتفاظ المتعاقدين بالعلاقة الودية بينهم خلافاً لما لو كان النزاع أمام القضاء فإنه في العادة يؤدي الى استمرار المشاحنات والخصومة .
- ٤- تتسم اجراءات التحكيم بالسرية وهذا يفضله المستثمرون كثيراً فالبعض منهم يفضل خسارة الدعوى أمام القضاء من أجل عدم إفشاء أسرار عمله ويلجأ الى اختيار طريق التحكيم الذي يضمن سير الاجراءات بسرية تامة والتحفظ على مراكز الخصوم<sup>(٣)</sup> .

(١) منشور بالوقائع العراقية بالمعد ٤٣٩٣ في ٢٠١٦/١/٤

(٢) الدكتور أمير حسن جاسم والدكتور ذنون يونس ، انعكاسات اللجوء الى التحكيم التجاري في منازعات العقود الاستثمارية بين الشركات الاجنبية والدولة المضيفة للاستثمار ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ٢ ، السنة الخامسة ، العدد ١٩ ، ص ٥٨

(٣) الورشة الثلاثون للتحكيم التجاري الدولي التي يقيمها مركز التحكيم التجاري الدولي في النجف الاشراف للأيام من ٢٩- ٢٠١٧/٧/٣١

٥- يمنح التحكيم مجالاً واسعاً لإعمال مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القواعد الاجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق والتحلل الى حدٍ معين من القواعد الصارمة التي تتضمنها القوانين حيث إن المحاكم لا تحيد عن تطبيق القواعد القانونية التي تتضمنها التشريعات .

٦- رغم إن التحكيم يعطي الحرية للمتعاقدين في اختيار المحكمين والقانون الواجب التطبيق الا إن قرار المحكمين يجب أن يمر عبر القضاء الوطني للمصادقة عليه قبل تنفيذه ، ويحق للمحكمة أن ترفضه أو تمتنع عن تنفيذه اذا وجدته مخالفاً للقانون أو للنظام العام بمعنى ان للقضاء صلاحية واسعة في النظر في القرار التحكيمي من الناحيتين الشكلية والموضوعية<sup>(١)</sup>، عدا حالة قرار التحكيم الصادر من الاكسيد الذي يعد غير قابل للطعن وسيأتي تفصيله في مكانه .

٧- تتسم اجراءات التحكيم باليسر والسهولة ابتداءً من عرض النزاع على جهة التحكيم وانتهاءً بحسمه وتنفيذ قرار التحكيم مقارنةً بإجراءات التقاضي أمام المحاكم .

### المبحث الثاني : مخاطر الانضمام الى اتفاقية الاكسيد

سلب الدولة لبعض صلاحياتها<sup>(٢)</sup>: ان التحكيم يسلب الدولة بعض صلاحياتها ، لذا لا يجوز للدولة التحلل من التحكيم وتدفع بالسيادة ، وهناك 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 أعمال 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 .

ترى الدول المضيفة للاستثمار خصوصاً الدول النامية بأن التحكيم لا يمثل ضمانات حقيقية لها بل إنه وسيلة لحماية المستثمرين تضمن لهم تطبيق نظم قانونية دولية تستبعد الظروف الخاصة بالدولة أو قوانينها الداخلية ، فقبول الدول النامية اللجوء الى التحكيم أساسه حاجتها الملحة للحصول على رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق

<sup>١</sup> الدكتور نظام جبار طالب ، حان الوقت للانضمام الى اتفاقية الاكسيد ، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي السنوي الحادي عشر لكلية القانون/ جامعة اهل البيت (عليهم السلام)

<sup>(٢)</sup> ايناس هاشم رشيد و وعود كاتب الانباري ، المصدر السابق ص ٢٧٨

خطتها التنموية وليس بالضرورة عن قناعة من جانبها بملائمة التحكيم لفض النزاعات الناشئة عن الاستثمار<sup>(١)</sup>.

المادة ١/٥٤ من الاتفاقية تقضي بان على كل دولة المتعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم المقدمة عملاً بالاتفاقية باعتبارها ملزمة، وتنفيذ الالتزامات المالية التي تفرضها هذه الجائزة ضمن أراضي الدولة العضو موضوع النزاع كما لو كان قرار التحكيم حكماً نهائياً صادراً عن محكمة في تلك الدولة<sup>(٢)</sup> وغير قابل للطعن. وبالتالي الدولة المتنازعة لا يمكن أن تثير اعتراضات، سواء على أساس الحصانة السيادية، طبيعة قرار التحكيم، أو السياسة العامة، مروراً بالاعتراف ثم تنفيذ الحكم. على الرغم من انه يمكن التماس الحصانة السيادية في مرحلة الاعتراف والتنفيذ في حالات ضيقة، على سبيل المثال، يمكن ان يكون هذا الالتماس في مرحلة التنفيذ مباحاً، شريطة أن يكون هذا الدفاع متاح وفقاً لقوانين الدولة طالبة التنفيذ.

وتبين التطبيقات العملية خطورة التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للدول المضيفة للاستثمار من جوانب عديدة ومنها استخدام التحكيم كوسيلة قانونية لحماية المستثمر الاجنبي من تبعات الاستثمارات الاجنبية المضرة بالبيئة. ففي عقود الاستثمار المتعلقة بالأعمال الصناعية أو التحويلية أو الاستخراجية كاستخراج النفط والغاز وغيرها من الثروات الطبيعية من باطن الارض ، أظهرت التطبيقات العملية لها إن المستثمر الأجنبي استطاع استخدام التحكيم التجاري الدولي كسلاح في مواجهة تدخل الدولة المضيفة للاستثمار من أجل حماية بيئتها من مخاطر هذه الاستثمارات ونتيجة لذلك وجدت الدول المضيفة للاستثمار نفسها عاجزة عن حماية مواطنيها الذين تضرروا جسدياً وبيئياً من هذه الاستثمارات<sup>(٣)</sup>.

ومن الممكن تقسيم مخاوف العراق من الانضمام الى مخاوف عامة وأخرى خاصة ، فالمخاوف العامة تتمثل بالتاريخ غير المرضي للعراق من موضوع التحكيم حيث خسر العراق بعض القضايا التحكيمية وكانت لصالح الخصوم ، مما تطلب استصدار قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٤) لسنة ١٩٩٠<sup>(٤)</sup> والذي منع بموجبه التحكيم حفاظاً على الاموال والمصالح والحقوق العراقية في داخل العراق وخارجه . أما المخاوف الخاصة فتتمثل بخرق السيادة الوطنية العراقية وتطبيق قوانين أجنبية ، والمساس بمبدأ الولاية القضائية وهذا ما أكدته الرد على رسالة أرسلتها غرفة تجارة زيورخ الى العراق تدعوه فيها الى الانضمام الى اتفاقية

(١) الدكتور أمير حسن جاسم والدكتور ذنون يونس ، المصدر السابق ص ٦٢  
(٢) الدكتور نظام جبار طالب ، المصدر السابق

(٣) الدكتور أمير حسن جاسم والدكتور ذنون يونس ، المصدر السابق ص ٦٦  
(٤) منشور بالوقائع العراقية ٣٢٢٦ في ١٩٩٠/٩/٢٤

نيويورك ١٩٥٨ حيث رد ديوان التدوين القانوني ( مجلس شورى الدولة فيما بعد )  
بالقرار المرقم ١٢٢ لسنة ١٩٧٨ في ١٩٧٨/٨/٢٨ بالقول :

((إن التحكيم التجاري الدولي يتضمن عنصراً أجنبياً حيث إنه قد يتم خارج حدود  
البلد وقد يعهد به الى محكمين أجانب قد يطبقون قانوناً أجنبياً سواء من ناحية  
القواعد الموضوعية أو الاجرائية... ))<sup>(١)</sup>.

إن بعض عقود الاستثمار الدولية تبرمها الدول النامية مع شركات أجنبية خلال  
مرحلة احتلال هذه الدول من دول أخرى كبرى وهذه الاتفاقيات والعقود تكون مثقلة  
بالامتيازات والاعفاءات والضمانات التي تشكل عبئاً ثقيلاً على الدول النامية ، لأن  
الظروف التي أبرمت فيها هذه الاتفاقيات لا يمكن معها حتى الادعاء بأنها كانت  
وليدة الارادة الحرة لأطرافها وإنما هي وليدة رغبات طرف قوي أملى شروطه على  
الطرف الاخر الذي يتمثل بالدولة النامية . وحتى العقود التي تبرم بعد أن تنال  
الدول النامية استقلالها حديثاً لم تكن ظروف ابرامها بأحسن حال من سابقتها  
فالاقتصاديات المنهارة لتلك الدول لم تكن تجعل منها الطرف القوي المفاوض أمام  
الشركات العملاقة المسيطرة التي تفوق امكانياتها امكانيات بعض الدول النامية<sup>(٢)</sup>.

نصت المادة (١٢) من الاتفاقية على ( يتألف كلاً من هيئة القائمين بالتسوية وهيئة  
المحكمين من أشخاص كفوءين ولديهم الرغبة للعمل فيهما كما اشترط ذلك ) .  
وتكمن خطورة الأمر في المادة (١٣) التي تليها حيث نصت الفقرة (١) منها على ( لكل  
دولة متعاقدة أن تعين الى كل هيئة أربعة أشخاص قد يكونون وليس بالضرورة  
من نفس مواطنيها ) ، وهذا يدل على إن الدول المتعاقدة مع المستثمرين ليست حرة  
تماماً في اختيار من يمثلها من مواطنيها في هيئات التسوية أو التحكيم ، فقد يكونون  
من مواطني دول أخرى ، مما يؤدي الى اختلال التوازن ويجعل كفة الدولة  
المتعاقدة – وخصوصاً الدول النامية الضعيفة – في مرتبة أدنى .

وبالإضافة الى ما تم ذكره فقد منحت المادة (١٩) من الاتفاقية هذا المركز حصانات  
وامتيازات في أراضي الدول المتعاقدة فقد نصت على ( لغرض تمكين المركز من  
أداء أعماله فإنه يتمتع بالحصانات والامتيازات في أراضي دول متعاقدة والمذكورة  
في هذا القسم ) . وتلتها المادة (٢٠) التي نصت على ( يتمتع المركز وممتلكاته  
وموجوداته ( الأصول ) بالحصانة من جميع الاجراءات القانونية الا عندما يتخلى  
المركز عن الحصانة ) .

(١) الدكتور نظام جبار طالب و الدكتور سنان عبد الحمزة البديري ، تنفيذ قرارات التحكيم الدولي . هل هو اجس العراق لها ما يبررها  
؟ ، مجلة كلية المأمون الجامعة ، العدد الثامن ، ٢٠١٦ ، ص ١٦٤  
(٢) الدكتور أمير حسن جاسم والدكتور ذنون بونس ، المصدر السابق ص ٦٣

## الاستنتاجات

- ١- وجد الباحث إن هناك نقص تشريعي يتمثل في عدم إقرار قانون متخصص للتحكيم التجاري في العراق ، وتقتصر النصوص التشريعية المتعلقة بموضوع التحكيم على النصوص التي يحتويها قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ التي تعتبر نصوصاً عاماً تطبق حتى في مجال التحكيم بقضايا الأحوال الشخصية .
- ٢- لاحظ الباحث إن مراكز التحكيم الحالية في العراق - مركز النجف أنموذجاً - تفتقر الى قانون تستند عليه لإنشائها وتنظيم أعمالها مما اضطرها الى الركون الى قانون المنظمات غير الحكومية رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠<sup>(١)</sup> وتسجيل نفسها منظمة من منظمات المجتمع المدني .
- ٣- وجد الباحث إن الانقياد غير المدروس الى اللجوء الى المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار ICSID فيه من المخاطر على البلاد الشيء الكثير ، ويجعل العراق رهينة لما يقرره هذا المركز .
- ٤- لاحظ الباحث إن العراق استعجل بالانضمام الى اتفاقية الاكسيد وينبغي قبل ذلك اتخاذ خطوات معينة منها الانضمام الى اتفاقية نيويورك لتنفيذ الاحكام الاجنبية لعام ١٩٥٨ وتعديل القوانين الداخلية المتعلقة بتنفيذ الأحكام الجنبية ومنها قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ وقانون تنفيذ الاحكام الاجنبية.

## التوصيات

- ١- نوصي المشرع العراقي بالإسراع بتشريع قانون التحكيم التجاري الدولي ، حيث سبق أن تم إعداد هذا المشروع عام ٢٠١١ الا إنه بقي في أروقة الحكومة ومجلس شورى الدولة ولم يتم ترحيله الى مجلس النواب لمناقشته والتصويت عليه .
- ٢- رغم الجواز القانوني الذي تسمح به الاتفاقية بموجب المادة (٧١)<sup>(٢)</sup>، فإن الباحث لا ينصح بانسحاب العراق منها ، حيث يعطي ذلك مؤشراً سيئاً لسمعة العراق في المحافل الدولية من جهة ، وبدلاً من الانسحاب فإننا ننصح بلجوء هيئات الاستثمار التي تتعاقد مع مستثمرين أجانب الى الصياغة الدقيقة للعقود وتضمينها وسائل أخرى لحل المنازعات التجارية كالحل الودي عن طريق المفاوضات أو الوساطة أو التوفيق قبل اللجوء الى التحكيم ، وإذا

(١) منشور بالوقائع العراقية بالعدد ٤١٤٧ في ٢٠١٠/٣/٩  
(٢) تنص المادة ٧١ من الاتفاقية على ( يجوز لأية دولة متعاقدة أن تنهي الاتفاقية عن طريق اشعار مكتوب يوجه الى جهة الايداع في هذه الاتفاقية ويصبح اشعار الانهاء مؤثراً بعد ستة أشهر من استلام هذا الاشعار ) . وتعني عبارة (جهة الايداع) البنك الدولي حسب نص المادة ٧٣ من هذه الاتفاقية.

- انحصر طريق حل النزاع عن طريق التحكيم فإننا ننصح عدم اختيار مركز الاكسيد ويستعاض عنه بغرفة تجارة باريس ICC<sup>(١)</sup> أو غيرها .
- ٣- يوصي الباحث بالسعي الحثيث الى الانضمام الى اتفاقية تنفيذ الاحكام الأجنبية أو ما تسمى باتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ وكذلك إعادة النظر بالتشريعات الداخلية المتعلقة بتنفيذ الاحكام الأجنبية .
- ٤- يوصي الباحث بإنشاء مراكز دولية للتحكيم التجاري في العراق تستمد قوتها القانونية من تشريع خاص لهذا الغرض ، لإسباغ الشرعية على المركز العراقي للتحكيم الدولي في النجف الأشرف الذي تم تأسيسه كمنظمة غير حكومية استناداً الى قانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ وغيره من المراكز في حالة تأسيسها .
- ٥- يوصي الباحث الهيئة الوطنية للاستثمار بصياغة نموذجية لشرط التحكيم أو مشاركة التحكيم كدليل استرشادي لهيئات الاستثمار في المحافظات يتم تضمينه في عقود الاستثمار التي تبرم مع المستثمرين وعدم الاكتفاء بالنص بصورة عامة على عبارة ( يجوز الاتفاق على حل النزاع عن طريق التحكيم المحلي أو الدولي ) .

---

(١) الاختصار لعبارة International Chamber of Commerce