جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة القادسية
كلية القانون

سلطة المحكم في تعديلِ العقد الدُوَلِي في ظـل الظروف المـاسة بالأمن الوطني للدولةِ المضيفة

(دراسة تحليلية)

رسالة مقدمة الى
مجلس كلية القانون - جامعة القادسية
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير
في القانون الخاص

من قبل الطالب
محمد زغير عباس الغانمي
بإشراف
أ .م. د. سنان عبد الحمزة تايه البديري

١٤٤٢هـ ٢٠٢١ م

بِسْمِ اللَّـهِ الرَّحْمَـٰنِ الرَّحِيمِ

{ بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ وَلَكُمُ الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ (١٨) }

صدق الله العلي العظيم

سورة الانبياء رقم الآية ١٨

الإهداء

الحمد الله القديم الأول الازلي، الذي لا يتحول، فلا تغيره الدهور والأعصار، ولا ينفيه حدثان الليل والنهار، هو الذي انشأ الوجود من العدم، وقدر قبل أن يكون اللوح والقلم، وخلق آدم، واصطفى محمداً (صلى الله عليه واله وسلم) سيد الانبياء والمرسلين. إلى من أنقذ العباد من الجهل والكفر، وخُتمَ به انبياء الله نبي الرحمة سيدنا وحبيب قلوبنا محمد {صل الله عليه واله وسلم}

إلى سيدتنا ومولاتنا فاطمة أم الأوصياء (سلام الله عليها)، وعلى زوجها سيد البطحاء، وأولأًدها المنتجبين الصلاة والسلام .

إلى حفيد السلالة المحمدية، ومنقذ الامة من الظلم والجور، إلى سيدنا ومولانا الامام الحجة المنتظر اروحنا لتراب مقدمهِ الفدى (عج).

إلى من جعل الله طاعتهم من طاعتهِ **أبي وأمي حفظهم الله**

إلى كل من وقف بجانبي اثناء مسيرتي **زوجتي وأخوتي**

إلى مَن وهم الامتداد من بعدي **اطفالي الاعزاء**

إلى كل من ذكرني بدعائه وساعدني في كلامه **اصدقائي**

إلى من لولاها لم تكتمل هذه الرسالة، إلى من كانت الواعظة لي على طول مرحلة الكتابة الأستاذة الدكتورة { **سنان عبد الحمزة** } أهدي ثمرة هذا العمل

شكر وثناء

الحمد لله اقصى مبلغ الحمد وله الشكر من قبل ومن بعد على ما فضله وأنعم وأجاد به علي في طريق المعرفة واساله المزيد من فضله واحسانه.

لا يسعني في نهاية مشوار البحث إلا أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير للأستاذة الدكتورة **سنان عبد الحمزة تاية** التي كانت لي نعم المعين بعد الله (عز وجل)، فكان لها الفضل في إخراج هذه الرسالة بصورتها هذه، فجزاها الله عني خير جزاء المحسنين وجعل هذا العمل في ميزان حسناتها.

وأتوجه بالشكر والامتنان إلى عمادة كلية القانون متمثلة بالأستاذ الدكتور المثابر دائماً نظام جبار طالب أستاذ القانون الدولي الخاص .

وأتوجه بالشكر الامتنان إلى من يحملون نبراس العلم والمعرفة، أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مراجعة رسالتي، ومنحي المعلومات التي ترقى بها .

وأتقدم الشكر والامتنان إلى أساتذتي في المرحلة التحضيرية، لما قدموه من جهدٍ ولم يدخروا نصيحة إلا وقدموها: أ. د. عبد المهدي كاظم ناصر، أ.م. مالك جابر حميدي، وأ. د. عقيل سرحان، وأ. اسعد فاضل منديل، و أ. د. محمد كاظم محمد، و أ .د. احمد حمد الله ولا أنسى الأستاذ الدكتور المرحوم **نبراس ظاهر جبر** لروحهِ الرحمة والغفران .

وأتقدم بالشكر إلى من قدم لي المعونة والتحفيز في إكمال هذه الرسالة:أ.م. وليد حسن حميد، وأ.م. حسين عبيد شعواط ، و أ.م.د صالح مهدي كحيط، أ.د.هاتف أبريهي، م. م. باسل علي عباس، م. م. حيدر جودة وفقهم الله وحفظهم من كل مكروه، وأتقدم بالشكر إلى القائمين على مكتبة كلية القانون جامعة القادسية، والمكتبة المركزية، والمكتبة العامة، ومكتبة السيد الحكيم، ومكتبة جامعة الكوفة المركزية، ومكتبة كلية القانون جامعة الكوفة، والمكتبة العلوية، ومكتبة كلية القانون جامعة كربلاء، ومكتبة كلية القانون جامعة بغداد، ومكتبة العتبتين المقدستين الحسينية والعباسية، لما كان لهم الصدر الرحب في تزويدي بمصادر خدمت هذه الرسالة.

الباحث

الملخص

تعد العقود الدَّولِّية –ولاسيما في مجال الاستثمار– العنصر الرئيس الذي ترتكز عليه الخطط الاقتصادية في معظم الدول وخصوصاً دول العالم الثالث، بوصفها دولاً نامية تسعى من خلال الاستثمارات المبرمة على أرضها إلى النهوض بواقعها الاقتصادي ، ومتى ما أحسنَ توجيه هذه العقود فإنَ ذلك سيؤدي إلى تحقيق التطور الاقتصادي الذي تسعى إليه هذه البلدان، ولما كانت أبرز سمات هذه العقود هي طول مدة تنفيذها، فإن ذلك يجعلها عرضه لتغير الظروف، وأمام هذه المعطيات تلجأ الأَطراف المتعاقدة (الدول المضيفة والمستثمرين)إلى خلق بيئة قانونية مستقرة كضمانة لجذب الاستثمار، وتعد مهددات الأمن الوطني للدولة المضيفة واحدة من الظروف التي من شانها إعاقة تنفيذ العقود الدولية، فعلى الرغم من الاحتياطات التي تتخذها الأَطراف المتعاقدة لتجنب المنازعات، نجد أن حقوق وتوقعات المستثمرين الاجانب تعاني في العديد من الدول من عقبات غير متوقعه، وأمام تطور وتجدد هذا المفهوم فإن مهددات الأمن الوطني كانت ولا تزال الاستثناء الاكثر حساسية التي تواجه الدول المضيفة عند تنفيذها للعقود، الأمر الذي يدفعها إلى تضمين تلك العقود باستثناء الأمن الوطني احيانا والذي يوفر لها الغطاء الشرعي لاتخاذ تلك الاجراءات.

والغرض الذي تسعى هذه الدراسة إلى تحقيقه هو إيجاد نوع من التوازن بين منح الدولة المضيفة الحق في الحفاظ على أمنها الوطني عند وجود مبرر لذلك، وبين الحفاظ على بيئة جاذبة للاستثمار، ولا يتحقق ذلك إلا بالمحافظة على حقوق المستثمرين وديمومة الروابط العقدية بتعديلها عند تأثرها بالظرف الماس بالأمن الوطني، فتظهر جدواها عندما يكون هناك نزاع قائم بين الاطراف .

وتطرح هذه الدراسة اشكالية رئيسية ومهمة حول مدى سلطة المحكم في التدخل لتعديل العقد الدولي المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني في حال وجد الاتفاق على الاستثناء أم لا.

والحل الامثل الذي تحاول هذه الدراسة تسليط الضوء عليه، هو إيجاد أساس قانوني لسلطة المحكم في التعديل، ليكون للمحكم دوراً إيجابياً يمكنه من أعادة النظر بالالتزامات الناشئة عن العقد الدولي لإنقاذ تلك الرابطة من خطر الانهاء.

المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
١-	**فهرست المحتوى**	I-III
٢-	**المقـــــــدمـــــــــــــــة**	١-٨
٣-	**الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للأمن الوطني**	٩-٥٤
٤-	المبحث الاول :مفهوم الأمن الوطني	١٢-٣٣
٥-	المطلب الاول :الاتجاه التقليدي في تحديد ماهية الأمن الوطني	١٣-٢١
٦-	الفرع الاول: الاتجاه الضيق للأمن الوطني	١٤-١٦
٧-	الفرع الثاني: صور الأمن الوطني تبعاً للاتجاه الضيق	١٦-٢١
٨-	المطلب الثاني: الاتجاه المعاصر في تحديد ماهية الأمن الوطني	٢١-٣٣
٩-	الفرع الاول : الاتجاه الواسع للأمن الوطني	٢٢-٢٥
١٠-	الفرع الثاني: صور الأمن الوطني وفقاً للاتجاه الواسع	٢٥-٣٣
١١-	المبحث الثاني: مبررات ونطاق الأمن الوطني كمسوغ للتعديل في العقود الدولية	٣٤-٥٤
١٢-	المطلب الاول : مبررات الأمن الوطني كظرف يوجب التعديل عما يشتبه به من اوضاع	٣٤-٤٦
١٣-	الفرع الاول :تمييز الأمن الوطني عن الظروف المتعلقة بالسبب الأجنبي	٣٥-٤١
١٤-	الفرع الثاني :تمييز الأمن الوطني عن وسائل حماية القيم العليا	٤٢-٤٦
١٥-	المطلب الثاني: نطاق الأمن الوطني كاستثناء في العقود الدولية	٤٦-٥٤
١٦-	الفرع الاول : الاستثناءات الواسعة للأمن الوطني	٤٧-٥٠
١٧-	الفرع الثاني :الاستثناءات الضيقة للأمن الوطني	٤٧-٥٤
١٨-	**الفصل الثاني: البنية القانونية لسلطة المحكم في تعديل العقد الدولي نتيجة للظروف الماسة بالأمن الوطني**	٥٥-١٠٢

١٩-	المبحث الاول : مضمون سلطة المحكم في تعديل العقد الدُوَلِي	٥٨-٧٩
٢٠-	المطلب الاول : اساس سلطة المحكم في تعديل العقد المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني	٥٨-٦٥
٢١-	الفرع الاول : الاساس الاتفاقي لسلطة المحكم في تعديل العقد المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني	٥٩-٦٢
٢٢-	الفرع الثاني : الاساس التنظيمي لسلطة المحكم المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني	٦٢-٦٥
٢٣-	المطلب الثاني :اثر الطبيعة القانونية على تحديد سلطة المحكم في تعديل العقد	٦٦-٧٩
٢٤-	الفرع الاول : النظريات القائلة بأحادية طبيعة التحكيم	٦٧-٧٣
٢٥-	الفرع الثاني: النظريات القائلة بالطبيعة الخاصة للتحكيم	٧٤-٧٩
٢٦-	المبحث الثاني : حدود سلطة المحكم في تعديل العقد المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني	٨٠-١٠٢
٢٧-	المطلب الاول: حدود سلطة المحكم في المسائل التمهيدية للتعديل	٨١-٩٢
٢٨-	الفرع الاول : حدود سلطة المحكم في حال مخالفة الأَطراف للنظام العام	٨٢-٨٤
٢٩-	الفرع الثاني: حدود سلطة المحكم في التفسير	٨٥-٩٢
٣٠-	المطلب الثاني : حدود سلطة المحكم في اعمال استثناء الأمن الوطني	٩٢-١٠٢
٣١-	الفرع الاول: حدود سلطة المحكم في حال الاتفاق على استثناء الأمن الوطني	٩٢-٩٦
٣٢-	الفرع الثاني :حدود سلطة المحكم في حال عدم اتفاق الأَطراف على استثناء الأمن الوطني	٩٦-١٠٢
٣٣-	**الفصل الثالث: إعمال سلطة المحكم في تعديل العقد الدولي**	١٠٣-١٤٨
٣٤-	المبحث الاول: اسس المحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد	١٠٧-١٢٨
٣٥-	المطلب الاول: مبادئ العدالة والانصاف	١٠٨-١١٧

٣٦-	الفرع الاول : مضمون فكرة العدالة في التحكيم التجاري الدولي	١٠٩-١١٢
٣٧-	الفرع الثاني : تطبيقات فكرة العدالة	١١٣-١١٧
٣٨-	المطلب الثاني : السوابق التحكيمية	١١٨-١٢٨
٣٩-	الفرع الاول: اثر السوابق التحكيمية على العقود الدولية	١١٩-١٢٢
٤٠-	الفرع الثاني : تطبيقات السوابق التحكيمية	١٢٣-١٢٨
٤١-	المبحث الثاني : سلطة المحكم بالقانون في تعديل العقد	١٢٩-١٤٨
٤٢-	المطلب الاول : اليات المحكم بالقانون في انقاذ العقود الدولية	١٣٠-١٣٩
٤٣-	الفرع الاول : اعادة التفاوض	١٣١-١٣٥
٤٤-	الفرع الثاني: تدخل المحكم بالتعديل لإنقاذ العقد الدولي	١٣٦-١٣٩
٤٥-	المطلب الثاني: سلطة المحكم في تقدير التعويض	١٤٠-١٤٨
٤٦-	الفرع الاول :التعويض جزاء لجبر الضرر	١٤١-١٤٤
٤٧-	الفرع الثاني: اثر سلوك الأَطراف في تحديد التعويض	١٤٥-١٤٨
٤٨-	**الخاتمة**	١٤٩-١٥٣
٤٩-	**قائمة المصادر**	١٥٤-١٧٩

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

أولاً :مدخل تعريفي للموضوع

أحتلت العقود الدَّولِّية مكانة مرموقة في عصرنا اليوم، فالدول تسعى إلى تحقيق الرفاه والحياة الكريمة لأفراد شعبها، وأمام أزدياد حاجات الافراد وعدم مقدرة الدولة على تحقيقها فإنها تلجأ إلى منح جزء من تلك المهام إلى الاستثمار، وذلك لتحقيق غرضين مهمين: الاول يكون في إدخال أساليب التطور والتكنلوجيا في تلك المجالات، أما الغرض الاخر فيكون في مساعدتها بتحقيق الرفاهية لشعبها وتحويل فائض الدخل القومي إلى مشاريع اخرى.

وما أن أزداد التعامل الدُوَلي في هذا المجال، ليظهر إلى الواقع العملي تحديات الكثيرة، التي تقف حائلاً في وجه تنفيذ تلك العقود، التي يستمر تنفيذها مدة زمنية ليست بالقصيرة، وتحاول الأَطراف المتعاقدة – الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي – تجاوز بعضها، واخذوا يضعون ضمن أولوياتهم عند التعاقد، تعرض العقد في أثناء مدة تنفيذه إلى أزمات ترهق أحد أطرافه بأقل تقدير، وهو ما برز لنا نظرية الظروف الطارئة ، والقوى القاهرة في مجال العقود الدَوليَة ، وأصبح الأَطراف يبحثون عن حلول إتفاقية للخروج منها، لكن في الآونة الأخيرة، أصبح هناك طارئ جديد، يصطبغ بصبغة مشروعه، يتيح للدولة المضيفة التحلل من التزاماتها العقدية، من دون أن تترتب عليها مسؤولية إلا وهو ألأمن الوطني للدول المضيفة، وأصبح له تأثير كبير في تقييد العقود الدَّولِّية ، وربما خلق إحساساً لدى المستثمرين الاجانب في العزوف عن تلك العقود لما تسببه إجراءات الدولة المضيفة، في سبيل المحافظة عليه من تلكؤ في تنفيذ العقد، تصل إلى درجة إِنهاءه، الأمر الذي يضع أمام هذه الأَطراف تحدي وعقبه مهمة، في مدى امكانية هذا الظرف الماس بالأمن الوطني أن ينهي ما سعت إليه الدول في عقود مضت، في خلق نظام تجاري عالمي تشترك به الدول جميعها، أي يمكن أن تكون الظروف الماسة بالأمن الوطني هي من تقضي على الاستثمار الدَوُلِي.

إن الحفاظ على الأمن الوطني هي المهمة الأسمى للدولة، وقد يطرأ ظرف ينتهك ذلك الأمن، فقد تمر الدولة المضيفة بتهديد يؤثر تأثيراً مباشراً على الأمن الوطني، مما يدفع الدولة

إلى إتخاذ أجراء للحفاظ عليه، وان كانت في الخيار بين مهمتها في حماية أمنها الوطني، والمحافظة على المشاريع الاستثمارية، وتكون الوسائل التي تتخذها الدولة لا تتوافق مع ما يطمح إليه المستثمر الأجنبي، في الاستثمار لانه يفقدها عنصر الامان في هذه التعاقدات، فازدياد تخوف المستثمرين من أجراءات الأمن الوطني، يسبب عزوفهم عن الاستثمار، ويهدم ما سعت إليه الدول من تكوين نظام عالمي مختص في مجال الاستثمار الدَوُلِي، كذلك وأن مفهوم الأمن الوطني مفهوم واسع يدعو إلى التفسير والتأويل، وعدم أتفاق الدول على معنى واضح للأمن الوطني، يخلق العديد من المنازعات الاستثمارية، التي تؤدي إلى فسخ أو إنهاء العقود الدَوُلَية، وهذا ما يضعنا أمام البحث عن نظام قانوني عادل يكبح جماح طرفي العقد، ويحافظ على البناء الاساسِ للعقد، وهو ما يسعى إليه الأَطراف للمحافظة على ذلك العقد من أي تهديد.

للتحكيم الدولي أثراً في إيجاد الحل لمواجهة تلك الظروف، خاصة وأن للعقد الدَوُلِي من القيمة، ما يجعل تهديده بالإنهاء ينذر بالخسارة، لذلك فإن أغلب العقود الدَوليَة تتضمن شرط التحكيم، وهو شرط متفق عليه في العقود الدولية، ويعدّ أحد الوسائل الدَّولَّية لتسوية المنازعات، أذ يقوم الشخص المناط به التحكيم –المحكم– بعمل مهم في حل المنازعات، وتعديل العقود الدولية–مجال بحثنا– أذ يجمع بين المحافظة على الزامية العقد الدَولِي وأحترام أرادة المتعاقدين، فضلاً عن حرصهِ على تحقيق الغاية من التحكيم، مستعيناً بأقرب الحلول القانونية وصولاً إلى تحقيق العدالة، وبما يضمن الحفاظ على التوازن العقدي قدر المستطاع، في ضوء متطلبات التجارة الدولية، أن منح السلطة للمحكم في تعديل العقد، لا تعد خروجاً عن مبدأ احترام العقد شريعة المتعاقدين، إنما هي استثناء على ذلك المبدأ تمليه ضرورة الاعتراف بوجود صلة بين ما يعّد ظرفاً ماساً بالأمن الوطني، وبين الحالة التي كانت موجودة وقت التقاء إرادتي المتعاقدين، أذ أن بقاء العقد واستمراره، منوط باستمرار الحالة الواقعية بوقت نشوء الحق، الأمر الذي تفرضهُ مقتضيات العدالة، للحد من المفهوم المتشدد لمبدأ سلطان الارادة، والتوسع في فهم وتطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، على نحو مرن يخدم ويعزز مجال الاستثمار الدَوُلِي، ويخلق وحدة موضوعية بين مبادئ العقد وأحكامه جميعها، من دون أن يحول ذلك بتعطيل الصفقات وانجازها، بسبب التمسك الصارم بجوانب تعاقدية، وإهمال جوهر العقد ذاته وأهميته الاقتصادية والنفعية للأطراف.

ثانياً : جوهر الدراسة

أصبحت مسألة تعديل المحكمين للعقد الدُوَلِي، من المسائل التي تحتل وزناً كبيراً في العلاقات الدَّولِّية لأن هذه العقود – تتضمن شرط التحكيم–غالباً ماتكون عقود طويلة الآمد، مما يجعلها عرضة لتغيرات مختلفة منها، ما يكون تكنلوجياً، أو سياسياً، أو اقتصادياً، ومتى ما كانت هذه التغيرات ماسة بالأمن الوطني للدولة المضيفة؛ فأنها تنصرف أو تتعصب إلى أمنها الوطني، على حساب تنفيذ التزاماتها العقدية، الأمر الذي يلزم إعادة التوازن بواسطة أصدار أحكام لها أهميتها الكبيرة خاصةً إذا كان الاجراء–الذي تقوم به الدولة المضيفة –مثلا هو نزع ملكية المشروع للحفاظ على أمنها الوطني.

يترك الظرف الماس بالأمن الوطني للبلد المضيف أثره على الالتزامات الناشئة، من العقود الدَولِية المبرمة في ذلك البلد، الأمر الذي يجعل تنفيذها على النحو المتفق عليه غير ممكن، مما يتسبب بتعريض العقد لخطر الأنهاء مالم تُعدل تلك الالتزامات، ومتى ما عرض النزاع الناشئ بين اطراف العقد بهذا الخصوص على هيئة التحكيم، يبدأ عمل المحكم في حل تلك النزاعات بما يتلأم مع رغبة الأَطراف، وغالباً ما يكون عمل المحكم بهذا الصدد أيجابياً بإجراء التعديل لما في ذلك من أهمية في إنقاذ العقد الدُوَلِي والمحافظة على قيمته الاقتصادية، وتختلف سلطة المحكم في أجراء هذا التعديل تبعاً لاعتبارات عدة، أبرزها وجود شرط الأمن الوطني ضمن بنود العقد إلا أن عدم وجود ذلك البند لا يسلب المحكم سلطة التدخل بالتعديل.

ثالثاً :أهمية البحث

إن أهمية الدراسة نابعة من الخصوصية التي يتمتع بها الأمن الوطني، وطبيعة الأجراء المتخذ للحفاظ عليه، وتأثيره على العقد الدُوَلِي، وما لهذا الاخير من أثر في إعادة البنية التحتية، لا سيما في الدول النامية، لعدم قدرتها على تحقيق هذا الغرض من دون اللجوء إلى المستثمر الأجنبي، إذ الأخير يمتلك الاموال والآليات التي تساعده على القيام بالتزامه، إلأ أن تحقيق هذا الغرض لا يكون على حساب أمنها الوطني، كذلك هي دراسة مهمة بالنسبة إلى المستثمر نفسه، إذ توفر له السبل التي تحميه، من الاجراءات التعسفية للدول المضيفة، المتخذة تحت ذريعة حماية أمنها الوطني، لما لذلك من أثر في المحافظة على أستقرار التعاملات الدَّولِّية ، ومن هنا يتضح اهمية هذه الدراسة من الناحية النظرية والموضوعية وكالاتي :–

١- الناحية النظرية

تكمن الناحية النظرية للدراسة بعدها محاولة لتأصيل نظام قانوني، يسلط الضوء على ما للمحكم من القدرة على المحافظة على الاتفاقات العقدية، من الظروف التي قد يمر بها العقد في نشأته وتنفيذه، خصوصاً إذا كانت هذه الظروف تمس بالأمن الوطني للدولة المضيفة وأعطاء الأخيرة قدر من الحرية في ممارستها لحقها التنظيمي، إذ ركزت معظم الدراسات على الظروف الطارئة، والقوة القاهرة، إلا أنها لم تضع الحلول في حالة الاجراءات التي تتخذ للحفاظ على الأمن الوطني، فضلاً عن ذلك، تهدف هذه الدراسة البحث عن مصدر سلطات المحكم، ومدى حدودها، وهل هي سلطات واسعة أو مقيدة، وهذه الدراسة تساعد الدارسين والباحثين في مجال القانون الدَوُلِي الخاص للتوسع بما يعطيه مصطلح الأمن الوطني من خصوصية للدولة المضيفة، والاستجابة للتغيرات التي تطرأ عليها ولا يتعلق الأمر في العقود الدَّولِّية فحسب، وانما يتعلق في النشاطات كلها التي تمارسها الدولة، فربما تكون هذه الدراسة مدخلاً لدراسات أخرى تثري المكاتب والباحثين، بِعدها خطوة أولى لدراسات عدة في هذا الخصوص، كذلك يتمتع هذا المصطلح بخصوصية أصبحت مدار بحث ونقاش، وتسعى الدراسة إلى عرضه وبيانه بصورة تثري وتزيد من المصادر التي درسته على الرغم من قلتها.

٢-الناحية الموضوعية

إن الحديث عن سلطة المحكم في تعديل العقد الدُوَلِي، يلزمنا معالجة ضوابط وحدود تلك السلطة، على نحو يحقق الغاية المرجوة من التحكيم وبما يوفر الضمانات القانونية له، كذلك ضمان صحة حكم المحكمين من دون الخروج عن طبيعة ومهام التحكيم، وكما هو معروف من إختلاف النظم القانونية للأطراف المتعاقدة، وبين توقعاتهم المشروعة، فان هذا الأمر يشكل مشكلة أمام المحكم في تفسير أرادة الأَطراف عند حدوث النزاع، وخاصة فيما يتعلق بمدى توقعهم تغيير الظروف التي تمس بالأمن الوطني للدولة في اثناء مدة العقد، إذ يمكن للمحكم تفسير تلك الظروف في ضوء ظروف الدعوى من دون الحاجة لموافقة الأَطراف صراحةً بِعدها مسألة أولية واجبة الحسم تكون ضمن مهامه القضائية.

وهذه الدراسة لها أهمية كبيرة للسلطات التنفيذية-الحكومات-، فهي تمنح القائمين على صياغة العقود المعرفة الأولية على واقع النزاعات الناشئة، بسبب الأمن الوطني في محاولة

تجنب الاخطاء التي توجب المسؤولية، وتوفر إمكانية اعفائها منها أوفي اقل تقدير الحد من التعويضات التي تقدر بسعر السوق وقت إبرام العقد، وإعمال ما يطلق عليه بنظرية تعدد الاسباب، وتوفر هذه الدراسة الحل الامثل للنزاعات الناتجة عن إنتهاك العقد الدَوُلِي، بسبب ظرف مسَ الأمن الوطني، وتبرز هذه الدراسة إلية المحكم الدَوُلِي في تحقيق التوازن المفقود بين الأمن الوطني، وضرورة المحافظة عليه بإتخاذ التدابير اللازمة، وبين أن تكون الدولة بيئة صالحة للاستثمار الأجنبي وتوفر قدره عالية للقائم به بالتنبؤ.

رابعاً: بيان الدراسة

إن هذه الدراسة ترى بإنَ صلاحية المحكم في تعديل العقد الدَوُلِي يجب أن توضع على قدم المساواة –بأقل تقدير–مع سلطة القاضي، لكي لا يضيع حق الأَطراف في التعديل عند اللجوء إلى التحكيم، وإذا كانت سلطة القاضي في تعديل العقد، ليس لها مكانة راسخة في التعاملات الدَّولَّية ، فإن سلطة المحكم على العكس من ذلك، إذا يكون له التعرض للعقد الدَوُلِي في التعديل في حال إتجهت رغبة الأَطراف إلى ذلك، وبسلطة أوسع من سلطة القاضي الوطني تبعاً لخصوصية التحكيم، لذلك فان المحكم الدَوُلِي يمتلك سلطة تقديرية واسعة في إنقاذ العقد المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني، وتعديل شروطه سواء نص على ذلك الأَطراف بشكل صريحٍ أم ضمني، مادام التعديل يلبي احتياجات ونيات الأَطراف المتنازعة في استمرار الرابطة العقدية، وإذا لم يقم المحكم بذلك فلن يكون إجراء تسوية المنازعات حدث بصورة عادلة.

خامساً : سؤال البحث:

السؤال المركزي. وهو (هل يكون للمحكم الدَوُلِي سلطة تعديل العقد الدُوَلِي في ضوء الظروف الماسة بالأمن الوطني؟ وإلى أي مدى يستطيع المحكم التمتع بهذه السلطة، خصوصاً في حالة عدم النص عليه في العقد المبرم؟

ومن هذا التساؤل يمكن إثارة أسئلة فرعية وعلى النحو الآتي:

أ- ما مفهوم الأمن الوطني؟

ب- ما الاساس القانوني لسلطة المحكم، وما حدود هذه السلطة في التدخل بتعديل العقد؟ وما أثر تلك الحدود على خصوصية النزاع المتعلق بالأمن الوطني، وما هو أثره في المسائل التمهيدية السابقة لحسم النزاع؟

ت- هل لنوع التحكيم أثر في حل النزاع المتعلق بالأمن الوطني؟ وما صلاحيات المحكم في حدود سلطته لإنقاذ العقد الدُوَلِي المتأثر بالظرف الماس بالأمن، من خطر الانهاء هل تختلف أجراءات المحكم المتخذة في تعديل العقد بحسب نوع التحكيم؟ وما حدود سلطته في تقرير التعويض؟

سادساً: فرضية البحث:

ينماز النظام الدَوُلِي؛ بأنه نظام غير مستقر، أي ليس خاضعاً لنظام محدد يحكم تصرفات الدول، ولما كان الاستثمار مرتبطاً ارتباطاً وثيق بالدولة من حيث محل الاستثمار، وعلى الرغم من توقع المستثمرين العقبات التي يمر فيها العقد في اثناء حياته، إلا أن العقد قد يتعرض إلى مشاكل غير متوقعة تثير المنازعات بين المستثمرين والدولة المضيفة، وأن الظروف الاستثنائية الماسة بالأمن الوطني، تبيح للدولة أحياناً خرق العقد مراعاةً للمصلحة العامة، الأمر الذي يدفع المستثمر الى اللجوء إلى قضاء التحكيم، لاعتقاده ان قضاء الدولة المضيفة يثير الشك والريبة بعدم الانصاف.

تفترض هذه الدراسة أن المحكم يمتلك سلطة في تعديل العقد، وتحديد درجة المساس بالأمن الوطني بما يحقق أعادة التوازن إلى العقد الدَوُلِي، عندما نكون أمام إجراء للحفاظ على الأمن الوطني، والباحث يحتج هنا بأن المحكم يجد أساس هذه السلطة في طيات العقد، عند وجود شرط يبيح للمحكم أن يعدل بالعقد الدُوَلِي عند تعرض الدولة المضيفة إلى ظروف تمس بالأمن الوطني، أومن خلال اتفاق الأَطراف، وهذه السلطة ممكن أن تكون مطلقة أو مقيدة.

سابعاً: منهجية البحث:

من أجل إثبات فرضية البحث سنعتمد على منهج البحث التحليلي، كأسلوب لهذه الدراسة إذ تحليل النصوص القانونية في القوانين لها الصلة بالموضوع، فضلاً عن الاتفاقيات الدَّولَّية المتعلقة بالموضوع -سواء كانت ثنائية أم جماعية -، وتتضمن هذه الدراسة تحليل لمجموعة من قرارات التحكيم الدَّولَّية المتعلقة بحل المنازعات، الناتجة عن أعمال أستثناء الأمن الوطني وبالمسائل لها صلة بها.

ثامناً: نطاق الدراسة :

يتناول العقد الدَوُلِي الكثير من الأنواع، ولعل أهمها عقد الأمتياز؛ الذي هو العقد الاستثماري الذي تكون الدولة طرف فيه، والذي يَنماز بصِفاتٌ تَختلف عن العقود الدَّولِّية الحديثة، منها طول المدة وهي اكثر من العقود الحديثة، وشروطه تختلف عن شروط تلك العقود، ولأن دراستنا تَتعلق بالعقود الدَّولِّية التي تبرمها الدول المضيفة، لتحقيق غاية اجتماعية، تستهدف بها مواطنيها وتحتاج إلى حقب زمنية ليست قصيرة، وتظهر بها خصوصية الأمن الوطني واضحةً للعيان؛ لارتباطها بالمصالح الأساسية للدولة، والسبب الأكثر أهمية هو تعلق اجابة اسئلتنا فيه، لذا سنقتصر بالبحث في هذه الدراسة، على عقد الاستثمار الدولي قدر تعلق الأمر بالإجابة.

تاسعاً: هيكلية الدراسة:

فصلت هذه الدراسة للإحاطة بالموضوع والإجابة على السؤال الرئيس للدراسة والاسئلة الفرعية لها، إذ قسمت هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول تسبقهم مقدمة تتضمن المسائل الجوهرية للبحث، وتتأخر عنهم خاتمة تتضمن أستنتاج ومقترحات التي خلصت إليها الدراسة، إذ كشف الفصل الأول مفهوم الأمن الوطني، والتحديات التي تواجه صياغة هذا المفهوم بصورة واضحة، وذلك بمبحثين: المبحث الاول بحث في ماهية الأمن الوطني وتطورهُ فيما درسَ المبحث الثاني تمييز ونطاق الأمن الوطني كمسوغ لتعديل العقود الدولية .

أما الفصل الثاني خصص للكشف عن البنية القانونية لسلطة المحكم في تعديل العقد الدولي، وذلك في مبحثين أيضاً، يركز الأول لبحث أساس سلطة المحكم في تعديل العقد الدَوُلِي، وأثر تحديد الطبيعة القانونية على تلك السلطة انطلاقاً من بحث مضمون تلك السلطة، ويدفعنا سياق البحث في المبحث الثاني إلى رسم الحدود التي تحد المحكم في أعمال سلطته في تعديل العقد.

اما الفصل الثالث بحث إعمال سلطة المحكم، في تعديل العقد الدَوُلِي، في ظل الظروف الماسة بالأمن الوطني، واقتضت طبيعة البحث ان يقسم إلى مبحثين، درس المبحث الاول استعمال المحكم لاساسين هما مبادئ العدالة والسوابق التحكيمية بَعدهما أدوات المحكم بالصلح في تعديل العقد الدَوُلِي، أما المبحث الثاني درس الأليات المحكم بالقانون في انقاذ العقد الدَوُلِي.

الفصل الأول

الاطار المفاهيمي للأمن الوطني

الفصل الأول

الاطار المفاهيمي للأمن الوطني

تَعّد العقود الدَّولِّية عموماُ، المرتكز الرئيس لخطط التنمية الاقتصادية في معظم بلدان العالم، ولاسيما النامية منها، ولما كانت أبرز سمات هذه العقود هي طول مدة التنفيذ، فأن احتمالية حدوث أزمات من شأنها عرقلة التنفيذ هي أمر وارد والتي تنعكس من دون ادنى شك على توقعات وحقوق المستثمرين كذلك الدول المضيفة.

وما يزال طريق عقد الاستثمار الدولي تحيطه العقبات التي تهدد تغيير مساره أو الغأه نهائياً، وبعد أن إعتادَ المستثمر الأجنبي على الظروف الاستثنائية، من قوة قاهرة، وظرف طارئ، وبدء مستوى التوقع لأطراف العقد، وأخذ الاحتياطات لديهم تصل إلى أعلى مستوياتها، يظهر إلى الواقع العملي مصطلح الأمن الوطني، في سياق العقود الدولية، الذي نادت به الدول المضيفة، إذ تضطر الأخيرة أحياناً، لأتخاذ سلسلة من الإجراءات لحمايةٍ أمنها الوطني، وقد يؤثر ذلك على تنفيذ العقود المبرمة على إراضيها، على الرغم من أن الأمن الوطني كمصطلح ليس بحديث النشأة، فقد ظهر أول مرة مع ظهور الدولة القومية في أوربا، وذلك بعد المعاهدة الموقعة سنة (١٦٤٨) التي سميت معاهدة وستفاليا[١]، تلك المعاهدة التي تغير بموجبها النظام الدولي لتبدأ مرحلة جديدة من النهضة الصناعية في أوروبا، وان للظروف السياسية في تلك الحقبة السبب الرئيس في ظهوره، فيما أستعمل المصطلح بصورة رسمية في حقبة نهاية الحرب العالمية الثانية سنة ١٩٤٧ إذ أنُشاء مجلس الأمن الوطني الأمريكي ومهمته الحفاظ على الدولة الأمريكية من الاحداث التي تمس كيانها وتهدد أمنها.[٢]

---

[١] – عقدت الدول الاوربية بعد حرب دامت ٣٠ سنة معاهدة وستفاليا التي انهت تلك الحروب، وانشأت بداية جديدة للعلاقات الدولية، وتعد الخطوة الاولى لنشوء القانون الدولي التقليدي لإقرارها المبادئ الحاكمة بين الدول، وكان لها الفضل في استقرار النسبي للدول الاوربية، وان من بين تلك المبادئ مبدأ الولاء القومي التركيز على مبدأ سيادة الدولة واعطاء الحق للدولة في شن الحرب يعدها مظهر من مظاهر السيادة .عدي محسن غافل، صلح وستفاليا واثره في انهاء الصراع الديني في اوربا عام ١٦٤٨، بحث منشور في مجلة اهل البيت عليهم السلام ،العدد ١٨، ص ١١٢، بالرابط https://abu.edu.iq تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/١٨ الساعة ٨:٠٠م.

[٢] – هايل عبد المولى طشطوش، الامن الوطني وعناصر قوة الدولة في ظل النظام العالمي الجديد، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٢، ص١٨–١٩.

يرتبط الأمن الوطني بمخاوف الدول من التهديدات التي تمس أستقرارها، وحظيت التجارة الدَّولِّية والاستثمار الأجنبي بجانب من تلك المخاوف، إذ أن فرض الدولة المضيفة القيود الجمركية على الصادرات والواردات، فضلاً عن تقييد حرية الملاحة الجوية، والبحرية، وحظر المعاملات المالية، وتجميدها، كل ذلك من شانه أن يؤثر سلبا على التجارة الدولية[١]، كذلك إرادة الأَطراف أثراً في إحلال شرط الأمن الوطني ضمن العقود الدولية، لكن عدم وجود تعريف محدد له جعل من هذه الشروط سبب للنزاع، لانها تترك سلطة تقديرية للمتعاقدين في تحديد مجال أعماله، وعدم وجود شفافية للدول المضيفة في التعاملات الدَّولِّية أحياناً، قد يتسبب أيضاً، في عدم تحقق اليقين القانوني لدى المستثمر الأجنبي.[٢]

يهدف أستثناء الأمن الوطني إلى ضمان جزء من السلطة التقديرية للدولة المضيفة في مسائل أمنها الوطني، ويجب تحديد معنى واضح للآمن الوطني ليخرجه من الشك والتفسيرات المتعددة، لما لهذا الاستثناء من أثر في مجال العقود الدولية، فقد تعتمده الدول لتبرير سياستها التقييدية، أذ تحرص الدولة المتعاقدة على وجود غطاء شرعي، لاعتماد تدابير مهمتها حماية الأمن الوطني ومن الطبيعي أن يترك ذلك أثره على التزاماتها العقدية[٣]، فمسألة الأمن الوطني من المسائل الغامضة، وهو من المواضيع المتجددة والمتطورة مع تطور المجتمعات، فقد تسعى الدول المضيفة إلى تبني التفسير الاوسع للآمن الوطني ليشمل المزيد من المهددات، التي تجعل من عدم تنفيذها التزاماتها مشروعة، في حين يفضل المستثمر الأجنبي بالمقابل إتباع النهج

---

(1)–Keun Sun and Taek Dong Yu 1, Does international trade help in strengthening national security?p 6

بحث منشور بالرابط: https://faculty.washington.edu تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٥/٢٥.الساعة ٩:٠٠ص

(٢) –جيلا بازارباشيوغلو، انتعاش تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر امر بالغ الاهمية للتعافي الاقتصادي في الاقتصادات النامية، مقال منشور في ٢٠٢٠/١٢/٦على مدونات البنك الدولي بالرابط: https://blogs.worldbank.org . تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/١٧ الساعة ٩:٠٠م.

(3) – Mantilla Blanco and Sebastian at Hill Alexander, the national security exception to international trade and investment agreements.(First edition, eighth, 2020, Softcover), p 63.

الضيق للآمن الوطني، حتى لا يشعر بأن الدولة المضيفة تسعى إلى الحمائية[1]بواسطة هذا المبرر، ويبقى السؤال المهم ما مفهوم الأمن الوطني؟ وللإجابة على هذا السؤال سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين، سيكشف في المبحث الأول عن مفهوم الأمن الوطني باستعراض المراحل التي مر بها، أما في المبحث الثاني فسيخصص تمييز ونطاق الأمن الوطني في العقود الدولية.

المبحث الأول

مفهوم الأمن الوطني

يَعد مفهوم الأمن الوطني أحدى المفاهيم المتغيرة والمتطورة، فليس له تعريف شامل وثابت، فهو يتغير بتغير مصادر التهديد وسبل معالجتها، وهذا ما جعل من صعوبة حصول أجماع حول المقصود به، فبعدَ أن كان يقتصر على حماية الدولة من التهديدات العسكرية والارهاب والتجسس أصبح له مُخرجات أخرى، كالأمن الاقتصادي والغذائي، وإلانساني والصحي، لذلك عُدَّ مفهوم الأمن من المفاهيم المتجددة.[٢]

وأن جُلَ ما هو متفقٌ عليه في تعريف الأمن الوطني؛ بأنه سلامة الدولة وشعبها ومؤسستها وكل ما تعنيه الدولة بحمايتها سواء كان تهديد عسكري أم غيره، فأن الحماية لا تقتصر على نوع التهديد، كذلك أن سلامة الامة وشعبها هو غاية حكم الدولة، لذلك فقد يتبادر إلى الذهن هل أن تهديد صحة الانسان أو البيئة التي يعيش فيها تدخل ضمن هذه الحماية، والأمر كذلك فيما يتعلق بالتهديد الذي يتعرض له النظام السياسي والاقتصادي للدولة، فضلاً عن ذلك البنية التحتية وأعراف وتقاليد الدولة، وهذه المجموعة من الأمثلة تضعنا أمام فكرة أن هناك مجموعة متنوعة من التهديدات التي تهدد الأمن الوطني، فمن الغزو العسكري، والتجسس،

---

(1)–UNITED NATIONS, the Protection of National Security in IIAs, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development New York and Geneva, 2009),p38.

٢– كوثر عبدالله الجوعان، مفهوم الامن الوطني الشامل وابعاده في مختلف شؤون الحياة، بحث منشور في مؤتمر عقدته حركة التوافق الوطني الاسلامي بتاريخ٢٠٠٧/٤/٢، الكويت ص٧.بالرابط https://www.nationalkuwait.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٠/٢٠ الساعة ١٠:٢٥ص.

ومخاطر الارهاب إلى إنتشار الأمراض، والأوبئة والأزمات الاقتصادية ومحاولة السيطرة على الصناعات الوطنية.[١]

إن ما ذكر سابقاً يضعنا أمام مرحلتين مر بهما تحديد مفهوم الأمن الوطني، يمكن أن نطلق عليهما الاتجاه التقليدي في تحديد مفهوم الأمن الوطني والاتجاه الحديث وهوما سندرسه في مطلبين منفصلين.

المطلب الاول

الاتجاه التقليدي في تحديد ماهية الأمن الوطني

وفقاً للاتجاه التقليدي الذي كان سائداً أبان الحروب الأولى، التي شهدها العالم تحدد ماهية الامن الوطني من منطلق ضيق وزاوية محددة، ويُسلط الضوء على قضايا لها طابع عسكري يعدها المرجع الرئيس في التحليل الأمني، الأمر الذي يجعل مهددات الأمن وفقاً لهذه المنظور محددة ومذكورة في الغالب على سبيل الحصر، وهذا ما سندرسه في هذا المطلب من خلال بحث الاتجاه الضيق للأمن الوطني في الفرع الاول، من ثم بيان صور الأمن الوطني تبعاً للاتجاه الضيق في الفرع الثاني وذلك على النحو الآتي:

---

(1) – UNITED NATIONS, supra note2,p8.

الفرع الاول

الاتجاه الضيق للأمن الوطني

يُعرف الأمن الوطني وفقاً لهذا الاتجاه بأنه، قدرة الدولة في التغلب على الهجمات العسكرية، فسياسة الدولة تقوم على النظرة العسكرية، فهي تستعمل القوة الفعلية التي شكلتها من ترساناتها العسكرية لتدفع عنها خطر الغزو الأجنبي.[١]

فالأمن الوطني وفق هذا الاتجاه ضيق ومنحصر بفكرة إستعمال الدولة القوات المسلحة بغية منع أو رد التهديد الخارجي المحتمل من دولة أو تحالف دَوُلِي معين، وهذا ما جعل أصحاب هذا الاتجاه يفكرون بالجانب العسكري كمرتكز رئيس يقوم عليه أمن الدولة، وهو ايضاً العامل الرئيس في تشكيل القوة، فالدولة وفقَ هذا المنظور، يجب أن تضع كل مقدراتها في مواجهة التهديدات العسكرية، لكي تحافظ على إمنها الوطني، فتصبح الدولة وفقاً لهذا التصور قنبلة موقوته تنفجر في أي وقت، مما يصعب معها تحقق السلم والأمن الدوليين، وذلك بسبب اعتقادها أن عدم المواجهة يعرض أمنها الوطني إلى الانهيار.[٢]

وهناك تعاريف عدة تُصنف ضمنَ هذا الاتجاه لتحديد الأمن الوطني منها: أنه الإجراءات التي تعمل بها الدولة للحفاظ على سلامتها من الاخطار الداخلية والخارجية التي تنتج عنها الرضوخ إلى السيطرة الأجنبية بسبب ضغط خارجي أو إنهيار داخلي، ويهدف إستقرار الأمن إلى

---

[١] – سالم محمد عبود، سعد عبد الستار، الامن الوطني بين البطالة التنمية: دراسة مستقبلية في الواقع العراقي، بلا طبعة ، دار الدكتور للعلوم، بغداد،٢٠١٣، ص٨٠.د.عصام السعدي، دور المحافظات في تعزيز وحماية الامن الوطني، بحث منشور في مؤتمر مركز النهرين للدراسات الامنية والعسكرية في ٢٠١٦/١١/٣٠، نشر بالعدد التاسع كراس النهرين الطبعة الاولى بغداد،٢٠١٧،ص٥٢.د. فاتن محمد رزاق، علاء جبار احمد، ضعف الهوية الوطنية وتأثيرها على الامن الوطني العراقي، بحث منشور في المجلة الدَّولِّية السياسية، العدد٢٦-٢٧، جامعة المستنصرية، ٢٠١٥، ص٦.

[٢]– لتفصيل اكثر د. ميلود عامر حاج، الامن القومي العربي وتحدياته المستقبلية، الطبعة الاولى، دار جامعة نايف للنشر، الرياض، ٢٠١٦، ص١٩-٣٥.

تحقيق الاهداف الاستراتيجية للدولة من دون أهمال المتغيرات الدَوُلِية المحيطة بها[١]، ويظهر في التعريف ألسابق سمو الطابع العسكري واستعمال القوة كوسيلة للحفاظ على الأمن الوطني.

وفي تعريف آخر للأمن الوطني عرف على أنه: حماية القيم التي سبق اكتسابها وهو يزيد وينقص حسب قدرة الدولة على ردع الهجوم أو التغلب عليه[٢]، ولا يختلف هذا التعريف عن سابقه من حيث الطابع العسكري كوسيلة لحماية الأمن الوطني، إلا أنه كان أوسع في مهددات الأمن اذ لم يقتصر على التهديد العسكري فحسب.

فالأمن الوطني وفق هذا المنظور مرتبط بصورة مباشر بتهديد كيان الدولة عسكرياً، إذ يفسر الأمن على أنه حماية الدولة من المخاطر، والتهديدات الخارجية، وليس من الممكن الحفاظ عليه، إلا بواسطة القوة العسكرية، فهذا المفهوم يعكس التحديات الأمنية التي تواجه الدولة، فأساس الأمن هو بقاء سيادة الدولة وذلك عن طريق حماية الحدود السياسية وأدامة استقرارها وصيانة سيادتها الوطنية ضد أي تهديد عسكري خارجي، فالقوة العسكرية هي الاداة الرئيسة في تحقيق الأمن الوطني.[٣]

وفي صدد البحث في مفهوم الأمن الوطني والاجراءات التي تُتخذها الدولة المضيفة في سبيل حمايته، فإن معناه وفقاً لهذا الاتجاه، لا يعكس الواقع الذي يعيشه العالم اليوم، فلم يعد الفهم الكلاسيكي على أنه التهديد الوحيد للأمن الوطني هو الجانب العسكري، إذ ظهرت تهديدات أخرى كالحروب الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والصحية تمس الأمن الوطني، بقدر أكثر من المخاطر العسكرية بصورتها التقليدية، وما كان غير ممكن في وقت ما لأن يكون مهدد للأمن الوطني اصبح حالياً تهديداً واضحاً، وتُلهم اليوم التكنولوجيا الجديدة تطبيقات واسعة باختراقها

---

(١) – د. عبد الوهاب الكيالي، الموسوعة السياسية، الجزء السابع ، الطبعة الثالثة، المؤسسة العربية للدراسات، بيروت، ١٩٩٠، ص ٣٣١. زيد حازم الزلزلي، عسكرة المجتمع : التأثيرات السياسية والامنية، بلا طبعة، المنهال، بلا بلد طبع،٢٠١٨،ص١٩٦.

(٢)– د. جمال منصر، تحولات في مفهوم الامن من أمن الوسائل إلى امن الاهداف، ص١٤٥. مقال منشور على الرابط https://revues.univ-ouargla.dz تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٠/١٠/٢٣ الساعة ١:٢٥م.

(٣) – د. توفيق بوستي، مفهوم الامن في منظورات العلاقات الدولية، المعهد المصري للدراسات بلا طبعة، مصر، ٢٠١٩، ص٤.جيمس دورتي وروبرت، النظريات المتضاربة في العلاقات الدولية، ترجمة وليد عبد الحي، كاظمة للنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الثانية ،المؤسسة الجامعية للدراسات، الكويت،١٩٩٥، ص٦١.

حصون تمَس الأمن الوطني[1]، فاستعمال الأمن الوطني كذريعة لأتخاذ الاجراءات التي تلقي بضلالها على تنفيذ العقود الدولية، والتي تتطلب تدخل المحكم تعتمد أولاً على تحديد معنى الأمن الوطني الذي يؤخذ به في دولة التنفيذ من المحكم، ومعرفة ما يمثل تهديداً لها، ومدى اتساع المفهوم، أو ضيقه هو ما يتوقف عليه معرفه ما يشكل مساساً بالأمن الوطني.

بناءً على ما تقدم فأن بيان معنى الأمن الوطني وفقاً لهذا الاتجاه غير كافٍ، فالأمن الوطني لا يمكن تحديده بمصطلحات قطعية، وعلى الرغم من أن هذا المصطلح غامض، إلا أنه من غير الصحيح تحديده بمصطلحات ضيقه، لا تتناسب مع ما يشهده العالم اليوم من مخاطر، الأمر الذي يستلزم ضرورة أن يكون هناك معنى أكثر مرونة يستوعب كل التهديدات المستجدة والمتداخلة، لان التعامل مع أي مصطلح قانوني أو غير ذلك يجب أن يكون مرآة للواقع، ولذلك فإن ما تتخذه الدول المضيفة من أجراءات أحترازية لحماية أمنها الوطني، لا يمكن حصره في نطاق حماية الجانب العسكري فقط وفقاً لهذا المفهوم التقليدي.

الفرع الثاني

صور الأمن الوطني تبعاً للاتجاه الضيق

إن الصور التي تصور كمهددات للأمن الوطني وفقاً للاتجاه الضيق تتسم بكونها مباشرة ولها طابع عسكري، فالحرب العسكرية والارهاب من أبرز تلك المخاطر التي تَحذر الدولة من الوقوع فيها، فضلاً عن ذلك وجود تهديدٍ أخر يكاد يكون خفياً بعض الشيء، إلا وهو التجسس لمصلحة الدولة المعادية، لذلك سوف نبحث تلك المهددات بشيء من الإيجاز وعلى النحو الآتي:

الصورة الاولى: التهديد العسكري

يَكاد يكون المفهوم الاكثر انتشاراً هو أن الأمن الوطني ضمانة التأمين للأمة ضد التهديد العسكري الخارجي، وأنتَشر هذا المفهوم في اثناء الحرب الباردة، وأن للتهديد العسكري أشكال

---

(1) – Joel Slutsky, Excluding National Security in Foreign Direct Investment and Trade between the United States and China: Lessons from the Delaware Corporate Law, Chinese Journal of Comparative Law, Volume 6, Issue 2, 2018, p. 231.

متعددة فقد يكون تهديداً مباشراً بالاعتداء على الحدود السياسية للدولة من دولة اخرى، أو قد يكون بصورة غير مباشرة، وهو بالاعتداء على حليف الدولة، أو ممن تربطه علاقات الحماية معه، وأن النوع الاخير قد ازداد مؤخراً في السنوات الماضية.[١]

لِذلك فإن بناء المؤسسة العسكرية يكون حاجزاً أمام إنهيار أمن الدولة، وقد يصل الانهيار إلى إحتلال الدولة من دول أخرى، أو تقسيمها إلى أجزاء صغيرة، مما يدفع تلك الدولة إلى طلب المساعدة من الدول الكبرى لحمايتها، الأمر الذي يمنح الدول العظمى ألحق بانتهاك الأمن الوطني، لدولة طالبت المساعدة منها لأجل تأمينها من الاخطار، لذلك عُدت القوة العسكرية هي الاداة الرئيسة في الدفاع عن الدولة والشعب بواسطة دعم المجهود الحربي في زمن الصراع وتحقيق السلم.[٢]

ومما لاشك فيه أن إعلان حالة الحرب في الدولة المضيفة، يسبب حالة ارباك في مفاصل الدولة جميعها بما فيها العقود الدَّولِّية التي يكون مقر تنفيذها الدولة المضيفة، من ثم يكون إجراء حماية الأمن الوطني بجانبه العسكري أثر بصورة غير مباشرة على التوازن العقدي.

الصورة الثانية : الارهاب

يعد الارهاب احد المفاهيم المختلف عليها بين الدول، ولم تصل إلى مفهوم مشترك يوضح معنى هذا المصطلح، وبعيداً عن هذا الاختلاف يُعرف الارهاب عموماً بأنه، استراتيجية عنف منظم ومستمر تمارسها جماعة أرهابية أو مجموعة سياسية ضد الدولة أو مجموعة سياسية اخرى[٣]، وهو من أهم المعوقات العسكرية التي تؤثر في بناء الأمن الوطني، فالإرهاب هو من الاسباب الرئيسة التي تنتج حالة من عدم الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي، وهو من

---

(1)– Keun Sun and Taek Dong Yu, supra note1,P4.

(٢) – عباس علي محمد، الامن والتنمية، ط١، مركز العراق للدراسات، مطبعة الساقي، بغداد، ٢٠١٣، ص٩١.

(٣)– محمد انوار البصول، الاتصال واثره في عمليات الارهاب، اعمال ندوة الارهاب والعولمة، الطبعة الاولى، اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية مركز الدراسات والبحوث، الرياض،٢٠٠٢، ص٢٨٠. د.حسن علاوي خليفة، د.سيف منذر العياش، الارهاب والتحالفات الدَّولِّية دراسة في دوافع الشراكة الدَّولِّية "السياقات الفكرية " ص٧٩، بحث منشور بالربط :https://www.iasj.net تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/١٠ الساعة ١٢:٣٠م.

أهم النتائج التي ينتج عنها تراجع الذي يصيب أبعاد الأمن الوطني فهو ثمرة تردي الاوضاع في الدولة، الذي يعمل على إعاقة التنمية الاقتصادية والاجتماعية.[١]

ولعلَ لإحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ أثرٌ كبير في اقناع الدول الاوربية بتهديد الارهاب، فقد جعلها تتبنى استراتيجية مختلفة على الصعيد الدَوُلِي[٢]، وقد بلغ الارهاب اليوم حداً لا يمكن غضُ الطرف عنه، لآنه يحمل تهديداً للاستقرار الداخلي للدول ويعيق التنمية وبذلك يهدد الأمن الوطني للدول[٣]، تسبب الارهاب بخسائر كبيرة للعقود الدَوُلِي [٤]، فالإرهاب يؤثر على العقد الدَوُلِي بصورة مباشر وغير مباشرة، ويتسبب العقد في زعزعة الأمن الوطني، عندما تستشعر الدولة المضيفة، أن الاستثمار ساهم بتمويل الارهاب، وهذا ما يجعلها تتخذ اجراء بإنهاء العقد، لاشتراك المستثمر بعمليات تمويل الارهاب مثلاً، فقد عرفت عملية تمويل الارهاب، بانها كل فعل يرتكبه أي شخص بإي وسيلة كانت بإرادته بتوفير الاموال أو جمعها أو الشروع في ذلك سواء كان المصدر مشروعاً أم غير مشروعاً بقصد استعماله في تنفيذ عمل إرهابي[٥]، وهو ما

---

[١] – سهاد عبد الحسين عبد، الوعي السياسي واثره في الامن الوطني، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد العلمين ، ٢٠١٧، ص١٢٨.

[٢]– حيث اتبع الاتحاد الاوربي سياسة محددة ضد الاهاب من خلال اعداد انظمة معلومات تجمع عن الاجانب والمهاجرين وطالبي اللجوء خوفا من احتمال قيامهم بالأعمال الارهابية ومن بين هذه الانظمة نظام (EUROSTAT) ونظام شنغن للمعلومات (S.I.S) وتعتبر هذه سياسة لا خذ الاحتياطات والحذر من الاجانب المقيمين في البلدان الاوربية وجمع المعلومات والتوصل إلى احتمال انتمائهم إلى جماعة ارهابية. لتفاصيل اكثر يراجع: ليندة عكروم، تأثير التهديدات الامنية الجديدة على العلاقات بين دول شمال وجنوب المتوسط، جامعة محمد خضير بسكرة تونس، دار ابن بطوطة للنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص١١٤.

[٣] – د.حسن علاوي خليفة، د.سيف منذر العياش، مصدر سابق، ص٩٨.

[٤]– وتسبب الارهاب في احداث ١١ سبتمبر في خسائر مباشرة تقدر ٢٧ مليار دولار موزعة على القطاعين الخاص والعام، في حين تمثلت الخسائر غير المباشرة بانخفاض مؤشرNASDAQ –هو مؤشر لسوق الاوراق المالية – بنسبة ١٦.١ وكان سبب في تراجع الاسواق المالية، حيث تطلب اعادة الولايات المتحدة إلى وضعها السابق ١٣ يوم ، ولم يقتصر الأمر على امريكا فحسب، فقد تضررت الاسواق العالمية من هذا الهجوم، فأسواق لندن مثلا استعادت عافيتها بعد٢٢يوم من التبادل فيما احتاجت اسواق فرانكفورت إلى ٤٢يوم، ولم تكن كوريا الشمالية بمنأى عن هذه الاحداث فقد استمر تردي الوضع المالي فيها ٢٨ يوم بعدها تمكنت من استرجاع وضعها الطبيعي. د.سلطان احمد الثقفي، اثار الارهاب على العولمة اعمال ندوة الارهاب والعولمة، الطبعة الاولى، اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية مركز الدراسات والبحوث، الرياض،٢٠٠٢، ص٣٤٤.

[٥] – صلاح الدين حسن السيسي، الموسوعة المصرفية العلمية والعملية، الجزء الثاني،بلا طبعة ،مجموعة النيل العربية ، بلا بلد طبع ، بلا سنة طبع ص٦٠٩.

جاء في اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة "باليرمو " في ١٥كانون الثاني ٢٠٠٠[١] ،كذلك ما جاء في المادة ٣٨ من قانون مكافحة غسيل الاموال وتمويل الارهاب العراقي "أولاً: يجب الحكم بالمصادرة للأموال محل الجريمة المنصوص عليها في هذا القانون ...."[٢]، واحياناً يؤثر الارهاب بصورة غير مباشرة على تنفيذ العقد متى ما اتخذت الدولة المضيفة، اجراء بحماية امنها من خطر الارهاب، وأثر ذلك على سريان تنفيذ العقد.

الصورة الثالثة : التجسس

يعد التجسس واحداً من أهم الاخطار التي تُهدد الأمن الوطني، ويعد الاداة الهادمة لأمن الدولة وذلك بسبب كشف أسرار الدول التي تحرص على عدم كشفها[٣]، لِذلك فأن الدولة تراقب خطوات الاجانب الذين هم على اراضيها فقد يكون وجودهم مهددا للأمن الوطني، إذ يكون عمل المستثمرين في الدولة المضيفة احياناً مهدداً للأمن الوطني، في حال استشعرت الدولة المضيفة ان هناك خرقاً لمعلوماتها، من موظفي الشركات العاملة على أراضيها، الأمر الذي يجعل أجراءات الدولة المتخذ في مواجهة الشركة المستثمرة أجراءات مباشراً بأعتبار ان العقد بات مهدداً للأمن الوطني.[٤]

---

[١]–د. زينب احمد عوين، جريمة تمويل الارهاب عن طريق غسيل الاموال، مجلة الحقوق جامعة النهرين، العددالثاني،٢٠١٦ص٢٧٤. منشور على الرابط: https://www.iasj.net تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/١٠ الساعة ١١:٣٠م.

[٢]–قانون مكافحة غسيل الاموال وتمويل الارهاب رقم(٣٩) لسنة ٢٠١٥، المنشور بجريدة الوقائع العراقية العدد ٤٣٨٧ في ٢٠١٥/١١/١٦.

[٣]– محمود عبده، حصان طروادة الصهيونية على ابواب المحروسة، الطبعة الاولى، مطبعة الاسكندرية، مصر،٢٠١٣، ص٢٦١.د.وليد مرزة المخزومي، سلطة الادارة في حماية الامن الوطني وحماية حقوق الاجانب، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٠، ص٣٠.بشير الوندي، اهمية جهاز مكافحة التجسس في حماية الامن القومي للدولة، المركز الاوربي لدراسات مكافحة الارهاب والاستخبارات، مباحث الاستخبارات ٣٩ المانيا و هولندا، ٢٠١٨.بحث منشور على الموقع https://www.europarabct.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/١٤ الساعة ٩:٠٠ص.

[٤]– يعتبر قانون التجسس الاقتصادي الأمريكي لسنة ١٩٩٦تحديداً في المادة ١٨٣٩ ان كل شكل ونوع من المعلومات سواء كانت اقتصادية او علمية او تكنلوجية تعتبر من الاسرار التي لا يجوز الاطلاع عليها من الغير. ولتفاصيل اكثر في التعليق على هذا القانون يراجع: سندس قاسم محمد، التنظيم القانوني للأسرار التجارية، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة كربلاء،٢٠١٢، ص١٥.

تتعرض العقود الدَّولِّية احياناً إلى التلكؤ في عملها، بسبب هاجس التجسس من الدولة المضيفة لاعتقادها أن ذلك – التجسس– يمس أمنها الوطني، وتعد شركات الاستحواذ مثال على ذلك لما تتمتع به هذه الشركات من سيطرة تجعلها مصدر تهديد للبلد المضيف[١]، لذلك هناك حالات قد تقرر الدول المضيفة منع بعض الشركات من التوسع في الاستثمار في تقنيات أو نواحي معينة ترى الدولة أنها قد تؤدي إلى التجسس على أمور تهدد أمنها الوطني، الأمر الذي قد يتسبب في إحداث اختلال في تنفيذ العقد.[٢]

نخلص مما تقدم أن الأمن الوطني وفقَ التعريف التقليدي يهدف إلى حماية الدولة من التهديدات العسكرية، سواء كانت بصفة إحتلال عسكري أم هجمة ارهابية أو تجسس لمصلحة الدول المعادية، فالأمن الوطني يتحقق بعدم تنازل الدولة عن القيم الجوهرية بالانتصار أو تَجنب الحرب، إذاً فالإجراءات العسكرية التي تتبعها الدولة هي لحماية أمنها الوطني، لذلك من الصعب التصور أن هذا المفهوم ينطبق على التهديدات غير العسكرية[٣]، فمعالجة الازمات الاقتصادية، وحماية البنية التحتية، والصناعات الاستراتيجية، لا يمكن أدراجها ضمن هذا المفهوم، فليس منها ما يكون تهديدا عسكرياً ليواجه بالقوة العسكرية، وعلى الرغم من وضوح هذا المفهوم ، الا انه يتسم بالنظرة الضيقة، والعاجزة على شمول بعض الحالات، التي تشكل في حقيقتها تهديداً واضحاً للأمن الوطني ولا يمكن التغاضي عنها تحت تأثير المفهوم التقليدي للأمن الوطني، وهنا ينبغي البحث عن معنى آخر تدخل ضمنه أبعادً أخرى للآمن الوطني كالبعد الاقتصادي، والبيئي، والصحي وغيرها، التي تعد اليوم أكثر أهمية من الابعاد التقليدية ذات الطابع العسكري، إلا أنه وعلى الرغم من ضيق هذا المفهوم للأمن الوطني لتحديد مجال أعماله

---

[١]– بن عطية لخضر، الضمانات القانونية لمكافحة الاغراق في ظل منظمة العالمية للتجارة، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،٢٠١٣، ص١٧١.

[٢]– تقوم سياسية بعض الدول على فلسفة الانطلاق من حيث انتهى الاخرون، فهم لا يجهدون انفسهم بالبحث عن النشاءة الصناعات والارتقاء بها انما يفضلون الحصول على ما وصل اليه الاخرون وهو ما تسعى اليه الصين في سرقة اسرار الشركات الأمريكية المختصة في مجلات مهمة وحساسة مثل الطاقة النووية والشمسية والتعدين.

Anthony Georgi, Industrial Espionage. Bloodless Wars, research published on June 5, 2014. https://www.alkhaleej.ae تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/١٤ الساعة ١١:٠٠ص.

[٣] – د.ابراهيم محمد علي الفقي، الامن الفكري، بحث مقدم إلى المؤتمر الوطني الاول للآمن الفكري، السعودية ١٤٣٠، ص٣.المنشور بالرابط https://www.google.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٦/٤ الساعة ٢:٠٠ص.

كمبرر للتعديل في العقود المبرمة، والمتأثرة بهذا الأمر، إلا أن هذ لاينفي أهمية الجانب الأمني بمفهومه التقليدي، وأثره على تنفيذ العقود في حال المساس به، ولا سيما وأن مسألة الارهاب اليوم من المسائل التي تشغل بالَ غالبية الدول ومن ضمنها العراق، الذي يصنف كدولة عانت من حروب شرسة مع الارهاب، وقد القت هذه الحروب بضلالها على مختلف المجالات ومن ضمنها مجال الاستثمار الأجنبي فيه.

المطلب الثاني

الاتجاه المعاصر في تحديد ماهية الأمن الوطني

أن المتغيرات التي يعيشها العالم اليوم، أفضت إلى تغير الادراك في ماهية الأمن الوطني، فما يَشهده العالم عموماً من احداثٍ وتحولات استراتيجية دعت إلى إعادة دراسة مفهوم الأمن الوطني، حتى فيما يخص مهددات الأمن الوطني فهناك تتداخل بين مهددات الأمن الوطني التقليدية والمهددات في المفهوم المعاصر، لِيتجاوز هذا المفهوم –وفقاً للاتجاه المعاصر– البعد العسكري إلى إبعادٍ اخرى، كل هذا زاد من تعقيد وتشعب مصطلح الأمن الوطني والمرتكزات التي يقوم عليها، وعليه سنقسم الدراسة في هذا المطلب على فرعين: الاول لتحديد الأمن الوطني وفقاً للاتجاه الواسع، والثاني لبيان صور الأمن الوطني وفقاً للاتجاه الواسع وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول

الاتجاه الواسع للأمن الوطني

أرتبط ظهور هذا الاتجاه للأمن الوطني بظهور مفاهيم العولمة، وانتشار فكرة السوق والنقاشات المحتدمة حول الأمن الانساني العالمي، أذ توسع ليشمل الأمن الاقتصادي والبيئي والثقافي والاجتماعي[١]، إذ ذكر عن هذا التوسع في ابعاد الأمن الوطني بمصطلح التنمية، فالأمن الوطني هو تنمية اقتصادية، واجتماعية، وعسكرية، فضلاً عن تنمية الموارد والقوى المختلفة للدولة والمجتمع، لذلك فإن هناك رابطة بين التنمية والقدرة على النمو والامان.[٢]

فمازالت فكرة الخوف من ظهور صور جديدة، تسيطر على المفهوم الجديد للآمن الوطني وهو الذي يعنى بكل أنواع التهديدات سواء كانت اقتصادية أم اجتماعية أم سياسية داخلية أو خارجية، فالأمن الوطني يعني، تأمين سلامة الوطن ضد الاخطار الخارجية والداخلية التي قد تؤدي إلى الوقوع تحت سيطرة أجنبية نتيجة إلى الضغوط الخارجية أو الانهيار الداخلي[٣]، فالحماية وأصل التهديد وفقَ هذا التعريف لا حصر لهما، في حين تعد سلامة الأمة وشعبها من عمل الحكومات، ويدخل ضمن هذه الحماية التهديد الصحي للإنسان، أو البيئي، والبنى التحتية، علاوة على تقاليد وثقافة المجتمع في تلك الدولة، وما تزال أسباب التهديد للآمن الوطني في تطور مستمر، نظراً لانتشار الأمراض، والكوارث الطبيعية، والازمات الاقتصادية الجديدة والمحاولات الأجنبية للسيطرة على الصناعات الوطنية، كل هذا أدى إلى تطور مفهوم الأمن الوطني لدى الدول فضلاً عن تطور التهديدات، فقد تظهر في المستقبل تهديدات جديدة هي مجهولة حاليا[٤]، وفي سياق الحديث عن مخاطر تهديد الأمن الوطني في الدول المضيفة التي من شأنها أن تعرقل تنفيذ العقود الدولية، فإن سعة هذا المفهوم وفقاً للاتجاه المعاصر، لا شك

---

[١] – د. فاتن محمد رزاق، علاء جبار احمد، مصدر سابق، ص٧. د. دينا محمد جبر، د. ابتسام حاتم علوان، الاستراتيجية الشاملة للآمن القومي العراقي بعد عام ٢٠٠٣ (رؤية لمبادئ العمل اللازمة واليات التفعيل) بحث مشور بالرابط https://www.iasj.net تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/١٧ الساعة ١٠:٠٠م .

[٢] – جمال منصر، مصدر سابق ، ص١٤٥.

[٣] – سهاد عبد الحسين عبد الامير، مصدر سابق، ص٢٤.

[4]–UNITED NATIONS, supra note2, p8.

انه ينذر بتهديدات أكثر بالأمن الوطني للدول المضيفة، ومن ثم آثار سلبية تعيق تنفيذ العقود أذ صار المصطلح يأخذ أبعاد وجوانب كثيرةٍ ومعقدة.

أصبح لتطور مفهوم الأمن الوطني انعكاسات مهمة على العلاقات التعاقدية الدَّولِّية وخاصة الاستثمارية منها، أذ شعور الدولة المضيفة المتزايد بوجود تهديد اقتصادي أو اجتماعي أو عسكري أو بيئي أو صحي يهدد امنها الوطني وهذا الشعور يتفاقم لديها، مما دفعها إلى أن تقوم بمحاولة حماية مصالحها من الخطر الذي يهددها بإتخاذ سلسلة من الإجراءات، تؤدي إلى خرق بنود العقد الدَوُلِي، وهي بذلك تمارس حق مشروع لها، فلا يوجد أي نص قانوني يحضر على الدول إصدار القوانين واللوائح التي تنظم عملها، وإن مست هذه الاجراءات الالتزام القانوني الناشئ من عقد استثمار ما، فمن المنطقي أن تحتفظ الدولة المتعاقدة بشيء من السلطة التقديرية في الرد على تهديد الأمن الوطني[١]، فمفهوم الأمن الوطني من المفاهيم الواسعة، ولها بعد قانوني يظهر ويتجلى في عقود الاستثمار الأجنبي وما تواجهه من معوقات في البلد المضيف.

من الواضح أن مفهوم الأمن الوطني تَطور بمرور الوقت، وهو مستمرٌ في هذا التطور، أذ تلعب عوامل متنامية عديدة دوراً مهماً في تشكيل تعريفه، وأصبح هناك مفاهيم عامة تذكر عند تحديد مفهومه، كالاستقرار والأمن والحماية والتحرر من الخوف والصراع وغيرها، كما ان التوسع بمفهوم الأمن الوطني في الدراسات الاكاديمية جاء ليثبت لنا، إن هناك مجالات دخلت على المفهوم تهدد الفرد بصورة مباشرة كالجريمة والصحة والبيئة والاقتصاد والبنى التحتية، وباتت الدول مسؤولة عن تكثيف جهودها لمنع الآثار السلبية لمهددات الأمن الجديدة على المجتمع[٢]، ويلاحظ أن تطور مفهوم الأمن الوطني في الوقت الراهن يجعل مسألة الحفاظ عليه ليس بالأمر الهين، فبعد أن كان المفهوم وفقاً للاتجاه التقليدي من الممكن توفيره بشكل اسهل بتوفير قوة عسكرية قادرة على دفع أي تهديد خارجي، باتَ الأمن الوطني مسألة مُتشعبة لما لها

---

(1)– Mantilla Blanco and Sebastian at Hill Alexander ,supra note3, p 15.

(2)– Retter, Eric J. Frinking, Stijn Hoorens, Alice Lynch, Fook Nederveen, William Phillips,Relations between Economy and National Security Analysis and Economic Considerations of Security Policy in the Netherlands and Cambridge, (RAND Europe Foundation Santa Monica, California, 2020), p. 33.

من مرتكزات عدة من واجب الدولة ادارتها بصورة متوازنة للحفاظ على إمنها الوطني بمعناهِ المعاصر.

وبإستعراض التعريف، الذي سلط الضوء على الافاق الجديدة للآمن الوطني في ظل اختلافات وجهات نظر الدول المضيفة في تعريفه[١]، واصبح من الضروري إيجاد تعريف قانوني للأمن الوطني وفق المنظور الحديث، ويمكن تعريفه بأنه: المحافظة على إسس وأركان الدولة ومرافقها الحيوية بإتخاذ سلسلة من الإجراءات متى ما استشعرت الدولة المضيفة أن هناك ضرر يواجه تلك المصالح وعلى الصعدة كافة.

واخيراً إن كنا نميل للأخذ بالمفهوم الحديث أو الواسع للأمن الوطني[٢] لتوافقه مع الواقع الذي نعيشه، لكن يجب يجاد معياراً منضبط تأخذ به الدولة عند فرض إجراءات حماية امنها

---

[١]– تعريف الأمن الوطني في بعض الدول؛ عرف في **استراليا** بانه حماية وتعزيز السيادة وضمان امن وسلامة سكانها ومرونة اوسع لبنيتها التحتية ، فيما ربطت **كندا** امنها الوطني بمكانتها في المجتمع الدولي فضلاً عن سلامة مواطنيها وبنيتها التحتية ، **الصين** ربطت امنها باستقرارها السياسي الداخلي وخاصة استقرار الحزب الحاكم مع اخذ بموقفها داخل المجتمع الدولي ومدى استجابتها للتهديدات الخارجية، **الدنمارك** عدت الامن الوطني بانه مرونة الدولة ومواطنيها ضد التحديات الخارجية لسلامة البلاد وسياده، **فرنسا** بانه حماية الدولة ومواطنيها من التهديدات المباشرة وغير المباشرة لأمنها وازدهارها فضلا عن حماية السيادة واستقلال الدولة في النظام الاوربي ،**المانيا** يفسر الامن على انه حماية سيادة البلاد وسلامته الاقليمية واضافة إلى حماية المواطنين والحلفاء وامن الانظمة الاقليمية والدَّولِّية في المانيا وحلفائها، **روسيا** عدة القوة والتأثير العالمي في انهما يمثلان حماية المصالح الامنية مع تركيز القوه على الامن الداخلي والوحدة الوطنية ، **سنغافورة** استخدام الامن الوطني بشكل عام مع التركيز على الارهاب العالمي واعتباره المهدد الاعظم للأمن الوطني، **السويد** يتمثل في مرونة الدولة ومواطنيها والبنية التحتية في مواجهة التهديد الداخلي والخارجي والتأثير السيادي في المجتمع الدولي، **انكلترا** يشمل حماية مواطنيها وبنيتها التحتية والقيم والثقافات والتأثير الدولي والقوة الاقتصادية، **الولايات المتحدة الأمريكية** في الغالب تعتبر الامن الوطني متوافق مع الامن الداخلي ويحب ان ينظر اليه على انه مجموعة من الظروف تشمل سلامة الدولة واستقلالها ورخائها اضافة إلى دعم وحماية مواطنيها ومؤسساتها من التهديد الخارجي والداخلي .

Retter, Eric J. Frinking, Stijn Hoorens, Alice Lynch, Fook Nederveen, supra note1, P. 27.

[٢]–يخلوا العراق من قانون معني بالأمن الوطني العراقي –رغم وجود مشروع قانون– لكن العراق ليس ببعيد عن تلك الاجراءات، فإن سياسة الأمن الوطني تُرسم من مجلس الأمن الوطني العراقي المؤسس في ١١ يونيو ٢٠٠٤ بموجب امر سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٤ والتابع إلى رئاسة الوزراء والذي يصدر قرارات عندما اقتضت الضرورة لذلك ويكون ذلك بعد نحو مشترك بين اعضاء المجلس مع الجهات المعنية بحسب

الوطني، ليحدث نوع من التوازن بين هدف حماية آمن الدولة والمواطنين، وبين تشجيع الاستثمار بتوفير بيئة آمنه قدر المستطاع تجذب الاستثمار، لما لهذه الاجراءات من تأثير على العقود الدَّولِّية بأن يجعلها مرهقة لأحد الأَطراف مما يتوجب تعديلها للتوافق مع التغييرات الجديدة.

الفرع الثاني

صور الأمن الوطني وفقاً للاتجاه الواسع

بَعد أن بينا المفهوم المعاصر للأمن الوطني، سنحاول إبراز أهم المهددات المتعلقة بالعقود الدولية، والتي جاءت نتيجة التحول في مفهوم الأمن الوطني، من التهديد العسكري التقليدي إلى معاني اخرى استحدثت، وسنستعرض هذه المهددات حسب نطاق انتشارها، فمنها ما هو واسع وذو طابع عام غير مقتصر بالدولة المضيفة ومنها مرتكزات محصورة بالدولة المضيفة المحتجة بالأمن الوطني وعلى النحو التالي:

أولاً : صور ذات طابع عام

تترك الازمات[١] العالمية التي تحدث بين الحين والاخر، أثراً كبيراً على الأمن الوطني سواء كان التأثير بصورة مباشرة أو غير مباشر بحسب طبيعة هذه الازمة والقطاع الذي تستهدفه

الازمة، والذي يسعى إلى تحقيق امن الدولة من جميع الجوانب الامنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، حيث يتولى المجلس مناقشة وتحديد الاستراتيجيات المطلوبة لكل ازمة وعلى كافة الأصعدة ويترك التنفيذ للوزارات المعنية، ويفهم من ذلك ان مفهوم الأمن الوطني في العراق يؤخذ بمعناه الواسع. ولتفاصيل اكثر يراجع الموقع الرسمي لمجلس الامن الوطني العراقي من خلال الرابط: https://nsa.gov.iq تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/١٧ الساعة ١١:٠٠م.

[١] – تنقسم الازمات حسب اثارها إلى قسمين منها ماهو عام (ازمة عالمية) تلقي بظلالها على غالبية الدول، او تكون ازمات عامة لكن يقتصر تأثيرها على دولة معينة ومن الامثلة على الازمات، ماحصل في اليونان حيث اثرت الازمة العالمية لعام ٢٠٠٨ فقد عمدت اليونان خلال الاعوام السابقة للازمة على تحقيق طفره نوعية في المجال النقدي حيث استطاعت خفض نسبة الفائدة من٢٠%إلى ٣,٥%عام ٢٠٠٥، وكذلك حافظت على انخفاض معدلات التضخم الا ان الازمة العالمية مع ماتبقى من اثار الاستدانة في الاعوام السابقة لسنة ٢٠٠١ ارجعت اليونان إلى المربع الاول من ازمة ،حيث انهارت المؤسسات الاقتصادية الواحدة تلوا الاخر بسبب العدوى الاقتصادية التي ادت بدورها إلى انهيار الاسواق المالية واسواق العملة في الدولة مما نشأ عنها ازمة ثقة بينها وبين الدول الاخرى كذلك اثرت الازمة على تفكيك القطاع الصناعي في الدولة وتمدير البنية التحتية. لتفصيل اكثر انظر مصطفى حسين عبد الرزاق، الازمة الاقتصادية اليونانية واثرها السياسية ،بحث منشور بالرابط : https://www.researchgate.net تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/١٨ الساعة ٥:٠٠م.كذلك ماحصل في

ومدى قدرة الدولة على مواجهة الازمة والتعامل معها[١]، ولعلَ أبرز هذه الازمات هي الازمات المالية، فألازمه المالية من المفاهيم التي يسبب الخوض فيها جدلاً فلسفياً، يتمثل في تعريفها وتفسير مضمونها، ويرجع ذلك لاختلاف حالات الاسواق المالية التي تعرضت للازمات واختلاف نتائجها وأسبابها، فتأثير الازمات يتباين من دولة إلى اخرى الأمر الذي يجعل الازمة كمهدد للأمن الوطني متغيراً، وهذا ما من شانه ان يكون معوقاً امام المحكم في تحديد خطورة الأزمة على الأمن الوطني للبلد المضيف، فضلاً عن تداخل المفاهيم المعرفية المتعلقة بحالة الاسواق المالية، وتشير الازمة المالية إلى العديد من الصور كأزمة المصارف، والقروض، والتبادل التجاري، الا أن أهمها ما يكون على نحو شامل أي الازمة المالية العالمية.[٢]

فألازمه الاقتصادية– أحد آثار الأزمة المالية– التي تصيب الدول اليوم، وهي اختلال مفاجئ يطرأ على التوازن الاقتصادي للدولة ناجم عن أزمة مالية، يؤدي إلى انخفاض في الناتج المحلي الإجمالي، أذ ينتج عنها أنهيار العملة وازدياد معدلات البطالة، وتعكس الازمة أثارها السلبية على مجالات الدولة وقطاعاتها جميعاً، بما فيها حياة أفراد الشعب مما يتولد منها أزماتٌ

الارجنتين٢٠٠٨ حيث عانى الاقتصاد الارجنتيني من تضخم مرتفع وعجز مالي كبير في الموازنة ونقص في راس المال الاستثماري نتجه عنه انخفاض في قيمة العملة إلى ٩٠% في المؤسسات العامة كمؤسسة DIPOS التي كانت هي الاخرى تعاني من عجز .لتفصيل اكثر انظر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القضية رقم(ARB / 03/17 ، المنشورة بالرابط:https://translate.googleusercontent.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/١٨ الساعة ٥:٣٠م.

ان الازمة العالمية تتباين في مدى اثارها على الدول مما تجعل المعرفة بحجم تلك الاثار عبء على المحكم عندما يكون امام ازمة مالية اضرت بالأمن الوطني للدولة المضيفة، ويمكن عد الازمة التي يمر بها العراق حاليا بعد انخفاض اسعار النفط بسبب وباء كورونا واحدة من تلك الازمات كونه من البلدان التي تعتمد في اقتصاديها على المصادر الاحادية.

[١] – د. طلال ملحم، ادارة الازمات واثرها على الامن الوطني، بحث مقدم إلى المركز الوطني للآمن وادارة الازمات نشر على الشبكة العنكبوتية https://repository.nauss. تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢١الساعة ٩:٠٠م ص٢٤.د.عبد الحليم عمار غربي، الازمات الاقتصادية والمالية والمصرفية: رؤى وحلول، مركز ابحاث فقه المعاملات الاسلامية، الطبعة الاولى ، بلا بلد طبع ، ٢٠١٧، ص ١٣٩.

[٢] – د. غسان قاسم داود اللامي، د.خالد عبد الله ابراهيم العيساوي، ادارة الازمات، الطبعة الاولى، دار المنهجية للنشر، عمان، الاردن، ٢٠١٦، ص١١٥.المعهد العربي للتخطيط بالكويت، تبعات الازمة الاقتصادية على الدول العربية والنامية، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الدول العربية، العدد ١٠٢، السنة العاشرة، نيسان ٢٠١١،ص ١٣.

أخرى يصعب علاجها[١]، فتحقيق الكفاية والرخاء وحماية مؤسسات الدولة الاقتصادية، هو ما يعنى به الأمن الاقتصادي، أذ تحاول الدول تعزيز قدرتها في التحكم، بالأثار الناشئة من ظاهرة العولمة، وخاصة المتعلقة بتحرير التجارة، وحرية انتقال رؤوس الاموال، والتقلبات في أسعار الموارد الاولية، وتسعى الدولة لتحقيق التوافق بين تحرير الاقتصاد من جهة، وحماية الأمن الوطني وخلق قوى السوق مخافة الانهيار الاقتصادي من جهة أخرى، وهذا مما ينعكس سلباً على تنفيذ عقود الاستثمار، ويدخل ضمن مفهوم الأمن الاقتصادي تأمين المصادر الاولية، والاساسية للدخل القومي، عن طريق إيجاد بدائل متنوعه، فقدرة الدولة المالية ومواكبتها للتطورات التجارية الدَّولِّية، ومسايرة اقتصادها برخاء والكساد يجعل الدولة مستعدة لمواجهة الازمات[٢]، ولعل ما أصاب معظم دول العالم عام ٢٠٠٨ خير دليل على ذلك، فقد انهارت اقتصاديات دول كبرى كاليونان واسبانيا وقد أعلن ١٣٢مصرفاً في الولايات المتحدة الأمريكية افلاسهم.[٣]

ولا يتوقف الأمر على الازمات المالية، فهناك أزمات اخرى لها طابع عام تنتشر في دول العالم، وتلقي بضلالها على الأمن الوطني بمفهومه المعاصر، إذ أن التوجه الحديث يذهب إلى توسيع مفهوم الأمن الوطني، بأبعاد تستجد على نحو مستمر، وما أن جاء وباء كورونا وبدأت الدول باتخاذ إجراءات الغلق، حتى لاح في الأفق البعد الصحي للأمن الوطني، وشموله ضمن أبعاده، فقد صنفت المملكة المتحدة الأوبئة العالمية على انها تشكل خطورة في المقام الاول على

---

[١]–د. علي هلهول الرويلي، ادارة الازمات –استراتيجية المواجهة–، بلا طبعة ،جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠١٦، ص١٩. د. خالد عبد الوهاب البنداري، تاثير الازمة المالية العالمية على اقتصاديات الدول العربية : دور الفكر الاسلامي في علاج الازمة، بحث قدم إلى المؤتمر العلمي الدولي حول الازمة المالية والاقتصادية العالمية المعاصرة من منظور اقتصادي اسلامي، من ١–٢ كانون الاول ٢٠١٠، عمان الاردن، ص ٣–١٢.www.arab-api.org تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/١٧ الساعة ١١:١٥م .

[٢] – سحر باقر العلي، اثر تغير المناخ على الامن الوطني الكويتي من خلال البعد الاقتصادي، الطبعة الاولى، الكويت، ٢٠١٣، ص٣١. كما عقدت الامم المتحدة مؤتمر بعنوان الازمة المالية والاقتصادية العالمية وتاثيرها في التنمية، للفترة من ٢٤–٢٦ حزيران ٢٠٠٩ بحث الاثار السلبية الناتجة عن الازمة من نقص في المواد الاولية والغذاء .لتفصل اكثر الاطلاع على المؤتمر بالرابط: un.org/ar/ga/econcrisissummit/background.shtml تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/٢١ الساعة ١٠:٠٠م.

[٣] – د.علي هلهول الرويلي، المصدر السابق، ص٢٠. د.خالد عبد الوهاب البنداري، المصدر السابق، ص٢–٣.

امن الدولة فهي تقع ضمن اولوياتها في الحماية[١]، والأوبئة والأمراض كابوساً حقيقياً يقلق دول العالم، ويعد التهديد الاكبر لجميع الدول وليس للحكومات التحكم في مدخلاته، فالدول تحاول الصمود امام التحديات الطبيعية وصمودها هو مضمون وجوهر الأمن الوطني، أذ تمثل الجائحات والاوبئة خطراً كبير على الحياة والأمن والاقتصاد، وقد زادت العولمة في انتشار الأمراض والاوبئة بصورة كبيرة إذا أصبح العالم عبارة عن بلدٍ وأحد، وباتت هذه الازمات لها طابع عالمي، فانتقال الاشخاص بين الدول لغرض التجارة والهجرة أصبح أمر مسلم به، فضلاً عن ذلك تعد الأمراض المنتشرة في أي دولة تهديدا مباشراً للآمن الداخلي لدول اخرى.[٢]

ويمتد تأثير جائحة كورونا اليوم على العقود الدَّولِّية، من حيث أثرها على مجال المال والاعمال، فبعد إعلان منظمة الصحة العالمية في ١١ مارس ٢٠٢٠ بأن فايروس كورونا جائحة عالمية، عززت غالبية الدول إجراءاتها بمنطق الاستباقية، والاحترازية للحيلولة من دون تفشي الجائحة، وكان تأثيرها الاكبر على العقود والاتفاقيات، عندما اتخذت دول العالم قرارات بإيقاف عمل الشركات الأجنبية، وإقفال الحدود الأمر الذي يخل بالالتزامات التعاقدية، وقد زاد الأمر تعقيداً، حينما قامت تلك الدول بالاستغناء عن خدمات الموظفين في هذه المجالات، أذ عُد هذا العمل مخالفاً للالتزامات التعاقدية الذي أثر وبشكلٌ كبير على الاستدامة التي تُعد سمة اغلب العقود الدولية، فقد شهدت الاسواق المحلية تراجعاً ملحوظاً في اقتصادها، مما أثر على الاسواق العالمية، إذ قيدت الجائحة حركة التجارة والانتقال بين الدول مما، أثر سلباً على معنويات المستثمرين[٣]، ويلاحظ أن عمل الدولة في ضرورة توفير الأمن الصحي، يتطلب إتخاذها

---

(1) – Gordon Corera, How will the epidemic change the concept of national security and espionage activity? , An article published on the BBC News Channel on April 3, [2020]. https://www.bbc.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢٢ الساعة ٨:٣٠ص

(٢) – سالم سالمين النعيمي، انتشار الاوبئة والامن الوطني، مقال منشور على مواقع الانترنت https://www.alittihad.ae تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢٢ الساعة ٩:٠٠ص.

(٣) – محمد بن عفيف، الاثار القانونية لفيروس كورونا (COVID -19)، مقال منشور على مواقع الانترنت https://www.afiflaw.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢٣ الساعة ١٢:٠٠م. د.محمد الخضراوي، الاثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، راي قانوني منشور بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٧بالرابط: http://arabunionjudges.org تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/١٨، الساعة ١٢:٠٠ص.

اجراءات احترازية، قد تؤثر على سير تنفيذ عقود الاستثمار في تلك الدولة، ولاسيما أن الدول تُغلب موضوع الحماية الصحية على باقي المجالات.

ثانياً: صور ذات طابع خاص (الصناعات الوطنية)

تسعى الدول لحماية أمنها الوطني بفرض القيود على تجارتها في بعض القطاعات، على الرغم مما تدره الأخيرة من نفع على الأَطراف، إذ أن حماية الأمن الوطني، هو الهدف الاسمى الذي تسعى الدول المضيفة إلى تحقيقه، وان كان ذلك على حساب الربح، إذ تأخذ الدولة عند فرض بعض القيود على المستثمرين بنظر الاعتبار حماية أمنها الوطني، قد يتوفر في البلد المواد الأولية لأنشاء صناعة معينة توكل إلى مستثمر، إلا أن الدولة المضيفة تعزف بعد وقتُ قليل عن الاستثمار فيها، لاستشعارها أن هذا الاستثمار قد يساهم بزعزعة أمنها الاقتصادي مثلاً[١]، ولا يتوقف الأمر على فرض القيود، إنما تتخوف الدول من شبح السيطرة الأجنبية على صناعاتها التي تعدها الدولة المضيفة أستراتيجية، ويرفض الاستثمار الأجنبي في تلك الصناعات بسبب أهميتها الاستراتيجية، لانها تتصل بأمنها الوطني، إذ تعد هذه الاجراءات والتدابير قيود جديدة تثير صعوبة في عمل المستثمر[٢]، ويعد نزع ملكية الاستثمار –باعتبار ملكية المشروع– واحد من أكثر القيود التي تثير قلق المستثمر الأجنبي، لأن أصحاب رؤوس الاموال يضعون أموالهم كلها في مشاريع عبر الحدود الوطنية، مما يجعلهم في قلق دائم من فقدان مشاريعهم الاستثمارية، عن طريق الاستيلاء عليها بالمصادرة أو التأميم من الدولة المضيفة.[٣]

والتنافس الذي يشهده العالم، يكشف عن مخاوف جديدة للدول النفطية خاصةً، إذ عُدت الشركات النفطية بمثابة أدوات لتحقيق السياسة النفطية في الدولة صاحبة المصالح المتعارضة، فاغلب شركات عقود الترخيص النفطية، هي فروعْ لشركات أجنبية تدار من الشركة الام، ويكون مقرها الرئيس في دول كالولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، وروسيا، وهولندا،

---

[١]– د.محمد زكي شافعي، مقدمة في العلاقات الاقتصادية الدولية، بلا طبعة، دار النهضة العربية للطباعة، بيروت، بلا سنة طبع، ص١٧٩–١٨٣.

[2]–UNITED NATIONS, supra note1, p1.

[٣] – د.ابراهيم اسماعيل ابراهيم، عدم المساس بحق الملكية اداة لجذب الاستثمارات الأجنبية، بحث منشور في مجلة كلية التربية للعلوم الانسانية، العدد ١٣، سنة ٢٠١٢، ص٩١.

والصين[١]، وتسعى هذه الشركات إلى تقليل أو إيقاف الانتاج النفطي للدولة المصدرة[٢]، أو ترمي الى السيطرة، ومن الامثلة على ذلك محاولات المؤسسة الصينية لحقول النفط والغاز البحري (CNOOC) بقصد إمتلاك شركة يونوكال، التي تعد تاسع أكبر وأهم شركة نفط امريكية، الا أن حكومة الولايات المتحدة سرعان ما أعادت امتلاكها للشركة مقابل ١٨,٥ مليار دولار، بعد المحاولة تضر بالأمن الوطني(القومي) الأمريكي، ودمجت مع شركة شيفرون تيكساكو، وفي عام ٢٠٠٦ لاحت إلى الافق عملية جديدة، تمثلت في محاولت الشركة البريطانية B&O شراء موانئ دبي العالمية، ولأن هذه الشركة تُدير ستة موانئ في الولايات المتحدة، قوبلت هذه العملية بمعارضة شديدة من الكونجرس الأمريكي، وبرر هذا الأعتراض بأنه يهدد الأمن الوطني، بعدها منحت العملية إلى مجموعة (AIG) الأمريكية التي تعد من أكبر الشركات التامين في امريكا والعالم[٣]، وهناك الكثير من الامثلة على ذلك.[٤]

---

[١] – اذ تعد سيطرت هذه الشركات على المشاريع الوطنية الاستراتيجية صورة من صور الاستحواذ والذي يثير الريبة لدى البلدان المضيفة مما يستدعيها الركون إلى استثناء الامن الوطني للحفاظ على تلك الصناعات، وهو مايعكس تخوف الدول المضيفة كون تلك الصناعات محل اطماع الاستثمار الأجنبي حيث تستذكر به تلك الدول الاستعمار التي خضعت له سابقاً، لذلك فانها تعد الاستحواذ ماهو الا نوع جديد من انواع الاستعمار الذي يتخذ صورة السيطرة على المجال الاقتصادي في الدولة.د. سامي سلامة نعمان، الشركات دولية النشاط واثرها على المنافسة والعمالة والتصدير في الدول النامية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ،القاهرة ،مصر، ٢٠٠٩، ص١١٤. ولتفصيل اكثر ينظر احمد عبد الامير، النظام القانوني للاستحواذ على الشركات، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية في لبنان، خلدة،٢٠١٧، ص١٨٠-١٩٥. نهاد احمد ابراهيم السيد، الاستحواذ على الشركات التجارية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة عين شمس، مصر،٢٠١٣،ص٥٠٠-٥١١.

[٢] – د.جواد كاظم لفتة الكعبي، القوة القاهرة في ميزان السيادة الوطنية ما بين رحى وباء كورونا والسياسات والعقود النفطية، بحث منشور على صفحة صوت العراق بالرابط http://www.sotaliraq.com :تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢٤ الساعة ٦:٠٠م.

[٣]–اخبار BBC ARABIC .COM ، نقلا وكالة انباء شينخوا على الموقع http://news.bbc.co.uk في ٢٣/ يونيو /٢٠٠٥ الساعة ١:٢٥ تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢٤ الساعة ٩:٠٠م . احمد فؤاد ابراهيم واخرون، بلدان مجلس التعاون لدول الخليج: التحديات الاجتماعية والاقتصادية، الطبعة الاولى، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، بيروت، ٢٠١٦ ، ص٣٤٤.

[٤] –ولم تكن المحاولة الوحيدة فقد امتلكت شركة الكمبيوتر الصينية لينوفو في عام ٢٠٠٤ عمليات الكمبيوتر الشخصي لشركة (A B M) فيما عرضت شركة هابير للثلاجات والغسالات في عام ٢٠٠٥ مبلغ ١,٢٨ مليار دولار لشراء شركة " مايتاج" الأمريكية للاجهزة المنزلية ، كذلك تم اقامة دعوى في ١١نوفنبر عام ٢٠١٤ من قبل

وما يسبب الخلاف بين الأَطراف المتعاقدة هو عدم تحديد ما الذي يعد ضمن الصناعات المحلية التي تمتاز بإنها استراتيجية ومهمة في الدولة المضيفة، إذ لا يوجد أي أتفاق دَوُلِي يعنى بتعريف تلك الصناعات، فضلاً عن عدم وجود معيار يحدد تلك الاهمية، فالمسألة متروكة للسلطة التقديرية للدولة المضيفة، أضف إلى ذلك، أن حماية تلك الصناعات واجب مشروع لكل الدول، لانها تعد من مفردات أمنها الوطني، لكن عدم تحديد نوع ونطاق هذه الصناعات، يعطي للدولة المضيفة الحق في إدخال المزيد من الصناعات، تحت هذه المسمى مما يتولد لدى المستثمر الأجنبي شعور، بأنَ الدولة المضيفة تُمارس سياسة الحمائية، ومن الافضل الاتفاق بين الطرفين في المرحلة السابقة للتعاقد، على ما هو مشمول ضمن الصناعات الاستراتيجية لتقليل الخلاف في مراحل تنفيذ العقد الدَوُلِي.

ولا يقف الأمر عند الصناعات الاستراتيجية الوطنية، فيمكن أن يَكون الاستثمار في مشاريع البنية التحتية، الذي يعد من أهم مظاهر التطور الصناعي والاقتصادي لأي دولة، فقد جرت العادة على قِيام الدولة بقطاعها العام بتقديم خدمات البنية التحتية، إلا أن ازدياد عدد السكان والتطور الاجتماعي، وقلة التمويل اللازم لدى الكثير من البلدان، جعلها تلجأ إلى أشراك القطاع الخاص في تنفيذ هذه المشاريع، في تشغيلها وإدارتها، مقابل تنازل الدولة عن حِقها في بناء تلك المشاريع وإدارتها[١]، وبذلك تكون هي البيئة المناسبة لَجذب الاستثمار الأجنبي[٢]، وتعرف قطاعات البنية التحتية: بأنها قطاعات تكون أصولها وإنظمتها وشبكاتها "المادية

نائب الولايات المتحدة للمنطقة الشمالية على شركة "لانيل" الايطالية حيث ادعت الولايات المتحدة ان الشركة تحول المعادن الطبيعية بطريقة غير شرعية وقد اقرت الشركة بصرف مبلغ ٣٠٠ مليون دولار على المشروع وانه بنيه على ملكية ارض خاصة وليست ارض تحت ولاية الهنود الأمريكيين ،ولم يصدر الحكم من المحكمة العليا اوكلاهوما لحد الان ،كما حتم على الشركة لانيل ان تخرج من سوق الكهرباء السلفادور كون ان المصادر الطبيعية ملك للدولة وانها لن تسمح لشركة اجنبية ان تكون المالك الوحيد لجيل الطاقة من باطن الارض بعدد عقد عام ٢٠١٤ معاهدة بين الطرفين ولم تعلن تفاصيلها.مقال منشور على الرابط : https://ar.wikipedia.org تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢٥ الساعة ٩:٠٠ص.

(١) – د.افراح رشيد، د فرحى كريمة، الشراكة بين القطاع العام والخاص– ادارة الادارة الحديثة في المرافق العمومية وانشاء مشاريع البنية التحتية (البنية التحتية لا مدادات المياه نموذجا)، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ،٢٠١٨، ص٧.

(٢) – احمد عبد الوهاب، الانفاق على البنية التحتية بين الوضع الراهن والمأمول، المركز المصري لدراسات السياسات العامة ،برنامج الحرية الاقتصادية ، باب اللوق القاهرة ،٢٠١٩ ،ص٥.

والافتراضية " حيوية، وأن أي عجز أو تدمير يصيب تلك القطاعات، سيكون له تأثير سلبي على الأمن الوطني، وسير الاقتصاد والمجتمع[١]، اذاً فهي مجموعة من الخدمات تتولى الدولة تقديمها في المنشآت والمباني التي تقوم الدولة بتشغيلها وتشيدها، فضلاً عن توفير الخدمات التي تحتاج إلى عمالة كبيرة كتقديم خدمات النقل البري والبحري، ومن أمثلة على البنى التحتية هي الموانئ، والمطارات، وسكك الحديد، ومحطات وشبكات مياه الشرب، فضلاً عن شبكات الكهرباء والغاز الطبيعي والصرف الصحي والاتصالات والخدمات الصحية[٢]، وتعد هذه الخدمات من المنافع العامة التي يجب أن تكون متاحة للجميع، وقد عد بعضها كمد شبكات مياه الشرب، حقاً من حقوق الانسان، وايضاً من المنافع العامة[٣]، من ثم فإن زيادة الاستثمار الأجنبي فيها يجعل من الدولة المضيفة مرتبطة بالمستثمر، وهذا الترابط قد يكون خطراً على الدولة المضيفة في حال تبين أن هناك نيات سيئة لدى المستثمر، وهذا ما يجعلها تعيد النظر في التزاماتها العقدية، إذ يكون الاستثمار الأداة للأعمال المضرة بالأمن الوطني، بفضل اكتساب الشركات الأجنبية النفوذ والسيطرة، على قطاعات البنى التحتية، مثل شركات الاتصالات والطاقة، ولأهمية هذه الصناعات وتعلق بعضها بسيادة الدولة، قد تبادر هذه الاخيرة–الدولة المضيفة – إلى اتخاذ اجراءات لحماية أمنها الوطني في مواجهة المستثمر بهذه البنى، الأمر الذي ينعكس على العقد المبرم بينهما، وتعطى الدولة المضيفة الحق غالباً بدراسة الاستثمار في مدة محددة بعد تقديم المشروع للاستثمار، أو توقيع العقد لتحديد فيما اذا كان الاستثمار يعد خطراً على أمن الدولة، وهذا ما يزيد من مخاوف المستثمر.

---

(1)– RAND Europe Foundation Retter, Eric J. Frinking, Stijn Hoorens, supra note1, p. 4.

فقد لا يكون الاثر في مخالفة الالتزامات العقدية اقوى من الاثر الذي يبعثه ايقاف ذلك المشروع لما يقدمه المشروع من خدمات ترتبط بحقوق الانسان الطبيعية كحق الانسان في مياه الشرب،كما حصل مع الارجنتين القضية رقم(ARB / 03/17) والمنشورة بالرابطhttps://translate.googleusercontent.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٦/٤ الساعة ٢,٣٠ص.

(٢) – محمود محمد داغر، وعلي محمد علي، الانفاق العام على مشاريع البنية التحتية واثره في النمو الاقتصادي اللبي، مجلة بحوث اقتصادية عربية ،العدد٥١، سنة ٢٠١٠، ص ١١٥.

(٣)– د. افراح رشيد ، د فرحى كريمة ، مصدر سابق ، ص ١٥.

نخلص مما تقدم، أن الأمن الوطني من المفاهيم التي تأثرت بتغير طبيعة الأزمات، وحداثتها نتيجة تغير نمط الحياة، فكما لاحظنا أن هذا المفهوم يأخذُ اليوم أبعاداً، ما كانت تعرف عند بدء ظهوره، والذي دفع بنا إلى ترجيح الاتجاه الحديث أو المعاصر لمفهوم الأمن الوطني، هو إدراك تأثر هذا المفهوم بتطور الحياة، وما يخلفه هذا التطور على نوعية وطبيعة الأزمات، وتأثره في درجة شَدتها، وأن التمعن بهذه الأبعاد يبرز لنا حجم مسؤولية الدول في المحافظة على الأمن الوطني، ودائرة تأثير الاجراءات المتخذة في سبيل ذلك، على الروابط العقدية للعقود الدَّولَّية في الدولة المضيفة، ومواجهة صعوبة تنفيذها على الوجه المتفق عليه لحظة ابرام العقود، وما يزيد الأمر تعقيداً هو طبيعة النزاع المثار بهذا الأمر بالمقارنة مع بقية أسباب اختلال التوازن العقدي لتعلقه بإجراءات تتخذها الدولة باعتبارها الوظيفة التي تمارسها.

المبحث الثاني

"مبررات ونطاق" الأمن الوطني كمسوغ للتعديل في العقود الدولية

إذا كان الأمن الوطني هو أحد الاسباب، التي تتذرع بها الدول المضيفة، لطلب تعديل الالتزامات العقدية، على نحو يضمن المحافظة عليه، فإن هناك أوضاعاً اخرى أذا ما طرأت فإنها تبيح للأطراف طلب تعديل العقد، الأمر الذي يتطلب بيان خصوصية –مبررات– الأمن الوطني كاستثناء لتعديل العقد[1]، فليس تطور المفهوم وحده هو التحدي الذي قد يواجه المحكم، وانما تداخل ظرف الأمن الوطني، مع هذه الظروف قد يكون هو الاخر تحدياً للمحكم، ولاسيما إذا كان العقد يخلو من استثناء الأمن الوطني، لذا أصبح لزاماً التفرقة بين الاثنين، وتظهر أهمية التفرقة في أن معظم الظروف التي تشتبه مع الأمن الوطني قد درست ونظمت ، فضلاً عن معناها الواضح مقارنةً مع السعة والتطور المضطرد للأمن الوطني، وعموما أن إستثناء الأمن الوطني اذا ما حدث الاتفاق عليه صراحةً في العقد، فإنه يكون بأسلوبين أحدهما واسع والاخر ضيق، وهذا ما قادنا إلى تقسيم الدراسة في هذا المبحث على مطلبين: ألأول نبحث في تمييز الأمن الوطني، أنطلاقاً من مبررات الأمن الوطني كظرف يوجب التعديل، عما يشتبه به من أوضاع، والثاني نبحث فيه نطاق الأمن الوطني كاستثناء في العقود الدَّولَّية وعلى النحو الآتي:

المطلب الاول

تمييز الأمن الوطني كظرف يوجب التعديل عما يشتبه به من أوضاع

تتميز العقود الدَّولَّية بطول مدتها وذلك لطبيعة هذه العقود وفخامة الاعمال المطلوب تنفيذها، وايضاً لرغبة الأَطراف فيها باستقرار معاملاتهم، ولا شك في إن ارتباط هذه العقود بعنصر الزمن، يجعلها عرضة لاختلال التوازن، بسبب تغير الظروف تحت ما يسمى بالسبب الأجنبي، الأمر الذي يتطلب إعادة النظر في الالتزامات العقدية، وهذا مايثير الخلط مع الأمن الوطني كمسوغ للتعديل هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هُناك اموراً متعلقة بالسياسية العامة

---

[1]–Nissan Tash and others, Security–related conditions in international investment law and national security strategies, Investment Division, Directorate of Financial Affairs and Institutions OECD, Paris, France ,May 2009), p3.

في كل دولة، تكون بمثابة قيد يتحكم بالالتزامات العقدية في العقود الدولية، لذلك سنقسم الدراسة في هذا المطلب على فرعين: الأول لتمييز الأمن الوطني عن الظروف المتعلقة بالسبب الأجنبي، والثاني لتمييز الأمن الوطني عن حماية القيم العليا في الدولة وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول

تمييز الأمن الوطني عن الظروف المتعلقة بالسبب الأجنبي

في العقود التي يتطلب تنفيذها مدة من الزمن، قد تطرأ حوادث أجنبية غير متوقعة ولا يمكن دفعها تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين (نظرية الظروف الطارئة) أو مستحيلاً (القوة القاهرة) وسنبحث كلً منهما على النحو الآتي:

١-نظرية الظروف الطارئة: تتلخص نظرية الظروف الطارئة؛ في حدوث ظروف اقتصادية لم تكن في حسبان طرفا العقد، عند التعاقد تؤدي إلى إختلالً خطيراً في التوازن الاقتصادي للعقد، تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، وتهدده بخساره كبيرة، وهي تخرج عن الحد المألوف في التعاملات، وغالباً ما يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ أو العقود الفورية التنفيذ وكان تنفيذها مؤجلاً.[١]

وعلى مستوى القوانين الوطنية –القوانين المدنية– أثارت هذه النظرية جدلاً واسعاً عند ظهورها، أذ ذهبت القوانين في إتجاهين؛ كان الأول رافضاً لها كالقانون المدني الفرنسي، أذ رفض هذا القانون كليا تطبيق النظرية، فلا يمكن لشخص خارج أطراف العلاقة القانونية بالتدخل في إعادة التوازن العقدي لحدوث سبب غير متوقع، وخارج إرادة الأَطراف، ثم تغير الموقف بعد ذلك فهو ليأخذ اليوم بالنظرية[٢] بشروط معينة، أما الاتجاه الثاني، فقد كان مؤيداً لها منذ أول

---

[١] – د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية، بغداد، ١٩٨٠، ص١٦١.د.محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي والقانون المقارن، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، العدد الثاني، السنة الثانية ، بيروت لبنان، ص١٣١.د.احمد عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ١٩٩٨، ص٩٧٠-٩٧٤.

[٢] – نصت المادة(١١٩٥) من تعديل القانون الفرنسي –الجديد–على الظروف الطارئة حيث جاء فيها(ذا كان التغيير غير المتوقع في الظروف وقت إبرام العقد يجعل الأداء مرهقًا للغاية بالنسبة للطرف الذي لم يوافق على تحمل المخاطر ، فيجوز لهذا الأخير أن يطلب إعادة التفاوض– الطرف المتعاقد– وتواصل في أداء التزاماته

ظهور لها كالقانون البولوني[١] والايطالي[٢] اللذان إعترفا بنظرية الظروف الطارئة، واجاز للمحكمة التدخل لتعديل العقد ، حيث منحى السلطة للقاضي في تطبيق النظرية، وكذلك ذهب القضاء الالماني، بالأخذ بالنطاق الموسع استناداً لنص المادة (١٥٧) التزامات التي توجب تفسير العقود بحسن نية[٣]، وأخيرا ذهبت غالبية القوانين إلى الاعتراف تشريعياً بنظرية الظروف

أثناء إعادة التفاوض. و"في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض ، يجوز للأطراف الموافقة على إنهاء العقد ، في التاريخ وبالشروط التي يحددونها ، والطلب من القاضي للمضي قدمًا في تعديله. في حالة عدم وجود اتفاق خلال فترة زمنية معقولة أو مشتركة ، يجوز للقاضي ، بناءً على طلب أحد الطرفين ، مراجعة العقد أو إنهائه ، في التاريخ وبالشروط التي يحددها). قانون تعديل العقود الفرنسي الجديد (تعديل القانون الفرنسي١٨٠٤) المنشور بالجريدة الرسمية الفرنسية بالعدد(٠٠٣٥في ٢٠١٦/٢/١١) ترجمة د.محمد حسن قاسم، الطبعة الاولى منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨، ص٨١.

[١]– القانون المدني البولوني الصادر في الاول من كانون الثاني ١٩٣٤، فقد جاء في المادة ٢٦٩(اذا وجدت حوادث استثنائية .....لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها جاز للمحكمة اذا رات ضرورة لذلك تطبيق مبادئ حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ....) نقلا عن د.احمد عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد–نظرية الالتزام بوجه عام ،الجزء الاول، بلا طبعة ،دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان،بلا سنة طبع، ص ٦٤٢. نقلا عن د.محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي المقارن– بحث مقارن–، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، بلا سنة، ص ١٣٦.

[٢]– القانون المدني الايطالي المعدل بقانون ١٩٤٢حيثجاء بالمادة (١٤٦٧) (..... اذا اصبح التزام احد المتعاقدين مرهقاً على اثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين هذا الالتزام ان يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الاخر ان يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة) نقلا عن فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، دار الجاحظة – بغداد ١٩٦٩، ص١٤٦. نقلا عن د. محمد رشيد قباني ،مصدر سابق ،ص١٣٦.

[٣])جاء فيها(يجب تفسير العقود على النحو المطلوب بحسن نية ، مع الأخذ في الاعتبار الممارسة العرفية)، النص الاصلي

(Contracts are to be interpreted as required by good faith, taking customary practice into consideration)

انظر تعديل القانون المدني الألماني (BGB) في النسخة الصادرة في ٢ يناير ٢٠٠٢

الطارئة، وأجازت للقاضي التدخل في إعادة التوازن المختل للعقد، بسب تقلب الظروف[١]ومنها القانون المدني العراقي في المادة (٢/١٤٦) والقانون المدني المصري في المادة (٢/١٤٧).[٢]

وعلى الرغم من إن هذهِ النظرية رفضتها بعضَ القوانين- القانون الفرنسي - سابقاً، إلا إنها اليوم من النظريات الثابتة والمأخوذ بها، لكن عندما تجاوزت القوانين مبدأ القوة الملزمة للعقد، بإقرارها النظرية، عمدت إلى تقييد الظرف، أو الحوادث المسببة للاختلال، بشروط يجب أن تتوافر في الظرف وهي؛ أن يَكون الظرف استثنائياً عاماً ولا يكون بالوسع توقع هذه الظروف، أو الحوادث ولا يمكن دفعها، وأن تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً على المدين، واذ ما توفرت هذه الشروط كان للقاضي أن يُنقص الارهاق، ليعيدَ التوازن العقدي الذي كان سائداً لحظة إبرام العقد.[٣]

يَشترك الأمن الوطني مع نظرية الظروف الطارئة، في ١- أن كلاهما استثناءً على مبدأ القوة الملزمة للعقد، فمن المعروف أن العقد هو ثمرة اتفاق أطرافه، ولا بد أن يكونَ هذا الاتفاق محاطاً بضمانات تحترم الالتزامات، التي تم أتُفق عليها، ولا يكون تدخل الغير (القاضي أو المحكم) إلا في حالات استثنائية، أدت إلى اختلال التوازن العقدي، وتفويت المنفعة المقصودة من العقد، لاحد الطرفين على الاقل، الأمر الذي يستلزم مواجهة هذا الاختلال بالتعديل، كذلك يتشابه الأمن الوطني مع نظرية الظروف الطارئة، ٢- في مسألة الأحداث التي تفعل أثر كلٍ

---

[١] - د. شريف محمد غانم، اثر تغيير الظروف في العقود التجارة الدولية، الطبعة الاولى، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي الامارات، ٢٠١٠، ص٤٨-٥٠. د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد اثناء التنفيذ، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، عدد١٣، ١٩٨٦، ص٧-٨.

[٢] - نص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل بالمادة (١٤٦)على (٢- على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخساره فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا الاتفاق على خلاف ذلك) كذلك القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المادة (١٤٧)على (٢- ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواقع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخساره فادحة جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا الاتفاق على خلاف ذلك).

[٣] - د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الاولى، دار ئاراس للطباعة والنشر، اربيل، العراق ٢٠٠٦، ص ٢١٧-٢١٨.

منهما، فقد تكون الاحداث التي تؤدي إلى تفعيل العمل بنظرية الظروف الطارئة، هي ذاتها التي تدفع الدولة إلى اتخاذ أجراءات الحفاظ على الأمن الوطني، ولو كان الظرف هو أزمة اقتصادية غير متوقعة، نجد انها تعد ظرفاً طارئاً، موجب للتعديل بواسطة إعمال نظرية الظروف الطارئة، وقد يكون الظرف ذاته هو الدافع لإتخاذ البلد المضيف سلسلة إجراءات، في مواجهة الازمة لحمايةً أمنها الوطني، مما قد يؤثر في تنفيذ العقد الدَوُلِي المبرم على أراضيها.

إلا أن هذا الشبه لا ينفي أوجه الاختلاف بين الاثنين، إذ تختلف نظرية الظروف الطارئة عن الأمن الوطني، في عدة أمور: أولا: إن العمل باستثناء الأمن الوطني من قبل الدولة، لا يشترط الشروط الواجب توفرها للعمل بنظرية الظروف الطارئة، إذ يشترط للعمل بنظرية الظروف الطارئة –كما بينا– وقوع حادث استثنائي عام غير متوقع من أطراف العقد، على العكس في الأمن الوطني، فقد يكون التوقع هو دافع الدولة للعمل به، فاذا استشعرت الدولة المضيفة، سواء كانت طرف في العقد أم لا أنه يضر بأمنها الوطني، فأن الاجراءات التي تقوم بها لحماية ذلك الأمن، تتخذ من دون ان تتقيد بشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذ لا يعد الظرف الماس بالأمن الوطني دائماً، ظرفاً طارئاً بالنسبة للدولة، وثانياً: أن ما تتماز به نظرية الظروف الطارئة أنها لا تعفي المتعاقد من تنفيذ التزامه، فهو ملتزم بالاستمرار بالتنفيذ[1] على العكس من الظرف الماس الأمن بالوطني، الذي يؤدي في الغالب إلى إيقاف التنفيذ، كأن تتخذ الدولة إجراءٍ، يكون من الصعب معه الاستمرار بتنفيذ العقد مع المستثمر، فقد تشرع الدولة بالاستيلاء على المشروع، ونزع الملكية، أو اي إجراء يقف التنفيذ، ثالثاً: تختلف مهام نظرية الظروف الطارئة عن الأمن الوطني، بأن الاخير يُعمل به كتدبير إحترازي لحماية الأمن الوطني، بمختلف أبعاده بطريقة تؤدي إلى تأثر العقود الدَّولَّية المبرمة، بهذه الاجراءات بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، في ذلك البلد سواء كانت الدولة طرف فيها أم لا، في حين أن نظرية الظروف الطارئة تعّد تدبيراً علاجياً، ونظرية يعمل بها عند تحقق ظروف، بشروط معينة تؤثر في تنفيذ العقود، وتؤدي إلى إختلال توازنه.

---

[1]– د.علي علي سلمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٣، ص١٠٠.

٢-**القوة القاهرة:** تستمد فكرة القوة القاهرة في العقود الدَّولَّية، من إتفاق الأَطراف واحكام التحكيم التجاري الدولي، فقد تبنت الكثير من العقود الدَّولَّية نظرية القوة القاهرة، وحددت شروط تطبيقها والنتائج التي تترتب عليها، إذ نتج عن هذا الاتفاق فائدة لا يمكن إهمالها، فعندما يتفق الأَطراف على أن القوة القاهرة، لا ترتب مسؤولية تعاقدية عند عدم تنفيذ المدين التزامه، فهذا يجنب المتعاقدين الصعوبات التي تواجههم، أذا لم يكن القانون المطبق على العقد يعترف بفكرة القوة القاهرة، التي تبرئ المدين لاستحالة التنفيذ[١]، فتمثل هذه الاستحالة في إعفاء المدين من تعويض خسارة الطرف الاخر نتيجة عدم الوفاء بالالتزام، كذلك أن الاتفاق على أحكام القوة القاهرة جائز فهي ليست من النظام العام.[٢]

هناك العديد من المعاهدات الدَّولَّية أشارت إلى القوة القاهرة، بإعفائها للمدين من تنفيذ التزامه، ولعل أهمها، ما ذكرته المادة (٧٩) من إتفاقية "فينا" لبيوع التجارة الدَّولَّية لعام ١٩٨٠ "١- لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، أذا كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وإنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه"[٣]، ولكي يعمل بهذه المادة، هناك شروط معينة يجب توافرها وهي؛ أمكانية عدم التوقع واستحالة الدفع، فاذا كان الظرف يمكن توقعه يعّد الطرف مقصراً، في حال عدم قيامه بمراعاة الاحتياطات الضرورية لتلافي نتائج الظرف، وقد لا تتصور هذه الخاصية، إلا في الحوادث التي لم يسبق حدوثها، وبهذا المعنى قد يخرج الكثير من الوقائع من نطاق القوة القاهرة، كالزلازل، والبراكين، والحروب، لذلك فإن المقصود بهذا الشرط هو عدم توقع حدوث الفعل ثانيةً، أما الشرط الثاني وهو عدم المقدرة على الدفع فهو شرط يجعل إمكانية دفع الظرف مستحيلاً، وتكون هذه الاستحالة استحالة مطلقة سواء كانت مادية أم قانونية[٤]، إلا أن القوة القاهرة اليوم تتجه إلى

---

[١] – د. شريف غانم، المصدر السابق، ص ٢٧.

[٢] – د . محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثانية، بلا مطبعة، تونس، ١٩٩٧، ص ٣٠٢.

[٣] – اتفاقية الامم المتحدة بشان عقود البيع الدولي للبضائع، الامم المتحدة، نيويورك، ٢٠١١.

[٤]– تعرف الاستحالة المادية بأنها: وجود مانع ملموس يجعل من تنفيذ الالتزام غير ممكن الحدوث ويكون بسبب الحوادث الطبيعية كالزلازل والبراكين او الحروب وغيرها، اما الاستحالة القانونية فأنها ترجع إلى حكم القانون لا الطبيعة ويكون حكمها حكم الاستحالة المادية. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج١،مصدر

تحديث مفهومها على نطاق العقود الدولية، إذ يسعى المتعاقدان اليوم إلى تهذيب مفهوم القوة القاهرة، وذلك للتخفيف من آثارها في اطار من التعاون، فلم يعد مفهوم القوة القاهرة مقتصر على عدم تحمل تبعات الحدث، كما لم يعد أثرها ينصرف مباشرة إلى انهاء العقد، بل يتسع إعمالها امكانية التعديل وإعادة التفاوض.[١]

يشترك الأمن الوطني مع مفهوم القوة القاهرة بمفهومها الحديث، من أن كلاهما يؤدي إلى إيقاف تنفيذ العقد بصورة مؤقته، فعند حدوث القوة القاهرة فأنها تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، وتوقف المدين عن تنفيذ التزامه للاستحالة، كذلك الحال بالنسبة لتنفيذ إجراءات الأمن الوطني فهي تؤدي ايضاً إلى إيقاف التنفيذ للاستحالة – القانونية – كون الاجراءات المتخذة لحماية الأمن الوطني، تكون على قدر من الصرامة، وذلك لتعلقها بأمور تمس بسيادة الدولة، من ثم هي تصدر قرارات تجعل الاستمرار في تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة قانونية، لذلك يكون تنفيذ الالتزام الذي يمس بالأمن الوطني للدولة المضيفة غير ممكن.

ووجود الشبه بين الأمن الوطني والقوة القاهرة، لا ينفي الفوارق بين الاثنين، إذ أن إستثناء القوة القاهرة متى ما تحققت شروطه يعفي المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ العقد لتوفر السبب الأجنبي الذي يقطع العلاقة السببية[٢]، في حين ليس بالضرورة أن تؤدي اجراءات الأمن الوطني إلى إعفاء المدين من المسؤولية، ولاسيما أذا كانت الدولة طرفاً في العقد فهي رجحت مصلحة الدولة من دون أن يَتفق على الاعفاء من المسؤولية، فبعيداً عن مشروعية وعدم مشروعية الاجراء المتخذ من قبل الدولة، إذ لا يدخل ضمن سلطة المحكم ولا المحاكم الدَّولِّية إجبار الدولة عن التراجع عن قراراتها، ولو استند المستثمر في طلبه على بواعث حقيقية، ألا أن

سابق،ص٣٨٥.د. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، ٢٠٠٥، ص ٣٧٥.

[١]– د.يوسف بن القائد، تأثير جائحة كورونا على العقود الوطنية والدولية، بحث منشور في مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، عدد٤، ٢٠٢٠، ص٢٣٣.

[٢]– د.شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص٣٨.

ذلك لا يخلُ من التعويض المناسب كجزاء عن الضرر الناتج عن الاجراء المتخذ من دون النظر في أمر الشرعية.[١]

وأخيراً مما يجدر الاشارة إليه، ان ما تتخذه الدولة من إجراءات لحماية الأمن، قد يكيف من المحكم على أنها قوة قاهرة، عندما تم اللجوء لهذه الاجراءات في حالة الضرورة، ولا سيما أن لم تكن الدولة طرفاً مباشراً في العقد، فيكون ما تتخذه الدولة من إجراء، يعيق تنفيذ الالتزامات، راجع لسبب أجنبي عن طرفي العقد، فعلى سبيل المثال، ما تتخذه الدول اليوم في ظل تفشي جائحة كورونا، من إجراءات أحترازية للحد من انتشار الوباء، كالغلق فإنه يدخل ضمنَ البعد الصحي للأمن الوطني، ولما كانت جائحة كورونا تكييف فقهياً اليوم بانها قوة قاهرة[٢] فان كل ما يتخذ ضمن الجائحة يصنف كقوة قاهرة، إلا أن وحدة الاحداث المسببة للقوة القاهرة، والدافعة لاتخاذ إجراءات حماية الأمن الوطني، في بعض الاحيان لا ينفي الفارق بين الاثنين، فالأمن الوطني أوسع وأشمل، فهو يشمل مجموع أجراءات منها ذو طابع قانوني، ومنها صحي، أو اقتصادي، أو سياسي، جميعها قد تكون سبباً في انهاء أو فسخ العقد ان لم يتدخل المحكم في تعديله.

---

[١]– لما احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٨، ص٩٩.

[٢]– د. يوسف بن القائد، مصدر سابق، ص٢٢٨.

الفرع الثاني

تمييز الأمن الوطني عن وسائل حماية القيم العليا في الدولة

تسعى الدول إلى حماية القيم العليا في مجتمعها، من خلال التمسك ببعض القواعد، التي لا تتسامح بمخالفتها مراعاةً لتلك القيم، ويكون لها سلطة تقديرية في تحديدها، ويكون لها من منطلق السلطة ذاتها، الحق في فرض بعض القوانين، واللوائح التي تضمن سير عمل أجهزتها وقت الازمات، وسنميز هذه الوسائل عن الأمن الوطني وعلى النحو الآتي:

١-**النظام العام:** النظام العام من المفاهيم غير المتفق عليها بين الدول، على الرغم من استخدامه ضمن الكثير من المعاهدات الدَّولِّية، وأغلب التشريعات الوطنية، فهو مرتبط بالأسس الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية في كل دولة، لتعلقه بالمصالح العليا للمجتمع، وينتج عنه قواعد قانونية آمره لا يمكن مخالتها، إلا أن ليس كل قاعدة امره من النظام العام، مادامت لا تمس تلك المصالح أو أحدا منها[١]، وعرف النظام العام بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية، واجتماعية، واقتصادية تتعلق بنظام المجتمع، وتسمو على مصالح الافراد، الذين يتوجب عليهم مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها لتحقيق مصالحهم الفردية، لعدم جواز تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة.[٢]

وبذلك يكون الأثر القانوني المرتب على إعمال النظام العام في القانون الداخلي، بطلان التصرفات المخالفة له، أما في القانون الدولي الخاص، فيكون في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، أذ ما تعارضت أحكام القانون مع النظام العام في دولة القاضي، فضلاً عن ذلك أن مجال إعمال فكرة النظام العام تنحسر وتضيق في مجال العقود الدَّولِّية، على العكس من ذلك في القانون الوطني، فقد يتسع ليشمل الحالات كافة التي تخرج على القواعد القانونية الأمرة[٣]،

---

[١]-د. حمزة احمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الاول، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،٢٠٠٧، ص٣٨٥.

[٢]-هاني محمد حمزة، النظام القانوني الواجب الاعمال على العقود الادارة الدَّولِّية امام المحكم الدولي، ط١، منشورات الحلبي، بيروت- لبنان، ٢٠٠٨، ص١٠٢.

[٣]-محمد احمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية: نحو ايجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، الطبعة الاولى ، مطبعة الحامد، عمان الاردن ،٢٠١٣، ص١٤٦.

وهذا الأمر جعل النظام العام، يحد من حرية الأَطراف في اختيار القواعد القانونية، التي تطبق على علاقاتهم الدَّولِّية الخاصة، الأمر الذي يُظهر الحاجة لوجود معيارٍ للنظام العام الدَوُلِي، الذي يعتبر القاسم المشترك بين الدول، وهو مجموعة القواعد التي اقرت بوجودها الامم المتحضرة[١]، إذ ذُكر الكثير من الامثلة على ما يعد مخالفاً للنظام العام الدَوُلِي، كالعقود المتضمنة جرائم الاحتيال، والرشوة، وغسيل الاموال، والمتاجرة بالمخدرات والبشر والاسلحة غير المشروعة، وخاصة اسلحة النووية.[٢]

ويعد مصطلح النظام العام من المصطلحات التاريخية المستعملة لأمد طويل في القانون الدولي، لكنه قد أثار الكثير من الجدل في المجتمع الدولي حول مدلوله اللغة، فعلى سبيل المثال، القوانين الفرنسية ترى أن النظام العام يمثل السياسة العامة أي يعادل القانون العام، فضلاً عن أن مراجعة الاتفاقات المتعددة والثنائية، لا تقدم أي دليل على إعتماد تعريف مشترك له، أما في مجال العلاقات الدَّولِّية الخاصة، فإن مبادئ القانون الدولي الخاص، واستناداً إلى تفسير المعاهدات تشير إلى أن مفهوم النظام يحدد في ضوء النظام العام للدولة المضيفة، وهذا ما أتفق على الأخذ به في المحافل الدولية المختلفة، وفي المقابل فإن الأمن الوطني هو الآخر نجد له المفاهيم المختلفة عند تعريفه وتحديد الثوابت التي يسعى إلى حمايتها، وعلى الرغم من وجود تعاريف مختلفة الا أنه يستخدم للإشارة إلى حماية الامة ومواطنيها من مختلف التهديدات، وأن ممارسته تتعلق بإدارة المخاطر، والتنظيم الفعال في استخدام الوسائل كافة لمواجهتها من الدولة.[٣]

وبعد هذا الاستعراض الموجز للنظام العام، يتبين ان النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يشترك مع الأمن الوطني في أمور عدة: أولاً : من حيث الغاية إذ أن كلاهما يسعيان للمحافظة على كيان الدولة، ويحققان المصلحة العامة سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع ،ثانياً: من حيث المفهوم، فكلٌ منهما له مفهوم غير محدد ومتداخل، إذ يتميز الأمن الوطني بالتجدد والتنامي، بما يتناسب مع التغير المستمر، ويزيد من سعة مفهومه بين الحين والاخر، كذلك النظام العام الذي يتصف بأنه يختلف باختلاف الازمنة

---

[١] – هاني محمود حمزة، المصدر السابق، ص ١٠٥.

[٢] – د.حمزة احمد الحداد، المصدر السابق، ص ٣٩٠.

[3]–Nissan Tash and Catherine Gordon, previous source, p. 16.

والاماكن[١]، وهذا ما جعلهما غير محددين في المعنى، ثالثاً من حيث الأثر المترتب على مخالفة كلٍ منهما، فبالنسبة للنظام العام في مجال عقود القانون الدولي الخاص، يترتب على مخالفته إعادة النظر في القانون المخالف للنظام العام في بلد التنفيذ على اقل تقدير، وكذلك الأمن الوطني والتدابير التي تتخذ لحمايته تبيح للأطراف و لهيئات التحكيم مراجعة العقود والتعديل، واستبعاد ما من شأنه المساس بالأمن الوطني، كسعي لإنقاذ العقد من خطر الفسخ على فرض أن تنفيذ العقد أو جزء منه مهدداً للأمن الوطني.

إلا أن هذا التشابه لا ينفي أن هناك فرقاً بين الأثنين، وهو أن أثر النظام العام في مجال علاقات القانون الدولي الخاص، تتقبل فيه الدولة التسامح نوعاً ما، وبما يتناسب مع التوجه الدولي الجديد، الذي يحاول الحد من تأثير فكرة النظام العام على العقود الدولية[٢]، في حين أن إستثناء الأمن الوطني يتعلق بالتدابير المتخذة من الدولة المضيفة، في حالة الحرب، والازمات الاقتصادية، لذلك تكون الدولة أكثر صرامة فيما يتعلق بهذه الاجراءات، ولا تتقبل التسامح فيها، أضف إلى ذلك أن أي قرار يخالف الإجراء المتخذ منها لحماية الأمن الوطني، يكون غير قابل للتنفيذ والنقاش من السلطة التنفيذية في الدولة.[٣]

٢-قانون السلامة الوطنية: تعالج التشريعات الداخلية الأوضاع التي تمر بها الدول، من ظروف تهدد بقائها واستقرارها، واحدى تلك المعالجات هو قانون السلامة الوطنية، الذي يمنح السلطة التنفيذية في الدولة، تجاوز القوانين المعمول بها في الاوقات الاعتيادية، لمواجهة خطر حال وجسيم، فقد يكون هذا الخطر بسبب، وقوع حرب داخلية، أو اعتداء خارجي، أو كوارث طبيعية، أو انتشار وباء معين[٤]، فالغاية من هذا القانون، هو حماية شعب الدولة، في حال

---

[١]- د.عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص المصري- الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٥، ص٣٨٧.

[٢]- د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٢٩٥. د. اشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدَّولِّية، ط٢، دار النهضة العربية، ١٩٩٨،ص٢٢-٢٣.

[3]- UNITED NATIONS, supra note2, p. 146.

[٤] - فاضل جبير لفتة، علي حسين علي، الرقابة القضائية على حالة الطوارئ في امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم(١) لسنة ٢٠٠٤، مجلة القادسية للقانون العلوم السياسية، جامعة القادسية، العدد٢، المجلد السابع ،٢٠١٦، ص٣٠٢ .

تعرض حياتهم للخطر[١]، وقد حددت تلك الاخطار في المادة الأولى من قانون السلامة الوطنية العراقي رقم ٤لسنة١٩٦٥ –القديم–[٢] بحدوث غارة عدائية، أو إعلان، أو قيام حرب أو أي حالة تهدد في وقوع الحرب، أو حدوث وباء عام، أو كارثة عامة.

بموجب هذا القانون يمكن للدولة تقييد تحركات المواطنين ،والاجانب المقيمين على أرضها، وكذلك فرض القيود على حرية النقل والمواصلات البرية، والبحرية، والجوية، فضلاً عن أغلاق المحال العامة، والتجارية، واتخاذ التدابير العسكرية بشكل محدد وسريع[٣]، لذلك فإن الحالة التي تستدعي إعمال قانون السلامة الوطنية، ربما تتطور إلى إيقاف العمل بالمعاهدات والاتفاقات الدَّولِّية، لأن الظرف يحتم على الدولة، عدم مقدرتها بالإيفاء بالتزاماتها، لما تمر به من أزمات، فقانون السلامة الوطنية، وجد لمعالجة أي تهديد لكيان الدولة واستقرارها في ظل أزمة معينة، والظروف التي تستدعي العمل به، تكاد تكون مشابه للظروف التي تستدعي العمل بالأمن الوطني، من معالجة الاعتداء على سيادة وحدود الدولة، والارهاب، إلى مواجهة الزلازل والبراكين، ويظهر أن هناك تداخل في الموضوعات التي يعالجها كلٌ من السلامة الوطنية والأمن الوطني، فلهما نطاق واحد، فضلاً عن ذلك ان السلطة التنفيذية هي الجهة الوحيدة المخولة بالحفاظ على السلامة الوطنية والأمن الوطني، الأمر الذي دفع بعضهم إلى التعبير عنهما بمصطلح واحد، فعلى سبيل المثال ان ترجمة "veiligheid" في اللغة الهولندية تعني الأمن

---

[١]– فارس عبد الرحيم حاتم وسنان طالب عبد الشهيد، حالة الطوارئ بموجب امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ والرقابة القضائية عليه، جامعة الكوفة، العدد التاسع، ٢٠٠٨، ص١٧٩.

[٢]– صدر امر الدفاع عن السلامة الوطنية الجديد رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ والمنشور بجريدة الوقائع العراقية بعددها٣٩٨٧ لسنة ٢٠٠٤ ولم يتضمن مادة مماثلة للمادة المذكورة اعلاه.

[٣] – نصت المادة الثالثة من امر الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم(١) لسنة ٢٠٠٤ (يخول رئيس الوزراء في حالة الطوارئ وفي حدود منطقة اعلانها ..... أولا: بعد استحصال مذكرة قضائية للتوقيف او التفتيش الا في حالات ملحة للغاية توضع القيود على حركة المواطنين والاجانب الموجودين في العراق ..... خامسا فرض القيود على وسائل النقل البرية والمائية والجوية في مناطق محددة،.....سادسا: فرض قيود على المحال العامة التجارية والنوادي والجمعيات والشركات والمؤسسات والدوائر بحيث تحدد مواعيد فتحها وغلقها .....)

والسلامة، وتشمل مخاطر السلامة من الاوبئة والكوارث الطبيعية بشكل عام، في حين يرتب الأمن عندهم الحماية ضدَ أي نوع من التهديد الأمني[١] سواء كان انسانياً أو اقتصادياً.

إلا ان هذا التشابه بينَ الاثنين لا ينفي وجود فارقاً بينهما، إذ يعالج قانون السلامة الوطنية ظرفُ حالٌ متحقق، ينتج عنه تهديد لسلامة الدولة[٢]، في حين يعالج الأمن الوطني ظروفٌ محتملة الوقوع يهدد كيان الدولة، إضافة إلى أن حالات السلامة الوطنية لا توفر للدولة معالجة الازمات الاقتصادية، فهي تتشابه مع الأمن الوطني وفقَ التعريف التقليدي، في حين تعالج النظرة الحديثة للمفهوم الاخير أبعاد أخرى، لا يستطيع قانون السلامة الوطنية الوصول إليها، أو الكشف عنها، فالسلامة وأن كانت تحافظ على حياة الفرد، فالأمن الوطني يحافظ على الفرد والدولة في الوقت ذاته .

المطلب الثاني

نطاق الأمن الوطني كاستثناء في العقود الدولية

تُضمن الدول المضيفة للاستثمار العديد من الاستثناءات المتعلقة بالأمن الوطني، في معاهداتها الدَّولَّية بصورة مباشرة أو غير مباشرة، إذ تشير الاتفاقيات إلى استثناءات واسعة النطاق تسعى من خلالها لإعطاء سلطة تقديرية واسعة للدولة المضيفة، في تفسير ما يعد تهديداً لأمنها الوطني من عدمه، فتكون الدولة هي صاحبة القرار الوحيد في تفسير مهددات الأمن الوطني، فضلاً عن تحديد الاجراءات والتدابير التي يجب اتخاذها في مواجهة هذا التهديد، تكون بالاستناد إلى شرط يدرج ضمن الاتفاقية أو العقد المبرم بينهما، لأن وضع تلك الشروط يكون بهدف تطبيق استثناء الأمن الوطني من قبل الدولة المضيفة، وأتفاق الأَطراف يعكس مدى السلطة التقديرية الممنوحة للدولة المضيفة والتي ترغب الاحتفاظ بها لمواجهة الظروف الماسة بأمنها الوطني، الأمر الذي يجعل القائمين على تلك العقود الاتفاق على نطاق إعمال الاستثناء على نحو يوفر لهم الحماية الكاملة في مواجهة الازمات التي تعصف بعقدهم، وتنظيم هذا الاستثناء يكون بطريقتين لا ثالث لهما: الأولى تكون بإعطاء الدولة الحرية الكاملة والسلطة

---

(1)– Retter, Eric J. Frinking, Stijn Hoorens, Alice Lynch, Fook Nederveen,supra note1, P. 23.

(٢)– فارس عبد الرحيم حاتم وسنان طالب عبد الشهيد، مصدر سابق، ص١٧٨.

التقديرية الواسعة، بالاستفادة من اتفاقهم لاتخاذ التدابير التي تراها ضرورية، وتتجنب سرد المهددات التي بموجبها يتخذ اجراء حماية الأمن الوطني، وهو ما يسمى بالنهج الواسع، أما الطريقة الثانية، تكون بالعكس تماما أذ يضع الأَطراف مهددات الأمن الوطني على سبيل الحصر وهو ما يسمى بالنهج الضيق[١]، لذلك سوف نبحث هذين النهجين في مطلبين منفصلين وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول

الاستثناءات الواسعة للأمن الوطني

إن منح سلطة تقديرية للأطراف في تحديد استثناء الأمن الوطني له أهميته، فالعقود الدَّولَّية يحكمها بنود العقد، فالغالب الاعم لتلك العقود أن تكون محكومة بإرادة الأَطراف، إذ تعد هي المرجع عند تضمين العقد الشروط والاستثناءات التي يرتضونها وهو أمر مسلما به، إلا أن النزاع يثور في هذا الفرض حول مدى ضرورة العمل بالاستثناء المتفق عليه، لرد التهديد وهل كان هناك تهديد للأمن الوطني أم لا؟ فبموجب هذا الاستثناء يتفق على منح السلطة التقديرية لمواجهة تهديد الأمن الوطني من دون ذكر المهددات مع الإشارة أحياناً إلى إمكانية المراجعة القضائية.

أولاً: من خلال أتفاق الأَطراف المتعاقدة

يمنح الاتفاق على شرط استثناء الأمن الوطني الدولة المضيفة سلطة واسعة لحماية ذلك الأمن، فمتى ما تضمن العقد شرطاً من هذا النوع، فإنه بمجرد الشعور بأي تهديد يمس الأمن الوطني، تكون الدولة حرة في أختيار الوسيلة التي تراها مناسبة لمواجهة هذا التهديد، وهذا ما يمنح الدولة المضيفة الحق في تقرير مدى خطورة التهديد للأمن الوطني، فضلاً عن تحديد الاجراء القانوني لمواجهته وحماية أمنها[٢]، وجرى العمل على إتخاذ استثناء الأمن الوطني بشكل صريح نتيجة المخاوف المتعلقة بهِ، وذكر الاستثناء بصورة مكتوبة في العقد، كما أن ذكر الاستثناء سيمنح الدولة الغطاء الشرعي للأجراء المتخذ، إضافة إلى أن طبيعة هذه الاستثناءات

---

(1)–UNITED NATIONS, supra note2, p. 71–72.

(2)– UNITED NATIONS, supra note2,p146.

تختلف من عقد إلى آخر ما دام مصدرها الإرادة، لذلك لا يَتخذ الاتفاق شكلا معيناً ضمن العقد ولا توجد صيغة محددة للتعبير عنه، فقد يكون بموجب اتفاقية بين دولتين في مجال الاستثمار، فهو يحدد بحسب الاتفاق.[١]

ومن الأمثلة على هذه الاتفاقات، الاتفاقية المعقودة بين المجر والهند في عام ٢٠٠٣، التي اعطت الحق للدولة المضيفة في حالات تهديد الأمن الوطني والظروف الطارئة أن تتخذ ما تراه مناسباً بهذا الشأن وتطبق قوانينها الوطنية بشرط عدم التمييز بين المستثمرين، إذ جاءَ في المادة (١٢) من هذه الاتفاقية بالقول "١-مالم ينص على خلاف هذا الاتفاق، يجب أن تحكم جميع الاستثمارات من قبل القوانين المطبقة في إقليم الطرف المتعاقد الذي يصدر الاستثمار ٢- بصرف النظر عن الفقرة ١من هذه المادة لا يوجد شيء في هذه الاتفاقية يمنع الدولة المضيفة من اتخاذ أجراء من إجل حماية مصالح الأمنية الاساسية أو في الظروف الطوارئ القصوى وفقاً لقوانينها أو بتطبيقها بشكل معقول وعلى أساس عدم التمييز "[٢]، يلاحظ أن الاتفاقية ألمذكورة أعطت الدول المطبقة لها سلطة تقديرية واسعة في مجال تحديد الوسيلة، أو التصرف القانوني الذي تراهُ مناسباً من اجل مواجهة التهديد الأمني.

إلا أن منح هكذا سلطة للبلد المضيف قد يشعر المستثمرين الأجانب بعدم الارتياح، وهو مالم يلقى قبولاً من الجميع، فقد عبرت اللجنة التحضيرية في اثناء أعمالها في جينيف بخصوص تفسير المادة ٢١ من معاهدة الجات التي جاء فيها: " ليس في هذه الاتفاقية ما يمكن تفسيره أ- مطالبة أي طرف في تقديم أي معلومات يراد الافصاح عنها خلافاً للمصالح الأمنية الاساسية، ب- منع أي طرف متعاقد من أتخاذ اي إجراء يعتبره مخالفاً للمصالح الأمنية الاساسية "، إذ ترى اللجنة أن وضع الاستثناء بصورة واسعة يمثل خطراً كبيراً، لإمكانية شمول أي ظرف ضمن هذا الاستثناء وأن لم يُعد خطراً حقيقياً على الأمن الوطني، وإن من المستحسن صياغة الاحكام التي من شأنها رعاية المصالح الأمنية الاساسية وجعلها محددة بقدر المستطاع، للحد من أعتماد

---

(1)-Susan Rose Ackerman and Benjamin Bella, Treaties and Exceptions for National Security, research published at Yale University Law School, 2007.

(2)-Little Katia Yanaka, An International Investment Perspective: Freedom to Invest in a Changing World, Part One, (Chapter 5 Basic Security Interests under International Investment Law, OECD 2007), p. 22.

الحمائية على الصناعات تحت كل ظرف، وفي الوقت ذاته عدم جعل هذه الاستثناءات ضيقة إلى حد اقتصارها على الاسباب الأمنية، وأعتماد ما يسمى بمبدأ الحكم الذاتي، بإن يكون هناك تقدير سليم للدولة المضيفة، فيما إذا كانت الظروف الواقعية تفي بتفعيل استثناء الأمن الوطني أم لا، فقد جاء في مشروع جنيف عام (١٩٤٧) تحت استثناء الأمن "يجوز للأعضاء القيام بكل ما يعتقدون أنه ضروري لحماية مصالحهم الأمنية المتعلقة بالمواد الذرية والاتجار بالسلاح وقت الحرب ".[١]

ونتيجة لذلك فإن أتفاق الأَطراف على استثناء الأمن الوطني له جانبان سلبي وايجابي، أما الجانب السلبي فيتمثل بالتأثير على حماية الاستثمار الأجنبي، إذ أن التوسع في السلطة التقديرية للدولة المضيفة تحد من الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، فتوسيع الاستثناء قد يخلق نوعاً من عدم الاستقرار والقدرة على التنبؤ، وتكون ثماره الحد من تشجيع الاستثمار في العقود الدولية، أما الجانب الايجابي فإن الاستثناء يوفر أكبر مرونة للدولة المضيفة في السعي لتحقيق أهدافها المشروعة، في حالة الازمة الاقتصادية، أو ما يتعلق بحماية الصناعات المهمة، أو أي ظروف اخرى ماسة بالأمن الوطني، خصوصاً وأن تدابير الدولة قد تكون وقائية أكثر من كونها علاجية، ويكفي أن تثبت الدولة أن الظرف يتعلق بأمنها الوطني، بعدها تكون الدولة حرة في اختيار الاجراء القانوني المناسب للرد على التهديد.[٢]

ثانياً: تضمين الأَطراف المتعاقدة شرط المراجعة القضائية

يضع الأَطراف في عقودهم الدَّولَّية أتفاق يبيح للدولة المضيفة مواجهة التهديدات التي تمس الأمن الوطني، بشرط خضوعها إلى المراجعة، ففي هذه الحالة على الدولة المضيفة أن تثبت أن الاجراءات المتخذة منها كانت ضرورية وملاءمة للرد على التهديد، وحققت الغاية من الاجراء، فضلاً عن التحقق من أن السلوك المتخذ كان معقولا ومتناسباً مع التهديد ولم يكن لدى الدولة غاية النكوث عن التزاماتها التعاقدية، ويكون لهيئة التحكيم التحقق[٣] من القيود المفروضة

---

(1) – Roger F. Alford, the self–governing WTO security exception, Notre Dame Law School, 2011.

بحث منشور على الموقعscholarship.law.nd.ed // https تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٧/١٦ الساعة ٨: ٠٠م.

(2) – UNITED NATIONS, supra note2, p125.

(3) – UNITED NATIONS, supra note2,p 128.

على الاستثمار في مواجهة خطورة التهديد الذي يمس الأمن الوطني، ومن شأن هذا الشرط أن يحقق الموازنة بين السيادة، والالتزامات التعاقدية، ويكون معيار الضبط المناسب لعلاقات التجارة الدولية، فهو يحد من السلطة التعسفية للدولة المضيفة، ويعترف بإن الدوافع من الاجراءات المتخذة قد تكون غير صحيحة ولا تهدف لحماية الأمن الوطني، وأن الدولة استغلت غموض مصطلح الأمن الوطني، كذريعة لإضفاء مشروعية على تصرفاتها.[١]

فمثلا إذا قامت الدولة المضيفة بحظر الاستثمار الأجنبي في قطاع معين فان شرط المراجعة يعطي لهيئة التحكيم الحق لتحديد فيما إذا كانت هذه الوسيلة هي الحد الأدنى للسيطرة على تهديد الأمن الوطني، وتحقيق الحماية الكافية له، ولها أن تقرر إذا كان الاجراء مبالغاً فيه ولا يوجد تهديدٌ حقيقي للأمن الوطني، خاصة إذا كانت الدولة المضيفة في حالة أزمة اقتصادية، ويمكن معالجتها من دون الركون إلى تقييد الاستثمار الأجنبي، وهو بذلك يحد من سلطة الدولة المضيفة في ممارسة الحق السيادي، فضلاً عن ذلك أن شرط المراجعة سوف يمنح هيئة التحكيم سلطة تقرير ما هو حق أو واجب للدولة المضيفة، لذلك فإن مصير العقد الدولي سيكون بيد هيئة التحكيم، وسيكون قرارها ملزماً لأطراف النزاع.[٢]

---

(1) – Joel Slutsky, Excluding National Security in Foreign Direct Investment and Trade between the United States and China: Lessons from the Delaware Corporate Law, Chinese Journal of Comparative Law, Volume 6, Issue 2, [2018]p. 256.

بحث منشور على مواقع الانترنت بالرابط <https://doi. > org تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٧/١٧ الساعة ٩:٠٠ص.

(2)–UNITED NATIONS، supra note2, p. 128.

الفرع الثاني

الاستثناءات الضيقة للأمن الوطني

قد يتفق الأَطراف على جعل إستثناء الأمن الوطني في أضيق صوره للحد من السلطة التقديرية للدولة المضيفة، وطمأنة المستثمر الأجنبي، وذلك بقتصر تطبيق الاستثناء في جانب معين، تستشعر الدولة أنه قد يمس بأمنها الوطني، كتحديد الاستثناء على تأسيس بعض الشركات في الدولة المضيفة مثلاً، إذ تمنح إتفاقيات الاستثمار الدَّولِّية للمستثمر الأجنبي الحق في إنشاء الشركات والوكالات والفروع لكن هذا الحق ليس مطلقا، فقد تضع الدولة المضيفة شرط أن يكون الانشاء خاضعا لقوانينها وأنظمتها، فيوفر هذا الشرط للدولة تدقيق الاستثمارات الواردة وقبولها، أو رفضها للأسباب تتعلق بالأمن الوطني، وقد تضع الدولة المضيفة أستثناءً أمنياً معين يوجب على المستثمر أحترامه، وهو ما يأخذ بالاعتبار حقيقة ما اذا كان الاستثمار الأجنبي يسبب مشاكل تهدد الأمن الوطني، إذ أن اغلب المشاكل التي تواجه الأمن الوطني تتعلق في عدم قبول الدولة المضيفة التوسع في بعض الاستثمارات، وهناك من يرى أن هذا الحق قد يمس شفافية البلد المضيف في تعاملها مع المستثمر، فقد تمنع المستثمر من الوصول إلى معلومات معينة ترى ان الاطلاع عليها يشكل تهديداً للأمن الوطني.[١]

والذي يُلاحظ أن التشديد في استثناء الأمن الوطني واتباع النهج الضيق، وإن كان الغاية منه طمأنت المستثمر، من خلال حصر الشرط في أضيق صوره، من أجل توفير حماية للاستثمار، لكن هذه المحاولة تتعين على الأَطراف المتعاقدة، أن تبذل فيها المزيد من الجهد في تفحص القطاعات التي تعدّ مهددة للأمن الوطني واستثنائها، لأن أتفاق الدولة على أستثناءات محددة، لا يجيز لها بعد ذلك تعديل الاستثناء المتفق عليه، وسَتجد صعوبة من دون أدنى شك في التعامل مع أي مهددات جَديدة قد تطرأ، وخاصة أذا تعرضت الدولة للازمات التي تمس أمنها الوطني، وليس للمستثمر دخل فيها، وعليه ليس منَ الصواب أنتهاج هذا الاسلوب فيما يتعلق بالاستثناءات وتضمينه التزاماتهم التعاقدية، والأصح تقييد إعمال استثناء الأمن الوطني عند مواجهة تهديد معين مع مراعاة حسن النية من دون أن يكون هناك ذكر لهذه المهددات.

---

(1) – UNITED NATIONS, supra note2, p 130.

كذلك من صور استثناءات الأمن الوطني وفقاً للنهج الضيق، تضمين العقد شرطاً يقضي بنزع الملكية، عندما يكون هناك تهديد للأمن الوطني مع تنظيم الامور المتعلقة بالتعويض عن الخسائر الناتجة عن تطبيق هذا الاستثناء، إذ يسمح للأطراف المتعاقدة القيام بالإجراءات والتدابير التي تضمن عدم تهديد الأمن الوطني في المقابل يقدم- التعويض- للمستثمر الأجنبي الضمانات المهمة التي يجب على الدولة المضيفة إحترامها تحت أي ظرف، كما في معاهدة ميثاق الطاقة[١]، إذ يحقق هذا الشرط التوازن بين المصالح المتعلقة بالأمن الوطني، وحماية المستثمر الأجنبي، من خلال طمأنة المستثمر بأنه سيعوض عن نزع ملكيته، في حال قررت الدولة المضيفة ان القطاع المستثمر ذو اهمية استراتيجية، ويجب أن يكون تحت السيطرة الوطنية، وكون الاستثمار فيه بات يهدد الأمن الوطني، وبالمقابل، أن إهمال هذا الشرط وعدم الالتزام به سوف يجعل من الدولة المضيفة طاردة للاستثمار.[٢]

واخيراً سواء اتفق الأَطراف على إدراج شرط استثناء الأمن الوطني وفقاً للاتجاه الموسع أو الضيق ينبغي مراعاة مبدأ حسن النية، عند إدراج الشرط وتنفيذه، فمبدأ حسن النية هو المعيار المناسب الذي يعتمد في الاستثناءات الأمنية، إذ يركن له لمعرفة فيما إذا كان الاجراء المتخذ لحماية الأمن الوطني مقبولاً[٣]، فضلاً عن عدم تعرض الدولة للمسؤولية باعدها متعسفة في حقها.[٤]

---

[١] – معاهدة ميثاق الطاقة (E C T) هو اتفاق متعدد الاطراف تم التوقيع عليه في ديسمبر ١٩٩٤ودخل حيز التنفيذ في ١٦ابريل ١٩٩٨حيث اوجد اطار متعدد الاطراف للتعاون في مجال الطاقة على امدى الطويل بين الاعضاء .نشرت بالرابط :

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/١٨ الساعة ٧:٠٠م . https://www.international-arbitration-attorney.com

[2] – UNITED NATIONS, supra note2, p 132.

[3]– Joel Slutsky, supra note2, p. 30.

[4]– Brandon J. Morrill, "National Security Exemption" and the World Trade Organization, prepared for members and congressional committees the legal (sidebar, November 28, 2018), p. 4.

فعلى سبيل المثال وبحسب المادة ٣٠٠ من اتفاقية الامم المتحدة للبحار فقد رفعت الولايات المتحدة التعريفة الجمركية على واردات الصلب والالمنيوم فيجب عليها وبالاستناد للمادة اعلاه ان تثبت للمحكمة انها اعتمدت تدابير القسم ٢٣٢ بحسن نية لأسباب تتعلق بالأمن الوطني بدلا من التحايل على التزاماتها التعاقدية.

Brandon J. Morrill, "National Security Exemption" and the World Trade Organization,

وقد نصت العديد من الاتفاقات الثنائية على هذا المبدأ- حسن النية- عند النص على استثناءات الأمن الوطني، فقد جاء في المادة (١٢) من إتفاقية الهند وجمهورية التشيك على أن " أحكام الاتفاقية لا تسري باي حال من الاحوال، فيما يتعلق في الحد من حق الأَطراف المتعاقدة في حالة الطوارئ القصوى، لأتخاذ الاجراءات اللازمة وفقاً إلى قوانينها المتبعة بحسن نية، وعلى أساس غير تمييزي، وبالقدر والمدة الكافية لحماية مصالحها الأمنية الاساسية، أو للوقاية من الأمراض".[١]

ويلاحظ من النص السابق أنه أعطى الحق للدولة، بإتخاذ الاجراءات اللازمة لحماية الأمن الوطني (المصالح الأمنية الاساسية والأمراض)، إلا أنه قيد هذا الحق بقيود استخدامه في حالات الضرورة القصوى مع مراعاة حسن النية وعدم التمييز.

وأخيراً، أذا كان من الممكن تضمين العقود الدولية-كما لوحظ مُسبقاً- لشرط ينظم استثناء الأمن الوطني بأسلوبين أحدها واسع والآخر ضيق، فإن ذلك يقودنا إلى سؤال مهم مفاده: ما الحكم لو خلا العقد من هكذا شروط؟ هل يكون للمحكم تعديل العقد؟ إن الاجابة على هذا السؤال يفرض علينا ألأخذ بطبيعة هذه العقود من طول مدة التنفيذ، والقيمة المالية لهذه العقود، وأن يكون الرد ايجابياً كون وجود دول نامية في الغالب تتعامل بهذه العقود، وتكون تحت تأثير ظروف سياسية، واجتماعية، واقتصادية تدفعها إلى التحرز في حماية أمنها الوطني، وفي حال نشوء نزاع بهذا الخصوص، يمكن اللجوء إلى هيئات التحكيم لإعادة النظر في ما تركه إجراء الأمن الوطني من تأثير سلبي على الروابط العقدية.

ونخلص مما سبق مناقشته في هذا المبحث أن الأمن الوطني مفهوم يتداخل مع إساليب أخرى معروفة على المستوين الوطني والدولي، تُعنى بحل مسألة تغير الظروف في أثناء تنفيذ العقد الذي تغلب عليه سمة طول المدة، وهي نظرية الظروف الطارئة، والقوة القاهرة، إلا أن الأمن الوطني يبقى ذو طابع مختلف، لتعلق إجراءاته بحماية الدولة، الأمر الذي يجعل طرحه

---

prepared for members and congressional committees the legal sidebar, November 28, 2018.

(1)– Little Katia Yanaka, supra note1, p. 23. Treaty was concluded. India – Czech Republic in Prague, October 11, 1996 and entered into force February 6, 1998.

مختلفاً نوعاً ما والخصومات المثارة بشأنه أكثر حساسية، كذلك تبين لنا أن هذا الاستثناء مختلف عن الأساليب التي تعتمدها الدولة للحفاظ على القيم العليا، ومنح السلطة التقديرية للهيئة التنفيذية في مواجهة الازمات الطارئة، بأن استثناء الأمن الوطني أوسع وأشمل من حيث المهددات ونطاق إعماله، أما مسألة تضمين العقود الدَّولِّية بهذا الاستثناء، فهو أمر وارد إلا أن عدم وجوده لا يعني سلب الدولة حق اتخاذ ما تراه مناسباً لحماية أمنها الوطني، ويبقى تعامل هيئات التحكيم مع هذا الشأن يختلف بحسب وجود هذا الشرط من عدمه.

بإختصار أن فكرة الأمن الوطني تستهدف في المقام الأول حماية المصالح الأساسية في الدولة، بوصفها أهم وظيفة تمارسها الدولة، وباختلاف الاتجاهات التي حاولت تحديد مفهوم الأمن الوطني، فأن كلها ابرزت لنا هذا الغاية،- وفي مجال بحثنا -لاحظنا أن الاتجاه الحديث الذي يأخذ بالاتجاه الواسع هو الغالب، فلم يعد يُنظر للأمن الوطني على أنه غياب التهديدات العسكرية فحسب، بل صار يفهم بمعنى أوسع وعلى أصعده مختلفة، إبرزها الأمنية، والاقتصادية، والصحية، وفي سبيل الحفاظ على الأمن الوطني تتخذ الدولة سلسلة من الإجراءات التي تعدها تدبير احترازي لتوقع تعرض أمنها للخطر، ويكون لها بعد قانوني يرتبط بتنفيذ العقود الدَّولِّية على أراضيها، فالعديد من النزاعات تنشأ على خلفية التدابير المتخذة من قبل الدولة المضيفة، التي ترى أنها ضرورية لحماية امنها، وقد يلجأ أطراف العقد إلى تنظيم هذا الاستثناء ببند عقدي يعالج تنظيمه، ولاحظنا أن الغرض من هكذا شروط هو، تحديد المقصود بالأمن الوطني، من وجهة نظر الدولة المتمسكة به وتحديد ما يندرج ضمنه، ويبقى غياب أو وجود الاتفاق يؤثر على حدود سلطة المحكم في التعامل مع هذا الاستثناء، وعلى الوجه الذي سنتناول تفصيله عند البحث في حدود سلطة المحكم فيما يتعلق باستثناء الأمن الوطني.

الفصل الثاني

البنية القانونية لسلطة المحكم في تعديل العقد الدولي نتيجة للظروف الماسة بالأمن الوطني

الفصل الثاني

البنية القانونية لسلطة المحكم في تعديل العقد الدولي نتيجة للظروف الماسة بالأمن الوطني

إن مسألة إحالة الخلاف الناشئ من العقود الدَّولَّية إلى التحكيم التجاري الدولي، تعد من المسائل المهمة التي تبرز دور التحكيم التجاري في مجال علاقات التجارة الدولية، ليصبح الوسيلة الامثل[١]التي يلجأ إليها الأَطراف لحل المنازعات الناجمة عن تلك التجارة متفوقاً بذلك على القضاء العادي، فلا تخلو العقود الدَّولَّية اليوم من شرط التحكيم[٢]وحتى في حال عدم ذكر الأَطراف له، فإنه يصار إلى الاتفاق عليه بشكل لاحق في حال حدوث النزاع[٣]، وللتحكيم مرونة تسمح للأطراف بتشكيله على النحو المناسب لهم، وإعطاءهم الحرية في اختيار المحكم الذي يتولى حل النزاع، فالمحكم هو المحور الرئيس الذي تدور حوله مسألة حل النزاع، وبقدر المهارة التي يتمتع بها المحكم تكون صحة الاجراءات التحكيمية، وسلامة حكمه، وقابليته للتنفيذ، فحسن أداء المحكم لمهنته تبقى رهناً بشخصه و ما يتمتع به من مؤهلات وخبره، فاختيار الأَطراف للتحكيم كوسيلة لفض النزاع بينهم نابع من اعتقادهم بانه الوسيلة الامثل للحصول على معاملة

---

(١) – لما يمتاز به التحكيم من مميزات تتمثل بالسرية والسرعة والمرونة والحياد. لتفصيل اكثر انظر د.حمزة حداد، الاطار العام لتحكيم التجاري، المعهد العربي للتحكيم والتسوية البديلة، مركز القانون والتحكيم، عمان الاردن، بلا صفحة. د.محمود عبد الرحيم الديب ،الطبيعة القانونية للاتفاق التحكيمي ص ٢٥١-٢٥٢. منشور بالرابط تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢ الساعة ١٠:٠٠م https://qspace.qu.edu.qa.د.جعفر كاظم جبر، اهمية ودور التحكيم التجاري الدولي في الحياة الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين العدد١ ،٢٠٠٨، الصفحات ٢١٦-٢٣٨، بلا صفحة.بالرابط:https://www.iasj.net.تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢ الساعة ٨:٠٠م .

(٢) –عصام رجب بيوض التميمي، التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامة التجارية، دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٨،ص٢٠.

(٣) – والذي يعرف بمشارطة التحكيم الذي يقصد به اتفاق اطراف على احالة النزاع على التحكيم بعد حدوثه ويكون في حالة خلو العقد الدولي من شرط التحكيم، لتفصل اكثر بنظر د. محمود عارف ارحيل الكفارنه، النظام القانوني للتحكيم التجاري في ظل القانونين المصري والاردني، الطبعة الاولى، دار الكتاب الثقافي، اربد – الاردن،٢٠١٩، ص ٥٨. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المجلد الاول، بلا سنة طبع، دار الفكر العربي، مصر،١٩٩٠،ص١٣٩د سمية عبد الصدوق ،اجراءات التحكيم في العقود الادارية، بحث مقدم في المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم ، الملتقى العلمي الثالث، الجزائر، ص١٢٨.

عادلة، وبأسلوب مختص، ومستوى أخلاقي وفني رفيع في ادارت إجراءات حل النزاع[1]، وإذا كان للمحكم مساحة معقولة من الحرية للوصول للحكم العادل دون تقيد بنظام قانوني داخلي يكبله، فإن هذه الحرية تنعكس على السلطة التي يتمتع بها في المسائل التفصيلية لحل النزاع، بدءاً من المسائل التمهيدية وأنتهاء بمراعاةِ خصوصية موضوع النزاع تمهيداً لحله، ويبقى السؤال هنا ما هي حدود هذه السلطة في المسائل التمهيدية؟

إن تأثر العقد الدولي بالظرف الماسة بالأمن الوطني – مجال بحثنا – يعطي النزاع حساسية أكثر، كونه يرتبط بإجراءات تُتخذ في الدولة المضيفة، التي ترتبط بمناخ تشريعي، وسياسي، واجتماعي يدفعها لاتخاذ إجراءات من منطلق سلطتها السيادية، وما لهذا من تأثير على تنفيذ هذه العقود، أو حتى قرار التحكيم الصادر بشأنها، وإذا ما تتبعنا خطوات المحكم في تعديل العقد المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني، فإن ذلك يقودنا للبحث في البنية القانونية لسلطته، والتي تشمل الاساس القانوني لسلطة المحكم، وأثر تحديد الطبيعة القانونية لتلك السلطة على تعديل العقد الدَوُلِي، وتحديد مجال سلطته في حل النزاع المتعلق بالأمن الوطني، فهي مسائلة على قدر من الأهمية لا تقل عن أهمية سلطة المحكم في تعديل العقد، لتأثيرها المباشر على الحكم الصادر من المحكم والسعي إلى خلق توازن بين تحرر التحكيم من هيمنة القوانين الوطنية من جهة، وضمان تنفيذ حكمه في دولة تنفيذ العقد من جهة أخرى، وصولاً إلى هدفٍ أسمى ألا وهو محاولة إنقاذ العقد الدولي وما يحمله من قيمة من خطر الفسخ؛ بسبب تغير الظروف الماسة بالأمن الوطني، فما أثر سلطة المحكم على خصوصية النزاع المتعلق بالأمن الوطني؟

ولأجل ذلك كله سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتكلم في المبحث الاول عن مضمون سلطة المحكم والذي نحاول التطرق به إلى طبيعة هذه السلطة وأساسها فيما نحيل الكلام عن حدود هذه السلطة إلى المبحث الثاني من هذا الفصل.

---

[1] – عبد القادر سرحاني، محمد مزاولي، التكيف القانوني لطبيعة عمل المحكم في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الدفاتر السياسة والقانون، جامعة احمد دراية، العدد٢، لسنة ٢٠٢٠بالصفحات ١٣٨-١٥٥،ادرار الجزائر ،ص١٤٨.

المبحث الاول

مضمون سلطة المحكم في تعديل العقد الدُوَلِي

إن ما يقصد بمضمون سلطة المحكم، هو الكشف عن القاعدة والغطاء الشرعي الذي يستند إليه المحكم في نظر النزاع، على النحو الذي يمكننا بعدَ ذلك من مِعرفة حدود سلطتهِ في حل النزاع المتعلق بالأمن الوطني، والبحث في سلطة المحكم وحدودها يستلزم منا بيان الاساس القانوني لسلطته في تعديل العقد المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني، فضلاً عن معرفة دور الارادة في رسم تلك الحدود، كذلك التعرف على الطبيعة القانونية لسلطة المحكم، وماهو أثر تلك الطبيعة بحسم النزاع المتأثر بالأمن الوطني، ولذلك سنتصدى في هذا المبحث لدراسة كلٌ من الطبيعة والاساس القانوني لسلطة المحكم، وذلك بتقسيم المبحث على مطلبين: الأول اساس سلطة المحكم في تعديل العقد المتأثر بالأمن الوطني، أما الثاني فيكون لأثر تحديد الطبيعة القانونية على سلطة المحكم بتعديل العقد الدولي.

المطلب الاول

اساس سلطة المحكم في تعديل العقد المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني

إن أساس سلطة المحكم تنبع من أتفاق الأَطراف المتعاقدة في العقد الرئيس، وما جاء في العقد التحكيمي–أو وثيقة التحكيم– في الانظمة التي تلزم الأَطراف التوقيع عليها لبدء إجراءات التحكيم، كما هو الحال في النظام المتبع عند غرفة التجارة الدولية[1]، إلا أن تأثير هذا الاتفاق على التحكيم يختلف بمدى تدخل الارادة في تنظيمه، فقد يكون اتفاقاً تفصيلاً أو احالة النزاع على مركز تحكيمي، الأمر الذي قادنا إلى محاولة بيان الاساس الاتفاقي للتحكيم – يجسده التحكيم الحر بوضوح – بعده المرتكز الأول والأهم، والاساس التنظيمي – يجسده التحكيم المؤسسي– وسنتناولهما تبعاً لبيان مدى تأثير تدخل الارادة على تنظيم التحكيم، وما هو أنعكاسه على حل النزاع المتعلق بالأمن الوطني وعلى فرعين وعلى النحو الآتي:

---

[1] – د.عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم –التحكيم الدولي– الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة منقحة ومحدثة ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ،٢٠٠٨، ص٣٥٧. كما جاء في المادة(٢٦٦) من قانون المرافعات العراقي (يفصل المحكمون في النزاع على أساس عقد التحكيم وشروطه.....)

الفرع الاول

الاساس الاتفاقي لسلطة المحكم في تعديل العقد المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني

يَخضع أتفاق التحكيم إلى الشكل والاساس الذي تخضع له العقود كافة [١]، فانطلاقاً من القواعد العامة في القانون، فإن اتفاق التحكيم شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر[٢] يخضع للقواعد العامة الواردة في باب أبرام العقود المدنية والمتمثلة بالرضا والمحل والسبب، ويَخضع للشروط القانونية كافة التي يَلزم توفرها في العقد، وهو ما يبرز أثره في القيمة القانونية للقرار الذي يصدره المحكم، فكلاهما يندرجان تحت مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وعليه فإن الإرادة سواء أكانت صريحة أو ضمنية هي أساس القوة الملزمة لقواعد التحكيم[٣]، فيقوم الأَطراف بإفراغ إرادتهم في اتفاق التحكيم، إذ يرتضيان النهج الذي يتم من خلاله الوصول إلى حل النزاع، فهذا الاتفاق يعد دستور المحكم ومصدر سلطته وهو المانع من نظر القضاء الوطني، فالتحكيم وسيلة تتميز عن غيرها في أسلوب تحقيق العدالة القضائية، كما يمنح الخصوم التحرر من الاجراءات كافة [٤]، ومن منطلق هذا الاتفاق يمارس المحكم صلاحياته، ويرسم الاتفاق المسار الذي ستسير فيه العملية التحكيمية، ولا يقف آثر هذا الاتفاق على رسم المسار فحسب بل يمتد إلى أبعد من ذلك،

---

[١] – من القوانين التي نصت على ذلك قانون المرافعات العراقي المادة (٢٥٢) جاء فيها: (لايثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة ويجوز الاتفاق عليه اثناء المرافعة ...)، المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤المعدل التي جاء فيها: (١– اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل او بعض المنازعات التي نشأت بينهم او يمكن ان تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت او غير عقدية .٢– يجوز ان يكون الاتفاق التحكيم سابق على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته او ورد في عقد معين .....) مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي. حيث نظم هذا القانون اتفاق التحكيم وقد لا نجد هناك مادة من مواده تخلوا من الاشارة إلى اتفاق التحكيم واجراءاته. د.برهم محمد عطا الله، القواعد الخاصة باتفاق التحكيم ، بحث منشور بمحاضرات في التحكيم، مصدر سابق، ص١١٧.

[٢] – التحكيم عقد رضائي لايتم الا بإيجاب وقبول ويتعين ان تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون في سائر العقود من توافر الأهلية وانتفاء شوائب الرضا وتوافر موضوع العقد والسبب في الالتزام هو نزول الطرفين عن القضاء العادي لمصلحة التحكيم للفصل بالنزاع بحكم ملزم .لتفصل اكثر انظر د..احمد ابو الوفا، عقد التحكيم واجراءاته، مصدر سابق، ص٢٣–٢٩.د.قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الاولى منقحة ومزيدة، دار الفرقان للنشر، المملكة الاردنية الهاشمية،٢٠٠٢، ص١٢٥–١٣٥.

[٣] – د. مصلح حسن احمد، التحكيم ودوره في تسوية المنازعات الدولية، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، مجلد٢٥، العدد الثاني،٢٠١٠، ص ٤٧٨.

[٤] – عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الكتب الجامعي الحديث، صنعاء اليمن ،٢٠٠٨،ص٦٢.ضيافة صارة، حدود سلطة المحكم، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد ١٢، العدد ٢،الجزائر ،٢٠٢٠،ص ١٨٠.

فيختار الأَطراف بأنفسهم المحكم، ويتولون في الوقت ذاته تحديد الاجراءات والقواعد التي تطبق بشأن النزاع[١]، والتي يجب أن تحترم كونها تعكس رغبة الأَطراف في كيفية حل النزاع، لذلك تظهر أنواع مختلفة من تلك الاتفاقات تختلف تفاصيلها من نزاع إلى آخر، وكذلك باختلاف الأَطراف[٢]، بإعتبار أن الإرادة هي صاحبة المقام الأول والأخير في وضع تفاصيل هذا الاتفاق.

ويعد التحكيم الخاص – الحر– الصورة الابرز لتأثير الإرادة على التحكيم، إذ يجعل من المحكم مقيداً بالإجراءات التي اتفقوا عليها كقاعدة عامة، فهو غير ملزم بأتباع اجراءات اخرى أو قانون معين لم يتفق عليه الأَطراف[٣]، ولعل سبب إطلاق تسمية التحكيم الحر أو الخاص – تحكيم الحالات الخاصة – هو أن اتفاق الأَطراف هو من يحدد آلية جريان عملية التحكيم بحسب مشيئة المحتكمين، فيختاروا هيئة التحكيم وكيفية اتباعهم للإجراءات التحكيمية، والقواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، إذ ما يميز هذا النوع من التحكيم هو خلوه من سلطة اشراف على العملية التحكيمية، فالمحتكمون هم من يضعون نظامهم الخاص لإجراءات التحكيم، حتى لو استعانوا بقواعد تحكيم وضعت لهذا الغرض، فإن ذلك لا يجرد هذا الاتفاق من سمته – الحر– مادامت الأجراءات لا تخضع لرقابة وأشراف مركز تحكيم محدد[٤]، ولو استعانوا بما وضعته منظمة الامم المتحدة عام ١٩٧٦ "اليونسترال" لتنظيم التحكيم التجاري الدولي[٥]، ومن التطبيقات على هكذا اتفاقات الاتفاق المبرم عام ١٩٦٣بين جمهورية مصر والمؤسسة المصرية العامة وشركة "Phillips " الأمريكية، فقدت جاء في المادة (٤٢)من الاتفاق "٢– أن أي نزاع ينشئ بين الشركة والمؤسسة يقوم الفصل به عن طريق ثلاثة محكمين طبقا للائحة التحكيم والمصالحة

---

[١] – د. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، بلا طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا دولة طبع، ٢٠٠٧، ص٩٠.

[٢] –د. حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٩، ص٢٠. صادق محمد محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي وفق الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري عام ١٩٨٧، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،٢٠٠٦، ص٢٦.

[٣] – د.فوزي محمد سامي ،التحكيم التجاري الدولي –دراسة مقارنة لأحكام التحكيم كما جاء في القواعد ولاتفاقيات الدَّولِّية والاقليمية والعربية ،بلا طبعة ، بدون مكان طبع، ١٩٩٢، ص ٢٦٠.

[٤]–وهناك من اشكل على هذا النوع من التحكيم باعتباره خليط بين التحكيم الحر والمؤسسي فاطلق عليه التحكيم شبه المؤسسي او التحكيم الحر المنظم باعتبار ان تلك اللائحة تساعد الاطراف على اختيار المحكمين واكمال النقص في اجراءات التحكيم فبالحقيقة لا يوجد هذا النوع فالتحكيم اما ان يكون في مركز دائم بهيكليه عضوية وتنظيميه اضافة إلى قيامه بنفسه بتنظيم العملية التحكيمية ولأشراف عليها فاذا خلا التحكيم من هذين الشرطين نكون اما تحكيم حر والعكس صحيح. د.عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري الدولي – نطاق انواع اتفاق هيئة التحكيم – الجزء الاول، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠١٣، ص ٦٠.

[٥] – د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص٩٠.

الخاصة بغرفة التجارية الدولية، وكذلك الاتفاق بين موريتانيا وشركة المعادن "SOMINA " حيث جاء في المادة (٥٠) من الاتفاق بإن تحال المنازعات الناشئة بين الأَطراف إلى مركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ بموجب اتفاقية البنك الدولي عام ١٩٦٥.[١]

ويمكن إعمال المحكم للإجراءات الواردة في قانون المرافعات(كسماع الشهود، حضور الأَطراف، وتقديم الدفوع، وعلانية المرافعة، وتحديد موعد النطق بالحكم وغيرها) في حال خلو إتفاق الأَطراف من تحديد تلك إلاجراءات مستندين على ما جاء في تلك القوانين[٢]، فمثلا نص المشرع العراقي في قانون المرافعات بالمادة (٢٦٥) جاء فيها "١- يَجب على المحكمين أتباع الاوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي أتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع أجراءات معينة يسير عليها المحكمين"[٣]، ويلاحظ على المادة السابقة أن المشرع العراقي قد الزم المحكم في اتباع الاجراءات المحددة في قانون المرافعات في حال خلو شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم على هذا الاعفاء، فالمحكم له أن ينظر في الاتفاق ومن بعدها يَلزم بما جاء في قانون المرافعات، لكن المشرع قد قيد سلطة الأَطراف بالنظام العام – وهو ما سنتناوله لاحقاً– وتلجأ أغلب الدول النامية لهذا النوع من التحكيم باعتقادهم[٤] أنه يحتوي على مميزات التحكيم التي سبق الاشارة إليها.[٥]

نلخص مما تقدم أن إتفاق الأَطراف هو ما يستمد المحكم شرعيته منه، وأن التحكيم الحر هومن إكثر الصور التي تظهر فيها إرادة الأَطراف واضحةً، على إجراءات التحكيم، و تقييد بها سلطة المحكم لان التحكيم الحر قائم على إرادة الأَطراف بشكل مفصل– أبراز لفكرة ان التحكيم الحر تكون الارادة فيه هي صاحبة المقام الاول في إتفاق التحكيم –، فيتبين لنا باستعراض هذه الصورة الواضحة أن الإرادة هي من تختار المحكمين، وتحدد اللغة، ومواعيد المرافعات، ومدة النطق بالحكم، وقد يرغب به بعضهم لما لهم من معرفة بالشخص القائم به، إلا أن هذا النوع من الاتفاق– التحكيم الحر– لا يخلو من المحاباة وعدم النزاهة كما في" قضية أرمكوا في مواجهة

---

[١] – نقلا عن د. سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠١٠، ص ١٧٩.

[٢] – د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص ٢٦٠.د. الياس ناصيف، عقد البوت "BOT"سلسلة ابحاث قانونية مقارنة، الجزء السادس، بلا طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،٢٠٠٦، ص٣٤٧.

[٣] – قانون المرافعات العراقي حيث اعفى المحكم بالصلح من اتباع تلك الاجراءات الا ما يتعلق بالنظام العام وهو ما نصت عليه المادة (٢٦٥) ف٢" اذا كان المحكمون مفوضون بالصلح يعفون من التقييد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون الا ما تعلق منها بالنظام العام.

[٤] – د.حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص٩٠-٩١.

[٥] – انظر هامش رقم ١، مقدمة الفصل الثاني، ص٥٤.

السعودية [١]" فنلاحظ أن المحكم قد أستبعد القانون الواجب التطبيق بحجة عدم موافقته مع قوانين الامم المتحضرة، ويلاحظ أن إتفاق الأَطراف يلعب الدور الابرز في تقييد سلطة المحكم، فمتى ما كان أتفاق التحكيم قد رسم إلاجراءات كافة وحددها في قالب الاتفاق، فتكون سلطة المحكم مقيدة بإتفاق الأَطراف الذين ربما لا يتمتعون بالخبرة الكافية – أحد الأَطراف بإقل تقدير ولاسيما الدول النامية – لتنظيم تفاصيل عملية التحكيم الأمر الذي قد يَنعكس سلباً على حل النزاع، وأمام حساسية النزاع المتعلق الأمن الوطني– موضوع بحثنا– وَضرورة مراعاة الاجراء المتخذ من قبل الدولة المضيفة في حالات معينة، ويبدو ان هكذا نوع من أنواع التحكيم – المقيد لسلطة المحكم – قد ينعكس سلباً على حل هكذا نزاعات، إما لقلة خبرة المحكم المختار بهذا النوع من أنواع المنازعات، أو أن أختيار المحكم من قبل الأَطراف مع تقييد سلطاته قد يكون الطرف الضعيف فيه، ولا سيما الدول النامية تحت هيمنة المستثمر الذي يتحكم باختيار المحكم، والذي يكون أكثر خبرة دون شك، وهذا ما قد ينعكس سلباً على حل النزاع لوجود المحاباة.

الفرع الثاني

الاساس التنظيمي لسلطة المحكم المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني

مع التطور الحاصل في التحكيم كوسيلة مهمة في تسوية المنازعات، ظهرت إلى الواقع مراكز ومكاتب وغرف تحكيمية تمارس نشاطها التحكيمي بصفة دائمية وعلى المستويات جميعها، تمتاز هذه المؤسسات بأن لها لوائح وقواعد تنظيمية خاصة بها[٢]، لكن لا يلجأ إليها مالم يتفق الأَطراف بإرادتهم بالخضوع لقواعدها وتصبح بعد ذلك جزءاً لا يتجزأ من اتفاقهم[٣]، فتكون أساساً لعملية التحكيم إلى جنب إرادة الأَطراف.

---

[١] – حيث تضمن الاتفاق شرط ان يكون القانون السعودي هو القانون الواجب التطبيق على النزاع وبما انه مستند على الشريعة الاسلامية فقد برر المحكم الاستبعاد بعدم صلاحية القانون للحكم. النزاع بين المملكة العربية السعودية وشركة العربية الأمريكية للبترول ١٩٥٨، منشور في الجزء ٢٧ من تقرير القانون الدولي، ص١١٧.

[٢] – ومن ابرز الامثلة على مؤسسات التحكيم والتي دائما ما يتم اللجوء اليها هي "غرفة التجارة الدولية" و"محكمة لندن للتحكيم الدولي"و "المركز الدولي لتسوية المنازعات" اما عربيا فمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدوليومركز دبي للتحكيم التجاري الدولي ومركز ابو ظبي ومركز دول مجلس التعاون الخليجي ومركز البحرين ومركز تحكيم تونس ومركز تحكيم لبنان ومركز التوفيق اليمني والمعهد العربي للتحكيم والتسوية البديلة[٢] وغرفة التحكيم التجاري في العراق. على النحو الذي سنبينه لاحقاً.

[٣] – عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الاولى، مكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية،٢٠٠٥، ص٤٧.

إذ يُعبر الأَطراف المتعاقدة عن رغبتهم في اللجوء إلى التحكيم، فيشيرون باتفاقهم إلى تسمية مركز أو مؤسسة تحكيمية دائميه، لما تتمتع به تلك المؤسسة بمكانه وخبره في مجال التحكيم، فضلاً عن انها تمتلك لوائح تنظيمية ثابتة يسهل الرجوع لها في ضبط العملية التحكيمية، ويكون عمل الهيئة اختيار المحكمين، وتنظيم مراحل حل النزاع جميعها وتكون ضمن اختصاصها[١]، فلجوء الأَطراف إلى هكذا هيئات –عندما يتعلق النزاع بالأمن الوطني– ستراعي الهيئة من دون شك طبيعة هذا النزاع عند اختيارها لتفاصيل عملية التحكيم، لذلك إن التحكيم النظامي هو التحكيم الذي يعهد به إلى هيئة أو منظمة أو مركز تحكيم دائم، ويحدث وفقاً لإجراءات وقواعد موضوعية معدة سلفاً، وترتبط في الغالب بالمنازعات الناتجة عن التجارة الدولية[٢]، فما يتميز به هذا النوع من التحكيم، هو قيام المؤسسة المعنية بوضع القواعد الخاصة للتحكيم، والتي تتعلق بإجراءات التحكيم كتعيين المحكمين وفق شروط معينة تضعها في سبيل تسيير العملية التحكيمية، وتسهيلها على الأَطراف بطريقه منظمة وأصولية، فضلاً عن ضمان المراقبة وادارة العملية بكل مفاصلها ويلتزم الأَطراف بها حتى وان لم يطلعوا على لوائحها مسبقا.[٣]

فالإجراءات التحكيمية في هذا النوع تكون أكثر وضوحاً منه في التحكيم الحر، لان المحتكمين عند اختيارهم لاحد الهيئات أو المؤسسات التحكيمية لتجري التحكيم، إنما يختاروا ضمناً قواعد التحكيم الخاصة بتلك الهيئة أو المؤسسة أو ما تتبعه هي، ومن النادر أن يختار الأَطراف مؤسسة تحكيم ويحددوا قواعد اخرى تحكم النزاع، فمثلا يختار الأَطراف غرفة التجارة الدَّولَّية فيتبادر إلى الذهن أنهم قد اختاروا ضمناً وليس صراحةً إن التحكيم سيجري وفقَ القواعد القانونية لغرفة التجارة الدولية.[٤]

---

[١] – د.مهند احمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الاولى الاصدار الاول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٨٧.

[٢] – د.عماد الدين المحمد، طبيعة وانماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، بحث منشور في المؤتمر السادس عشر المنعقد في ابو ظبي في ٢٠٠٨/٤/٢٩ ص ١٠٢٩.منشور بالرابط :– https://middle– east–online.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/١٢ الساعة ٨:٠٠ص .

[٣] –د.عصام زناتي، التحكيم المؤسسي "هيئات ومراكز التحكيم الدَّولَّية " مجموعة محاضرات مطبوعة القيت في جامعة اسيوط، بلا مطبعة وسنة طبع ، ص٨.

[٤] – د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص ٢٦٨. د. محمد عبد المجيد اسماعيل، التحكيم في عقود الاشغال العامة ذات الطبيعة الدولية، الطبعة الاولى، دار القرار، مجلس التعاون الدولي لدول الخليج العربية :مركز التحكيم التجاري،٢٠١٨، ص ٢١٦.

وعلى الرغم مما يمتاز به التحكيم المؤسسي من مزايا تجذب الأَطراف، كوجود قائمة بأسماء المحكمين المختصين بالفصل بموضوع النزاع، وامتلاك هذا النوع من اللوائح التنظيمية التي تسهل عمليه التحكيم، إلا أن ما يعاب عليه أن هذا النوع يحتاج إلى تكلفة ماليه عالية مقارنة بالتحكيم الحر، وكذلك خطر العلانية الذي يزيد في التحكيم المنظم عنه في التحكيم الخاص، فضلاً عن المرونة التي يتمتع بها التحكيم الحر، والسرعة في تحديد مواعيد الحكم، فيمكن للأطراف تعديل ميعاد الحكم واختصار إجراءات التحكيم في التحكيم الحر، ولعلَ الفارق الاهم في أن الدول تلجأ إلى التحكيم الحر، لما تفضلهُ في عدم اثارة الاعتبارات السيادية كونها لا تنظر إلى المؤسسة بمعزل عن دولة مقر التحكيم[١]، وعلى الرغم من ذلك فإن التحكيم المنظم ما زال يحتفظ برونقه لمراعاته خصوصية النزاعات المعروضة أمامهُ كالنزاع المتعلق بالأمن الوطني، ومن أبرز الامثلة على مؤسسات التحكيم والتي دائما ما يلجأ إليها هي "غرفة التجارة الدولية"[٢]، و"محكمة لندن للتحكيم الدولي[٣]"، و"المركز الدولي لتسوية المنازعات[٤]"، أما عربياً فمركز "القاهرة للتحكيم التجاري الدولي"[٥]، و"مركز دبي للتحكيم التجاري الدولي"، ومركز "ابو ظبي" ومركز دول مجلس التعاون الخليجي، ومركز البحرين، ومركز تحكيم تونس، ومركز تحكيم

---

[١] – د.عاطف محمد الفقي، مصدر سابق، ص ٦٣-٧١.

[٢] – أنشأه عام ١٩١٩بهدف خدمة قطاع الاعمال الدَّولِّية وانشاءه محكمة الدَّولِّية التابعة للغرفة عام ١٩٢٣مقرها باريس "International Chanmber of Commerce" واختصارها ."I.C.C" منشور بالرابط: http://tfig.itcilo.org تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢ الساعة ٨:٠٠ص.

[٣] –انشأته محكمة لندن للتحكيم الدولي في لندن عام ١٨٩٢وهي من اقدم محاكم التحكيم يقتصر عملها على الناحية الاجرائية للتحكيم فهي لا تفصل في النزاع انما تقوم بوضع اجراءات التحكيم والمحكمين هم من يقوموا بحسم النزاع London Court of International Arbitration "LCIA Arbitration". منشور بالرابط https://www.acerislaw.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢ الساعة ٨:١٠ص.

[٤] – تأسس المركز عام ١٩٦٦ تابع للبنك الدولي يسعى إلى تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار بين الاجانب والدول المضيفة International Center for Settlement of Investment Disputes اختصار "ICSID ". الموسوعة السياسية منشور بالرابط https://political-encyclopedia.org/dictionary تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢ الساعة ٨:٢٠ص .

[٥] – مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدول تأسس عام ١٩٧٩ تحت مظلة المنظمة القانونية الاستشارية لدول اسيا وافريقيا اعمالا لقرارها الصادر بالدوحة عام ١٩٧٨وانشاء بموجب اتفاقية بين المنظمة والحكومة المصرية http://www.crcica.org تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢الساعة ٨:٣٠ص.

لبنان، ومركز التوفيق اليمني، والمعهد العربي للتحكيم والتسوية البديلة[١]، وغرفة التحكيم التجاري في العراق.[٢]

نخلص مما تقدم، أن أساس سلطة المحكم هو إتفاق الأَطراف، لكن هذا الاتفاق يختلف مداه، وينعكس ذلك على أنواع التحكيم، فيتضمن هذا الاتفاق أحياناً تحديد تفاصيل وإجراءات التحكيم كافة ، من اختيار المحكمين إلى النطق بالحكم، والأخر يقتصر على أتفاق الأَطراف على أحالة النزاع إلى مؤسسة تحكيمية، وهي من تختص بتحديد كافة الاجراءات وفقَ قواعد معدة سلفاً، ولا يشرط علم الأَطراف بها، ولكل منهما ما يميزه عن الاخر لكنهما لا يبرئان من النقد، وما نميل إليه هو أن التحكيم الذي تبرز فيه دور الهيئة التحكيمية المختارة من قبل الأَطراف يكون أكثر نجاعة ويكون له قدرة على مراعاة طبيعة النزاع لاسيما المتعلق بالأمن الوطني، لما تتمتع به هذه المؤسسات من خبرة في هذا المجال، أما مسألة سلبياته فهي بالمقارنة مع الايجابيات التي يوفرها تعد سلبيات من الممكن تجاوزها، وأن هذا النوع من أنواع التحكيم لا يلغي دور الأَطراف والاساس الارادي للتحكيم، بقدر ما يتولى تنظيم العملية التحكيمية على نحو يجسد رغبة الأَطراف، في حل النزاع من جهة تكون ضليعة في خصوصية هذا النزاع.

---

[١] – د.حمزة احمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الاول، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٧، ص١١٧.

[٢] – الذي اسس في٤ كانون الثاني عام٢٠١٠ في بناية غرفة تجارة النجف في ضوء القوانين والتشريعات كمنظمة غير الحكومية، وكان الامين العام لها زهير محمد رضا شربة ورئيس مجلس التحكيم د.محمد جواد الطريحي. ولتفاصيل اكثر يراجع الرابط : http://www.icacn. تاريخ الزيارة تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢ الساعة ٨:٣٥ص.

المطلب الثاني

اثر الطبيعة القانونية على تحديد سلطة المحكم في تعديل العقد

إن تحديد الطبيعة القانونية لسلطة المحكم مسألة على قدر من الأهمية، لما لها من أرتباط كبير بالتكييف القانوني للحكم الذي يصدره المحكم، فدراسة الطبيعة القانونية لهذه السلطة ليست مسألة نظرية بحته أو نابعه من حالة "الترف الفكري"[١]، أنما يترتب عليها نتائج مهمة من الناحية القانونية وتجيب على سؤال مهم مفاده هل ان التحكيم طريق خاص لحل المنازعات؟ وما تأثير ذلك على خصوصية النزاع المتعلق بالأمن الوطني؟ وواجه هذا التكييف اختلاف فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية لسلطة المحكم[٢]، وأن بحثنا للطبيعة القانونية لسلطة المحكم سوف يقتصر على استعراض أهم الخلافات الفقهية التي وردت بهذا الشأن، إذ ظهرت نظريات ناقشت الطبيعة القانونية لسلطة المحكم، منها ما اعتمدت الطبيعة الاحادية وأخرى أخذت بالطبيعة الازدواجية، وعلى كل حال فإن هناك الكثير من الآراء الفقهية التي حاولت حَسم هذا الخلاف، ولعلَ سبب ذكرنا لهذه النظريات لما لها من إنعكاس وأضح على كيفية ممارسة المحكم لسلطته في تعديل العقد لاسيما العقد المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني ، لذلك سوف نتناول تلك النظريات تباعا وذلك بتقسيم المطلب إلى فرعين الفرع الاول للنظريات القائلة بالأحادية اما الفرع الثاني للنظريات القائلة بالثنائية.

---

[١] – د. احمد انعم بن ناجي الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، مركز الدراسات والبحوث اليمني، صنعاء، ١٩٩٤، ص١٧.

[٢]–اسعد فاضل منديل، احكام عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الاولى، دار نيبور للطباعة والنشر، العراق،٢٠١١، ص٥١.د.ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص بلا طبعة ، بلا مطبعة ١٩٨٦، ص٢٩. د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المجلد الاول، دار الفكر العربي، مصر ،١٩٩٠، ص٢١٠.في موضع الاشارة إلى ميعاد الحكم جاء فيه "ان يحدد ميعاد الحكم وفق ارادة الخصوم ولهم تحديده في مشارطة التحكيم اضافة إلى امكانية مده بعد التحديد بشرط الاتفاق "وقد استند في رائيه هذا إلى قرار محكمة النقض رقم ٣٠ لسنة ١٩٦١ .

الفرع الاول

النظريات القائلة بأحادية طبيعة التحكيم

ذهب الفقه إلى أن للتحكيم طبيعة واحده يبدأ منها وينتهي بها، وهي التي تمنح المحكم السلطة التي يتمتع بها في مواجهة المحتكمين، وهذه النظريات تعكس وجهة نظر القائمين عليها من خلال ما أبرزته قرارات التحكيم والآراء الفقهية وسنقسم تلك النظريات إلى النظرية الاتفاقية والنظرية القضائية التي سوف نتكلم عنها تبعا:

أولاً: النظرية الاتفاقية للتحكيم:

هناك[١]من يذهب إلى ترجيح فكرة الطبيعة الاتفاقية –العقدية– للتحكيم والتي استمر الاخذ بها لمدة طويلة من الزمن، إلا أنها إضمحلت بظهور النظرية القضائية لعمل المحكم، ثم عادت هذه النظرية إلى الظهور من جديد لتجد من يدافع عنها مرةً اخرى، إذ أرتكز هذا الاتجاه على مبدأ سلطان الارادة –الاتفاق التحكيمي– الذي يمنح المحكم سلطته في أثناء أتفاق أطرافه وتلاقي أرادتهم، وتنتزع هذه النظرية ثوب الصفة قضائية من المحكمين، حيث عدُ أن عمل المحكم من بداية الاتفاق إلى صدور الحكم، ما هو ألا عمل ضمن الأطار الإتفاقي للأطراف[٢]، واعدّت هذه النظرية التحكيم عبارة عن هرم قاعدته اتفاق التحكيم ورأسه الحكم الذي هو نتاج عملية التعاقد وما هو الا تحديد لمحتوى العقد برأي طرف ثالث ولا يعد هذا الطرف قضائي.[٣]

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية[٤] إلى تأييد هذا الاتجاه في وقت مبكر، ففي حكم صادر منها بتاريخ ٢٧ يوليو ١٩٣٧جاء فيه: أن قرارات التحكيم تصدر على أساس مشارطة

---

[١]– كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر ٢٠١٠، ص٤٥.د. محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة المنوفية مصر،١٩٩٣، ص١٧٥. كفاح حمودي حسون، الاثار القانونية لقرار التحكيم التجاري، مجلة الجامعة العراقية، العدد٢ ،٢٠١٩،الصفحات ٣٢٤–٣٣٣،ص٣٢٥. https://www.iasj.net تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢، الساعة ٩:٠٠م.

[٢]– علي رحيم راضي، التحكيم الدولي: نشأته مزاياه تطبيقاته، الطبعة الاولى، دار رسلان للطباعة، دمشق سوريا،٢٠١٨، ص ٤٧.اسعد فاضل منديل، مصدر سابق، ص ٥٢.

[٣]–د. ابو زيد رضوان ،الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٢، ص٢٤.د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٧٤، ص٣٨١. د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الاحكام والعقود الرسمية في قانون المرافعات، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٥، ص٣٣٦.

[٤] –نقلا عن د. مصطفى محمد جمال، د.عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص٣٨.

التحكيم بحيث تكون وحدة واحدة مع المشارطة ويشترك –الحكم – معها في الصفة التعاقدية، وبقي هذا الاتجاه يجد صداه في مجال التعاملات الدَّولَّية وكان القائمين به يعتقدون بأنه ينشر أو يساهم في نشر التحكيم على نطاق واسع.[١]

ولخص أنصار هذا الرأي القول أن أساس التحكيم هو اتفاق الأَطراف، وحل النزاع بينهم ودياً، وأن مصدر سلطة المحكم في حل النزاع، هو اتفاقهم وأمتثالهم للحكم الذي يصدره، فالمحكم لا يستمد ولايته من قانون معين لحل النزاع المعروض أمامه، أذ لا تعيين من الدولة، وازاء ذلك فهو لا يعد منكراً للعدالة في حال رفضه النظر، أو البت في النزاع المعروض أمامه، ويستطيع الأَطراف رفضه بعد قبوله التحكيم بينهم، وتكون مسؤوليتهم في تعويض الطرف المتضرر وفقاً للمسؤولية العقدية، فضلاً عن ذلك عدم إمكانية المحكم من إيقاع الجزاءات، ولا يمتلك سلطة الأمر التي يتمتع بها القضاة[٢]، ولم تسلم هذه النظرية من الانتقادات فقد واجهت العديد منه، ولعل أهم تلك الانتقادات هي أنها ركزت على الإرادة وجعلت من التحكيم نظاماً يدور في فلكها، على الرغم من أن الارادة لا تكفي لوحدها لبناء الصرح المتميز لهذا النظام، فقد عجز هذا الاساس المزعوم عن تبرير جواز الطعن في حكم التحكيم –حسب القوانين التي تجيز ذلك – فالإرادة كأساس لم تكن جواباً شافياً لسؤال وجهه الفقه، حول كيفية الطعن بالاستئناف في عمل تعاقدي اتفاقي رغم أن الاستئناف لا يكون الا في الاحكام.[٣]

كما لم تستطع هذه النظرية تكييف العلاقة بين المحكم والأَطراف المتنازعة، فكيفت على أنها عقد مقاولة، كونهما يتحدان في وحدة المحل، فهما ينصبان على تقديم خدمة مقابل أجر، إلا أن هناك اختلافاً كبيراً بين الاثنين فعقد المقاولة يقوم على تحقيق الطرف الأول هدف لمصلحة الطرف الاخر، فضلاً عن أنه يكون ملزما بتنفيذ العمل من أجل تحقيق تلك الغاية وهذا الأمر لا يتحقق في عقد التحكيم، فمن حيث الأَطراف فهناك طرفان يتنازعان أمام المحكم حول حق واحد،

---

[١]–د.خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، دار الشروق، القاهرة ،٢٠٠٢،ص١١٢.

[٢]– محمد حلمي عبد الحميد زيدان، اتفاق التحكيم كاثر مانع لقضاء الدولة، رسالة ماجستير مقدمة كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠٠٨، ص٤٢.

[٣]–د. محمد داود الزعبي، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر، عمان،٢٠١١، ص ٣٧.د.عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، منشورات جامعة الكويت، الطبعة الاولى،١٩٩٠، ص١٠.

إضافة إلى عدم مقدرة المحكم تحقيق مصلحة كلا الطرفين، وهناك فرقاً مهماً وهو أن المقاول يقوم بأعمال مادية، أما عمل المحكم فهو نتاج ذهني وقانوني، لحسم النزاع بين الخصوم.[١]

وذهب أخرون[٢]إلى أن العلاقة عبارة عن عقد وكالة، ولاقى هذا التكيف نقداً واسعاً كون عمل المحكم ينفي فكرة الوكالة، فليس للمحكم أتباع الاوامر والتعليمات من قبل الاصيل رغم أنه يتقاضى أتعابه منه الا أنه لا يمثل إرادة الأَطراف، وحاول المنادون بهذا التكييف تلطيفه من خلال إيجاد معنى جديد للوكالة يقوم على المصلحة المشتركة للأطراف مبررين هذا الرأي بعدم إمكانية عزل المحكم الا في حال اتفاق اطراف النزاع، وهو مالا يمكن تصوره حيث أن تعارض مصالح الأَطراف لا يمكن أن تجتمع في فكرة المصلحة المشتركة.

كما يكيف بعض الفقه[٣] التحكيم بأنه عقد عمل، لان كل من العقدين يكون محله تقديم خدمه من قبل شخص قد يكون العامل أو المحكم، إلا أن هناك اختلاف بين الاثنين فمن حيث الخضوع يخضع العامل لأدارة وتوجيه رب العمل، في حين يمارس المحكم مهمة مستقله عن طرفي العقد وهذا الاستقلال لا يتعارض مع خضوع المحكم لاتفاق الطرفين أو لإحكام القانون، فهو ملتزم بحدود الاستقلال الذي يتماشى مع المهمة الموكلة له وهي الفصل في النزاع.

---

[١] –د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مصدر سابق، ص٧٠–٧٢. د. محمود محمد هاشم، مصدر سابق، ص٨٩. حسام عبد اللطيف محي، دور المحكم في اجراءات التحكيم الداخلي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠٠٧، ص١٤. جاء في نص المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١المعدل بتعريف لعقد المقاولة "عقد يتعهد به احد الطرفين ان يصنع شيء او يؤدي عملا لقاء اجر يتهد به الطرف الاخر ".

[٢]–د.هشام خالد، اوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٥٩–١٦٥. د.محمد عبد الخالق عمر، القانون القضائي المدني، الجزء الاول، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، مصر،١٩٧٦،ص٦٢٢. د. وجدي راغب فهمي، مصدر سابق، ص ٢٣.حاتم غائب سعيد، التحكيم كأداة لفض المنازعات التجارية الدولية، ص ٤١٧–٤١٨.بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية بالرابط : iasj.net/iasj/download تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/١ الساعة ١٠:٠٠م .

[٣] –د.محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، بلا طبعة، منشأة المعارف ، الاسكندرية،٢٠٠٣، ص٦٤٤. درويش مدحت الوحيدي، التحكيم في التشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، بلا مطبعة، غزة ،١٩٩٨، ص٤٦.د. احمد ابو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الثانية، مطبعة محمد دون بوسكو، منشأة المعارف، الاسكندرية ،١٩٧٤،ص ١٩. محمد رفيق بكاي، التحكيم الدولي لحل المنازعات الدولية، بحث منشور في مجلة الراصد العلمية ،جامعة وهران ٠١– احمد بن بلة ،العدد ٠١لسنة ٢٠٢٠ ،ص٢٠٠.حسام عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ١٦.

ولعلَ آخر سهم انتقاد رمي في نعش النظرية العقدية هو الانتقاد الذي وجهه إلى هذه النظرية والمتمثل بعدم تبريرها لسلطة المحكم القضائية، فيما حاول أنصار النظرية تبرير ذلك بالقول أن أنكارهم وعدم اعترافهم بالطبيعة القضائية ويراجع ذلك لرغبتهم في استبعاد أحكام التحكيم من الرقابة القضائية ومساواتها مع الاحكام الأجنبية، لكي لا تكون هناك حاجة للطبيعة القضائية، لذلك بالغ أنصار هذه النظرية بالاعتماد على المعيار الارادي، متناسين طبيعة المهمة الموكلة للمحكم.[١]

نخلص مما تقدم أن النظرية الاتفاقية ركزت على مبدأ سلطان الارادة وعدت أن مهمة المحكم داخلة ضمن أتفاق الأَطراف، الا أنها عجزت لوحدها عن بيان طبيعة عمل المحكم، وإذا كان للإرادة دور في وضع أستثناء الأمن الوطني إنطلاقاً من الحرية التعاقدية، الا أن ذلك لا ينفي الطبيعة القضائية لعمل المحكم ودورها في حل خصومة الأمن الوطني، لاسيما في حال غياب استثناء الأمن الوطني فإن ذلك لا يمنع المحكم من التدخل في حل النزاع وبما يملك من سلطة مستمدة من مبادئ القانون الدولي العام .

---

[١] – محي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي ،الجزء الثاني، الطبعة الاولى، دار النشر الذهبي، القاهرة، ١٩٨٦، ص٧–٨.سحر عبد الستار يوسف ،التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، مصر، ٢٠١٠، ص٤٥.

ثانياً: النظرية القضائية للتحكيم

بُني أساس هذه النظرية على أساس الصبغة القضائية التي يصطبغ بها عمل المحكم، وهي مشابه إلى حدٍ كبير للوظيفة التي يقوم بها القاضي، من ثم فإن عمله عملاً قضائيا فالنزاع المطروح أمامه ينظر به في مراحله كما في القضاء العادي، وكون الارادة هي المنشأة لنظام التحكيم فهذا لا يؤثر على أصل مهنة المحكم، ولا يؤثر على الطبيعة القضائية لوظيفته، فالإرادة يمكن لها أن تؤدي العديد من الادوار أمام القضاء إلا أن ذلك لا يؤدي في رفع ثوب القضائية من طبيعة التحكيم.[١]

ويذهب أنصار[٢]هذه النظرية إلى أن التحكيم هو صورة خاصة للعمل القضائي، ويسترسلون بإن الدولة هي صاحبة الامتياز في ممارسة تلك السلطة فهي وحدها من لها الحق في ممارسة السلطة القضائية والفصل في النزاع، إلا أن المشرع منح الأَطراف اللجوء إلى التحكيم بإذن صريح منه، ليمارس المحكم السلطة التي كانت الدولة تحتكرها، لذلك فإن حكم التحكيم له القيمة ذاتها للأحكام التي تصدرها الدولة، فالتحكيم لا يمكن أن يصدر ألا في إطار التنظيم القضائي للدولة، ولذلك فإن حكم التحكيم يصدر من نظام أجرائي له صفة قضائية[٣]، وبناءً على ذلك لا يستمد المحكم سلطته من عقد التحكيم فحسب، وأنما يستمدها من إرادة المشرع الذي اعترف بحكمه وجعلت له حجيه، وقد أكدت ذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر وفي قرارين لها، جاء فيهما" أن التحكيم وسيلة فنية ذات طبيعة قضائية، مهمته الفصل في النزاع وأساسها اتفاق خاص وليس اسناداً من الدولة.[٤]

---

[١] – د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٣٣.

[٢] – د.فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، خصومة التحكيم، الطبعة الاولى، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ ،ص٤٠.د.احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر ، ١٩٨٨، ص٢٢٢. د.ابو زيد رضوان، الاسس العامة للتحكيم التجاري، مصدر سابق، ص٢٩. د.كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية، بيروت لبنان ،٢٠١٥، ص١١٠. قراري للمحكمة الدستورية العليا في مصر "الطعن رقم ١٣ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧و "الطعن رقم ٨٤ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٩٩/١١/١٦.

[٣] – د. حمدي عبد الرحمن، مشكلات التحكيم "حكم التحكيم " بحث نشر في البرنامج المعتمد في التحكيم التجاري الدولي المنعقد في فندق لانكستر الروشة –بيروت للفترة من ٢٠١٤/٤/٦وحتى ٢٠١٤/٤/١٠،ص٩-١٠.

[٤] قراري للمحكمة الدستورية العليا في مصر "الطعن رقم ١٣ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧و "الطعن رقم ٨٤ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٩٩/١١/١٦.

وتبعاً لهذا النظرية هناك ثلاث عناصر يجب أن تتحقق في أي عمل قضائي، وهي الادعاء، والمنازعة، وشخص يمتلك صلاحية قانونية بحسم النزاع، وبذلك تعد طبيعة عمل المحكم قضائية، مادام عمله يحقق جوهر القضاء، وهو تطبيق ارادة القانون، فضلاً عن ذلك عدُ أن حكم التحكيم يعد عملاً قضائياً بالمعنى الدقيق، فهو يصدر بشكل حكم قضائي ليفصل في النزاع، وهو يحقق ما يصبو إليه القضاء من حيث الشكل والموضوع، فضلاً عن أن التحكيم يحقق الغاية الاجتماعية للعمل القضائي، ألا وهي حسم النزاع، وكذلك الغاية القانونية، لأنه يطبق القانون في الواقع الفعلي، ويمتلك المحكم سلطة الفصل بحقوق والتزامات الطرفين[١]، ويلاحظ أن الطبيعة القضائية لعمل المحكم، تنسجم مع ما جاء في المادة (٢٦١) من قانون المرافعات المدنية العراقي، حين جعلت من رد المحكم بالأسباب ذاتها المتعلقة برد القضاة إذ نصت على "١- يجوز رد المحكم لنفس الاسباب التي يرد بها القاضي، ولا يكون ذلك الا لأسباب تظهر بعد تعيين المحكم "[٢]، ويدل ذلك على أن عمل المحكم مشابه لعمل القاضي، فعند إمعان النظر في عمل المحكم في فحص الادعاءات وتقديرها، واتخاذ ما يأمر به من إجراءات الاثبات، وكذلك الوصف الذي منحه المشرع العراقي للتحكيم، يمكن عد قرار التحكيم بمرتبة الاحكام الصادرة من جهة قضائية في الدولة.[٣]

وذهب رأي آخر[٤]إلى وجوب تحديد مهنة المحكم بعيداً عن الاتفاق التحكيمي، على الرغم من الاخير هو أساس السلطة المحكم، إلا أنه لا يجوز للمحكم تجاوز مسألة كون عقد التحكيم ما هو الا عقداً للتقاضي يجعل من التحكيم طريقاً خاصاً لحسم النزاع، ويتميز بنظام خاص يسيره فلا يكون لهذا الاتفاق أي مساس بالطبيعة القانونية للمحكم، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، بقرارها المرقم (٢١٨٦لسنة ٥٢ ق في ١٩٨٦/٢/٦)، وما العقد إلا نقطة البداية في مسيرة حكم التحكيم.[٥]

---

[١] -د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، المصدر السابق، ص ١٩.

[٢] -قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

[٣] - اسعد فاضل منديل، مصدر سابق، ص ٥٦.

[٤] - د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، المصدر سابق، ص١٨. د.اكثم الخولي، اخلاقية التحكيم، بحث منشور في المؤتمر السادس عشر لتحكيم التجاري الدولي: اهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة لفترة من ٢٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨في مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ص١٢٩.

[٥] -نقلا عن. اسعد فاضل منديل، مصدر سابق، ص٥٥ .

وعلى رغم من المبررات التي قدمها أنصار هذه النظرية إلا أنها لَم تَسلم من النقد، فقد وصف بعض الفقه[1]أن تلك الحجج والأسانيد المبررة للطبيعة القضائية، ما هي ألا حجج ضعيفة لا تخدم هذه النظرية، فهم يعدون أن عَمل المحكم عمل قضائي، وأشاروا إلى أن وظيفة القاضي ليس حسم النزاع بحكم حاسم، وأستدلوا على ذلك بالنقد الموجه إلى النظرية التقليدية للقضاء، الذي عرف بنقد الفقه الاجرائي الحديث والذي كشف عن أن وظيفة القضاء هي حماية القانون وليس الفصل بالنزاع، في حين ان المحكمين لهم التحلل من القواعد القانونية الوضعية، وليس لهم ان يلتزمون بالمنهج الاجرائي لبلد معين، وخير دليل على ذلك التحكيم الحر، كذلك أن التحكيم يتمتع بالعديد من المظاهر التي لا يتمتع بها القضاء العادي، فعند لجوء الأَطراف إلى القضاء كسلطة عامة، فيكون له الفصل في النزاع بحسب القوانين، في حين أن المحكم وخاصة المحكم بالصلح لا يتقيد بحكم القانون، وإنما يسعى إلى حل النزاع بين الطرفين، وتحقيق مصلحة كل منهما، كما ليس للأطراف أختيار المحكم فحسب وإنما لهم الحق في عزله، ويخضع حكم المحكم لدعوى البطلان وهو مالا يتصور في الحكم القضائي الذي يخضع – كما هو معروف– إلى طرق الطعن المقررة بالقانون، فضلاً عن ذلك أن الاعتراف القانوني بعقد التحكيم لا ينفي أن يكون ذلك العقد هو مصدر سلطة المحكم وما القانون ألا مصدر غير مباشر لها، كما أن خضوع المحكم لنظام خاص يحدد صلاحيتهُ وسلطته يجعلهُ مختلفاً عن القاضي الخاص الذي يخضع لشروط وقواعد خاصة.[2]

نخلص مما تقدم أن النظرية القضائية أنكرت أهمية عقد التحكيم، وسلطة الضوء على أثر هذا العقد متجاهلة المهام التي تؤديها الإرادة به وخاصة أن الاتفاق بداية السطر إلى حكم التحكيم، فالمحكم يستمد سلطته بحل النزاع من أتفاق الأَطراف، ولا سيما في نزاعات الأمن الوطني، إذ ان أتفاق الأَطراف على أستثناء الأمن الوطني هو من يمنح المحكم سلطة التدخل في تعديل العقد.

---

[1] –د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي، منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠٠٩، ص ٢٧١. محمد حلمي عبد زيد، مصدر سابق، ص٤٤. كرم محمد زيدان النجار، مصدر سابق،ص٥٠. د. محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مصدر سابق ، ص١٧٧

[2] – محمد حلمي عبد زيد، مصدر سابق، ص٤٤. القاضي الخاص او المستعار او الاستثنائي هي مصطلحات جاءت بها محكمة النقض الفرنسية عندما هجرت النظرية التعاقدية ولم تسلم بالنظرية القضائية فحاولت تكيف مهنة المحكم بالمصطلحات المشار اليها وهو ما جاء في حكم محكمة "Angers" منشور في الدالوز عام ١٩٥٤ ،ص٢٠٧ اشار اليه ،د. هدى محمد مجيد عبد الرحمن ،ص٤٣.

الفرع الثاني

النظريات القائلة بالطبيعة الخاصة للتحكيم

بعد الانتقاد الموجه للنظريات الاحادية – العقدية والقضائية – حاول الفقه تجنب الانتقادات من خلال دمج النظرتين العقدية والقضائية وأخرج نظرية أسموها بالمختلطة، وفي محاولة أخرى لجعل طبيعة التحكيم طبيعة خاصة به تختلف عن الاتجاهات الأخرى.

أولاً :النظرية المختلطة

حاول الفقه[١] تجنب الانتقادات الموجة إلى النظريات الاحادية– كما أوضحنا– بالنظر إلى أن للتحكيم صفتين: أحدهما إتفاقية أو عقدية وهي ما تجد أساسها في أتفاق الخصوم على إخضاع منازعتهم لقضاء التحكيم، وترك قضاء الدولة، وتحديدهم للإجراءات، والقانون الذي ينطبق على العقد، والاخرى قضائية تجد أساسها في عملية الفصل بهذا النوع من النزاع وفقاً، لإجراءات قضائية يصدر عنها حكم يُمنح القوة التنفيذية من قبل القضاء العادي، وبها يتحول التحكيم إلى عمل قضائي، وأمر التنفيذ يتحول إلى حكم قضائي، فالتحكيم ذو طبيعة مركبة فهو قضاء أرادي أو عمل قضائي أساسه أتفاق الأَطراف، اي انه من ناحية عمل قضائي، الا انه ينشأ من تصرف اردي عقدي، فهو ذو طبيعة مختلطة غير متجانسة.

هناك[٢]من جمع بين فكرة العقد وفكرة القضاء –وهما فكرتين موجودتين في نظام التحكيم لغرض الموازنة بينهما، لما لهما من دور بارز في تحديد طبيعة عمل المحكم، وتجاوز الانتقادات التي وجهت إلى كل من النظريتين السابقتين ، فالتحكيم بطبيعته المزدوجة يبدأ بمرحلتين، باتفاق الأَطراف على اللجوء إليه واختيار القائم به، وتحديد سلطاته، ثم يمر بالمرحلة ثانية – الاجراءات– وينتهي بصفة قضائية بصدور حكم يحسم النزاع، وإذا كان لا ضرر من القول بالطبيعة المختلطة للتحكيم، إلا أن القول بإن طبيعته تمر بمرحلتين محل نظر، ولاسيما أن الفقه المؤيد لهذه النظرية لم يتفق على الوقت الذي يتحول فيه التحكيم من الطبيعة الاتفاقية إلى الطبيعة القضائية، فهناك من ذهب إلى أن التحكيم هو عقد بالنظر إلى وجوده الذي يفرضه مبدأ

---

(١) –كمال ابراهيم، التحكيم التجاري الدولي: حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، القاهرة ،١٩٩١،ص٨٢. د.سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدَّولِّية الخاصة :اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٤، ص٧٠–٧١.د.محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي دروس لطلبة دبلوم القانون الخاص ،القاهرة ،١٩٧٣،ص١٠٠.

(٢) – اسعد فاضل منديل، مصدر سابق، ص٥٧.محمد داود الزعبي، مصدر سابق، ص٤١.د. سامية راشد، المصدر سابق، ص٧١. د. ابراهيم احمد ابراهيم، مصدر سابق، ص٣٤–٣٥.د. ابو زيد رضوان ، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، بلا طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٢٣.

سلطان الارادة وهو عمل قضائي لما يؤول إليه عند الحكم الذي يختلف عن القوة الملزمة للعقد[١]، في حين يرى بعضهم الاخر وفق للنظرية التوافقية بان احكام التحكيم وان اعتبرت عقد قبل امر التنفيذ الا انها ستصبح حكما قضائيا بعد صدور أمر التنفيذ.[٢]

وقد وجهت عدت انتقادات لهذه النظرية، مستغلةً نقطة الضعف والمتمثلة بالفكرة التحويلية من الطبيعة الاتفاقية عند الاتفاق عليه إلى القضائية عند إصدار الحكم، وعدم دقتهم في إيجاد الحد الزمني الفاصل بين الطابعين القضائي والتعاقدي، وهذا خلاف للواقع الذي يبرز هذين الطابعين معا ويجعلهما يجتمعان منذ الاتفاق على التحكيم، وحتى صدور الحكم، فاذا كان التحكيم يبدأ باتفاق فإنه لم يكن بعيد عن الطابع القضائي، حيث أن موضوع هذا الاتفاق هو أيجاد هيئة –شخص–لحسم النزاع، والأمر كذلك عندما نكون أمام حكم التحكيم، فهذا الحكم ليس بمنأى عن الاتفاق وأثره على سير إجراءات خصومة التحكيم، والفصل به[٣]، وأن سبب الخلاف حول الوقت الذي ينتهي به الطابع الاتفاقي ويبدأ الطابع القضائي، وما ذهب إليه بعضهم أن الفاصل الزمني يكون بإصدار الحكم[٤]، والاخر كان يرى بأن السمة العقدية لا تنتهي الا بصدور امر بتنفيذ حكم التحكيم[٥]، كما وجهَ إلى هذه النظرية إنتقاد أخر مفاده في أنها تهدر القيمة القانونية لحكم التحكيم الذي لا يوفق للحصول على أمر التنفيذ، وهو ما يتعارض مع أرادة المشرع–الذي نظم التحكيم – في اقراره قانون التحكيم فأساس نظام التحكيم يقوم على التنفيذ الاختياري للحكم كونه يكتسب حجية الأمر المقضي به في وقت صدور الحكم دون التأخير إلى وقت صدور أمر التنفيذ[٦]، حيث يردد البعض بإن التحكيم هو عمليه شبه قضائية وهو ما يلزم أنصار هذه النظرية من تحديد موقفهم من الطبيعة القضائية، ولاتؤثر النشأة التعاقدية للتحكيم على سلطة المحكم القضائية[٧]، فالأصل المركب والمزدوج لسلطة المحكم المتمثل في الشرعية

---

[١] –د. وجدي راغب، مصدر سابق ،ص٣٨٤.

[٢] – د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، الطبعة الثانية، الجزء الاول، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ،١٩٥٥، ص ٢٠–٢١. محمود محمد هاشم، مصدر سابق، ص ٧٢٥.

[٣] – د. ابراهيم احمد ابراهيم، مصدر سابق، ص٣٢. محمود محمد هاشم، مصدر سابق، ص ٢١٩.

[٤] –د.محمود عارف ارحيل ، مصدر سابق ،ص ٣٨–٣٩.

[٥] – د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق ،ص ٤٥.

[٦] –د .محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص٢٠.

[٧] –جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٠، ص٤٠.

التي يمنحها القانون لإرادة المتعاقدين، وان كانت تعطي بعض الخصوصية للمحكم، ولها تأثير على ممارستهِ لمهنته، إلا أن هذا الأمر لا ينكر الصفة القضائية للطبيعة[١]، وذهبَ الاتجاه التحليلي لهذه النظرية إلى القول في الوقوف عند حد عد التحكيم، ذا طبيعة مختلطة غير متجانسة وهو وصف يدل على أن القائمين على هذه النظرية أقروا بالعجز ومحاولة التهرب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة[٢]، فيحدد الاتفاق ملامح مظهر التحكيم يرجح الطابع العقدي الذي يحمل ميزة قضائي لانه يلزم الأَطراف بقوة اكبر عما يلزمها العقد، "فنجم العنصر الاتفاقي يبدا بالزوال تدريجيا ويظهر نجم العمل القضائي في اثناء عمليه التقاضي".[٣]

وأخيراً وبناءً على ما تقدم، يمكننا القول بإن النظرية المختلطة وأن حاولت إيجاد نوع من التوازن بين الطبيعة الاتفاقية للتحكيم والنظام القضائي، إلا أنها اختارت الحل الأسهل ولم تواجهه مشكلة كلا النظرتين، فالعقد ينتج عنه التزامات وحقوق وهو ما لا يتصور في التحكيم حيث أن غرض اللجوء إلى التحكيم هو حسم النزاع بين المحتكمين له، كما أن الاخذ بالنظرية المختلط يشوه نظام التحكيم، وفيه تهرب من تحديد واضح للطبيعة، ويمكن القول أن طبيعة التحكيم إتفاقية ومزيج بين النظرية العقدية والقضائية لا يحل مسألة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

ثانياً: النظرية المستقلة

ذهب الرأي الحديث[٤]إلى محاولة إيجاد نظرية تكون مستقلة وخاصةً ذات طبيعة مزدوجة، لا تَعتبر التحكيم بموجبها عمل إرادي كالصلح، كما لا تعتبره عمل قضائي يعمد فيه المحكم على إنزال حكم القانون، على النزاع المعروض على نحو مفروض على الأَطراف، إذ يسعى أصحاب هذه النظرية، لكشف النقاب عن مشكلة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، وقالوا أن طبيعة التحكيم لا يمكن أن تحدد مالم يؤخذ في النظر الغاية من التحكيم والضمانات التي يَلتزم بها الأَطراف حتى لا ينصرف نظرهم عن التحكيم إلى القضاء العادي، فهم يعبرون عن التحكيم بإنه نظام ذاتي، ويحاولون جاهدين إلى بيان نشاطهُ، وطبيعة أهدافه، وما سبب عملهِ

---

(١) – د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٧١.

(٢) – د. محمد داود الزعبي، مصدر سابق، ص٤١.

(٣) – ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، مصر،٢٠١٥، ص١٠٤.د. محمود هاشم، مصدر سابق، ص٢١٩.

(٤) – د.احمد انعم بن ناجي الصلاحي ،مصدر سابق، ص ٣٢–٣٣. د. محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيمي وجزاء الاخلال به، مصدر سابق، ص٢٤. اسامة احمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري: دراسة تحليلية مقارنة لطبيعة القانونية وطبيعة العمل الذي يقوم به، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٤، ص٦٢.

بهذه الكيفية، فضلاً عن انهم لا ينظرون إلى التحكيم بالاستفادة من الاحكام الصادرة عنه، إنما يسلطون الضوء على ملائمة إجراءاته، وسرعته في حسم النزاع، فالتحكيم ما هو إلا قالب قانوني خاص، أجتمع فيه عملان قانونيان أحدهما لا يؤثر على آخر–أتفاق التحكيم والقضاء الناتج عنه– يكون الأول بإرادة المحتكمين، أما العمل الثاني، فيكون من المحكم، فالتحكيم – وهوما يحاول انصار هذه الاتجاه الحديث إثباته– ليس بعملية مزج بين العمل القضائي والعقد، وإنما هو عملية مستقلة وأن كانت تحمل خصائصُ النظامين، فإتفاق الأَطراف على التحكيم يحدث بالتراضي الذي يشترط بالعقود كافة إلا أن خصائصه– إتفاق التحكيم– تَختلف عن كافة العقود، وكذلك عمل المحكم هو من جنس التقاضي لكن له من المميزات ما يميزه عن القضاء، فالسمات التي يَمتاز بها عنصري التحكيم –ألاتفاق والفصل بالنزاع– هي من تكشف عن حقيقة الصلة بين النظامين[١]، فإتفاق التحكيم وأن كان عقداً يتمتع بالخصائص العامة في العقود المدنية، إلا أنه يتميز عنها بهدفهِ وموضوعه، وهَدف هذا الاتفاق ليس إنشاء علاقة مالية أو شخصية بين المتعاقدين وأنما تسوية النزاع الناشئ عن علاقة سابقة، أما بخصوص موضوعهُ فهو ليس بتسوية نهائية للنزاع بل وضع كيان عضوي من شخص أو هيئة تطرح عليه النزاعات ويقوم بالفصل بها.[٢]

وبناءً على هذا التصور فأن التحكيم ماهو ألا نظام أصيل يتجاوز عناصره الاتفاقية والقضائية، ويمنح ضَمانه للمحتكمين تمنحهم السرعة في حسم النزاع والتأمينات التي يطلبها المتنازعين بعيداً عن تعقيدات القضاء العادي[٣]، فطبيعة التحكيم لا يمكن أن تفسر بالمنهج التقليدي، بضمها مع السلطة القضائية أو إرجاعها إلى الطبيعة الاتفاقية للمتنازعين لان في التحكيم تحقيقاً للعدالة التي تختلف في مفهومها عن تلك التي يحققها قضاء الدولة[٤]، مع ذلك لَم تسلم هذه النظرية من النقد، فعلى الرغم من أن أنصارها[٥] لم ينكروا الطبيعة المركبة والمزدوجة للتحكيم بجعله عملاً قضائيا "قضاء أراديا" يرتكز في أساسه على أتفاق الأَطراف، أذ يجمع بين طياته الطابع العقدي والطابع القضائي، إلا أنهم يذهبون إلى عجز النظرية الاتفاقية عن تفسير معالجة التطورات التي يمر بها التحكيم، لاسيما وهو يتجه صوب القضاء، وفي الوقت نفسه لا

---

[١] – د. مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ٤٦.

[٢] – د. نبيل اسماعيل عمر، مصدر سابق، ص ٣٥. وللتفصيل اكثر انظر د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ٤٦–٤٧ ف٢٩.

[٣] – د. احمد انعم بن ناجي الصلاحي، مصدر سابق، ص ٣٣.

[٤] – محمد حلمي عبد زيد، مصدر سابق، ص ٤٥.

[٥] –هامش رقم ٢، الصفحة السابقة .

تفقد هذه التطورات فقدان التحكيم ذاتيتهُ المستقلة، ودمجه بالقضاء[١]، ويبدو أن أهم أنتقاد وجه إلى هذه النظرية، في أنها لم تأتِ بتأصيل منطقي سليم للأعمال القانونية، فكلا التصرفين من إتفاق وقضاء هما أعمال قانونية مستقله، لكل منهما خصائصهِ، فالاستقلال لا يعكس طبيعة العمل وإنما طبيعة ونوع العمل هو من يمنح الاستقلال، فطبيعة العمل القضائي لا تتمتع بالاستقلال مالم يكن هناك أصل تنتمي إليه هذه الوظيفة.[٢]

وقد أنتهى بعض الفقه[٣]إلى أن التحكيم، ما هو إلا قضاء أتفاقي، يكون للمحتكمين أختيار قاضيهم، الذي يجعلون له السلطة في حسم النزاع، ويكون حكمهُ قضائياً، حائزاً لحجية الأمر المقضي بهِ في مواجهة أطراف النزاع، ولا يُقبل الطعن فيه مالم يتجاوز المحكم بنود العقد، والقواعد المفترضة عليه، من قبل النظام القانوني، فأن خالف تلك البنود أو القواعد، فإن حكمهُ يكون معرضاً لطعن، ولا يمس ذلك الطعن سلطتهُ المطلقة في حسم النزاع، لأن الطعن موجهاً إلى المخالفة سواء للاتفاق أو القانون، أن هذه النظرية وأن كانت لا تخلو من الانتقادات إلا أنها حاولت أن لا تدمج بين الطبيعتين، الاتفاقية والقضائية للتحكيم من خلال بحثها عن أهم ما يتميز به الطبيعتان، وأيجاد التقارب بينهما، فمثلا إن إتفاق التحكيم له خصوصية تختلف عن الاتفاقيات الاخرى من حيث الغرض –كما أوضحنا سابقا –وكذلك تختلف عن القضاء في أن القاضي يتطلب به شروط معينه لمنحه هذه الصفة وهي تختلف عنها في المحكم، إضافةً إلى أن أهم ما يميز القاضي عن المحكم هو القانون الذي يحاول الأول حمايته، فيما يسعى الاخير إلى تحقيق العدالة التي كان الأَطراف يرومون الحصول عليها بواسطة التحكيم.

وأخيراً وما تجدر الاشارة له أن موقف القضاء العراقي من الطبيعة القانونية لسلطة المحكم غير مستقر، إذ جعله القضاء تارة، بمثابة الحكم القضائي من لحظة صدوره، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز بقولها:(حكم المحكمين بمثابة حكم قضائي يجب أن يكون له منطوق وفقرة حكمية ويخضع للشكل المقرر للحكم القضائي ويكون له بين الخصوم الاثار جميعها التي تكون

---

(١) – د. وجدي راغب، مصدر سابق، ص ١٠٤.

(٢) – محمد حلمي عبد زيد، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٣) – د.محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية،٢٠٠٣، ص٦٠٩. احمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، الطبعة الاولى، دار الكتب القانونية، مصر،٢٠٠٧، ص٣٥٦. د. مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ٤٩. د .احمد السيد صاوي، التحكيم طبقا لقانون ٦٧لسنة ١٩٩٤، نقلا عن برغانى المختار، اتفاق التحكيم وصوره بحث منشور في دار المنظومة العدد١٧، لسنة ٢٠١٤، ص٦٢٥.

للحكم القضائي...)[1]، في حين ذهبت المحكمة ذاتها في حكم آخر لها صادر عام (١٩٨٧) إلى عدم إعطاء الحكم التحكيمي الصفة القضائية إلا بعد تصديق المحكمة المختصة عليه، حيث قَضت بإن (قرار المحكمين لم يَكتسب الصفة القانونية ليكون بمثابة حكم يعتد به ما دام لم يقترن بتصديق المحكمة المختصة وفقاً لنص المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية)[2]، وبذلك فأن تلك المادة قد أجازت الطعن على حكم التحكيم بالبطلان فقط، بينما منعت الطعن فيه بطرق الطعن المحددة بقانون المرافعات العراقي .

بإختصار: أن النظريات التي حاولت تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بمضمونها والأسانيد، والانتقادات التي وجهت لها لم تتفق على طبيعة محدده للتحكيم، فكل مجموعة بحثت الطبيعة من زاوية معينة، وحاول بعضهم بناء دراسته لطبيعة التحكيم على الانتقادات التي وجهت إلى نظريات الاخرى، وبقدر تعلق الأمر بسلطة المحكم بتعديل العقد المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني، نجد ان طبيعة التحكيم مزدوجة تجمع خصائص كل من العقد والقضاء، وأن هذه الطبيعة الخاصة هي ما يفسر لنا الدور الايجابي الذي يؤديه التحكيم في حل المنازعات الناشئة عن العقود الدَّولِّية عموماً ومنها العقود المتأثرة بالظرف الماس بالأمن الوطني، والذي يترك اثره على مراعاة خصوصية هكذا نزاعات ومحاولة التوفيق بين المصالح المتعارضة نتيجة نشوء هذا النزاع من حيث طبيعة الاتفاق والحكم الذي ينتج عنه، لذلك فإن اتفاق الأَطراف على اللجوء للتحكيم كوسيلة خاصة لحل النزاعات نابع من أتجاه أرادتهم إلى منح المحكم سلطة تقديرية تخوله التدخل بتعديل العقد الدولي هذا من جهة، ومن جهةُ أخرى فان وجود مؤسسات تحكيمية لها من الخبرة في مجال التقاضي الخاص ما يمكنها من مراعاة خصوصية كل نزاع كنزاع المتعلق بالأمن الوطني –محل بحثنا– وهذا ما سنبينه عند البحث في حدود سلطة المحكم في التعامل مع هذا النزاع .

---

[1]– قرار محكمة التمييز المرقم ١٦٦١/حقوقية/١٩٦٧ في ٣/١٢/ ١٩٦٧ اشار اليه عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٤٨٩. وكذلك فان مشروع قانون التحكيم العراقي في المادة (٥٢/أولاً) منه التي نصت على أنه (لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها، بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية)،

[2] – قرار محكمة التمييز المرقم (١٦٤–١٦٥/ موسعة اولى/ ٨٦–٨٧ في ١٩٨٧/٦/٢٩)، مجلة الاحكام العدلية، العدد (٢،١) لسنة ١٩٨٧، ص٥٠.اشار اليه علي صباح خضير الجنابي، النظام القانوني لأحكام التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠١٣، ص٢٥و٢٦.

المبحث الثاني

حدود سلطة المحكم في تعديل العقد المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني

إن سلطة المحكم في التعامل مع المسائل التمهيدية[١]– التي تسبق تعديل العقد– هي سلطة تتأرجح بين التقييد والإطلاق وعلى نحو يتناسب مع تنفيذ حكم التحكيم – عدم خضوعه للبطلان – فالمحكم ملزم بإرادة الأَطراف مع الاخذ بنظر الاعتبار وجود الاتفاق من عدمه في تحديد هذه المسائل[٢]، فالطبيعة الرضائية للتحكيم تنعكس إيجاباً على حق الأَطراف في تنظيم عقدهم، كما يمكن للأطراف الاتفاق على تفويض المحكم سلطة ترك قانون الارادة وتطبيق قانون آخر[٣]، ويعتمد المحكم على إتفاق الأَطراف في سلطتهِ من حيث الاصل، وهو ملزم باحترامه، وقد أشارت أتفاقية واشنطن في المادة (٤٢) إلى ان "١– للمحكمة أن تفصل بالنزاع وفق القواعد القانونية التي يقرها الأَطراف ....."، ولذلك لا يستطيع المحكم تجاوز إرادة الأَطراف، والا كان قراره معرضاً للبطلان، وهو ما يعني سمو مبدأ سلطان الإرادة[٤]، فمبدأ سلطان الإرادة يعد رَكيزة أساسية في مجال التحكيم، يمكن المتعاملين في مجال العقود الدَّولَّية من الهروب من مثالب القضاء وتحقيق مصالحهم المشروعة، فالمحكم يستمد شرعيته من إرادة طرفي العقد، من ثم هو ملزم من حيث الاصل بإحترام إرادتهم المشروعة، وأحترام المحكم لرغبة الأَطراف في أعتماد تنظيم العقد الذي أرتضوه لا يكون مطلق، ففي حقيقة الأمر المحكم يملك سلطة استعباد الاتفاق

---

[١]–ان من ابرز المسائل التي يتصدى لها المحكم قبل الولوج في عملية تعديل العقد الدولي هي مسائلة تفحص القانون الواجب التطبيق تحديداً من ناحية مخالفة النظام العام، كذلك مهمة تفسير عبارة العقد الغامضة لاسيما المتعلقة بشرط استثناء الامن الوطني وعلى النحو الذي سنبينه لاحقا .

[٢]– فقد جاء في المادة (٤٩) من قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ المنشور بالجريدة الرسمية ٤٤٩٦ في ١٦تموز ٢٠٠١، وبدا العمل به بتاريخ ١٦اب ٢٠٠١ " لا تقبل دعوى ابطال التحكيم الا في الحالات الاتية:..... ٤– اذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الاطراف بتطبيقه على موضوع النزاع.

[٣] –د. محمد داود الزعبي، مصدر سابق، ص١٩٥.

[٤] –وقد اثير هذا الفرض في قضية شركة " L Orinoco Steamship " بين حكومة فنزويلا وشركة امريكية عام ١٩٠٣ حيث اخضع المحكم العقد إلى القانون الفنزويلي رغم عدم منحه السلطة في تعديل القانون الواجب التطبيق المختار من قبل الاطراف وقد خالف بنود العقد مما طالبت الحكومة الأمريكية من نظيرتها الفنزويلية عرض الحكم على محكمة تحكيم جديدة وتم الاتفاق في عام ١٩٠٩، فيما اصدر المحكمة الاخيرة قرارا بإبطال حكم التحكيم لتجاهل المحكم –الاول – للنصوص الأمرة المنصوص عليها باتفاق التحكيم وقد صدر القرار في ١٩١٠/١٠/٢٥. ولتفاصيل اكثر ينظر: د. ابراهيم محمد العاني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، ط١، دار الفكر العربي، بلا مكان طبع، ١٩٧٣، ص١٢٥–١٢٦.

في أوضاع معينة، فحرية الأَطراف مقيدة بقيود أهمها النظام العام[1]، أضف إلى ذلك قد تكون عبارات العقد يشوبها الغموض، ليتدخل المحكم بما يمتلكه من سلطة في تفسير بنود الاتفاق هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن للمحكم سلطة فيما يتعلق بإجراء الأمن الوطني، المتخذ من قبل الدولة المضيفة، وتختلف حدود هذه السلطة بإختلاف وجود أتفاق استثناء الأمن الوطني من عدمه، لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين الاول يكون بعنوان حدود سلطة المحكم بالمسائل التمهيدية للتعديل، أما المطلب الثاني فيكون لحدود سلطة المحكم في اعمال استثناء الأمن الوطني.

المطلب الأول

حدود سلطة المحكم في المسائل التمهيدية للتعديل

سلمنا فيما سبق بان المحكم يستمد سلطته من إتفاق الأَطراف اللذين يخولونه حسم النزاع، وأن هذه السلطة مقيدة بذلك الاتفاق ومخالفته ستعرض حكم التحكيم للبطلان، فالأَطراف هم من يحددون الكيفية التي يتم بها حسم النزاع، إلا أننا لا يمكن أن نأخذ هذا الأمر على اطلاقه، فقد يفاجئ المحكم بعد قبوله التحكيم في النزاع، بإن إتفاق الأَطراف يتعارض مع مسألة النظام العام، أو أن عبارات العقد يشوبها الغموض والإرباك، فيعمد إلى حل هذه المسائل قبل الدخول في عملية تعديل العقد، لذلك سوف نحاول في هذا المطلب، بيان مدى حدود سلطة المحكم في اعمال النظام العام؟ وماهي حدود سلطته في التفسير؟ وذلك بتقسيم المطلب على فرعين: الاول حدود سلطة المحكم في حال مخالفة الأَطراف للنظام العام، والثاني حدود سلطة المحكم في التفسير.

---

[1]–د. كريم مزعل شبي، ثامر داود عبود الشافعي، النظرية الشخصية المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون جامعة بغداد، العدد الثاني ،٢٠١٧، ص٢١٣.

الفرع الاول

حدود سلطة المحكم في حال مخالفة الأَطراف للنظام العام

لزاماً على الافراد جميعهم إحترام القواعد المتعلقة بالنظام العام، حتى ولو كان في ذلك تضحية برغباتهم، لذلك تستخدم القوانين هذه الفكرة للتفرقة بين القواعد المفسرة أو المكملة، وبين القواعد الأمرة التي لا يمكن للأطراف الاتفاق على خلافها فهي ترتبط بالنظام العام الذي يعد قيداً على إرادة الافراد، ومخالفة تلك القواعد–حتى بوجود الاتفاق–تجعل من العقود باطلة، ولما كان النظام العام يسعى إلى حماية مصالح المجتمع[١]، فأي إتفاق يخرج على النظام العام يعد باطلاً.

يعد التحكيم طريقاً موازياً للقضاء في حل المنازعات، فقد جاءت التشريعات المنظمة له لتؤكد على أن النظام العام من المسائل الجوهرية والمهمة التي يجب الوقوف عندها لانها تمثل– كما اسلفنا– المبادئ السامية في الدولة سواء في علاقاتها الداخلية أو علاقاتها الدولية، وقد اختلفت التشريعات في تحديد جزاء مخالفة النظام العام، فالبعض منها تشير إلى أن الجزاء الذي يترتب على مخالفة النظام العام سواء كان داخليا ام دوليا هو البطلان، في حين أن تشريعات أخرى ترى غير ذلك[٢] وبحسب نوع النظام العام، فهناك ما يسمى بالنظام العام الدولي الذي يفرض سطوتهُ على العلاقات القانونية الدَّولِّية، تحت مسميات عدة، فمنهم من أسماه "بالنظام العام الدولي الحقيقي" فيما ذهب أخرون إلى تسميته "بالنظام العام للقانون التجاري"، وهناك من أطلق عليه اسم "النظام العام غير الوطني " فيما كثر استعمال تسمية "النظام العام عبر الدول" ليدل على طبيعة العلاقات القانونية التي يؤثر فيها ويحكمها، ولعل سبب هذا التباين يرجع إلى قلة الاحكام القضائية والتحكيمية التي تشير له[٣]، وأيا كانت التسمية فإن المقصود بهذا النظام؛ وهو مجموعة القواعد التي تمثل الحد الادنى، أو القياسي لما يفرضه، واقع المجتمع الدَوُلِي، لحماية حقوق الانسان[٤]، كذلك يُعبَّر عنه بأنه مجموعة القواعد العامة التي لا تتعلق بمصالح مجتمع دولة معينة، إنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالمجتمع الدَوُلِي، فهو عبارة عن قواعد

---

[١]–د. مجدي الدسوقي، تدويل الحلول في منازعات البترول، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص٢٧.

[٢] – ضيافة صارة، مصدر سابق، ص١٨٨.

[3]–Frances Cakis ,Yatil du Nauveau en Matiere d Ordre public ? TCFDIP 1966–1969,p149.

اشار اليه، فتحية قريقر، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الجزائر –١–بن يوسف بن خدة ،٢٠١٧،ص ٣٣٢.

[٤] – د. ابو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨١، ص١٢٠.

مشتركة بين مجموع من الانظمة القانونية والتي ترتبط بالعلاقات الدولية[١]، وهناك من أنكر تسمية النظام العام الدولي عموماً، وأعتبرها فكرة معيبة، حيث لا وجود لنظام عام دولي فهو دائماً وطني، لانه يحدد وفقاً لمعايير تؤخذ وتعكس الافكار الرئيسة لمجتمع دولة ما[٢]، في حين أن هناك من يؤيد فكرة وجود هذا النظام، أذ يذهب إلى أن دور هذا النظام يبرز عندما يَحضر تصرفات معينة هي مشروعة في ظل القانون الواجب التطبيق الذي أختاره الأَطراف، فضلاً عن ظهور فائدة أخرى تتعلق بملائمتهِ لطبيعة التحكيم التجاري الدولي، أذ أن عملهُ يَكمن في هذا الجانب، لان المحكم لا يرتبط قضائياً باي دولة، ولا يقيده قانون دولة معينة، ولا يدافع عن إي مصلحة عامة، فهو معنياً بالقواعد الدَّولَّية دون القواعد الوطنية، لذلك يكون الاعتراف به أكثر ما يكون في التحكيم التجاري الدولي[٣]، وقد يصار أحياناً إلى مخافة النظام العام الدولي من قبل الدولة المضيفة حمايةً للمصالح العليا فيها- الأمن الوطني- ليتدخل المحكم وفي حدود سلطته إلى تقدير مدى أحقية البلد المضيف في مخالفة كل ما يعد من قبيل النظام العام الدولي.

أما النوع الآخر فهو النظام العام الداخلي، والذي يمثل النظام العام الوطني المصلحة العامة لمجتمع تلك الدولة، حيث يُسمح فيه للقاضي الوطني في استبعاد القانون الأجنبي، حينما يتعارض مع المبادئ، والنظم الاساسية في دولته، إلا أن النظام العام الداخلي في القانون الدولي الخاص له طابع إستثنائي، فليس كل ما يخالف النظام العام في القانون الوطني يعدُّ مخالفاً للقانون الدولي الخاص، لذلك يُصر على ضرورة فهم المحكم المعنى الحقيقي للنظام العام الداخلي بمعناه الموجود في نظرية القانون الدولي الخاص ودور هذه الفكرة -فكرة النظام العام - في إستبعاد أتفاق الأَطراف[٤]، فعلى سبيل المثال ذهبت محكمة النقض المصرية بقرارها المرقم "٧١٤في ١٩٨٢/٤/٢٦ إلى رد الدفع الذي أثير أمامها حول مخالفة القانون للنظام العام، أذ جاء في القرار أن مخالفة النظام العام هي مخالفة القانون الارادة للأسس الجوهرية في الدولة ولا يعتد بالطعن اذا كان هناك مجرد تعارض مع ذلك النظام[٥]، وبقدر تعلق الموضوع -بمجال بحثنا

---

[١] - د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق ، ص٢١٧.

[٢] - كروم السالك، التحكيم والنظام العام، بحث منشور في مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، العدد ٢، سنة ٢٠١١ ، دار المنظومة ،ص ٣٦-٣٨.

[٣] - اياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ،٢٠٠٤، ص٥٧٢.

[٤] - دريدر ملكي، المصدر السابق، ص ٤٨.

[٥] - اشار اليه د.هدى محمد مجدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٩٠. وكذلك ماقضت به محكمة النقض المصرية بقرارها رقم ٢٨٢ لسنة ٨٩ قضائية بجلستها المنعقدة في ٢٠٢٠/١/٩حيث قررت المحكمة ابطال الشق المخالف للنظام العام واعمال الشق الاخر جاء فيه المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك الخاصة بأحكام المحكمين

النزاع المتعلق بالأمن الوطني- فإن سن القوانين التي تسعى إلى حماية الأمن الوطني في الدولة المضيفة، يكون بموجب قواعد- نظام عام- آمرة يكون المساس بها تهديداً لأمن تلك الدولة.

وما يجدر الاشارة إليه، أن المساس بالقوانين التي تعد من النظام العام في الدولة المضيفة، والمتعلقة بحماية الأمن الوطني لا تُمس في الغالب وقت أبرام العقد، والسبب في ذلك أن الدولة تراعي دون شك عند التعاقد قوانينها السارية، ولا سيما المتعلقة بحماية مبادئها السامية ومنها الأمن الوطني، إلا أنه قد يحدث في اثناء تنفيذ العقد المس بهذه القواعد من المستثمر على نحو يهدد ذلك الأمن، الأمر الذي يدفع الدولة إلى إتخاذ أجراء في مواجهة المستثمر، يصل أحياناً إلى انهاء العقد، ويراعي المحكم وبحدود سلطته القواعد الأمرة في بلد التنفيذ، بأقل تقدير لضمان تنفيذ حكمه، فإعمال هذه الفكرة- النظام العام الداخلي- سوف يضمن صدور حكم قابلٌ للتنفيذ متى ما راعى المحكم قواعد النظام العام في البلد محل التنفيذ بطريقة تضمن عدم تجاوز تلك القواعد بالأثار المترتبة على تنفيذ الحكم[١]، فعلى سبيل المثال القضية المثارة بين شركة (استروكابيتال) مع دولة اليونان، إذ قامت الشركة في أثناء سريان عقد الاستثمار المبرم بينهما، بمباشرة استثمار غير مباشر أعتبرته اليونان مخالفاً للقواعد القانونية الأمرة المنظمة للقطاع المصرفي في اليونان مما عدته نشاط المستثمر تهدداً لأمنها الوطني وهذا ما أيده المركز الدولي لتسوية المنازعات بقرارها المرقم ARB/13/8 في ٢٩ سبتمبر ٢٠١٦.[٢]

نخلص مما تقدم أن للمحكم سلطة تقديرية في تفحص القوانين التي تتعلق بالنظام العام للدولة المضيفة باقل تقدير، ولاسيما وأن ألاجراءات التي تتخذها هذه الاخيرة لحماية أمنها الوطني غالبا ما يكون في مواجهة عمل صادر من المستثمر، يتعارض مع نصوص آمره في قوانين شرعت لحماية المصلحة العليا للبلد المضيف .

الأجنبية وتنفيذها أنه وإن كان يتعين على القاضي المصري رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي متى وجد فيه ما يخالف النظام العام في مصر – ولا يكفي في ذلك تعارضه مع أية قاعدة قانونية ولو كانت آمرة مادامت غير متعلقة بالنظام العام – إلا أنه إذا كانت مخالفة النظام العام قاصرة على جزء فقط من الحكم أمر القاضي بتنفيذ الشق الذى لا مخالفة فيه طالما أمكن فصله عن الآخر، وهو في هذا لا يتجاوز حدود سلطته .الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية المنشور بالرابط : https://www.cc.gov.eg تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٢٤ الساعة ١٠:٠٠ص.

[١] –د. آمال حمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم،الطبعة الاولى، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر ١٩٩٣،ص٢٣. د. ابراهيم احمد ابراهيم، مصدر سابق، ص٢٣٥.

[2]– ICSID, Cass no:ARB/13/8,Cass Details: postova banka, a.s and ISTROKAPITAL SE V. Hellenic Republic. 29 September 2016.

الفرع الثاني

حدود سلطة المحكم في التفسير

يواجه المحكم أحياناً، وهو ينظر في النزاع المعروض أمامه، غموض أو تباين في بنود العقد، يدفعه إلى تفسير تلك البنود المشوبة بالغموض، وهو ما يجعل التفسير مسألة من المسائل التمهيدية للفصل بالنزاع أجراء تحليل لبنود العقد، والوقوف على إرادة الأَطراف التي أنتجت العقد[١]، وأن تفسير العقود من قبل المحكم يثير أمرين: الأول له طابع فني تتلخص في أن هناك أفكاراً وبنوداً عقدية، من اللازم أن يكون فيها تطابق بين الصياغة اللفظية والنية الحقيقية للأطراف، وهذا هو الأصل في العقود، والثاني له طابع مذهبي متمثل في الأسس التي ينتهجها المحكم في التفسير، والحدود التي يلتزم بها، إلا أن لاختلاف النظم القانونية بين المتعاقدين والتفاوت المعرفي بينهم أثر على طرق التعبير عن توقعاتهم المشروعة، وقد يصبح ذلك مشكلة أمام المحكم تظهر عندما يحاول إستجلاء وتفسير الارادة الضمنية في حالة النزاع والأمر قد تزداد الصعوبةً، عندما نكون امام التغير في الظروف المحيطة بالعقد، فقد يكون المحكم امام غموض في الشروط العقدية يترتب عليه عدم وضوح في حقوق، والتزامات الأَطراف المتعاقدة، مما يجعل المحكم ملزماً في تفسير تلك الشروط وفقاً لما اتجهت إليه نية المتعاقدين، وحسب ظروف وملابسات النزاع، وكل ذلك جعله من المسائل التمهيدية واجبة الحسم، فمهنته هنا تكون في تفسير الشروط العقدية الغامضة، للوصول إلى الارادة المشتركة للمحتكمين[٢]، ويلجأ إلى التفسير أما عند نشوء نزاع بهذا الشأن وهو الغالب، أو قد يلجأ المحكم له متى ما رأى محلا لذلك، ويعرف الغموض على إنه: أخفاء معنى النص وعدم فهم ما يقصد منه، ويأتي على نوعين[٣] فهو اما أن يكون غموضاً نسبياً يتوقف على شخص القائم بالتفسير فيكون النص واضحاً للشخص وغامضاً بالنسبة إلى شخص آخر، أو قد يكون غموضاً مطلقا ناتج عن

---

[١]–د. منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الجزء الثاني، منشأة المعارف في الاسكندرية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٣٤٩.

[٢] – رشا محمد مسعد شبانة، دور المحكم في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة المنصورة، مصر،٢٠١٨ ،ص ٧١.

[٣] –علي هادي عطية، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا، الطبعة الاولى، دار السنهوري، بغداد،٢٠٠١، ص٧٨.

الصياغة العقدية المعيبة، وهناك تعريفٌ آخر مفاده: لفظ غير واضح في الدلالة ولا يفهم معناهُ الا بواسطه أمر يخرج عنه.[١]

وبذلك يكون عمل المحكم في التفسير هو إزالة الغموض، وتوضيح بنود العقد للوصل إلى المعنى الحقيقي الذي قصده الأَطراف، ويرد هنا غموض المعنى لا اللفظ، فإن كان المعنى واضحاً فلا حاجة للتفسير[٢]، كما لو استعملت عبارات واضحة اللفظ غامضة المعنى لا تصف إرادة واضعيها الحقيقية[٣]، وفي –مجال البحث– في دور المحكم في تفسير مصطلح الأمن الوطني سواء نصَ عليه ببند عقدي أو لا، فأن التفسير يكون ذا طابع أكثر حساسية لاختلاف هذا المفهوم – الأمن الوطني– باختلاف المكان والزمان، علاوة على تغير مجال تطبيقه اتساعاً وضيقاً بحسب فلسفة الدولة متأثراً بعوامل عدة، ولذلك فإن تفسير المحكم لهذا المفهوم ينبغي أن يؤخذ فيه بنظر الاعتبار عوامل عدة، أبرزها الهدف من تبنيه، وفي حالة أتفاق الأَطراف على شرط – كاستثناء الأمن الوطني– بعبارة عامة وصياغته غامضة يأتي دور المحكم في التفسير والبحث النية المشتركة للأطراف فيحدد معنى المصطلح بما يتوافق مع نية واضعيه تمهيداً لحل النزاع المعروض أمامه.[٤]

ويلجأ المحكم في سبيل الكشف عن النية المشتركة للأطراف إستعمال عدة وسائل، منها ما تكون داخل العقد، وأخرى خارجه كطبيعة التعامل، وما يتماشى مع طبيعة العقد، وما يوجبه من توافر الثقة في التعامل، وما يلزمه العرف التجاري، لذلك سوف نتناول كلا الطريقين بشيء من الاختصار، لمحاولة الوقوف على أبرز الوسائل التي من الممكن للمحكم الاستناد عليها وهو يقوم بمهمة تفسير مصطلح الأمن الوطني المثار النزاع بشأنه وحدوده في ذلك وعلى النحو الآتي:

---

[١] –رمضان علي السيد، اصول الفقه الاسلامي، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،٢٠٠٥، ص١٩٨.

[٢] – د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر،١٩٨٥، ص٦١.

[٣] – احمد رعد عباس، التفسير التحكيمي لعقد التجارة الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية الجامعات العراقية،٢٠١٨، ص٤٦.

[٤] – د.احمد شوقي عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفق قواعد الاثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٣، ص٤٥.

أولاً : طرق التفسير الخارجي :

يذهب مدلول التفسير بالطرق الخارجية للعقد إلى إعتماد طرق خارجة عنه ولا تتعلق بنصه، حيث يعطي هذا النوع من التفسير، الحرية الواسعة للمحكم في الوصول إلى تفسير منطقي وسليم، للعقد موضوع النزاع، فهو يشمل ما اتجهة إليه إرادة الطرفين في مرحلة التفاوض، وكذلك العلاقات التجارية الجارية بين الطرفين، فضلاً عن الاعراف والعادات المرعية في التجارة الدَّولَّية وعلى النحو الآتي:

١-اعتماد مرحلة التفاوض بالتفسير: يمر العقد بصورة عامة، والعقود الدَّولَّية على نحو خاص، في مراحلة تمهيدية طويلة تسبق مرحلة ابرامه، أذ تعد المفاوضات العمل الرئيس في إنشاء العقد، وهي الخط الرئيس الذي يسير عليه العقد، ويرتبط به تحقيق أهدافه، مع محاولة مراعاة ما يمكن توقعه من ظروف في اثناء مرحلة تنفيذ العقد، من ثم هي توفر التنبؤات بما قد يحصل في حياة العقد في المستقبل[١]، ويمكن اعتماد هذه المرحلة من قبل المحكم للكشف عن أي مفاوضات متعلقة بتحديد مخاوف الدولة، فيما يخص الأمن الوطني، لاسيما أن كان العقد مشتملاً على شرط متعلق باستثناء الأمن الوطني.

٢- التعاقدات السابقة بين الأَطراف: يسعى المحكم وهو يتصدى لمهمة التفسير الوصول إلى الارادة المشتركة للأطراف، وهو في سبيل ذلك يستعمل القواعد التفسيرية التي تساعده في هذه المهمة، ويستطيع أن يسترشد بما درج عليه التعامل بين الطرفين[٢] بالاستفادة من العقود المبرمة بين المحتكمين، فتلك الممارسات هي عوامل مهمة يُعتد بها في التفسير، وعند الاختلاف في تنفيذ بند معين يمكن أن يستجلي المحكم نية الأَطراف من الطريق الذي اعتاد المحتكمين السير به في عقودهم[٣]، وهذا ما تؤكده مبادئ يونيدروا وتحديدا في المادة(٣/٤) "بقولها عند تفسير العقد يجب ان تراعى جميع الظروف بما في ذلك .....: ب- الممارسات التي جرى عليها الطرفان فيما بينهما[٤]"، وبهذا أخذت هيئة التحكيم التابعة إلى غرفة التجارة الدَّولَّية في قرارها

---

[١] – د. ابو العلا علي ابو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، تمهيد د. احمد صادق القشيري، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة بدون سن نشر، ص ١٨-٢٤.

[٢] – د.محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة فتحي الياس نوري، بلا بلد طبع ،١٩٤٠،ص٢٩٢.

[٣] – د.عصمت عبد المجيد، المصدر السابق، ص١٩٤.

[٤] – مبادئ يونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدَّولَّية ٢٠٠٤، الطبعة الثانية باللغة العربية، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٨، ص١٢٣.

المؤرخ في "٢٠٠٢/١/٢٥" في أنها تطبق قواعد اليونيدروا الخاصة بتفسير العقود وقد جاء فيه يجب مراعاة الممارسات التي جرى عليها المتعاقدون.[١]

٣-العادات التجارية الدولية: ويكون دور المحكم في هذا الفرض الرجوع على العادات التجارية لتفسير الغامض من المصطلحات العقدية، خاصة اذا كان القانون الواجب التطبيق المختار من قبل الأَطراف لا يتضمن قواعد تفسيرية تنطبق على النزاع [٢] إذ ذهبت محكمة التمييز في فرنسا بحكم لها صدقت به قرار لمحكمة استئناف باريس بتاريخ ١٩٨٩/٧/١٣ وجاء بالقرار "أن المحكم قد جاء حكمه منسجما مع واجباته المهنية وقد استند على القواعد المنبثقة من الممارسات وأعراف التجارة الدولية"[٣]، وجاء في اتفاقية فينا للبيع الدولي في المادة ٩"١- أن يلتزم الأَطراف بالأعراف التي اتفقوا عليها والعادات التي استقر التعامل بينهم عليها ،٢- مالم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الأَطراف قد طبقا ضمناً على عقدهم أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به أو ينبغي لهم ذلك متى كان معروفا في نطاق واسع ومراعى بانتظام التجارة الدَّولَّية في العقود المماثلة ".[٤]

ثانياً : طرق التفسير الداخلية

هناك ثلاثة طرق تفسير مستمدة من داخل العقد يتبعها المحكم في تفسير العقد، وهي لا تخرج بطبيعتها عن حدود التعاقد وهذه الطرق هي:

١-النية المشتركة للأطراف: يقوم المحكم بممارسة عمله في التفسير، بالبحث عن الارادة المشتركة للأطراف التي صيغت بمعنى، قد لا يحقق القصد الحقيقي للمتعاقدين، ويتمثل البحث عن القصد المشترك للمتعاقدين بإيجاد ما اتجهت إليه الارادة التي أنتجت العقد[٥]، وهو ما عبرت عنه المادة ٤-١ من مبادئ اليونيدروا بالقول" يفسر العقد طبقا للنية المشتركة للطرفين "، وجاء

---

[١] - قرار هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية، بدون رقم قضية، ٢٠٠٢/١/٢٥،منشور بالرابط: http://www.unilex.info تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢١ الساعة 11:0م.

[٢] - د.احمد حمزة الحداد، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الاولى، الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،٢٠٠٧، ص ٣٢٨ .

[3]- philippe fouchard, Larbitrage commercial international ,Dalloz,1965,p423

اشار اليه احمد رعد عباس، مصدر سابق، ص ٦٩.

[٤] -اتفاقية للأمم المتحدة بشان عقود البيع الدولي للبضائع، لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، صادر عن مكتب الامم المتحدة في فينا، نيويورك ،٢٠١١،ص٤.

[٥] - د.احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر، ص١٣٢.

في شرح هذه المادة أن إعطاء المعنى الواجب للبنود العقد يجب ان يكون أولاً، بالرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين، الأمر الذي يترتب عليه منح العقد دلالة تختلف عن المدلول الحرفي للشروط العقد بشرط أن يكون المدلول الجديد مشتركاً بين المتعاقدين، فضلاً عن عدم المبالغة في أهمية هذا المبدأ العلمية، لان اللغة في عقود الدَّولَّية تختلف كليا عن معناها المألوف، وكذلك الأمر عندما يحدث نزاع فمن الصعب إثبات مطابقة معنى بعينه يتمسك به أحد الأَطراف بإعتباره المعنى المشترك المعبر عن النية المشتركة مع المعنى الذي يشترك معه لدى المتعاقد الاخر عند الاتفاق على العقد.[١]

٢- تفسير العقد كوحدة واحدة: يطلق على هذا التفسير بالتفسير التكميلي الذي يكون به التفسير عبارة عن وحدة واحده، فلا يفسر جزء من العقد دون الجزء الاخر، لان ذلك يجعل من الوصول إلى ارادة الأَطراف أمرا عسيراً، وهو ما ينتج عنه تجزئه لإرادة الأَطراف، فيلزم المحكم بتفسير العقد بمجموع بنوده بطريقة توافقيه بين البنود المختلفة، أما في حال تعذر التوافق فانه يقوم بترجيح احد تلك البنود المتوافقة مع أرادة الأَطراف، والتي تكون موحى بها من عبارات العقد بجملته[٢]، وقد جاء في المادة "٤-٤من مبادئ اليونيدروا بالقول ان تفسر الشروط والمصطلحات والتعبيرات بالنظر إلى العقد ككل أو إلى الإقرارات التي ترد فيه " وقد جاء في شرح المادة بانه لا يمكن تفسير المصطلحات والعبارات المستعملة من قبل الأَطراف بمعزل عن غيرها، ويجب النظر إليها بوصفها وحدة كاملة وجزاً لا يتجزأ من السياق العام للعقد الأمر الذي ينتج عنه وجوب تفسير العقد كلياً فضلاً عن القرارات الواردة فيه.[٣]

٣-قاعدة اعمال النص: يقصد بهذا المبدأ أن يفسر العقد بأسلوب يكون معه أثر في العقد، وليس بأسلوب يفرغ النصوص العقدية من محتواها وأثرها في العقد، والفكرة من هذا المبدأ استحالة تضمين الأَطراف للنصوص دون أن يكون لها غرض في العقد، لذلك يجب أن يكون التفسير بأخذ الاثار المترتبة على العقد كافة [٤]، وهو ما جاء واضحا في المادة ٤-٥ من مبادئ

---

[١] - مبادئ اليونيدروا، مصدر سابق، ص١٢١.

[٢] - د.احمد شوقي عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الاثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣ ، ص ٢٩.

[٣] - مبادئ اليونيدروا، مصدر سابق، ص ١٢٦.

[٤] - ايمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد، رسالة ماجستير مقدمة الكلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٢، ص٧٢.

اليونيدروا حيث نصت على تفسير بنود العقد بأسلوب يمكن معه أن يكون لكل بند أثر ما وليس بأسلوب يجرد بعضها بعضا".[١]

وفي قضايا التحكيم هناك الكثير من الحالات التي أخذ بها المحكم بتفسير العقود وعلى سبيل المثال قضية "امباثيلوس " بين تاجر يوناني مع الحكومة البريطانية حدثت في اثناء سريان اتفاقية عام ١٨٨٦ والتي بموجبها أنشأت لجنة تحكيمية تختص بنظر الخلافات المتعلقة بالتفسير، وكان سبب النزاع هو تأخير تسليم المراكب التجارية ويرجع سبب التأخير الى تفسير بعض بنود العقد [٢]، وفي مثال آخر نزاع شركة كهرباء ورسوا فقد قضت المادة ١٦ من إتفاقية المعقودة بين فرنسا وبولندا عام ١٩٢٢بأحالة الخلاف المتعلق بالتفسير إلى التحكيم[٣]، وكذلك القضية المرقمة "٨٣٢٤" لعام ١٩٩٥ التي نظرتها الهيئة التابعة إلى غرفة التجارة الدَّولَّية حول تفسير بند عقدي انتهى المحكمين به إلى إعمال نص المادة ٨ ف٣[٤]، من اتفاقية فينا التي منحت العادات وممارسات الأَطراف أولوية في تفسير البنود العقدية.[١]

---

[١] – مبادئ اليونيدروا، مصدر سابق، ص١٢٧. وقد جاء في التعليق على المادة يتعين ان لا نتوقع ان لا يستخدم الاطراف عند صياغة العقد اللفاظ بلا غرض مقصود منها لهذا السبب وضعت هذه المادة قاعده مفادها ضرورة تفسير البنود غير الواضحة في العقد بحيث يكون لمجموعها اثر ما بدلا من ان يبقى بعضها بلا معنى.

[٢] –خلال فترة سريان المعاهدة ابرم " Nicolas Ambatieios" عقدا مع الحكومة البريطانية على شراء تسعة مراكب تجارية وقد صدر عدد من القرارات من المحكمة البريطانية تقضي بإدانة "امباثيلوس "مما كان ادى إلى تأزم الوضع المالي له واصيب باضرار مالية وعلى اثرها عرضت الخلاف في ٢٦ديسمبر ١٩٣٩ على هيئة التحكيم الا ان الهيئة التحكيمية وعلى اساس التفسير العقد الاصلي رات ان الحكومة البولندية لا يحق لها المطالبة نيابة عن رعاياها. د.ابراهيم محمد العاني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي ، بلا بلد طبع،١٩٧٣، ص٢٥٣-٢٥٤.

[٣] – شركة كهرباء ورسوا شركة فرنسية مساهمة مقرها باريس حصلت على عقد امتياز من بلدية وارسوا في ١١/يناير ١٩٠٢ ولمدة ٣٥ سنة وموضوعها القيام بتقديم خدمة الكهرباء إلى المدينة، ونتيجة لحدوث الحرب العالمية الاولى سيطرت على الشركة الحكومة البولندية وفي ١٨ اكتوبر طالبت الشركة الحكومة بدفع تعويض ومد عقد الامتياز إلى ٢٠ سنة قادمة فيما رفضت الحكومة ذلك مما اضطر ان تقدم الحكومة الفرنسية دعوى اما التحكيم على اساس من مطالبة شركة الكهرباء التي يتدخل ضمن اتفاقية ٦ فبراير ١٩٢٢وقد خلص المحكم إلى ان اختصاصه يقتصر على الخلاف المتعلق بتفسير المعاهدة . د. ابراهيم محمد العاني، مصدر سابق ،ص٢٥٦-٢٥٧.

[٤] – نصت المادة ٨ على :"٣- عندما يتعلق الأمر بتعين قصد احد العاقدين او ما يفهمه شخص سوى الادراك يجب ان يؤخذ في الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة لاسيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التي استقر عيها التعامل بينهما والاعراف واي تصرف لاحق صادر عنهما ".لجنة الامم

بعد أستعراض الوسائل الداخلية والخارجية فأن ما تجدر الإشارة إليه، هو أن للمحكم الركون لأي من هذه الوسائل وهو يتصدى إلى مهمة التفسير بحسب ظروف كل دعوى وملابستها، فما يتلاءم من وسيلة تفسير لدعوى معينة قد لا يلاءم لأخرى، من دون الحاجة إلى أخذ موافقة الأَطراف بوصفه يواجه مسألة تمهيدية واجبة الحسم تدخل في إطار سلطته، ففي النهاية هذه الوسائل هي بمثابة إرشادات يمكن للمحكم الإستعانة بها، وان مهمة التفسير ما هي إلا مسألة خبرة تدخل ضمن حدود سلطة المحكم، وتقف حدود هذه السلطة عند الحد الذي لا تصل فيه عملية التفسير إلى مرحلة إعادة النظر بالشروط العقدية، فهذه السلطة تتقيد كسلطة القاضي بأن لا يكون التفسير معدلاً لبنود والتزامات العقد[٢]، وفي مجال بحث تفسير مفاهيم الأمن الوطني يواجه المحكم عند نشوء نزاع بهذا الشأن غموض تختلف جوانبه، أحياناً يبنى إجراء حماية الأمن الوطني بالاعتماد على اتفاقات يُثار بشأنها نزاع يتعلق بكيفية تفسيرها، فعلى سبيل المثال نشأ نزاع حول تفسير عبارة (ممنوحة القبول) وهي عبارة تضمنتها المعاهدة الثنائية بين المملكة المتحدة واندونيسيا، تنظم الاستثمارات التي تتم بين البلدين، وكان المستثمر– انكليزي الجنسية– قد أدعى أمام هيئة التحكيم، أن التوسع الاستثماري الذي قام به في اندونيسيا –والتي أوقفته اندونيسيا بوصفه خطراً يهدد الأمن الوطني– قد جاء استناداً لعبارة الاستثمارات الأجنبية ممنوحة القبول الواردة في المادة ٢ فقرة ١ من المعاهدة الثنائية، في حين أن الدولة المضيفة– اندونيسيا– أدعت أن العبارة تتعلق بالاستثمارات الداخلة ضمن الاتفاقية فحسب والتي تمنحها القبول ولا تتعداها إلى ما دون ذلك، وهذا ما أيده المركز الدولي لتسوية النزاعات من خلال تفسير العبارة الواردة في المادة ٢ من الاتفاقية بقولها " أن العبارة ممنوحة القبول تعني أن الاستثمار يمنح القبول أو يرفض من قبل اندونيسيا في كل مره بالتوافق مع قواعد السلوك المالي فيها"، وعليه فإن رفض التوسع في الاستثمار الذي تراه اندونيسيا مخالفاً للقوانين الداخلية

المتحدة للقانون التجاري الدولي، اتفاقية الامم المتحدة بشان عقود البيع الدولي للبضائع ،مكتب الامم المتحدة في فينا ،الامم المتحدة ،٢٠١١،ص ٤.

[1]– Jean – Jacque Arnaldez ,Yves Derains, Dominique Hascher Collection of ICC Arbitral Awards, 1996 –2000 ,Kluwer Law International Amazon France, 2003, p439 .

اشار اليه عثمان فريد، تفسير عقود التجارة الدَّولِّية وفقا للقواعد الدولية، مجلة دفاتر السياسة والقانون جامعة البليدة ،العدد ١٥، جوان، الجزائر، ٢٠١٦،ص٦٤٤.

[٢]– هدى محمد مجدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٣٠٧.

صحيحاً، ويجب أن يمنح القبول- العبارة المثار بشأن تفسيرها النزاع- بشرط عدم خرقه القانون الوطني كشرط حماية لأمنها الوطني.[١]

المطلب الثاني

حدود سلطة المحكم في اعمال استثناء الأمن الوطني

إن العقد الدَوُلِي هو نتاج إرادة أطرافه، فلهم وبموجب قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، الحرية في تضمين عقدهم بما يرغبوا من بنود، وتحديد مسار تنفيذه، إلا أن هذا التحديد يصطدم أحياناً بعائق مهم وهو الظرف الماس بالأمن الوطني، فللأخير خصوصية تجعل منه عصيا بعض الشيء على التحديد، وتحاول الأَطراف الأتفاق على استثناء الأمن الوطني ومحاولة رسم حدوده لتجنب حدوث النزاع مستقبلاً بهذا الخصوص، وقد لا يتفق الأَطراف على إستثناء الأمن الوطني، كما هو الحال في أغلب عقود الاستثمار الدَوُلِي فهي لا تتضمن مثل هكذا تدبير احترازي وهنا يبرز دور المحكم في تفحص الاجراءات التي تقوم بها الدولة المضيفة، للحفاظ على أمنها الوطني في حال وجود هكذا اتفاق أم لا، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين: نتطرق في أولها لبيان حدود سلطة المحكم في حال الاتفاق على استثناء الأمن الوطني، فيما نتطرق في الفرع الثاني لحدود سلطته في حال غياب الأتفاق وكالاتي:

الفرع الاول

حدود سلطة المحكم في حال الاتفاق على استثناء الأمن الوطني

يبدو وللوهلة الأولى أن الاجراءات التي تقوم بها الدولة المضيفة لمواجهة الظرف الماس بأمنها الوطني، والذي يترك أثره على تنفيذ العقد، هي إجراءات مشروعة خاصة أذا كان العقد متضمناً لشرط الأمن الوطني ولا يكون للمحكم أي دور في تلك الاجراءات، لما للدولة من حق من جانبين الجانب السيادي على اقليمها والحق الممنوح لها بموجب البند الوارد في العقد، إلا أن هذا الأمر لا يجري على إطلاقه فيمكن للمحكم تفحص الاجراءات التي قامت بها الدولة ومعرفة مدى التزامها بتلك الحقوق، فقد يكون في تلك الاجراءات إساءة لاستعمال الحق، والتعسف على نحو غير مبرر، ويكون للمحكم في هذه الحالة دور في خلق التوازن بين استثناء الأمن الوطني المتفق عليه والغاية منه، بغية تعزيز اليقين القانوني للمستثمر في الاستثمار في تلك الدول،

---

(1)- ICSID,ARB/11/13, Instrument Invoked: BIT Indonesia-United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland 1976, 16 July 2013.

فيحاول في سبيل ذلك تفحص إجراءات الأمن الوطني من خلال معرفة المصلحة المتوخاة من تلك الاجراءات، فضلاً عن عدم التمييز بين المشاريع والمستثمرين الأجانب، واخيراً يكون بأتباع الاجراءات القانونية في إتخاذ التدابير، لذلك سوف نعرج على تلك الامور بشيء من الاختصار:

أولاً :المصلحة المتوخاة من أجراء الأمن الوطني

إن مراعاة المصلحة المتوخاة من إجراءات الأمن الوطني هي ضمان إبقاء وأستمرار الدولة في أداء واجبها اتجاه مواطنيها، وممارستها لسلطتها العامة على اقليمها يكون لأجل تحقيق المنفعة العامة[١]. وقد بينا صعوبة تحديد مفهومٍ للأمن الوطني لما يمتاز بهِ من معاني متغيره من دولة إلى أخرى، لذلك نجد أن الاستثمار في كل مرة يواجه أجراء مختلفاً، للمحافظة على الأمن الوطني في الدولة المضيفة له، تحقيقاً لتلك المصلحة، وينتج عن ذلك تحدٍ كبير أمام المحكم في تحديد ما إذا كان الأجراء الذي قامت به الدولة مبررا وأنها كانت تسعى بذلك الاجراء تحقيق المصلحة المتوخاة[٢]، وهناك من يذهب[٣]إلى قصر المصلحة العامة المرتقبة من أجراء الأمن الوطني على المصلحة السياسية، من دون المصالح الاقتصادية، فهي لا تعد من ضمن المصالح العامة، إلا أن هذا الرأي يؤخذ على اطلاقه ، فقد تضم المصلحة العامة المراد تحقيقها بممارسة إجراء الأمن الوطني لأغراض سياسية، واقتصادية، واجتماعية، ولعلَ ما تمسكت به المملكة المتحدة عام ١٩٧١عندما أمم القطاع النفط الليبي[٤] مثالاً حياً على ذلك، ويتحقق المحكم من وجود المصلحة العامة في أثناء توقيت الإجراء المتخذ من قبل الدولة

---

[١] –د.نجم الاحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد ٢، ٢٠١٣، ص ١٠.

[2]– Javier Haro Benavides , the Expropriation Clause and The Tension between Foreign Investment and the Public Interest , (Thesis for the Degree of Master in International Law' University de Chile,2011),p6.

[٣]– محمد يونس الصائغ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص٩٩.

[٤]– هذه الحدود قد اسستها عقود الامتياز بطريقة ضمنية جاء فيها (كل منازعة تتعلق بتفسير او تنفيذ هذا العقد تدخل في اختصاص محكمة التحكيم الدَّولَّية في باريس عدا ما يدخل في مجال النظام العام الوطني –للدولة المضيفة –في هذه الحالة فان المستثمر يقبل الاختصاص القضائي للدولة وهو ما أعتمده محكمة التحكيم بجعل المحكم من باب اولى البحث عن الدوافع لإلغاء عقد امتياز.

–Sentence rendu en 1968 dans L affarire n 1526,Clunet1974pp951.

اشار الية د.عصام الدين القصبي، مصدر سابق، هامش، ص ١٧٢–١٧٣ف٢٣٣.

المضيفة لحماية الأمن الوطني، وهو ما ذهب إليه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" ICSID "في القضية المرقمة ARB/05/15 والخاصة بالنزاع بين " Siag and Clorinda Waguth Elie George Vecchi" وجمهورية مصر، إذ عُد الاجراء الذي قامت به الحكومة المصرية عملاً غير مشروعاً، لأن تاريخ نزع ملكية الارض لم يقصد منه تحقيق المصلحة العامة و قد صدر القرار بتاريخ ١/٦/ ٢٠٠٩.[١]

ثانياً: التحقق من شرط عدم التمييز

إن أغلب العقود الدَّولِّية التي تنص على استثناء الأمن الوطني، لا تطبق أجراءات الاستثناء المتفق عليه على وتيره واحدة، وأن واحداً من أهم الاثار التي يتخوف منها المستثمر الأجنبي هي تعسف الدولة المضيفة للاستثمار باستعمال أجراءات تمييزيه توحي بتعسف الدولة ضد مستثمر معين دون آخر، وهذا بحد ذاته يكون تحدياً جديداً المحكم، فيكون دوره هنا في تفحص مدى صحة ادعاء المستثمر في أن الاجراء جاء تعسفياً في حقه فقط[٢]، وهو ما جاء في إلاتفاقية المنعقدة بين اليابان والفلبين عام ٢٠٠٦ جاء في المادة ٩٩ منها ١- أن يكون تطبيق التدابير بطريقة لا تشكل وسائل تعسفية غير مبرره ضد المتعاقد الاخر ".[٣]

لذلك فإن فحص المحكم لشرط عدم التمييز، يكون ضمانة قانونية للمستثمر الأجنبي، حيث يكون له أن يلزم الدولة بأقل تقدير تقديم تفسير، واضح ومبرر لفرض قيود الاستثمار،

---

[١] – قامت جمهوريه مصر العربية بتخصيص قطعة ارض عائدة إلى مستثمر اجنبي للمصلحة العامة، وبعد عرض النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) وقد وجدت هيئة التحكيم ان الاجراء الذي قامت به الحكومة هو عمل غير مشروع كون انها نزعت ملكية العقار من المستثمر وبعد ست سنوات قامت بتخصيصها للمنفعة العامة وقد جاء القرار لا يقبل القول بان الارض تكون في النهاية للمصلحة العامة ففترة ست سنوات بين نزع الملكية ووضع التخصيص يدل على ان المصلحة لم تكن موجود وقت التخصيص -(ICSID Case No. ARB/05/15) IN THE PROCEEDING BETWEEN WAGUIH ELIE GEORGE SIAG AND CLORINDA VECCHI)CLAIMANTS(AND THE ARAB REPUBLIC OF EGYPT RESPONDENT,p7-8,117.

قضية منشورة على الموقع الرسمي لمركز تسوية منازعات الاستثمار بالرابط: https://www.italaw.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٥ الساعة ١:٠٠ص.

[2]–James Zahn AL, Beckley Amary, and others supra note1, p. 81.

[٣]– عقدت اليابان اتفاقية من عدد من الدول من ضمنها الفلبين عام ٢٠٠٦ الهدف من اتفاقية الشراكة الاقتصادية هي ترتيب اقتصادي يلغي الحواجز امام حركة السلع والاستثمار بين الدول وقد اعتبرت هذه الاتفاقية هي خطوة تتوسط بين التجارة الحرة والسوق الموحد في عملية التكامل الاقتصادي . **Encyclopedia Mypedia** **https://mimirbook.co,** منشوربالرابط : تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٥ الساعة ١٠:٢٠ص .

بسبب الأمن الوطني[١]، وقد أعتمد هذا المبدأ في قضاء التحكيم، إذ جاء في قضية " Eureko"ضد الحكومة البولندية بعد أن أبقت على أسهم مواطنيها المكتتبين، واستبعدت سيطرة الاجانب على شركة التأمين، وجاء في القرار" ان السلوك التمييزي يطيح بشكل صريح ومباشر لتوقعات الأَطراف عند ابرام عقد شراء الاسهم واعتبرت المحكمة ان هذا المنع يعد أسلوبا تمييزيا.[٢]

ثالثاً: سلوك الطريق القانوني في فرض الاجراءات

جاءت بعض الاتفاقيات الدَّولَّية في حث الدول المضيفة، على مراعاة السلوك القانوني في أتخاذ الاجراءات، كنزع الملكية مثلا، ومنها ما تضمنته المادة (٥) من اتفاقية العراق وأرمينيا جاء فيها: أن إجراء نزع الملكية لا يتم الا وفق القوانين والتشريعات الوطنية السارية ".[٣]

وذهبت محكمة العدل الدَّولَّية إلى أن عدم مراعاة الدولة المضيفة للإجراءات القانونية السارية فيها في نزع الملكية، يعد أجراءً تعسفياً، فقد جاء في قرار لها بتاريخ١٩٨٩/٧/٢٠في نزاع نشب بين " ELSI S.P.A Electronica Secula " إيطاليا والولايات المتحدة بشأن قيام عمدة البلدة بالاستيلاء على ممتلكات الشركة متجاهلاً القواعد القانونية التي تسري في حالات متشابهة إذ عدت المحكمة أن الإجراءات كانت تعسفية.[٤]

وأكدت محاكم التحكيم في قضايا أخرى على مسألة مراعاة الإجراءات المتبعة في الدولة المضيفة، عند تنفيذ التدابير المتخذة بسبب الأمن الوطني، إذ ذهبت إلى أن الدولة المضيفة ملزمة بمراعاة إجراءات تبليغ المستثمر عما تروم القيام به، ولعلَ ما قامت به الحكومة المصرية بانتزاع ملكية سفينة تعود إلى المستثمر Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi" قد جاء أجراءً تعسفياً كون ان الحكومة لم تراعِ ما جاء في المادة "٢/ثانيا من اتفاقها

---

(1)– James Zahn AL, Beckley Amary, and others, ibid, p. 83.

(٢) – عقدت هيئة التحكيم المتكون من ثلاث اعضاء برئاسة المحكم "L. Yves Fortier " للنظر في النزاع بين يوركا وبولندا في ٢٠٠٥/٨/١٩. اشار اليها د. احمد كاظم الساعدي، حماية الاستثمار في القانون الدولي العام، الطبعة الاولى، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر، القاهرة ٢٠٢٠، ص٢٩٤.

(٣) – عقدت الاتفاقية في العراق بتاريخ ٧/تشرين الثاني/٢٠١٢ وتم المصادقة عليها بقانون رقم ٤لسنة ٢٠١٤المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٠٩ في ٢٠١٤/٢/١٠.

(٤) – حكم محكمة العدل الدَّولَّية في قضية " Electronica Secula ELSI S.P.A " في نزاع بين الولايات المتحدة الأمريكية وايطاليا بتاريخ ٢٠/تموز/١٩٨٩، اشار اليه د. احمد كاظم الساعدي، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

مع اليونان عام ١٩٩٣، فضلاً عن عدم تبليغها للمستثمر بمصادرة مشروعه، وهو ما يتنافى مع متطلبات المعاملة العادلة التي جاءت بها المادة.[١]

الفرع الثاني

حدود سلطة المحكم في حال عدم إتفاق الأَطراف على استثناء الأمن الوطني

قد لا يتفق الطرفان المتعاقدان على أستثناء الأمن الوطني في العقود الدَّولِّية، وتقوم الدولة المضيفة للاستثمار بإجراءات يستدعيها حفظ الأمن، ويثار بهذا الصدد تساؤل حول موقف المحكم في حال نشوء نزاع متعلق بهذه الإجراءات، في ظل غياب إلاتفاق بين الأَطراف على إستثناء الأمن الوطني، ولا شك أن المحكم سيبحث في الإجراء المتخذ مستعيناً بمبادئ تساعده في مهمته، ولعل من أهم المبادئ التي تساعد المحكم في حسم النزاع الناشئ عن الأمن الوطني هو إتباعه إلى مبدأين: الأول هو مبدأ حسن النية، أما الاخر فهو حالة الضرورة، وهذه المبادئ ليست قاصرة على حالة عدم وجود إتفاق بخصوص إستثناء الأمن الوطني، ولكن يعول عليها كمبادئ أساسية ممكن القياس عليها في حال وجد الاتفاق أم لا وسنتناولهما تباعاً:

أولاً: مبدأ حسن النية

يضع المحكم مبدأ حسن النية، كمعيار لتفحص إجراءات الدولة المضيفة، المبررة بحمايتها للأمن الوطني، فمبدأ حسن النية من المبادئ الاساسية في القانون الدَوُلِي [٢]، أما عن تحديد كيفية أعمال هذا المبدأ، فيجب أن يتوافر في الدولة المحتجة بهذا الاستثناء عنصرين مهمين وهما: أن يكون الطابع في تعامل الدولة قائماً على النزاهة والعدالة، وثانيهما اعتماد

---

[١] – القضية رقم ARB/99/6 نظرت من قبل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID بتاريخ ٢٠٠٢/٤/١٢، فيما جاء في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية مصر العربية واليونان لعام ١٩٩٣ بالمادة "٢" ثانيا: تعامل استثمارات المستثمرين لكلا طرفي الاتفاقية في جميع الأوقات معاملة عادلة ومنصفة وتتمتع بالحماية والأمان الكاملين https://translate.google.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٧ الساعة ١٠:٠٠م.

[٢]– ففي معنى قريب من ذلك تنص المادة ٣٠٠ من اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار على: (تفي الدول الاطراف بحسن نية بالالتزامات التي تتحملها بموجب هذه الاتفاقية وتمارس الحقوق والولاية والحريات المعترف بها في هذه الاتفاقية على نحو لا يشكل تعسفا في استعمال الحق).

Brandon J. Morrill, "National Security Exemption" and the World Trade Organization, prepared for members and congressional committees the legal sidebar, November 28, 2018, p. 4

الدولة على أساس عقلاني للاحتجاج بالأمن الوطني، وتقوم المحكمة باعتماد معيار الشخص الحريص في هذا الخصوص من أجل تفحص أجراءات الدولة، فيما إذا كانت ضرورية لمواجهة تهديد الأمن الوطني أم لا[١]، ويمكن للمحكمة تقرير المسؤولية التقصيرية على الدولة المضيفة، في حال أتضح لها أن الاخيرة قد استعملت الأمن الوطني كذريعة للتهرب من التزاماتها العقدية، وأن التدابير المتخذة لمواجهة التهديد الزائف للأمن الوطني، كان فيها انتهاك لمتطلبات حسن النية[٢]، وقد نصت العديد من الاتفاقات الثنائية على حسن النية، حتى في حال كان هناك إتفاق بخصوص إستثناءَ الأمن الوطني، فقد جاء في المادة ١٢ من إتفاقية الهند وجمهورية التشيك، على إن (أحكام إلاتفاقية لا تسري بإي حال من الاحوال، فيما يتعلق في الحد من حق الأَطراف المتعاقدة في حالة الطوارئ القصوى، لإتخاذ الاجراءات اللازمة، وفقاً إلى قوانينها المتبعة بحسن نية، وعلى أساس غير تمييزي وفقط بالقدر والمدة حماية مصالحه الأمنية الاساسية أو للوقاية من الأمراض).[٣]

ويعد حسن النية معياراً مناسباً لتطبيقه على الاستثناءات الأمنية في حال الاتفاق أم لا، أذ يتم اعتماده فيما اذا كان الأمن الوطني سبباً معقولاً لاستعمال الدولة التدابير المتخذة لمواجهة الخطر المهدد لأمنها[٤]، فضلاً عن عدم تعرض الدولة لتوجيه اللوم بوصفها متعسفة في حقها.[٥]

ثانياً: حالة الضرورة:

تعرف الضرورة: بإنها ظرف أو مجموعة منه، تحول بين تنفيذ الدولة المضيفة لالتزامها، في عقد الاستثمار حتى يصبح أمراً شاقاً وعصيباً، فتمنح القواعد العرفية في القانون الدولي، حقاً للدولة في التحلل من التزاماتها العقدية، حماية للمصالح العليا- أمنها الوطني - التي ترعاها

---

(1)–UNITED NATIONS, supra note2 ، P. 41.

(2)–C.Benton Heath, National and Economic Security Globalization: Toward Collision or Reconciliation? , Fordham Journal of International Law, Volume 42, Issue 5 Article 4, [2019], p. 15.

(3)– Little Katia Yanaka , supra note2, p. 23. Treaty was concluded. India – Czech Republic in Prague, October 11, 1996 and entered into force February 6, 1998.

(4)– Joel Slutsky, supra note2, p.81

(5)– Brandon J. Morrill, "National Security Exemption" and the World Trade Organization, prepared for members and congressional committees (the legal sidebar, November 28, 2018), p. 4.

تحت ما يسمى بحالة الضرورة[١]، وإذا كانت القواعد القانونية –من حيث الاصل– ملائمة عندما يكون الوضع السائد في البلد طبيعياً، عند عدم مرور الدولة المضيفة بأزمة معينة، فإن تلك القواعد تبقى عاجزة في تنظيم المخاطر، التي تسود في وقت الأزمات، ومن هذا المنطلق يحاول المحكم تطبيع القانون الدولي العام ، بخصوص فكرة الضرورة، لمعالجة اجراءات الدولة المضيفة، التي تخالف القواعد السارية في الاوقات الطبيعية[٢]، إذ تعد حالة الضرورة من الاسباب التي أخذ بها القانون الدولي العام ، للحد من مسؤولية الدولة المضيفة، في أتخاذها إجراء يخالف العقد الدولي لحظة أبرامهُ[٣]، لذلك فإن المحكم يسعى إلى تطبيع حالة الضرورة على إجراءات الأمن الوطني – في حال عدم الإتفاق على الاستثناء – من أجل إضفاء الصفة الشرعية لتلك ألاجراءات وفي النتيجة، نفي مسؤولية الدولة عن العمل المخالف لبنود العقد، فخصوصية الأمن الوطني لا تظهر فقط بسعة مفهومه، وتطوره بل بصعوبة المعيار الذي يُعتمد ويحدد بموجبه، هل أن الظرف مس بمصلحة امن الدولة وسلامتها ام لا؟

ولعلَ من أهم القضايا العالقة في الذهن، هي الاجراءات التي قامت بها حكومة الارجنتين، بخصوص الازمة المالية التي مرت بها عام ٢٠٠١، إذ أصبحت حديث محاكم التحكيم لكثرة الدعاوى المقامة من قبل المستثمرين، ولما أضرت تلك الاجراءات بملكية المستثمرين، فهي من الامثلة الحية في تطبيق حالة الضرورة[٤]، إذ ذهبت محكمة التحكيم في قضية " امبريجلوا ضد الأرجنتين" إلى أن الدفع المقدم من قبل الأرجنتين يعد موافقاً لمعيار

---

[١]– د. عبد الواحد محمد الفار، القانون الدولي العام، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص٣٦٠.

[٢]–د. مصطفى احمد فؤاد، فكرة الضرورة في القانون الدولي العام، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٨٧، ص ٩.

[٣] – ذهب إلى ذلك الاتجاه محكمة العدل الدَّولَّية فيحكمها بقضية "Gabchikovo–Nagymaros Project " وبتاريخ ١٩٩٧/٩/٢٥ في نزاع بين هنغاريا وسلوفاكيامنشورة بالرابط.https://translate.google.com تاريخ زيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٤ الساعة ٩:٠٠م

[4] –James Zahn AL, Beckley Amary, and others, ibid, p23.

وقعت الارجنتين مع الولايات المتحدة الأمريكية معاهدة بخصوص التشجيع التبادلي وحماية الاستثمار بتاريخ ١٤/تشرين الاول– نوفمبر –/١٩٩١ونفذت بتاريخ ٢٠ /اكتوبر ١٩٩٤. CMS Gas Transmission Company v The Argentine نشرت بالرابط https://www.italaw.com تاريخ زيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٥ الساعة ١١:٣٠ ص .

الضرورة المنظم من قبل القانون الدولي العام ، مع ذلك أن تقييم مدى ملاءمة الاجراء المتخذ في حالة الضرورة ليس بالأمر الهين، لاستناده لمعيار صارم يصعب إستيفاءه.[١]

وقد ثار النزاع بشأن تقرير مدى شدة الضرورة، لإعفاء الدولة المضيفة من المسؤولية الناتجة عن الاجراءات المتخذة منها والمخالفة للعقد الدَوُلِي، أذ ذهبت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في القضية المرقمة "ARB/03/17" بخصوص قضية " Suez، Sociedad General de Aguas de Barcelona SA، InterAgua Servicios Integrales del Agua SA" جاء في الفقرة ٢٣٦منها "أن شدة الازمة لا تكفي للسماح بطلب الضرورة، لإعفاء الدولة من التزاماتها التعاقدية، بل ينبغي أن يكون هناك معيار لتحديد الضرورة، وما يهدد نسيج القانون الدولي، واستقرار العلاقات الدولية، فيما اشترطت الفقرة ٢٣٧ وفي نفس القضية لأعمال حالة الضرورة، بأن يكون الاجراء المتخذ هو الحل الوحيد لحماية المصالح الاساسية من خطر جسيم ووشيك، ويجب أن لا يضر بشكل خطير بمصلحة أساسية للدولة التي يوجد الالتزام اتجاهها.[٢]

---

[١] – القضية رقم ARB /٧/١٧ التي نظرت من قبل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بتاريخ ٢١/٦/ ٢٠١١ المنشورة بالرابط https://translate.google.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٥ الساعة ١٢:٤١م .

[٢]– نص الفقر ٢٣٦

"The severity of the crisis, regardless of its severity, is not sufficient to allow the necessity to be requested to exempt a state from its treaty obligations. Customary international law, as stated in Article 25 of the ILC Articles mentioned above, imposes additional strict requirements. The reason, of course, is that given the frequency of crises and emergencies that states, large and small, face from time to time, allowing them to evade their obligations under the treaty would threaten the fabric of international law and the stability of the system of international relations. This is the reason that the International Court of Justice and other courts and scholars have warned of the exceptional nature of the defense and the strict conditions".

نص الفقرة ٢٣٧

"Article 25 imposes four conditions on the application of the necessity defense. The first and second relate to the nature of the state's act that violates its obligations. Thus such an act (1) must be the only way to protect a basic interest from grave and imminent danger and (2) it must not seriously harm the fundamental interest of the state towards which the obligation exists or towards the international community

وقد يصعب تطبيق شرط الخطر الجسيم، الذي يهدد بقاء الدولة خاصة، عندما يتعلق الأمر بدخول الدولة المضيفة بأزمة مالية، فقد يكون هذا الشرط امراً تعجيزياً للأعتذار بتطبيق حالة الضرورة، ولا يتوقف الأمر على هذا الشرط فقط، فهناك شرطٌ آخر، وهو أن لا تسهم الدولة المضيفة في إحداث حالة الضرورة، وهو ما اكدته المادة ٢٥من القانون الدولي العام التي تنص على: "٢- لا يجوز في أي حال من الاحوال أن تحتج دولة بالضرورة كمبرر لنفي المسؤولية ...ب- أذا كانت الدولة قد أسهمت في حدوث حالة الضرورة "وكذلك أن تكون حالة الضرورة هي السبيل الوحيد أمام الدولة، وهو ما أكدته الفقرة الاولى من نفس القانون- القانون الدولي العام -" ١-في حال كون هذا الفعل هو السبيل الوحيد للحفاظ على مصلحة أساسية من خطر جسيم

---

as a whole. The other two conditions relate to the nature of the international obligation affected by the act and the contribution of this state to the cause of the state of necessity. Thus, the third condition is that the obligation in question does not preclude the possibility of defending the necessity and the fourth condition is that the state does not contribute in the case of necessity. We examine each of these four conditions in the context of the present issue"

خلفية هذه القضية منحت الارجنتين امتياز لشركة Aguas Provinciales de Santa Fe SA (APSF) في مجال المياه والصرف الصحي في مقاطعة سانتا "٢٨"حيث كانت الارجنتين قبل منح الامتياز هي من تقدم هذه الخدمة من عام ١٩١٢-١٩٨٠وبعد اصدار قانون صلاح الدولة رقم "٢٣٦٩٦"في ١٨اب/١٩٨٩ وقانون ٢٣٩٢٨في ٢٧مارس ١٩٩١والقانون رقم ١٠٤٧٢المعدل بقانون ١٠٧٩٨في٢٢كانون الثاني ١٩٩٠، واخير سن قانون رقم ١١٢٢٠المعروف باسم قانون مياه سانتا لتنظيم خصخصة المياه والصرف الصحي وفي ٥/ كانون الاول ١٩٩٥ ابرم الاتفاق مع منتدى اسيا والمحيط الهادي على ادارة المشروع مدة ثلاثون سنة، في عام ١٩٩٩ صدر قانون تخفيض رسوم البنية التحتية رقم ١١٦٦٥في ٢٨/ابريل ١٩٩٩وبها بدأت الارجنتين تعاني من ازمة اقتصادية ومالية شديدة حاولت ان تعالج ديونها الخارجية عن طريق خفض الانفاق الحكومي ورفع الضرائب الا انها لم تفلح، وفي عام ٢٠٠١-٢٠٠٢صدر مرسوم رقم ١٥٧٠-١٥٠١في ٣ديسمبر ٢٠٠١فرض اجراءات على الحسابات المصرفية حدد فيه السحب النقدي للحوالات الأمر الذي كان ذو رد سلبي من المستثمرين ،في ٢٠ ايلول ٢٠٠٤ادعى المستثمرون ان الارجنتين قد خالفت الاتفاقية الثنائية بينها وبين فرنسا من جهة واسبانيا من جهة اخرى .

Giswald W. Salakoz and others ,A proceedings between Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, InterAgua Servicios Integrales del Agua SA (plaintiffs) and the Argentine Republic (respondent) (ICSID Case No. ARB / 03/17

قضية منشورة بالرابط:https://translate.googleusercontent.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٥ الساعة ٢:٥٠م .

...."[١]، إلا أن هيئة التحكيم كانت أكثر مرونة من ذلك في قضية الدين الروسي، فقد ذهبت الهيئة إلى قبول دفع الحكومة العثمانية واعتبرت أن عدم تسديدها للدين يدخل ضمن حالة الضرورة، وهوما يعدّ خطراً جسيماً على وجود الامبراطورية، ورأت الهيئة بأنه يجب ان يكون الامتثال لالتزام دولي مدمر للذات، لنفي عدم المشروعية عن التصرف المخالف للالتزام.[٢]

ومن الملاحظ أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قد تباين في أحكامه بخصوص الازمة الاقتصادية للأرجنتين، فقد أصدر أحكاماً متعارضه رغم اتحاد السبب، وأرجع البعض هذا التناقض إلى عدم تحقق الشروط الواجبة في المادة ٢٥ من القانون الدولي العام [٣]، بينما الهيئات التي أعفت الارجنتين، كانت قد إستندت في حكمها على الاتفاقية الثنائية، وتحديداً في المادة ١١ التي تجيز للدولة المضيفة إتخاذ الاجراءات اللازمة لحماية المصالح الاساسية مما جعل تفسير المصالح الاساسية – الازمة الاقتصادية– هي من تبرر اجراءاتها.[٤]

نخلص مما تقدم، أن المحكم تكون له سلطة تقييم الإجراءات المتخذة من قبل الدولة المضيفة في حال غياب إتفاق الأَطراف على إستثناء الأمن الوطني، ويستند في سلطته على أعمال مبادئ وقواعد عرفية دولية، سائدة في القانون الدولي–اي ان سلطته مستمدة من الاعراف الدَّولِّية – ليتسنى له الوصول إلى الحل الامثل بخصوص النزاع المعروض ومدى مشروعية الاجراءات التي تقوم بها الدولة المضيفة لمواجهة تهديد يمس امنها الوطني والرد على طلبات المستثمرين بهذا الخصوص.

نخلص مما تقدم أن المحكم يواجه وهو يتصدى إلى مهمة تعديل العقد المثار، بشأنه النزاع والمتعلق بالأمن الوطني، تفحص العقد الدَوْلِي بواسطة المسائل التمهيدية، فيحاول الاطلاع على بنود العقد محل النزاع قبل الحسم، ويستبعد ما كان مخالفاً للنظام العام، سواء كان داخلياً أو دولياً، من ثم يستخلص نية الأَطراف من خلال تفسيره للشروط العقدية، ويبرز دوره في استثناء الأمن الوطني، فهو في حال إتفق الأَطراف على الاستثناء يدخل في معرفة المصلحة المتوخاة من الاستثناء وعدم تطبيقه على جهة معينة من المستثمرين، فضلاً عن التحقق من

---

[١] – حولية لجنة القانون الدولي، تقرير لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة عن اعمال دورتها الثالثة والخمسون، المجلد الثاني الجزء الثاني،٢٠٠١الامم المتحدة، ص١٠٣ A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2) نشر بالرابط https://legal.un.org تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٥، الساعة ٨:٣٠م .

[٢] – حولية لجنة القانون الدولي، المصدر نفسة، ص ١٠٥، فقرة ٧.

[٣] – هامش رقم ١ الصفحة السابقة ٩٨.

[4] – Alec Stone Sweet , Investor State Arbitration: Proportionality's New Frontier– Law & Ethics of Human Rights review, Issue 1 , [2010] ,p 70 .

اتباع الدولة المضيفة، اجراءات قانونية سليمة عند حمايتها للأمن الوطني، اما في حال غياب الاتفاق، فالأمر لا يختلف كثيراً، إذ يستند المحكم في ممارسة سلطته على اساس القانون الدولي العام ، إذ يسعى المحكم إلى التحقق من المشروعية، لتبرير اجراءات الدولة المضيفة من دون ان يخل ذلك بالمحافظة على استقرار معاملات التجارة الدَّولَّية، وتحقيق هامش على الاقل من اليقين القانوني للمستثمر في الاستثمار في تلك الدول، وبهذا الصدد يمكننا القول ان المحكم يكرس دون شك كل جهوده المعرفية وخبرته كلها بغية الدفاع عن حقوق طرفي العقد، وتقييم الظروف الماسة بالأمن الوطني من ناحية مدى ملائمة الإجراء المتخذ مع الخطر المتوخى استبعاده بفرض هذه الاجراءات.

ونخلص مما نوقش في هذا الفصل، أن مضمون سلطة المحكم، يحدد بالأساس الذي تبنى عليه هذه السلطة، وتؤدي الارادة المهمة الاساس في منحها، مع تباين حدود هذه السلطة تبعاً لنوع التحكيم، أذ تَبرز –الارادة– بوضوح في التحكيم الحر منه إلى المؤسسي الذي يكون له جانب تنظيمي، يضعف فيه دور الارادة، وهو ما نميل له بوصفه الانسب لحل النزاع المتأثر بالأمن الوطني، لما تملكه تلك المؤسسات التحكيمية، من قدرة على التعامل مع خصوصية الأمن الوطني، وذهب البحث بالطبيعة القانونية لهذه السلطة، إلى ان الرأي الراجح وما نذهب إليه، ان للتحكيم طبيعة خاصة هي من تضفي على التحكيم المقبولية، لمزجه بين مميزات كلٍّ من نظام التقاضي والعقد، لينتج قرار تحكيمي يتناسب مع غاية المحتكمين الا وهو تعديل الالتزامات العقدية المختلة، بسبب الاجراءات المتخذة من قبل الدولة المضيفة، لحماية أمنها الوطني .

ولسلطة المحكم حدود في المسائل التي تسبق البدء بعملية التعديل، الا وهي استبعاد القوانين المخالفة للنظام العام، ولاسيما ما تعدّ تهديداً للأمن الوطني للبلد المضيف، وما يواجه المحكم من غموض في صياغة العقد المراد تعديله، ولاسيما المصطلحات المتعلقة باستثناء الأمن الوطني، خصوصاً وان هذا المفهوم – الأمن الوطني – هو احد العقبات التي تواجه عمل المحكم، وذلك لسعة مفهومه وتغيره .

الفصل الثالث

إعمال سلطة المحكم في تعديل العقد الدَوُلِي

الفصل الثالث

إعمال سلطة المحكم في تعديل العقد الدَوُلِي

كنا قد سَلمنا بأن التحكيم هو طريق خاص واستثنائي للتقاضي في حسم النزاعات[١]، يقوم فيه المحكم بعمل مهم في مواجهة النزاعات الناتجة عن العقود الدولية، إذ يحرص على تحقيق التوازن بين أمرين في غاية الاهمية: هما أحترام إرادة أطراف الرابطة العقدية التي أنتجت العقد بالحفاظ على قدسيته من جهة، والسعي في تحقيق الغاية المتوخاة من الركون إلى التحكيم الدَوُلِي، وهي حل النزاع، واسترجاع حالة التوازن للعقد، بسبب الظرف الماس بالأمن الوطني من جهة أخرى، وذلك بتطويع القواعد والمبادئ القانونية للحفاظ على ديمومة الرابطة العقدية، بما يتلاءم مع متطلبات التجارة الدولية، ولذلك أن الاعتراف بسلطة المحكم في تعديل العقد ماهي إلا أستثناء من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فقد أملت ضرورة الاعتراف بوجود صلة بين تغير الظروف المحيطة بالعقد وبقاء العلاقة الرضائية في بقاء العقد واستمراره منوط باستمرار الحالة الواقعية وقت نشوء الحق، فضلاً عن أن مقتضيات العدالة والتضامن الاجتماعي الذي يقتضي الحد من مبدا سلطان الارادة.[٢]

ويترتب على عمل المحكم تعديل الحقوق والالتزامات الناتجة من العقد، وهو الجانب المهم من عمله لما ينتج عنه من تعديل المراكز القانونية للمتعاقدين، فعندما يكون هناك ظرف ماس بالأمن الوطني دفع الدولة إلى إتخاذ إجراءات تركت أثراً سلبياً على تنفيذ العقد، مما أدى إلى اختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد لصالح أحد المتعاقدين، فيكون عندها تدخل المحكم ضرورياً لحسم النزاع بالتعديل مع التعويض إن كان له مقتضى.[٣]

---

[١] – د.مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ١٠٧.د.احمد عبد التواب، طبيعة التحكيم في سوق الاوراق المالية والسلع بدولة الامارات العربية المتحدة، بحث منشور في المؤتمر السادس عشر لتحكيم التجاري الدولي: اهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة لفترة من ٢٨–٣٠ ابريل٢٠٠٨في مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ص١٢٤.

[٢] – توفيق عارف توفيق المجالي، سعد عبد الكريم ابو الغنم، خصوصية انهاء عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد ٢، مجلد ٤٥،عام ٢٠١٨، ص١٢٤.

[٣] – لتفصيل اكثر ينظر د.عصام الدين القصبي، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، بحث منشور في المؤتمر السادس عشر لتحكيم التجاري الدولي: اهم الحلول البديلة لحل المنازعات

وللتحكيم نوعان؛ الأول يخرج فيه المحكم عن قيود القوانين الوطنية، ويتحرر من سلطة القواعد القانونية، إذ يعفى من الالتزام بالحدود التي يرسمها القانون ويتجاهل تلك الحدود ليفصل في النزاع بما تقتضيهُ قواعد العدالة والانصاف، إذ يبرز في هذا النوع من التحكيم عدالة المحكم؛ من خلال ما يراه محققاً للتوازن بين الالتزامات العقدية، وان خالف ذلك الحكم القانون الذي يحكم النزاع من دون الاهمال للقواعد الاساسية التي يمليها حق التقاضي، واحترام حقوق الدفاع.[١]

اما النوع الاخر، فهو الذي يُحِل به النزاع بناء على مقتضيات احكام القانون، فيكون المحكم في هذا الفرض كالقاضي في تطبيق أحكام القانون بحيث يُفصِل في النزاع بما تمليه القواعد القانونية، ويكون المحكم ملتزم بالأطار الذي يحدده القانون لسلطته، فهو ينظر بادعاءات الأَطراف المتنازعة، وتحقق من صحتها، وأصدار القرار الذي ينهي النزاع، وفقاً للقانون ومن دون الحياد عنه، فالمحكم لا ينظر إلى مدى عدالة ذلك الحكم مازال يوافق القانون[٢]، ففي هذا النوع من التحكيم –التحكيم بالقانون – يطبق المحكم القواعد القانونية – الموضوعية والإجرائية – التي ينص عليها القانون الذي يحكم النزاع، ويضيف التحكيم أسلوب مهم داخل هذا الفرض، وهو أن يكون للمحكم تجزءة مراحل النزاع وتطبيق قوانين مختلفة – وهو أمر غير وارد في القضاء العادي– لكن من دون ان يتجاوز تلك القوانين.[٣]

التجارية ، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة لفترة من ٢٨–٣٠ ابريل ٢٠٠٨في مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ،ص٢٠١–٢١٨.د.محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي اهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، بحث منشور في المؤتمر السادس عشر لتحكيم التجاري الدولي :اهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة لفترة من ٢٨–٣٠ ابريل ٢٠٠٨في مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ص١٦.

[١] – د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص٨٥.

[٢] –د. عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، ١٩٨٨، ص٦٧.

[٣] –د. مهند أحمد الصانوري، مصدر سابق، ص٤٧. وقد دلت المادة(٢٦٥) من قانون المرافعات العراقي على الزام المحكم باتباع الاجراءات المقررة في قانون المرافعات جاء فيها "يجب على المحكمين اتباع الاوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات ....." كذلك المادة (٢٦١) جاء فيها "١– يجوز رد المحكم لنفس الاسباب التي يرد به القاضي ..."فمن خلال هذين النصين يتبين ان التحكيم في اصل هو تحكيم بالقانون ويجوز ان يكون بالصلح في موارد اخرى .

ويثار بهذا الصدد تساؤلات أبرزها: هل لنوع التحكيم أثر في حل النزاع المتعلق بالأمن الوطني؟ وما صلاحيات المحكم في حدود سلطته لإنقاذ العقد الدولي المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني من خطر الإنهاء؟ وهل تختلف ألاجراءات بحسب نوع التحكيم؟ وما حدود سلطته في تقرير التعويض؟

أن لانتفاء التنظيم التشريعي لمنح المحكم السلطة في تعديل العقد، يجعلنا نعقد مقارنة مع السلطة الممنوحة للقاضي في التعديل، ليتسنى لنا معرفة الآليات وممارسات المحكم في التعديل، فلا يمكن تطويع سلطة المحكم بالتفسير على سلطته في تعديل العقد، فالأخير يتضمن اجراء تعديل جوهري، بحذف أو إضافة بنود جديدة للعقد مما يسفر عنه إعادة تنظيم العقد[١]، بناء على ما تقدم سنستعرض إعمال سلطة المحكم في كل من التحكيم بالصلح، والتحكيم بالقانون لنبدأ بالأول، لما يظهره هذا النوع من سلطة واسعة، في التدخل بتعديل العقد الدولي المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني، مقارنةً بالثاني، من دون أن يفوتنا أن نعرج على سلطته في تقدير التعويض لكلا الطرفين عندما يكون هناك مقتضى، سنحاول الإحاطة بكل ذلك بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين الأول بعنوان سلطة المحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد الدولي، والثاني سلطة المحكم بالقانون في تعديل العقد وكالاتي:

---

[١]–د.مصلح احمد الطراونة، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقا لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفذها لسنة ١٩٥٨ دراسة تحليلية لنصوص الاتفاقيات ذات الصلة في ضوء التطبيقات القضائية لها في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية بحث منشور في المؤتمر السادس عشر لتحكيم التجاري الدولي: اهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية ، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة لفترة من ٢٨–٣٠ ابريل ٢٠٠٨في مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ص٨٧٩.

المبحث الاول

اسس المحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد

تفترض فكرة التحكيم بالصلح أن الأَطراف وفي معاملاتهم التجارية، يستطيعون تجاوز اي احتمالية في الخضوع لنظام قانوني معين، وهم بذلك يستبعدون أي قاعدة قانونية تحكم العقد ويتفادون بذلك الشروط التي توجبها القوانين في تعديله، إذ يعّد هذا الفرض تطبيقاً واضحاً لمبدأ سلطان الارادة، فالمتعاقدين في مجال التجارة الدَّولَّية يتفادون غالباً التشريعات الوطنية لما تحويه من نقص، وتعارض مع المصالح التي يرومون الحصول عليها، فهي غير كافية لحكم العقود الاستثمارية، لذلك هم يفضلون منح سلطة للمحكم في فض منازعاتهم استنادا إلى الاتفاق الحاصل بينهم.[١]

أذن فممارسة المحكم لسلطة تعديل العقد ليست من تلقاء نفسه، إنما بتفويض من الأَطراف بموجب شرط التحكيم، وأن تجاوزه حدود هذا التفويض يعرض قراره للبطلان، وينبغي أن يكون هذا التفويض صراحةً، فالقاعدة تقضي أنه لا يصح عَد المحكم مفوضاً بالصلح مالم تكن هناك إرادة صريحة وواضحة ترمي إلى ذلك.[٢]

ويخول الأَطراف بما لهم من حق تفويض المحكم أن يفصل في النزاع وفق مبادئ العدل والانصاف، لينشأ بذلك حلولا تتلاءم مع النزاع وأن أدى ذلك إلى عدم الالتزام بالقواعد القانونية[٣]، فاتفاق الأَطراف على هذا النوع من الحلول ينطوي على فكرة مفادها تخلي المتنازعين عن الحماية القانونية التي يفرضها تطبيق احكام القواعد القانونية، مما يثير مشكلة حول أمكانية أتفاق الأَطراف وانصراف نيتهم إلى تفويض المحكم تعديل التزاماتهم العقدية بحسب الظروف

---

[١] – د .ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص ٧٤.

[٢] –د.احمد ابو الوفا، عقد التحكيم واجراءاته، مصدر سابق، ص١٩٠–٢٠١.

[٣] – د.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، ميثم عادل ابراهيم، الاطار القانوني للمحكم المفوض بالصلح ،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بابل، العدد الاول، السنة الثانية عشر،٢٠٢٠، ص ١٤٥.

المستجدة من دون الرجوع إلى أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد[١]، والتحكيم بالصلح له كأصل عام تخطي تلك المصادر فيما اذا ثبت له أنها لا تحقق العدالة والانصاف في النزاع المعروض عليه، وهو بهذا يكون مفوضاً بأن يشرع حلاً مناسب للنزاع المطروح عليه، وأن كان لا يوافق الحلول التي توصي بها أحكام القواعد القانونية المجردة.[٢]

ويبقى السؤال ماهي الطرق التي ينتهجها المحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد الدَوُلِي؟ للإجابة على هذا التساؤل سوف نتطرق إلى اعمال المحكم للمبادئ العدالة والانصاف إضافة إلى السوابق التحكيمية في مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

مبادئ العدالة والإنصاف

تَعد مبادئ العدالة مصدراً مهماً من مصادر قانون التجارة الدولية، وهي بذلك متى ما إعتمدها المحكم في تسبيب حكمه، وأتخذت طابع التكرار والعمومية، ويلجأ إليها المحكم عندما تنعدم القاعدة القانونية التي تحل النزاع، أو تكون غير ملائمة له أو أن تطبيقها- القاعدة القانونية – يسبب ضرراً محققاً لاحد الأَطراف[٣]، وللوقوف على مدى صلاحية هذه المبادئ في حل النزاع المتعلق بالأمن الوطني سنستعرض مضمون فكرة العدالة في التحكيم التجاري الدَوُلِي، للوقوف على ماهيه هذه المبادئ ومدى ملائمتها في حل النزاع المثار بشأن الأمن الوطني، واهم تطبيقاتها، ولا سيما المتعلقة بطبيعة هذا النزاع، وذلك بتقسيم المطلب على فرعين، الأول لدراسة مضمون فكرة العدالة في التحكيم التجاري الدولي، والثاني لتطبيقات فكرة العدالة وعلى النحو الآتي:

---

[١] – موكه عبد الكريم، الدور الايجابي للمحكم المفوض بالصلح في تسوية منازعات عقود التجارة الدَّولَّية ،مجلة القانون والاعمال الدولية: التحكيم دراسات وتوجيهات، جامعة الحسن الاول، عدد ١، المغرب، ص ٣٥١-٣٥٩، ٢٠١٩، ص بلا رقم .

[٢] – د. مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ص١١٠ .

[٣] –د.منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الجزء الاول، منشأة المعارف، الاسكندرية ،٢٠٠٠،ص٥٨.

الفرع الاول

مضمون فكرة العدالة في التحكيم التجاري الدولي

تتقيد المحاكم من حيث الاصل بالقواعد القانونية السارية وقت الفصل بالنزاع[١]، في حين لا تتقيد هيئات التحكيم بهذه القيود عند عدم رغبة الأَطراف بذلك، لذلك كثيراً ما تلجأ هذه الهيئات في تسوية المنازعات المعروضة، بالاعتماد على قواعد العدالة والانصاف، فتكون لهيئات التحكيم بموجبها، القدرة على الأخذ بنظر الاعتبار، التغيرات التي طرأت في مدة تنفيذ العقود لتعديل الالتزامات الناشئة عن العقد والتي كانت تتناسب في حينها مع تطلعات أطراف الرابطة العقدية.[٢]

ليس هناك أتفاق على تحديد مضمون لفكرة العدالة، فهو مفهوم متنامي ومتطور بحسب الحاجة، إذ ينظر كل محكم لهذه الفكرة من زاوية مختلفة، إلا أن هناك من يُصف إعتماد المحكم لهذه المبادئ بالقول: "بان التحكيم وفقاً للعدالة يحل النزاع أكثر مما يحسمهُ "إذ يُغلب فيه المحكم روح المصلحة على روح النزاع، وينظر للنزاع من جانب المصالح المتحققة من العقد ليحاول الموازنة بينهما وفقَ معيار يعتمده بحسب نظرته المستمدة من خبرته في هذا المجال ويستند على قواعد العدالة التي يقتنع بمقبوليتها فهي قواعد لا تصل إلى الاعتراف بها بصورة عامة[٣]، ولما كان مفهوم العدالة بهذه المرونة فهو منسجم مع الأمن الوطني ويسمح للمحكم في التعامل مع كل حالة على حده.

لذا فإن فكرة العدالة تبرز كمعالجة مقبولة في تبرير القرار الذي أتخذه المحكم حتى وان تعذر اسناده وتبريره بإثبات محدد كون الحكم الذي صدر حائزاً على سمة المرور وهي العدالة

---

[١]– اعتبر المشرع العراقي مبادئ العدالة المصدر الاحتياطي الثالث بعد العرف ومبادئ الشريعة الاسلامية، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (١) من القانون المدني العراقي على: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).

[٢] – د. الخير قشي، المفاضلة بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية لتسوية المنازعات الدولية، الطبعة الاولى، لمؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الحمراء، بيروت،١٩٩٩، ص١٨١–١٨٢.

[٣] – د.منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الجزء الثاني ،منشأة المعارف، الاسكندرية ،٢٠٠٠،ص٢١٣.

والتي تكون مسنده إلى ضمير القائم بالتحكيم، لذلك فإن فكرة العدالة هي فكرة نسبية متغيرة محددة بكيفية فهمها من المحكم، مما ينتج عنها التنوع في الاحكام الصادرة، إلا أنها وفي الوقت نفسه تحافظ وتستجيب لمصالح التجارة الدَّولَّية وعدالة ادعاء الأَطراف.[١]

وتعرف العدالة على أنها "إحساس اخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي وظيفته الملائمة والموائمة بين القاعدة القانونية، وعلاقة معينة ابتغاء تنظيم هذه العلاقة، أو هي شعور أخلاقي يستهله القاضي – المحكم– في أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن له القانون في ذلك بنص صريح ".[٢]

فمتى ما انتهى المحكم المفوض بالصلح من معرفة صحة العقد، فإن إرادته هي التي تحسم الخلاف ويستند المحكم إلى العدالة المجردة وإلى شروط العقد وبنوده، لا إلى القانون الذي يحقق العدل لا العدالة، فتختلف العدالة عن العدل في أنها تنظر إلى ظروف كل نزاع على حدة، بينما لا يراعي العدل الظروف المختلفة للنزاعات[٣]، وعليه يمكن أن تكون مبادئ العدالة المنبع الذي يستوحى منه الحلول العادلة لاختلال التوازن الذي يتسبب به الظرف الماس بالأمن الوطني والتوفيق بين المصالح المتعارضة.

ولما كان التحكيم هو القرار الذي يصدره المحكم في منازعة تجارية دولية، ولا يكون أساس القرار مبنياً أو مرتبطاً بإي من القوانين الوطنية، فهو متحرر منها الا في ما يتعلق بالعادات والاعراف التجارية الدولية، وهي بمثابة قانون الاختصاص للمحكم[٤]، لذلك فإنه يحقق

---

[١] –د. فراس كريم شيعان، حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقا للعدالة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١، جامعة بابل كلية القانون،٢٠١٠، ص٥٧.

[٢] –د.اياد مطشر صيهود، العدالة جوهر قانون العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، موقع المجلات الاكاديمية العراقية العدد ١٥ ،٢٠١٧ ،ص٧ بالرابط: https://www.iasj.net تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/١ الساعة ١١:٠٠م.

[٣] – د.منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الجزء الثاني ، المصدر السابق، ص ٣١٣.

[٤] –د.ابو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي :القسم الثاني دولية التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، جامعة الكويت، ١٩٧٨، ص٥٥.

العدالة في مجال العلاقات الدَّولَّية بوصفها مجموعة من الافكار السائدة في الاوساط التجارية الدَّولَّية، والتي استقرت في نفائس وضمائر المشتغلين فيها أيماناً بما هو حقٌ أو عدل.[١]

وهناك اعتبارين للحكم وفق مبادئ العدالة: الأول مراعاة الظروف والملابسات المحيطة بالواقعة محل النزاع، فالقاعدة القانونية وكما هو معروف تكون عامة مجردة تنظر إلى حالات النزاع بشكل متساوٍ من دون معرفة الاسباب المحيطة بالعقد، أما العدالة فإنها تعطي حكماً منفرداً لكل حالة بحسب ظروفها، وهي ما يحتاجه النزاع المتعلق بالأمن الوطني لحساسية هذا النوع من النزاعات وتغيره من دولة لأخرى وبحسب فلسفتها فيما يتعلق بجوانب التي يتضمنها مفهوم الأمن الوطني لديها، أما الثاني وهو: عدم التقيد بالقواعد القانونية لسعيها لتحقيق العدالة لا العدل، فالقاعدة القانونية لا تنظر إلى تحقيق العدالة بقدر محاولتها ضمان استقرار المعاملات، وكثيرا ما تُحجيم الاعمال على الرغم من عدالتها، إذ أن القانون يتعامل مع تغير الظروف بشروط محددة، في حين أن الحكم بمقتضى قواعد العدالة والانصاف لا يتقيد فيه المحكم بالقاعدة القانونية، وهو يعطي اهمية ووزناً للظروف التي تسببت بحدوث النزاع.[٢]

وقد عالجت الكثير من قوانين التجارة الدَّولَّية، منح المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدالة، إذ جاء في المادة (٢٨) من قانون الايونسترال بالنص على " تجري محكمة التحكيم تسويه وفقا للعدالة والانصاف أو بصفتها منشاة لموائمة ودية فقط إذا أذن لها الأَطراف صراحة "[٣]، كذلك ما جاء في المادة (٤٢) من إتفاقية تسوية منازعات الاستثمار إذ نصت على:"٣- لا تخل احكام الفقرتين السابقتين بما للمحكمة من سلطة، إذا اتفق الأَطراف على ذلك في الحكم بموجب مبادئ العدالة والانصاف "[٤]، كما جاء في المادة ٢١ من قواعد غرفة التجارة

---

[١] – د.احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص٢٩٠. ميثم عادل ابراهيم، الاطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل،٢٠٢٠، ص ٣١.

[٢] –د.مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق ،ص ٧٥٧-٧٥٨.

[٣] –القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة ١٩٨٥"الايونسترال "

[٤] – المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار " ICSID" اتفاقية واشنطن ١٩٦٨/٠٣/١٨. وقد انضم العراق إلى الاتفاقية بموجب قانون رقم ٦٤لسنة ٢٠١٢المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ٤٢٨٣في ٢٠١٣/٧/٢٩

الدَّولِّية "تتولى هيئة التحكيم سلطات التحكيم بالصلح أو تقرر وفقاً للعدالة والانصاف عند أتفاق الأَطراف على منحها تلك السلطة ".[١]

ويلاحظ أن النقطة المشتركة بين النصوص السابقة، هي منح المحكم حق التسبيب بالاستناد إلى مبادئ العدالة، وتحريره من قيود القواعد القانونية، والنصوص التشريعية، باختلاف مصادرها ليستهلها المحكم في استيحاء الحكم من مبادئ العدالة، وما يرضي ضميره، فهو يعمل وفقَ هذه المبادئ للوصول إلى حل عادل، يراعي فيه الظروف والملابسات، التي سببت الاختلال، ويزداد الأمر حساسية، عندما يكون أمام الاجراءات المفروضة من قبل الدولة لحماية الأمن الوطني، ويتشابه في عمله مع القاضي الجزائي، الذي تكون له حرية مطلقة في تكوين عقيدته، طالما حقق المساواة ومنح الأَطراف حرية إبداء الرأي، ولخطورة العمل الذي يقوم به المحكم بالصلح واعتماده إلى حد ما على قناعاته وخلفيته الثقافية[٢]، الزم المشرع الأَطراف، بإن تكون أرادتهم صريحة في تخويل المحكم النظر بالنزاع وفق مبادئ العدالة.[٣]

---

[١] – قواعد التحكيم وقواعد الوساطة الصادرة عن غرفة التجارة الدَّولِّية "ICC ص ٢١.منشورة بالرابط: www.iccwbo.org تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٢الساعة ١١:٠٠م .

[٢] – في الغالب الاعم تثير المنازعات التحكيمية مشاكل قانونية تحتاج إلى فهم القانون وادراك نصوص فكثيرا ما يثار امامه مسائل خاصة بالتفسير والتعرض للمقصود بعبارة العقد خاصة عندما تحيل على غيرها فعليه ان يعرف المسائل الاجرائية فيتجنب ماتبطل حكمه اضافة إلى ان عليه كتابة حكمه بعبارات واضحة خاليه من التعقيد والغموض وان يسبب حكمه اذا كان لازما وفق اتفاق الاطراف او نص القانون كما ان الخبرة لاتكفي وحدها للفصل بالنزاع بحكم يحقق العدالة ويجنب المحتكمين مفاجأة الطعن لان اغفال لجوانب القانونية تبطل الحكم .لتفاصيل اكثر النظر د. عكاشة محمد عبد العال، المفترضات الموضوعية والشروط الذاتية في المحكم، بحث منشور في محاضرات في التحكيم، وليد العاني مصدر سابق، ص٩٤–١٠٠.

[٣] –د.محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٤، ص ١٤٠. وترتبط فكرة التحكيم بفكرة المنازعة على نحو من شانه ان يميز التحكيم عن فروض اخرى فقد يحتاج تطويع العقد وفق مستجدات الظروف عندما يكون مهنة المحكم ذلك بما لديه من خبرة فنية كما لو تعلق الأمر بعقد من عقود المدة او اكتشاف عقبه غير متوقعة اثناء التنفيذ حيث يتولى المحكم تطويع هذه الشروط لمقتضيات العقبة وهو مايجعله يعدل العقد ضمانا لتحقيق العدالة .د.مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ٢٠.

الفرع الثاني

تطبيقات فكرة العدالة

إن للميزة التي يتمتع بها التحكيم بالصلح، والمتمثلة بالسلطة الممنوحة للمحكم بفض النزاع وفقاً للعدالة، من دون التقيد بقانون محدد الأثر الاكبر في انتشاره كوسيلة مثلى لحل نزاعات العقود الدولية، إذ يعمل المحكم بالبحث عن حل عادل ومقبول لأطراف العلاقة، إلا أن الأمر لا يستقيم بهذه السهولة ولا بد من تطويع العقد مع المتغيرات الجديدة، فالحل المسند على فكرة العدالة قد لا يكون مقبولا للأطراف، فالتحكيم بالصلح يجب أن يحصل على قدر معين من التوافق وأن يُنَفذ حكم التحكيم بصورة تلقائية، وهنا يؤدي المحكم عمله بشكل كامل[١]، وأن أبرز ما يسعى المحكم بالصلح إلى تحقيقه هو:

أولاً: عدالة الحل:

أن المبدأ العام في التحكيم وفق العدالة–التحكيم بالصلح– ، أن يكون للمحكم الحرية في الخروج عن الحلول، التي تأتي بها القوانين[٢]، على أن لا ترد تلك الحلول على المسائل التي لا يجيز القانون التنازل عنها والصلح بها[٣]، ويستعمل المحكم هذه الصلاحية التي تخوله الحكم وفقَ مبادئ العدالة لحل المنازعات، عندما يكون نص القانون الواجب التطبيق لا يصلح لحسم النزاع على نحو عادل بحسب السلطة التقديرية للمحكم، وهو ما نجده جليا في قرار لهيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدَّولَّية رقم (١٦٠٠) الذي اعتمد فيه المحكم في تقدير التعويض على القانون السويسري، على الرغم من ان العقد يخضع للقانون الفرنسي، الذي يعدّ تقدير التعويض وفقاً لمجرى العادة، وبصورة عادلة، لكن المحكم تجاوز النص من خلال إعمال مبادئ العدالة

---

(1)– – KHANPH, Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux I Expérience française, dans les contrats économiques internationaux Bruxelles Paris 1975, p575.

(٢)– د.منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص٣١٦.

(٣) – نصت الفقرة الثانية من المادة (٧٠٤) من القانون المدني العراقي المعدل على: (ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام او الآداب، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية او التي تنشأ عن ارتكاب احد الجرائم).

وقدر مبلغ التعويض وفقاً لضميره، الذي جعلَ التعويض بموجب القانون السويسري هو الاقرب لتحقيق العدالة.[١]

ولا يتوقف الأمر عند حد التعويض، فقد يتدخل المحكم عندما توحي نتائج العقد بعدم التوازن، خاصة عندما يكون هناك تغير في الظروف، كما جاء في عقد" OZO,ERAP,SOFREPAL" ضرورة مشاركة الأَطراف في تحمل المشقة الناتجة عن تغيير الظروف، ونتيجة للانخفاض الملموس بالنفقات، مقارنة بالفوائد، وقد كان نشوء النزاع حول شرط اعادة النظر في العقد الذي اقره المحكمين باسم العدالة.[٢]

ويمكن اللجوء إلى مبادئ العدالة في حل المنازعات الناشئة، بسبب الظروف الماسة بالأمن الوطني بوصفها ظروف لم يتوقعها الأَطراف المتعاقدة لحظة التعاقد، كما هو الحال في التغيير الناجم عن القوة القاهرة، ولاسيما الحالات التي تتخذ فيها إجراءات الأمن الوطني بدافع الضرورة لحماية المصالح الأساسية في الدولة المضيفة، إذ تسمح هذه المبادئ للمحكم بتجنب تحميل أحد المتعاقدين كل الخسائر الناتجة عن تغيير الظروف، وتعطيه الحق في استرجاع التوازن الذي خلفهُ الظرف الماس بالأمن الوطني على نحو عادل، إذ يكون للمحكم التدخل بهدف العدالة في توزيع الخسائر على نحوٍ عادل، وبحسب ظروف كل منازعة، فعلى سبيل

---

(1) – Sentence ICC rendue le 8 mai 1986.

(2) –par Bruno Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de « hardship », L'Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship, 101 Clunet 1974, at 794 et seq. بحث منشور بالرابط < https://www.trans-lex.org > تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٤ الساعة ١٠ :٠٠ص.

EKOFISK. عقد بيع الغاز من وديعة

أبرم في عام ١٩٧٣ بين كونسورتيوم من البائعين بقيادة فيليبس بتروليوم سي النرويج ، بصفته مديرًا رئيسيًا لتسعة بائعين آخرين (بما في ذلك المجموعة الفرنسية ، المكونة من ELF و CFP و (Aquitaine ،وكونسورتيوم من المشترين (بما في ذلك على وجه الخصوص غاز دو فرانس – وقد جاء في العقد عند حدوث مشقة كبيرة فان على المحكم د) إلى الحد الذي يكون فيه أي حدوث للمشقة كما هو محدد بموجب هذا القسم ١٣–٩ قد انخفض أو انتهى ، فإن أي مراجعة للأسعار أو الشروط الأخرى بموجب قرار التحكيم يجب تغييرها أو إنهاؤها وكذلك شروط وأحكام الاتفاقية (إذا لم يتم إنهاؤها بالفعل طبقًا للفقرة ب) من هذا القانون) يجب استعادتها لمراعاة الانخفاض المذكور أو إنهاء حدوث المشقة .في حالة إجراء تغيير على شروط هذه الاتفاقية وفقًا لمطالبة بالتعويض عن المشقة الكبيرة.

المثال حكمت هيأة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدَّولَّية عام ١٩٧٣ بعدم القاء المسؤولية على سلوك المتعاقدين لتقريرها، أن الحل العادل يتمثل بضرورة مشاركة الأَطراف بالخسائر والاضرار الناتجة عن تغيير الظروف، وأن ليس من العدل أن يتحمل أحد الأَطراف كل الخسائر[١]، فضلاً عن ذلك أن تدخل المحكم في البحث عن حل عادل، قد يكون بإعادة النظر في العقد بأجراء تعديل بنوده للتقليل من الاثار السلبية الناجمة عن تغيير الظروف، وعلى سبيل المثال، قررت هيئة التحكيم بتوزيع الخسائر الناتجة عن تغير سعر صرف العملة، بين الجنية الاسترليني والدولار وذلك بتعديل الالتزام، إذ كان النزاع حول التباين في سعر السفن العملاقة afra large vessels بين شركتين للبترول.[٢]

وأحياناً يبحث عن حل عادل، بالاستناد إلى الشروط العقدية، بموجب الصلاحية الممنوحة للمحكم بالصلح، كما في العقد المبرم بين شركة "Schneider&" marine firminy، فقد جاء في بنود العقد ضرورة تحقيق المساواة التامة في الرقابة المشتركة، الذي يعد المبدأ الاساس للاتفاق بين الأَطراف، كما يلزم العقد المحكم بان يسترشد بروح بنوده ويستعين بمبادئ العدالة بغية تعديل الالتزامات استناداً لنص العقد.[٣]

وفي تطبيق آخر ذهبت هيأة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدَّولَّية بقرارها المرقم ١٩٧٤/٢٢١٦ حول عدم تنفيذ شركة نرويجية لالتزامها بتسليم نسبة معينه من البترول إلى الدولة صاحبة الحقول، إذ وجدت الهيئة ان سبب عدم التنفيذ، كان لارتفاع تكاليف التخزين، وتعطل تداول النفط، وقد ذهبت الهيئة في قراراها إلى تخفيض مبلغ التعويض بسبب الزيادة في القيمة المكتسبة في اثناء مدة ارتفاع سعر النفط بوصفه الحل الاقرب للعدالة.[٤]

---

(1) –Sentence precitec al Arbitation Journal mars 1973.E LOQUIN ,Les regles materielles du commerce International ,(Rev ,arb 2005),p433.

عرض النزاع على غرفة التجارة الدَّولَّية في يوغسلافية وقد جاء بالقرار ان سوء الاوضاع الجوية ادى إلى انخفاض المحصول لذلك فان طلب المشتري الذي يطلب استرداد الثمن يجب رده وقد توصلت الهيئة إلى تحمل الاطراف الخسائر والاضرار الناتجة عن تلك الاحداث .نقلا عن رشا محمد مسعد ،مصدر سابق ص ٢٠٨.

(2) – Sentence ad "boc" 31 mai 1970 .

(3)– Creusot–Loir, reusot–Loire was a French engineering conglomerate , Sentence ICC n 1990 .

(4) –Sentence Arbitation rendue dans laffaire n 2216 en 1974 .

وقد ذهب قضاء التحكيم إلى أن الاخطار التي يتعرض لها المستثمر في البلد المضيف تعد من قبيل تغير الظروف التي توجب تعديل العقد وفقا لمبادئ العدالة، كما أن له استبعاد أو التقليل من الشرط الجزائي على الرغم من تحقق شروطه، أذ للمحكم أن يُخفف من آثار الشروط العقدية كشرط الفسخ التلقائي كونه لا يتماشى مع مبادئ العدالة، وهو ما جاء في قرار للهيئة التابعة للغرفة التجارة الدَّولَّية ٤٩٧٢ لسنة ١٩٥٨، كما للمحكم بالصلح اعمال قواعد لم تكتسب صفة الاعتياد وتطبيقها على النزاع متى ما رأى أن من شأنها تحقيق العدالة[١]، وبذلك تنسجم فكرة العدالة وتتناغم مع مفهوم الأمن الوطني الذي يمتاز بانه متنامي ومتطور على الدوام، مما يجعل الاحتكام لهذه المبادئ يمنح حلا يحقق التوازن بين الأَطراف المتعاقدة على النحو الذي يجعل من الحل مقبولا وهو ما نتناوله في الفقرة التالية.

ثانياً :مقبولية الحل:

لا يكفي أن يكون حكم المحكم بموجب مبادئ العدالة عادلاً، بل ينبغي أن يتسم بالمقبولية، لان لجوء الأَطراف إلى التحكيم بالصلح، هو للبحث عن حل عادل ومقبول لهما، أذ يأخذ المحكم في اعتباره الرغبة الضمنية لدى الأَطراف في التعاون في حل النزاع، من ثم يجب أن لا يتعارض الحل الذي يقدمه المحكم مع ذلك التعاون الذي يعمل عليه اطراف الرابطة العقدية، فهو يضع الحل الأنسب والاكثر قبولا أمامهم، محاولاً الوصل إلى تقريب وجهات نظر الأَطراف، وهو في النتيجة يحاول تحقيق استمرار التعاملات التجارية، على نحو يناسب تطلعاتهم التي تكون في الغالب تفضيل الاستمرار في الرابطة العقدية للمحافظة على العلاقات التجارية، لذلك فالمحكم بالصلح يضع بين جنبيه التوافق والتسوية في الحكم الذي يصدره بشرط أن يحظى بنوع من المقبولية لدى الأَطراف.[٢]

---

[١] – د.منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص٣١٨-٣١٧.

[٢] – رشا محمد مسعد، مصدر سابق، ص٢١٣

يغلب على قرارات التحكيم بالصلح أنها تسير بمحاذاة الوساطة، وأن هيئة التحكيم لا تلزم بحسم النزاع والفصل فيه بالاحتكام إلى القانون، وإنما هي ملزمة بإن تقرر حلاً ملائماً ومقبولاً للأطراف ويكون حاسماً للنزاع غير قابل للطعن فيه كأصل عام.[١]

إذ لا يجوز للمحكم بالصلح أن يجرد أحد الأَطراف من كل الحقوق التي منحت له بموجب العقد، وإلا كان منافياً للعدالة، وأصبح أداة للتنازل عن حقوق الخصوم وهو مالا يوافق إرادة الأَطراف، فقد يكون التنازل عن بعض الحقوق مقابل تنازل الطرف الاخر عن بعض الالتزامات –الحقوق– لذلك فإن التقابل في التنازلات قد فوض المحكم بالصلح بتحديده وتنسيقه ولم يكن التفويض بتجريد أحد الأَطراف كامل حقوقه متى كانت حقوقه مستنده على العقد ولم يستعمل الغش والتدليس في مواجهة الطرف الاخر في سبيل أن يتنازل عن حقه[٢]، فعلى سبيل المثال القرار تحكيمي صادر عام ١٩٧٣ الذي كان قد الزم أحد الأَطراف بدفع الفرق بين الثمن الحقيقي والثمن المدفوع فعلا إلا أنه قد أعفاه من دفع مبلغ الفائدة عن المبلغ المستحق، إذ كان الحكم قد بين أنه لا يوجد أي سبب لإلزام الطرف المتأخر عن دفع المبلغ بالفائدة عن المدة والبالغة أربعة أشهر كنوع من العدالة بحسب تقدير الهيئة.[٣]

---

[١] – د.محمود السيد عمر التحيوى، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الاخلال به، مصدر سابق ص١٦٥.

[٢] –د.احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مصدر سابق، ص١٨٣.

[3]– A rbitrage ad hos rendue le 6 decembre 1973 entre une socitete francais et une socitete libanaice.

المطلب الثاني

السوابق التحكيمية

تعدّ السوابق التحكيمية واحدةً من المصادر التي يُستسقى منها الحل للنزاع المعروض، وبقدر تعلق الأمر بالنزاع المتعلق بالأمن الوطني؛ فان البحث في هذه السوابق من شانه ان ينشاء مبادئ يمكن الركون لها لحل المنازعات موضوع البحث- العقد المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني -، وإذا كان القضاء العادي متقيداً بعدم تجاوز القوانين الوطنية وليس له الأخذ بالسوابق[١]، فإن الأمر مختلف بالنسبة للتحكيم، إذ يتمتع المحكم بسلطة أوسع وله الاعتماد على الاعراف التجارية والسوابق التحكيمية[٢]التي فصلت في المنازعات من قبل، وتعد دليلاً للتعرف على الحلول التحكيمية للمنازعات الاستثمارية المشابهة للحالة المتنازع بشأنها والمعروضة للحل أمام هيئة التحكيم[٣]، وإن للأعمام في حكم التحكيم أثر في جعلهِ سابقة تحكيميه، فقد لا يتوفر في بعض أنواع التحكيم العلانية لوجود التزام من هيئات التحكيم بعدم الافصاح عن موضوع

---

[١] -تتبع المملكة المتحدة السوابق القضائية وتسمح بتدخل القضاء في عملية التحكيم بحجة حماية مصالح الاطراف وضمان مراعات السوابق القضائية ومبادئ القضائية الانكليزية حيث كان القانون الانكليزي لعام(١٩٥٠) وتحديدا المادة (٢١) منه تتبنى الدعوى الخاصة التي تقضي بان ينظر المحكم بالوقائع ويحل الفصل بالمسائل القانونية للمحاكم والتي الغيت فيما بعد بقانون التحكيم لسنة (١٩٧٩) وبقي عمل المحاكم هو التحقق من مدى صحة حكم التحكيم وقد صدرها بعدها قانون التحكيم لسنة (١٩٩٦) الذي منحت به المادة (٦٩) الاطراف الطعن استئناف بالحكم ولها ان تعدل الحكم او اعدته إلى هيئة التحكيم ولها تأييده . د. ابراهيم اسماعيل الربيعي، علي صباح خضير، النظام القانوني لتطبيق احكام التحكيم الدولي بحث منشور مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني ،٢٠١٥،ص١٦٤-١٦٥.

[٢] – اختلف الفقه في مصدرية السوابق التحكيمية فبعضهم ذهب إلى عدم احقيتها بان تكون مصدرا من مصادر قانون التجارة ومن ثم لا يمكن اسناد المحكم اليها او القول بإلزاميتها في حين ذهب رأي اخر ان السوابق التحكيمية اصبحت واقعا فرضته احكام التحكيم وهي من اهم مصادر ما يعرف بقانون التحكيم . د. رشا علي الدين ،السوابق التحكيمية: اطلالة على ضوء احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بلا طبعة، دار الجامعة الجديد ،الاسكندرية ،٢٠١٠،ص٢١.

[٣] -علي صباح خضير الجنابي، النظام القانوني لأحكام التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل ،٢٠١٣، ص ٦٢و١٤٢.

النزاع تلبية لرغبة الأَطراف، بعدم الإفصاح عن تفاصيل صفقاتهم مما يجعل هناك ندرة في القرارات التحكيمية في بعض الاحيان.[١]

فضلاً عن أحتمالية ظهور أتجاهات جديدة، بسبب غياب السلطة العليا، وعدم خضوع المحكم إلى نظام دولي موحد، وقد تظهر اتجاهات متعارضة مما يكون على المحكم إتباع الاحكام الاكثر أستقراراً ليستسقي منها احكامه[٢]، ولذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين سيبحث في الفرع الأول: أثر السوابق التحكيمية على العقود الدولية، أما الفرع الثاني: فسيسلط فيه الضوء على أهم تلك السوابق.

الفرع الاول

أثر السوابق التحكيمية على العقود الدولية

بدأً يقصد بالسوابق التحكيمية هي تلك الاحكام الصادرة بشان نزاعات معروضة أمام هيئات التحكيم والتي من شأنها أن تنشئ مبدأ أو قاعدة تلزم الهيئات في أحكام لاحقة لنزاعات مشابهة للحالات التي حُسمت، والتي تتمتع بحجية أمام هيئات التحكيم في المستقبل، فيكون للمحكم بعدها أن يعتمد في قراره على السابقة التحكيمية، والقيام بدور الموائمة بين الحلول التي أنتجتها تلك هيئات في نزاعات سابقة وبين الحالة المعروضة أمامه.[٣]

تعتبر القرارات التحكيمية مصدراً من مصادر قضاء التحكيم، وقد برز إلى العلن الدور الرئيسِ والاساسِ الذي تؤديه تلك القرارات في تكوين قواعد مهمة من السوابق، إذ أثرت هذه القرارات في مسار قضاء التحكيم لما بها من دور بناء في سن مبادئ وقواعد، لها أثر مهم في

---

[١] –د. علاء النجار حساني احمد، نطاق الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٨٧.

[٢] – د. ابو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي: القسم الاول، الضوابط العامة التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني ، جامعة الكويت، ١٩٧٧،ص ٤٩.

[٣] – د.احمد ابو الوفا، الاعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدَّولِّية في الشريعة الاسلام، الجزء التاسع ،دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠١، ص١٣٤.

مجال قضاء التحكيم[١]،وأصبح من الامور المسلم بها أن يستند المحكم إلى هذه القرارات في المنازعات التي ينظرها.

فضلاً عن ذلك، أن شرط التحكيم بالصلح، قد يخول المحكم خلق مَسلك جديد لحل النزاع، حيث يستمد المحكمون من قواعد العدالة الحلول التي تسهم من خلال تكرار العمل بها في تكوين قانون التجارة الدَّولِّية، ليكون عاملاً رئيساً في البحث عن الحلول الأكثر ملائمة لتطلعات الأَطراف[٢]، إذ تقوم اغلب محاكم التحكيم بنشر القرارات مع التحفظ على أسماء الخصوم لتوفر مصدراً خصباً للمحكم في تسبيبهِ لقرارهِ، من ثم يُصبح الحكم ذا قيمة عالية، وهو ما تؤكده المحكمة الجنائية الدَّولِّية بقولها: أن السوابق التحكيمية توفر بيئة ثمينة للباحثين والممارسين في صياغة العقود الدَّولِّية والتفاوض وحل المنازعات، كما أنها تُسهم في نقل مواقف هيئات التحكيم بشان النزاعات المطروحة عليها ونشرها إلى جميع إنحاء العالم، وقد سمح قانون الايونسترال بموجب المادة "٥.٣٤" للمحامين والمحكمين الاطلاع على القرارات السابقة بوصفها سابقة تحكيمية[٣]، ولذلك يمكن لأطراف العقد أن يستوحوا من هذه السوابق مسلك هيئات التحكيم المعمول به فيما يخص تعامل هذه الهيئات مع النزاعات المتعلقة بالأمن الوطني، لا سيما فيما يتعلق بتعاملها مع تحديد هذا المفهوم –الأمن الوطني– وما يدخل ضمن مهدداته، كذلك موقفها من مسألة تفحص الاجراءات المتخذة من الدولة المضيفة، ليكون الأَطراف على دراية ووعي عند سن شرط استثناء الأمن الوطني ضمن عقودهم، أو حتى ألاجراءات المتبعة عند تحقق الظرف الماس بالأمن الوطني على نحو يحقق التوازن بين مصلحة الدولة المضيفة والمستثمر، إلا أن الفقه[٤] قد أختلف في مدى الزامية هذه السوابق، مع ذلك أن هذا لا ينقص من قيمتها القانونية

---

[١] – د .علاء النجار حساني احمد، مصدر سابق، ص٨٨.

[2]–Deranis Y, Norme d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, dans les études de droit des relations économiques internationales offertes à Goldman litec 1982, p29&36.

[3]– CLYDE&CO, Precedents in Arbitration – a Practical Position Part 1, Global, United Kingdom March 7 2018,P, no. Link published researchhttps://www.lexology.com ص١:٠٠ الساعة ٢٠٢١/١/٧ تاريخ الزيارة .

[4]– Deranis Y, supra note1,p 920.

بوصفها مصدراً من مصادر قانون التجارة الدولي، وأن مسؤولية المحكم اتجاها هو التأكيد على حكم التحكيم ليرقى إلى القواعد العرفية بواسطة الاستعمال المتكرر وينشئ عن ذلك قاعده معيارية تُسهم بتكوين قواعد جديدة لا تنتمي إلى قانون وطني معين.

ويكون عمل المحكم، هو البحث عن الحلول للمنازعات التجارية بعيداً عن سطوة القوانين الوطنية، إذ يسعى المحكم بالاستفادة من إعمال سلطته المفوض بها في إيجاد سوابق تحكيمية والاخذ بقرارات المحكمين في النزاعات المتشابهة وبذلك ينشأ من العمل بتلك السوابق قواعد قانون التجارة الدولية.[١]

وأن الحديث عن سرية قرارات التحكيم أصبح من الماضي، إذ توفر النشرات التحكيمية نظرة واضحة عما يدور في عملية التحكيم، مع أن هذه النشرات لا توفر تفاصيل كاملةً عن القرارات حفاظاً على سرية التعامل التجاري، إلا أن استدلال المحكمة بها يكون متاحاً، فتكون تلك النشرات عوناً للمحكم في القضايا بالرجوع الى الاسانيد والآراء المعارضة، إذ توفر العينات السابقة من قرارات التحكيم المتخذة، وتصبح هناك مشاركة لحدث سابق في القضية محل النزاع، من ثم سيكون هناك أثرٌ تتركه تلك السوابق على مجريات القضية المعروضة، وتعلم الأَطراف شيء من الماضي قد يذهب بهم إلى أبعد مما تذهب إليه السوابق القضائية نفسها.[٢]

وقد يرغب الأَطراف بتخويل المحكم فرصة إنشاء قاعدة قانونية جديدة في مسائل تواجههم بالتنظيم حينما لا توجد هناك عادات أو أعراف تجارية مستقرة في التعامل الدولي تفي بالغرض،

تذهب الاستاذة" Gabrielle Kohler" انه قد يكون هناك نوع من الثبات والاستقرار في السوابق التحكيمية خاصة فيما يتعلق في منازعات الاستثمار حيث اثارت بعض محاكم التحكيم ضرورة استقرار الاحكام لصالح المعاملات التجارية وهي مع ذلك تؤيد نظرية الثبات حتى يتوقع العامة نتيجة تطبيق حكم التحكيم ،ويرى الاستاذ"Francois perret"ان غياب التضارب في الاحكام امر مطلوب وتكمن المشكلة في كيفية تحقيق ذلك من الناحية العملية، فيما ذهب "perret " إلى طرح فكرة السوابق الاقناعية بمعنى عدم وجود التدرج في التحكيم على غرار القضاء فان غالبا ما تصبوا السوابق التحكيمية إلى تحقيقه هو ان تكون اداة للأقناع حيث تكون قوة لدفع هيئات تحكيم اخرى للاسترشاد وتايد منطوق الحكم لصالح الاستقرار وبالتالي ضمان استقرار التعاملات التجارية . د .علاء النجار حساني احمد، مصدر سابق، ص٨٨. د. رشا علي الدين، السوابق التحكيمية، مصدر سابق، ص٢١.

[١] – محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية: دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠١، ص٢. د.رشا علي الدين، السوابق التحكيمية، مصدر سابق، ص٢٢-٢٣.

[2]– CLYDE&CO, supra note1,p no.

فيمكن للمحكم استعمال قدرته في إنشاء حل مناسب للحالة المعروضة أمامه مستوحى من السوابق.[١]

إذن لابد من نشر قرارات التحكيم، حتى وأن كان بقدر معين يكفل الحفاظ على السرية، فنشر الاحكام مسألة لها أهمية، تعكس أثرها على المبادئ السائدة، وتسهم في إنشاء قواعد جديدة، ويكون النشر على نحو لا يكشف معلومات تخص أطراف العلاقة- اسرار المعرفة التكنلوجية- وإنما بملخصات عن موجز الوقائع والتأكيد على المبدأ المعمول به من قبل الهيئة، وهذا هو القدر المطلوب، وتجاوزه يعد بلا مبرر، وأن الغلو في الالتزام بالسرية، ربما يفوت مصلحة عامة، كما أن نشر مضمون أحكام التحكيم تعتبر اللبنة الاولى في بناء وإرساء قضاء التحكيم الدولي في صورته حقيقية، ويكون المحكم هو الأداة التي تمارس هذا العمل، والذي لا يمكن تحقيقه مالم يلتزم هذا الاخير بالشفافية.[٢]

ان دور السوابق التحكيمية تبدو أكثر وضوحاً، عندما يحاول المحكم معالجة النقص في قواعد القانون التجاري الدولي والتي لم تصل في تطورها إلى الحد الذي تعد نظاماً قانونياً متكاملاً، إذ يقوم المحكم أزاء ذلك النقص بإيراد السوابق التحكيمية وخلق الحلول التي تلزمها ظروف التجارة الدَّولِّية، وكل ذلك من خلال منحه السلطة في إتباع مبادئ العدالة، وأن اضطرار المحكم إلى الاخذ بهذه الحلول سوف يجعل من الاحكام الفردية وتكرار الحكم بها[٣] ينشئ قواعد يمكن أن يكون لها صفة العموم والتجريد بعد استقرار العمل بها، ومن ذهب إلى أن الدور الذي يقوم به المحكمون من شأنه أن ينشأ قانونهم الخاص الذي يحكم العلاقات الدولية، من ثم لا تكون هناك حاجة للقوانين الوطنية في تلك التجارة.[٤]

---

(1) – David R, L Imprevision dans les Droits Europeens ,Melanges jauffret,1974,p538.

(٢) – علاء النجار حساني احمد، مصدر سابق، ص٨٨.

(3) – Paula Costa e Silva and Beatriz de Macedo Vitorino, Filipa Lira de Almeida, Judging precedent: still exploring the path, Kluwer Jury 2018 .p,no. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/ 2018/10/28 تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٧الساعة ١٠:٠٠ص.

(٤) –د. رشا علي الدين، السوابق التحكيمية، مصدر سابق ،ص٣٤.رشا محمد مسعد مصدر سابق، ص ٢٢٦.

الفرع الثاني

تطبيقات السوابق التحكيمية

أرست قرارات التحكيم الكثير من المبادئ المعترف بها في قضاء التحكيم، وفي ذلك الكثير من الأمثلة، على سبيل المثال قرار لمركز تسوية منازعات الاستثمار بالقضية المرقمة "ARB/٠١/١٣ بخصوص القضيتين المؤرختين في(٢٠٠٣/١/٣و٢٠٠٤/٥/٢٣) ففي هاتين المنازعتين استندت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية المنازعات في حكمها إلى المبادئ التي جاءت بها (سابقة Vivendi) لحسم النزاع بين الشركة العامة للمراقبة وجمهورية باكستان الاسلامية، ومن أبرز المبادئ التي جاءت بها هذه السابقة "مبدأ ازدواجية الدعوى بين دعوى الاستثمار ودعوى اتفاقية حماية الاستثمار"، كذلك مبدأ " ازدواجية الاختصاص بين اختصاص القضاء الوطني واختصاص هيئة التحكيم في النظر بالدعوى"، ومبدأ "الخيار للمستثمر في الاختصاص"، ومبدأ " الفصل بين اقامة المسؤولية الدَّولِّية على الاساس العقدي والاتفاقية الدَّولِّية وعدم الالتزام بينهم "[١]، ويلاحظ ان الاثر الذي تتركه السوابق التحكيمية، إنها ترسم الطريق أمام الهيئات لحل منازعات تشتبه بظروفها مع نزاعات سابقة بإرساء مبادئ كالمذكورة أنفاً، تصلح ان تكون مفتاحاً لحل النزاع.

وفي تطبيق آخر بخصوص حكم جاءت به الهيئة التابعة لغرفة التجارة الدَّولِّية "ICC" في القضية المرقمة ١٥٢٦في ٣٠/اكتوبر ١٩٦٨ الذي جاء بمبدأ حظر الدولة والمؤسسات التابعة لها ممن تتصف بالشخصية المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم الداخلي من دون التحكيم الدولي، كذلك الحكم الصادر من نفس المركز "ICC" في القضية المرقمة ٥١٠٣ والذي جاء

---

[١]– الموقع الرسمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المنشور بالرابط :
https://www.italaw.com> https://www.iareporter.com
تاريخ الزيارة ٨/١/ ٢٠٢١الساعة ١١:٠٠ص.
سابقة فيفندي الفرنسية ضد الحكومة الارجنتينية في حق مقاطعة توكومان الصادرة في ٢١/نوفمبر ٢٠٠٠التي كانت غير داخله باتفاقية المركز الدَّولِّية تسوية المنازعات حيث جاء في قرار الهيئة انها ميزت بين المنازعات ذات الطابع الدولي والتي يدخل المركز بها مباشرتا وبين الالتزامات الناتجة من بنود العقد الاستثمار الدولي التي لا يختص بها المركز الا بورود الصيغة الموافقة التي اقرت بأخلال الارجنتين بالالتزامات الواردة في الاتفاقية مع فرنسا لعام ١٩٩١رغم ذكرها في نفس القرار حرية المستثمر في اللجوء إلى القضاء الوطني او مركز التحكيم منشورة بالرابط: . https://www.italaw.com .تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٦ الساعة ٩:٠٠ص.

بمبدأ انه لا يجوز للشركة التابعة للقطاع العام بعد ابرام اتفاق التحكيم الاحتجاج بقوانين الوطنية للطعن في صحة الاتفاق.[١]

وفي سابقة "Salini V.Morocco" حيث نشأ النزاع حول مدى أحقية المركز الدولي في النظر بالنزاع، فقد تمسك المستثمر الايطالي بالاتفاقية الدَّولِّية الخاصة بحماية الاستثمار التي تحوي شرط اللجوء إلى المركز في حين تمسكت المغرب في شرط الوارد في العقد الدولي المتضمن خضوع النزاع للقضاء المغربي، وقد أصدرت الهيئة التحكيمية قرارها "ARB/00/ 4,42 في ٢٠٠١/١/٢٣ بحسم النزاع لصالح المركز على إعتبار أن إختصاص المحاكم الوطنية لا يمنع أختصاص المركز، وكان القرار مستنداً في تسبيبه على سابقة فيفندي.[٢]

كما أرسى القرار صادر عن قسم Queen's Bench ، المحكمة التجارية في قضية Sea Trade Maritime Corporation Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Limited، أثينا والذي أسس الأساس لشرط التحكيم بالإشارة العامة والتي ميزت بين حالة العقد وحالة المعاهدة Habas Sinai Supra"" التي لم يشره العقد إلى شرط التحكيم فيما أشارت المعاهدة إلى ذلك وهو ما يلزمه مبادئ القانون المنصوص عليها في INOX Wind Ltd. v. Thermocables Ltd. (2018) 2 SCC 519 لذلك ذهبت هيئة التحكيم إلى التوسيع في تطبيق مبدأ الإشارة العامة في المعاهدة.[٣]

كما قد أرسى قرار التحكيم الصادر بالنزاع بين شركة " Petroleum Development Company " وإمارة أبي ظبي مبدأ استبعاد القانون المختار من قبل الأَطراف لصالح مبادئ العامة للأمم المتحضرة، حيث تم تفسير البند (١٧)من العقد في استبعاد القانون الامارة، رغم أنه صاحب الاختصاص وتطبيق المبادئ العامة للأمم المتحضرة[٤]، فالمحكم استند في حجته على

---

[١] – علاء النجار حساني احمد، هامش مصدر سابق، ص٨٨.

[٢]– الموقع الرسمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المنشور بالرابط : https://www.italaw.com/ تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٨ الساعة ١١: ٣٠م .

[3] – Clyde & Co LLP, Arbitration through incorporation by reference – Indian Law Position https://translate.google.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٩ الساعة ١١:٣٠م

[٤] – حدث النزاع عام ١٩٥١ حيث تلخصت القضية بحصول الشركة Petroleum Development Company على عقد امتياز يغطي جميع اراضي ابو ظبي الا ان حاكم الامارة قد منح امتياز إلى شركة " Super Oil Company " في المنطقة البحرية النائية مما جعل الشركة الاولى تعترض على العقد الثاني

أن قانون الامارة يعتمد على القران الكريم ومبادى الشريعة الاسلامية وهي لا تتفق ومبادى القانون الدولي الحديثة بحسب رأيهم.

وفي سابقة أخرى أكد الحكم الصادر عن مركز واشنطن للتحكيم في "١٩٨٣/٩/٢٥"في قضية "AMCO" على مبدأ التوسع في تفسير العقد للبحث عن الارادة الحقيقية للأطراف وجاء فيه: " أن العقد المتضمن لشرط التحكيم لا يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً بل يجب التوسع في التفسير وهذه الطريقة ليست سوى تطبيق لمبدأ أساس ومهم وهو ان العقد شريعة الطرفين المطبق على كل الانظمة القانونية الداخلية والدولية[١]، ويلاحظ من التطبيقات السابقة أن قضاء التحكيم يراعي على الدوام وهو ينظر في نزاعات العقود الدَّولِّية خصوصية هذه العقود، وأنه يقوم بعمل المنشئ لمبادئ جديدة تتلاءم مع انماط التجارة الدَّولِّية الحديثة، ويزداد عمل المحكم في حال أصبح العقد وبما يحمله من قيمة أقتصادية مهدداً بالزوال، فعلى سبيل المثال نجد أن هناك تطبيقات تحكيمية تشير إلى ضرورة أن يكون هناك تعاون بين أطراف الرابطة العقدية لمواجهات صعوبات تنفيذ العقد، والتي يمكن جعل الظروف الماسة بالأمن الوطني اهمها، إذ تؤكد هيئات التحكيم على مبدأ تعاون الأَطراف في تجاوز الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد، وهو ما جاء في قرار التحكيم رقم ٢٢٤٠ /١٩٧٥ الصادر من غرفة التجارة الدَّولِّية الذي جاء فيه: أن على المتعاقدين إن يدركوا، أن التعاون المخلص والكامل والمستمر يؤدي إلى تجاوز الصعوبات الكامنة في تنفيذ العقد والعديد من المشكلات الناجمة عن التقيد المبالغ فيه بالصياغة والتشابك في الالتزامات[٢]، وعليه متى ما استجد ظرف- ماس بالأمن الوطني- يجعل من تنفيذ الالتزامات على الوجه المتفق عليه غير ممكن، يكون لزاماً على الأَطراف ومن مبدأ التعاون في تنفيذ العقد

عماد خلف دهام، النظام القانوني لعقود النفط الدَّولِّية في التشريع العراقي المقارن ،اطروحة دكتوراه جامعة المنصورة ،كلية الحقوق، ص٥٠.

Frédérique Youmbi Fasseu, Debates actuales sobre arbitraje inversor-estado en América Latina ISSN versión 2594-0716 IMPRESA ISSN versión 1870-6916 Tla-Melaua Volumen 12 No. 45 Puebla Oct. México 2018,P1https://translate.google.com. تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١٠ الساعة ١٠:٠٠ص

(١) – د.عبد الحميد الاحدب، مصدر سابق، ص١٨٠.

(2) – Citee bar DEARINS dans son commentaire de la sentence 2240 ,Clunet,1976,p989.

بحسن نية البحث عن حل من شأنه أن يعيد التوازن المختل مع ضرورة مراعاة خصوصية هكذا ظرف، من خلال احترام الاجراء المتخذ من الدولة المضيفة لحماية أمنها.

وبقدر تعلق الموضوع بالنزاعات المتعلقة بالأمن الوطني يمكننا القول: أن هناك من القرارات التحكيمية ذات الصلة، والتي تعالج مسألة تعديل العقد لاختلال التوازن بسبب تغير الظروف، يمكن أن تنشأ سوابق تحكيمية مستقبلاً، يستوحى منها مبادئ تتضمن إمكانية تعديل العقد مع احترام موقف البلد المضيف في اتخاذه إجراءات، لحماية الأمن الوطني بأبعاده المختلفة، وكل ذلك من دون الاخلال بحق منح التعويض لأي طرف أن كان له مقتضى، ومن التطبيقات العملية التي تصلح لهذا الشأن هي القرارات التي أشار إليها قضاء التحكيم في تعديل اثار العقد لتغير الظروف سعياً لمعالجة اختلال التوازن العقدي الذي تسبب فيه هذا التغير، مثال ذلك ما جاء في قضية "Quintette " بتاريخ ١٩٩١/٥/٢٨، حيث قامت هيئه التحكيم بمراجعة العقد وتعديل الاسعار التي يلتزم المدين بسدادها بحسب انخفاض الاسعار نتيجة الازمة الاقتصادية[١]، وفي قرار آخر ذي صلة أكدت المحكمة الجنائية الدَّولِّية في قرارها المرقم ٥٧٥٤ أن شرط الاحالة عليها والوارد في العقد طويل المدة يحتوي على عدد من البنود التي تتطلب التعديل خلال فترة العقد وكان ذلك بمثابة تفويض ضمني للمحكم بتعديل العقد.[٢]

ولا تقتصر الحالات التي يتدخل فيها المحكم لإعادة التوازن المختل عند تغير الظروف وما تسببه من عدم توازن في الاداءات المتقابلة للأطراف على تعديل تلك الاداءات وأنما يمتد لشمل مسائل أخرى كالتعويض، ففي قرار لمحكمة التحكيم في قضية "Milton / KERBS stem تشير الهيئة إلى خطورة الشرط الوارد في عقد الامتياز، إذ جاء في القرار أن التنفيذ المجحف للشرط له أثر خطير على التوزان الاقتصادي للعقد، مما دفع المحكم إلى منح التاجر تعويضاً عادلا لتقليل الخسائر وكان هذا التعويض من ضمن السلطة المخولة للمحكمين

---

[١] – اشار اليه د. ميثاق طالب عبد حمادي، د.نهى خالد عيسى، سلطة المحكم بالصلح في اعادة التوازن الاقتصادي للعقد، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية جامعة بابل، العدد٤١ ،٢٠١٨، ص١١١٨.

[٢] – قرار المحكمة الجنائية الدَّولِّية رقم ٥٧٥٤ في اشار كريج وباك وبولسون، التحكيم في غرفة التجارة الدَّولِّية العدد الثاني،١٩٩٠، ص ١١٢.

بالصلح[١]، وفي المقابل قد يعفي المحكم عند تغيير الظروف المسببة للاختلال وتدخله بالتعديل من دفع التعويض، كالقرار الصادر عن الهيئة التابعة لمركز الدولي لتسوية المنازعات الارجنتين في القضية المرقمة "ARB / 03/17" والمتعلقة بمصادرة الاستثمار من المدعين حمايةً للمصالح الرئيسية – الأمن الوطني– في بلد المضيف (المدعى عليه)" Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and (Prosecutors, InterAgua Servicios Integrales del Agua SA، حيث جاء في القرار رد طلبات المدعين فيما يتعلق بمصادر المباشرة والغير مباشرة إضافة إنكار ادعائهم بخصوص عدم حماية الاستثمار ورفضها تحريك مسؤولية المدعى عليه ، وأن حرمان المستثمر من إكمال العمل في مشروع سانتا للمياه والصرف الصحي جاء بمعاملة عادلة وعلاجاً منصفاً.[٢]

وما يجد الاشارة له أن الاخذ بهذه السوابق يدخل ضمن السلطة التقديرية للمحكم، الذي قد يأخذ احياناً ومن مبدأ المخالفة بحل مغاير لما هو وارد في السابقة التحكيمية متى ما اقتضت مبادئ العدالة ذلك، مثال ذلك ما جاء في قرار لهيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة في باريس رقم ٢٢٩١ /١٩٧٦ بوجوب تفسير أرادة المتعاقدين والتزاماتهم وفقاً لمبادئ القانون والانصاف كمبدأ يحكم العلاقات التجارية الدولية، فمن مبدأ المخالفة لما تضمنته سابقة "Limaco' ذهب المحكم في قضية BP إلى رفض مبدأ التنفيذ العيني ورفض تغيير الوضع القائم الذي خلفه قانون التأميم في ليبيا " وعلى الرغم من تأكيد المحكم "M lagergren" على مبدأ اعادة الحال إلى ما كان عليه قبل اتخاذ الاجراءات من قبل الدولة المضيفة ، وعلى الرغم من أنه مبدأ مستقر العمل عليه وتؤكده السوابق التحكيمية إلى إن المحكم خلص إلى عدم امكانية تطبيقه مسبباً قراره بأن الاخذ بمثل هذه الخيار ليس متاحاً دائماً.[٣]

---

(1) – Phrase rapportée dans 14janvier 1977, Rev arb p281, note ROBERT.

(٢)– قرار هيئة التحكيم التابعة إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الدَّولِّية منشور بالرابط :– https://translate.googleusercontent.com> https://www.italaw.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٨ الساعة١٠:٠٠م .

(٣) – اشار اليه د.عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مصدر سابق، ص١٧٧.

نخلص مما تقدم، أن المحكم يتمتع بصلاحيات واسعة أتجاه تعديل العقد بما يتلاءم مع رغبة الأَطراف في أستعادة التوازن المختل لتحقيق العدالة، لان المحكم غير مقيد بقانون دولة معينة يحاول عدم تجاوزه، ناهيك عن منح الأَطراف لذلك المحكم السلطة في الفصل بالنزاع وفق لقواعد العدالة والانصاف، وهذا ما من شأنه أن يترك أثره في إطلاق يد المحكم لإيجاد الحل مناسب للنزاع المثار بسبب الأمن الوطني، إلا أن هذا لا يعني أن المحكم قد يسير بلا قانون، فقد يتوفر الحل العادل في قانون معين ليحيل المحكم حل النزاع على ذلك القانون، وقد تجعل خصوصية الأمن الوطني الرغبة في اللجوء إلى التحكيم أوسع، خاصة عندما يتعلق النزاع حول انتزاع ملكية المستثمر الأجنبي لمصلحة حقوق الانسان، مثال ذلك ما حصل في الارجنتين التي قامت بانتزاع ملكية مشروع سانتا، كون القائمين بالمشروع قد عزفوا عن تقديم خدمة مياه الشرب والصرف الصحي للسكان مدينة سانتا بحجة مطالبة الارجنتين بتقليل الضرائب الجمركية على المواد الداخلة ورفع مبالغ المتحصلة من الجمهور لقاء تقديم الخدمة، لان تسعير الجباية عن الخدمة لا تتناسب بعد خفض سعر عملة الارجنتين من الالتزامات المستثمر الخارجية، لذلك فإن للمحكم دور يجب أن يظهر عندما تبيح له العدالة سلوك طريق لم يسلكهُ أحدٌ قبله في تسبيب الحكم، وعندما تتراكم تلك الاحكام فأننا سوف نكون أمام سوابق تحكيمية يكون لها فرصة أكبر في معالجة الاسباب التي تمس بالأمن الوطني للدول المضيفة، فضلاً عن أن تلك السوابق سوف تنشئ قواعد قانونية تسهم في تكوين قانون التجارة الدولية.

المبحث الثاني

سلطة المحكم بالقانون في تعديل العقد

يَنظر المحكم بالقانون في النزاع ويصدر حكما يحسمه وفقا للقواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق[١]، إذ يستمد المحكم سلطته في تعديل الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد من القانون الذي يحكم النزاع، فهو يمارس في هذا النوع من التحكيم عمل القاضي الوطني وسلطته في تعديل العقد ويعد هذا النوع هو أصل التحكيم[٢]، ويكون المحكم ملتزمً بالأطار الذي يحدده القانون لسلطته وينظر بادعاءات الأَطراف المتنازعة والتحقق من صحتها وإصدار القرار الذي ينهي النزاع وفقاً للقانون ومن دون الحيادة عنه، فهو لا ينظر في مدى عدالة ذلك الحكم مازال موافقاً للقانون المختار[٣]، ففي هذا النوع من التحكيم –التحكيم بالقانون– يطبق المحكم القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية التي ينص عليها القانون الذي يحكم النزاع، ويضيف قضاء التحكيم فرض مهم، وهو أن يكون للمحكم تجزئة مراحل النزاع ويطبق قوانين مختلفة – وهو امر لا يحصل في القضاء العادي– من دون أن يتجاوز تلك القوانين.[٤]

وللمحكم بالقانون وفقاً لما سبق أن يطرق أبواب القوانين الوطنية بحثاً عن قاعدة قانونية تخوله تعديل العقد، ويراعي في ذلك الأسبقية التي وضعها المشرع في القانون واجب التطبيق، بدءاً من القواعد الأمرة في رأس الهرم نزولاً إلى الاعراف والمبادئ السائدة في القانون[٥]، ويبقى السؤال ما الكيفية التي يحدث فيها تعديل العقد من قبل المحكم بالقانون؟ وكيف يراعي المحكم وفي حدود سلطته خصوصية النزاع المتعلق بالأمن الوطني من حيث التعديل وتقدير ذلك

---

(١) – د.حمزة احمد حداد، مصدر سابق، ص١٣٠.

(٢) –د.احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٤، ص٦٩.

(٣) –د.عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، ١٩٨٨، ص٦٧.

(٤) –د.مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن،٢٠٠٥، ص٤٧.

(٥) –د. مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ١١٠.

التعويض؟ ولأجل ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين: الأول: اليات المحكم بالقانون في إنقاذ عقود التجارة الدولية، والمطلب الثاني: سلطة المحكم في تقدير التعويض.

المطلب الاول

اليات المحكم بالقانون في انقاذ العقود الدولية

يَعد التحكيم الوسيلة المناسبة لتعديل العقد، إذ طرحت هذه الفكرة ولأول مرة في المؤتمر الدولي العاشر للقانون المقارن في مدينة Budapest عام١٩٧٨، وقد دعا بها الباحث" Renee David" إلى وضع مفهوم للتحكيم يكون واسعاً ومرناً على الجانبين الاجرائي والموضوعي مع التقليل من شدة القواعد الموضوعية، وينتج عن هذا التوجه توسيع في سلطة المحكم بتعديل العقد عندما يكون هناك تغير بالظروف تستدعي ذلك، إذ لا توفر القوانين الوطنية المعالجة للعقود الدَّولَّية المرونة التي تطلبتها تلك العقود، وقد ثار السؤال إمكانية أن تكون هذه المكنة قاعدة يمكن الرجوع إليها.[١]

لا شك أن تعديل العقد بغية الحفاظ عليه يتوقف على مدى إيمان الأَطراف بضرورة استمرار هذه الرابطة، حيث أن قرار المحكم يتوقف في المقام الأول، على مدى توفر النية لدى الأَطراف بالاستمرار في المشاريع العقدية [٢]، كما أن بعض الحالات يكون من السهل على المحكم تعديل الالتزامات العقدية، كما في حالة تغيير الاسعار أو تغير حالة الاسواق بسبب تغير الظروف، لكن الأمر قد يصعب في حال تعلق العقد بمشاريع عملاقة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الفدرالية بهذا الخصوص، عندما عبرت عن ذلك بالقول: ينبغي أن تكون نية الأَطراف واضحة في استمرار مشاريعهم المستقبلية[٣]، ولذلك سوف نبحث في هذا المطلب ما منحته العقود الدَّولَّية للأطراف من فرصة إعادة التفاوض كفرع اول، فيما نخصص الفرع الثاني إلى تدخل المحكم بتعديل العقد وعلى النحو الآتي:

---

(1)– Norbert Horn, Contract Amendment and Renegotiation Procedures in International Trade Finance, Antwerp, Boston ،London ،Frankfurt aM 1985, at 173 et seq.,https://translate.google.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١١الساعة ٨:٠٠ص.

(2) – Clyde & Co LLP, supra note1.

(3) – BGH WM 1975 ،769. نقلا عن المصدر السابق.

الفرع الاول

إعادة التفاوض

من منطلق الحرية التعاقدية يتمتع الأَطراف بحرية كاملة في الاتفاق على تدوين شروط معينة – كشرط مراجعة العقد– تحقق مصالحهم وتضمن تنفيذ الالتزامات بصورة سلسلة وبحسن النية[١]، لا سيما وأن العقود الدَّولِّية يحتاج تنفيذها مدة زمنية ليست بالقصيرة، الأمر الذي يجعل هذه العقود عرضة لتغير الظروف كالظرف الماس بالأمن الوطني، وأغلب تلك العقود الدَّولِّية هي عقود متعلقة بمصالح اقتصادية كبيرة لا يرغب الأَطراف فيها الفسخ أو الانهاء بسبب ما تحققه من منفعة، فيسعى الأَطراف للمحافظة على تلك العقود بإدراج شرط يبيح لهم إعادة التفاوض أو يدعوهم المحكم لذلك في حال غياب الشرط[٢]، وفي كلا الحالتين ينبغي أن يحقق التفاوض قدراً من التوازن العقدي، ويتم التعديل بما يتناسب مع الظروف الجديدة، وخاصة عند حدوث تغير في الظروف تؤدي إلى إعاقة تنفيذ الالتزامات[٣]، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في قرارها المؤرخ في١٧/٦/ ١٩٨١ الذي جاء فيه أن العقد يجب أن يعدل وفق الظروف الجديدة.[٤]

وعادة ما يراجع العقد من قبل المتعاقدين، وذلك باجراء مفاوضات مباشرة وغير رسمية، وهذه الطريقة من أكثر الطرق جاذبية، لسرعتها والمرونة التي توفرها للأطراف، وبها يتفق

---

(١) – د.رشا علي الدين، سلطة المحكم في اعادة التوازن المالي للعقد، دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة، بحث مقدم في المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر بعنوان الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية في الفترة من ١–٢ ابريل ٢٠٠٩، مصدر سابق، ص١٦.

(2) –Opetite, Bruno, Adapting International Contracts to Changing Conditions: La Clause de Hardship(, 101 Clunet 1974, in 794 et seq., Op. Cit.)p no.

(٣) – د.عبد المنعم حسون عنوز، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، كتاب منشور في المكتبة القانونية العربية ، ص٥،بالرابط: https://www.bibliotdroit.com تاريخ الزيارة ٩/١٠/١٩٨٥،الساعة ١١:٠٠م .

(٤) – اشار اليه جاك غستان، المطول في القانون المدني مفاعيل العقد واثاره، ترجمة منصور القاضي ،الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص٣٧٩.الان بينابنت القانون المدني الالتزامات (الموجبات) ترجمة منصور القاضي، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٤، ص٢٠٣. نقلا عن امنة ياسين مرزوق، شرط التعديل التلقائي للعقد، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة القادسية كلية القانون، ٢٠١٩، ص٤٨.

المتعاقدين بحرية لمعالجة تغير الظروف، كما يوفر العقد الأصلي الأطار القانوني للمفاوضات، باستعمال قواعد حسن النية يتم معالجة النزاع، أذ يتبع عملية إعادة التفاوض تعديل العقد ليتناسب مع الظروف المحيطة.[١]

إن الالتزام بإعادة التفاوض يكون أساسه إرادة الأَطراف، بوصفه اتفاق تنظيمي للعقد، فضلا عن أنه تطبيق عملي لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو ما يؤيده بعض الفقه الدولي لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد[٢]، كذلك الأمر في حالة الشرط فأن الالتزام بإعادة النظر في العقد الدولي لا يكون أساسه أتفاق الأَطراف، إنما مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الذي يفرض على الأَطراف التعامل بتعاون واخلاص طيلة مدة التنفيذ، فحسن النية من المبادئ القانونية المهمة التي تواكب مراحل العقد في أبرامه وتنفيذه، لذلك فإن هناك ضرورة لإعمال هذا المبدأ في العقود حتى وان لم ينص عليه الأَطراف صراحةً.[٣]

فضلاً عن أن هناك الكثير من القوانين التي تنظم شرط أعادة التفاوض، فمثلا ما جاء في قانون العقد الاوربي في المادة ١١١,٦ (٢- ومع ذلك إذا أصبح تنفيذ العقد مرهقاً بشكل مفرط، بسبب تغير الظروف فان الأَطراف ملزمة بالدخول في مفاوضات بهدف تعديل العقد أو انهائه)[٤]، كذلك ما جاء في مبادئ قانون اليونيدروا المتعلقة بالعقود الدَّولِّية في المادة ٦-٢-٣ (١- في حالة الظروف الشاقة يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض ..... ٤- إذا

---

(1) – Horn, Norbert, Contract Amendment and Renegotiation Procedures in International Trade, in: Horn (ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Antwerp, Boston, London, Frankfurt aM 1985, at 173 et seq. https://translate.google.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١١الساعة ١٢:٠٠م.

(٢) – هني عبد المطلب، حدود الاخذ بفكرة اعادة التفاوض في العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر،٢٠١٦، ص٢٦.

(٣) – بشير دالي، مبدأ تدويل العقد، رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر،٢٠٠٨، ص٢٩.

(٤) –النص الاصلي

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:) مبادئ قانون العقد الاوربي العام ٢٠٠٢ صادر عن الاتحاد الاوربي منشور بالرابط http://www.jus.uio.no/sisu‹.

توصلت المحكمة إلى توافر الظروف فيمكن لها أن تقضي ب – تطويع العقد بالتعديل بهدف أعادة التوازن)، فيلاحظ من النصوص أنها تشير إلى إعادة التفاوض بما يتلاءم مع حسن النية والامانة في التعامل، فضلاً عن قوانين وطنية أخرى تشير إلى شرط إعادة التفاوض، كقانون العقود الفرنسي الجديد[١]القانون المدني البرتغالي[٢] والقانون المدني اليوناني[٣]، في سبيل هذا يكون اعادة التفاوض اسلوباً يجسد حسن النية التي تطبق وفقا للمبادئ العامة للقانون ويساعد في إنبات روح التعاون في العلاقات التعاقدية، وأنه يُسهم في التقليل من النتائج السيئة للاختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد وإعادته إلى ما كان عليه عند التعاقد، أذ يسمح العقد بعد إعادة بنائه وتنظيمه على الاقل التنفيذ الجزئي للعقد، والذي يفضل بوصفه افضل بكثير من خسارة العقد بصورة كاملة، ففي قرار لمحكمة إستئناف باريس في ٢٨ديسمبر ١٩٧٦الزمت به الطرفين أعادة التفاوض على العقد تحت إشراف مفوض من قبلها.[٤]

كذلك في حالة غياب الشرط يدعو المحكم الأَطراف، كسعي منه لمحاولة أنقاذ العقد من الفسخ[٥]، وتشير قرارات التحكيم لذلك وقد توسعت في الأخذ بمبدأ ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية، فإلزمت القائمين بالتجارة الدَّولَّية مرات عدة بإعادة التفاوض عند تغير الظروف، إذ جاء في قرار لهيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدَّولَّية بالعدد (٢٣٢٨) بإلزام المتعاقدين بعمل كل ما في

---

[١] – جاء في المادة ١١٩٥ منه ".....للقاضي ان يقوم بتطويع العقد اذا اتفق المتعاقدين وفي حال عدم الاتفاق خلال مدة معقولة يمكن للقاضي بناء على طلب احد الاطراف تعديل العقد او ....." د. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ،الطبعة الاولى منشورات الحلبي، بيروت ٢٠١٨، ص٨١.

[٢] – المادة (٤٣٧) من التقنين المدني البرتغالي لسنة ١٩٨٦ .

[٣] –المادة (٣٨٨) من التقنين المدني اليوناني لسنة ١٩٤١.

[4] –Stefan Reifegerste, for the commitment to harm minimization, Presses universitaires d'Aix–Marseille, P 252. https://translate.google.com

أبرمت EDF عدة عقود مع شركة شل لتوريد زيت الوقود الثقيل لمدة عشر سنوات إجمالية. بالإضافة إلى بند مؤشر الأسعار ، الذي لم يكن قادراً على العمل ، فقد نص الطرفان على "شرط وقائي" يلزمهما بالاقتراب إذا تجاوزت الزيادة في سعر الوقود عتبة معينة. ولم تنجح المفاوضات التي جرت تطبيقاً لهذا البند ، ولكن من وجهة نظر الطرفين ، أظهر الطرفان أنهما مع ذلك يعتزمان مواصلة تنفيذ العقد ، بشرط أن يتم الترتيب له مع مراعاة الظروف الاقتصادية الجديدة. بموجب قرار قبل قول الحق.

[٥] – د. نزية محمد صادق المهدي، الالتزام بالادلاء المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، ،الطبعة الاولى، دار النهضة العربي ،الاسكندرية مصر ،١٩٨٢، ص ٨٥.

وسعهم لتحقيق غاية العقد[١]، لذلك فالمحكم يطلب من المتعاقدين بذل العناية اللازمة لضمان استمرار العقد وله القيام بذلك عند أختلال التوازن نتيجة إلاجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة لحماية أمنها الوطني، وللمحكم بهذا الشأن أن يطلب من المتعاقدين، ومن خلال إعادة التفاوض إثبات أن هناك تعاوناً صادقاً لأنهاء العقبات التي تقف حائلاً أمام تنفيذ العقد وهو ما تؤكده قرارات التحكيم، فعلى سبيل المثال القرار رقم (٢٢٤٠ /١٩٧٥) الصادر من غرفة التجارة الدَّولِّية الذي جاء فيه: أن على المتعاقدين أن يدركوا أن التعاون المخلص والكامل والمستمر يؤدي إلى تجاوز الصعوبات الكامنة في تنفيذ العقد، والعديد من المشكلات الناجمة عنها والخروج من التقيد المبالغ فيه بالصياغة والتشابك في الالتزامات.[٢]

أن الموقف الذي يقفهُ قضاء التحكيم من الشرط، يدل على سعيه لتحقيق الاستقرار في التعاملات الدولية، ورغبته في التوفيق بين مصالح الأَطراف المتنازعة من جهة، ولاسيما لو كان النزاع متعلقاً بالأمن الوطني لحساسية هذا الأمر، وارتباطه بمصالح الدولة المضيفة والحاجة إلى تعديل العقود الدَّولِّية عندما تُلزم الظروف ذلك من جهة اخرى[٣]، أضف إلى ذلك أن نية المتعاقدين في تحقيق استقرار العقد المبرم، يجب أن تفترض وتستخلص عندما تكون العلاقة العقدية طويلة الامد، ويبرر هذا الاستنتاج بتحقيق التوازن العقدي الذي هو من ضروريات العقد في حال تغير الظروف.[٤]

فإذا نَجحت المفاوضات فيتم ترتيب العلاقة العقدية وفق للتعاقد الجديد ويلتزم الأَطراف به، إلا أن التساؤل الذي يُثار بهذا الشأن هو ما مصير العقد إذا ما فشلت المفاوضات في تعديل العقد؟

---

(1) – Sentence I C C rendue dans I affaire 2328 en 1982 Clunte ,p971.

(2)–Citee bar DEARINS dans son commentaire de la sentence 2240 ,Clunet,1976,p989.

(3)– OSMAN Filali,LES principes generaux de la lex mercatoria contribution aletudte juridique anational,(L G D J,1989),P165.

(4) – PETER Wolfgang, Arbitration and Renegociaation of international investment Agreements ,(Boston ,Martinus Nijhoff publshers ,1986) p82.

يسعى الأَطراف عند الدخول بالتفاوض، سواء أكان ذلك بناءً على وجود شرط يلزمهم بذلك أم بناءً على دعوة المحكم إلى محاولة أن تحقق تلك المفاوضات مبتغاها وهو تعديل الرابطة العقدية بما يتلاءم مع الظروف الجديدة، إلا أن الوصول إلى هذه النتيجة ليس ممكن دائماً فسعي المحكم والأَطراف في إيجاد حل لإزالة مشكلة عدم التنفيذ غير ممكن دائماً، من ثم قد يكون للمحكمين البحث عن حلول أخرى فبعد دعوة المحكم الأَطراف للتفاوض وعجزهم عن إيجاد حل فإنه يتصدى إلى تعديل العقد وفقَ البيانات الجديدة ويصبح منظماً له ومسؤولاً عنه، متى ما استشعر ان رغبة الأَطراف ونيتهم تتجه لذلك صراحةً أوضمناً، وقد يكون هذا النوع من العمليات مساعداً في عودة التحكيم الأولي، الذي كان الاساس في مؤسسة قانون الالتزامات قبل صيرورته قانوناً أجرائياً[١]، وعليه أن شرط إعادة التفاوض يمنح المحكمين فرصة تعديل العقد الدولي، عند حدوث تغير في الظروف لأي سبب كان، بما فيها الظروف المهددة للأمن الوطني والذي تتخذ الدولة المضيفة لمواجهته الاجراءات اللازمة لذلك، مما يسبب في اختلال الرابطة العقدية ويهدد إمكانية استمرارها في حالة لم يكن الأَطراف قادرين على التوصل إلى اتفاق بشأن التعديل، على أن يولي المحكم أهتماماً لمصالح المتعاقدين وهو يتصدى لهذه المهمة ويحترم رغباتهم ويسعى لتوزيع الخسائر، فضلاً عن التزامه بإعادة الوضع النسبي بين المتعاقدين ويكون قرار المحكم ملزماً للأطراف.[٢]

---

[1]–Opetite, Bruno, supra note4.p no.

[٢] – رشا محمد مسعد شبانة، المصدر السابق، ص ١١٠.

الفرع الثاني

تدخل المحكم بالتعديل لإنقاذ العقد الدولي

تَذهب غالبية القوانين الوطنية فيما يخص منح القاضي السلطة في تعديل الالتزامات العقدية، وخاصة عندما يكون هناك ظرف يستدعي التعديل، وقد يكون تعديل العقد منصباً على مصدر الالتزام أو على أحد الالتزامات التي ينشئها العقد فيؤدي التعديل إلى إلغاء الالتزام أو استبداله، وفي كلا الحالتين سنكون أمام أحتمالين، أما أن يكون التعديل منصباً على مقدار الالتزام أو استبداله، ويستوي الأمر فيما أذا كان هذا الالتزام جوهرياً أو ثانوياً.[١]

لكن هناك تساؤل يثار عندما نكون امام محكم وليس قاضيً وطني، هل يمتلك المحكم السلطة التي يملكها القاضي بموجب القوانين الوطنية؟ ولاسيما إذا كان سبب الاختلال ظروفاً تمس الأمن الوطني للدولة المضيفة؟

يتصدى المحكمين كثيراً لمهمة تعديل الالتزامات العقدية كحل مطروح للمنازعات المعروضة على محاكم التحكيم، لاسيما في العقود طويلة المدة والتي تكون عرضة لتغير الظروف ومواجهة العديد من العقبات في اثناء مدة التنفيذ، وقد يفشلُ الأَطراف في التغلب على تلك العقبات، فيتدخل المحكم بالتعديل لاستعادة التوازن.[٢]

ويتمتع المحكم بالصلاحيات نفسها التي يتمتع بها القاضي الوطني بأقل تقدير، في اتخاذ قرار التعديل وهو ما يطلق عليه مبدأ الكفاءة المتزامنة[٣]، ففي قرار لهيئة التحكيم المنعقدة في جنيف تم اشارة فيه إلى تعديل العقد من قبل المحكم وتم تأييده من المحكمة السويسرية العليا في قضية " NV Belgische Scheepvaartmaatschappij–Compagnie Maritime Belge ضدNV Distrigas " وجاء في قرار الاخيرة: أن هيئة التحكيم لم تتجاوز الاختصاص

---

(1) –EL –MAHIH ,La Clause de Hardship Rev des recherché juridique economique ,Universite de Mansoura ,n15,April[1994],p91.

(٢) –د.رشا علي الدين، سلطة المحكم في اعادة التوازن المالي للعقد، المصدر السابق، ص ١٥.

(3)–Lisa Barbara Beisteiner, Adjusting contracts in arbitration بحث منشور بالرابط https://translate.google.com ,http://roadmap2014.schoenherr.eu تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١٢ الساعة ٤:٠٠م

الذي حدده القانون السويسري، حيث لا يمنع هيئة التحكيم من سد ثغرة أو فجوة في العقد من دون الحصول على موافقة الأَطراف وقد أستند القرار إلى مبدأ حسن النية.[١]

كذلك القرار الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ ١٩٧١/١/١٣ الذي أكد اختصاص هيئة التحكيم في تعديل العقد، اذ ما اثيرت صعوبات جسيمة تخل بالتوازن العقدي.[٢]

وفي قرار آخر لهيئة التحكيم "Raymond James Financial Servs." ذهبت فيه إلى تعديل العقد بين "Axia" NetMedia Corp. Against MA Tech. Park Corp, بخصوص شبكة اتصالات ومد الالياف البصرية، إذ قررت الهيئة أعادة كتابة هذا الاتفاق من قبلها وبشكل جوهري رغبة منها لإنقاذ الشركة من ألافلاس بسبب تغير الظروف.[٣]

ويلاحظ من القرارات السابقة، أن هيئات التحكيم قد ذهبت صوب تعديل الالتزامات العقدية، لمعالجة مشكلة تغير الظروف، ويبين هذا التوجه الرغبة في حماية العقود الدَّولَّية من خطر الفسخ، كذلك مواجهة التقلبات التي تطرأ على العقود طويلة المدة، فقد يكون هذا التوجه افضل للمستثمر من ان يحرم من مشروعه، كما في حالات التأميم والمصادرة التي تعد نموذجاً من الاجراءات التي تتخذها الدولة لحماية امنها الوطني.

---

(1)– Decision of the Swiss Supreme Court of December 19, 2001 in NV Belgian Shipping Company Compagnie Maritime Belge v. NV Distrigas, Decision of March 23, 2001, 4P.114 / 2001, 4P.114 / [2001] ،Pierre-Yves Tschanz, The Arbitral Tribunal's Power to Amend Contracts, <https://translate.google.com > . تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١٢ الساعة ٤:٠٠م

(2) – FOUCHARD ,Revue De L arbitrage ,1973,p68 .

اشار الية د.رشا علي الدين، سلطة المحكم في اعادة التوازن المالي للعقد، مصدر سابق، ص٦٨.

(3) –Robert J. Kaler, Defining the Limits of Arbitral Authority, Holland & Knight Government Contracts , بحث منشور بالرابط https://translate.google.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١٢ الساعة ٨ :٠٠م الا ان هذا القرار لم يتسنى له . https://www.hklaw.com في 17-10482-TSH بالدعوى المرقمة Massachusetts الحياة كاملة فقد تم الطعن به امام محكمة ٢٨/مايو ٢٠١٩ من قبل المستثمر وقد جاء في القرار تعديل ابطال جزئي لحكم التحكم https://translate.google.com https://www.hklaw.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١٢ الساعة 8:٠٠م.

والسؤال الذي يرد هنا هل يمكن للمحكم النظر في الأجراءات التي تقوم بها الدولة المضيفة لحماية امنها الوطني، والتي أدت إلى الاختلال في التوازن العقدي أو حتى أنهائه؟

تذهب الكثير من المحاكم[١] إلى عدم اختصاص هيئة التحكيم في النظر بمشروعية الاجراءات التي تتخذها الدولة بهذا الصدد وتؤكد عليه الدول احتراماً لسيادتها، فقد ذهبت الحكومة اللبنانية إلى ان التنازع في اجراء التأميم لا يدخل ضمن سلطة هيئة التحكيم المشار إليها في عقد الامتياز، وهو ما ذهبت إليه الحكومة الايرانية أيضاً، عندما أداعت به أمام محكمة العدل الدَّولِّية بحجة ان تأميم –الصناعات البترولية – مرتبطة بسيادة الدولة وهي من المسائل غير خاضعة للتحكيم ، حيث ان هناك تأييد لسلطة المحكم في النظر في تلك المنازعات باجراء بحث في فرصة التعويض فحسب لجبر الضرر الناتج عن الاجراءات التي قامت بها الدولة، وبرر هذا الرأي بأن محاكم التحكيم ليس لديها القدرة على الزام الدول المضيفة بالرجوع عن تلك الاجراءات لتعلقها بالمصالح العليا للدولة[٢]، فضلاً عن خلو إتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات من نص يعطي الحق للمحكم بهذا المجال، على رغم من ان المركز هو مختص في تسوية المنازعات الاستثمار الحاصلة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة–بوصفه الجهاز الذي يحقق التوازن بين مصالح ومطالب الطرفين – فقد اكتفت المادة (٢٥) من الإتفاقية بتحديد أختصاص المركز، جاء فيها "يمتد أختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشئ بين دولة متعاقدة واحد رعايا دولة متعاقدة اخرى والتي تتصل اتصالاً مباشراً بإحدى الاستثمارات بشرط ان يوافق أطراف النزاع كتابةً على طرحها على المركز .....".[٣]

وعلى الرغم من ان المهمة الملقاة على عاتق المحكم تكون حساسة جداً، إلا أنها غير مستحيلة[٤]خاصة عندما يتضمن العقد أتفاق أعادة التفاوض، فبالنسبة لسلطة المحكم بالقانون فإن أغلب القوانين المدنية قد منحت القاضي تعديل العقد، إذا كانت هناك ظروف تستدعي ذلك

---

(1)– A ffair de la Socciete de Beyrouth ,c. l. j, 1954,p14 ,55. A ffair de l Anglo Iranian OIL CO,c. l. j, 1952,p12, Referred to by Dr. Izz al–Din al–Qasabi, the previous source, p. 171.

(٢) – المصدر نفسه ، ص١٧٢و١٧٣.

(٣) –المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار "ICSID "اتفاقية واشطن ١٩٨٦/٣/١٨.

(٤) – رشا محمد مسعد، المصدر السابق، ص١٧٧.

التعديل [١]– إذ أن القانون الواجب التطبيق الذي يحيل عليه العقد غالباً ما يكون القانون المدني– فضلاً عن وجود شرط في جزء كبير من العقود الدَّولِّية يمنح الأَطراف أعادة التفاوض، وقد جاء في قرار لمحكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٣/كانون الثاني /١٩٧١ بأختصاص هيئة التحكيم بإعادة النظر بالعقد وتعديله، إذا ما كانت هناك صعوبات جسيمة من شأنها الاخلال بالتوازن المالي[٢]، فالمحكم بهذا الشرط له أمكانية التدخل في العقد وأعادة تأهيله مع ألاوضاع المستجدة، مما يجنب الأَطراف أثار خطيرة كالتأميم مثلاً، متى ما كان هناك دليل على رغبة الأَطراف في أستمرار العقد، كوجود أتفاق يعالج حالات اختلال التوازن عند تغيير الظروف، وربما يلجأ المحكم وفي محاولة لخلق توازن بين مصالح كلٍ من الدولة والمستثمر في الاستمرار في الاستثمار وبين أحترام مصالح الأمن الوطني، من خلال إيجاد طرق لحل النزاع، كما في عقود الامتياز مثلا، فيحدث احياناً أن تعديل إلى نوعين من العقود عقود اقتسام الانتاج وعقود الخدمة.[٣]

نستنتج مما تقدم، انه ليس هناك ما يمنع المحكم بالقضاء من تعديل العقد في الحدود المعقولة التي تقضي به قواعد العدالة في النزاع المعروض أمامه وهو ما يتوافق مع فكرة التحكيم وتجاوز الاختصاص التقليدي للمحكم وتدخله في عقود الدولة بطريقة التعديل، وفي حالة لم يتوافق التعديل مع النزاع وأن الأَطراف أصروا على عدم استمرار العلاقات التعاقدية مستقبلاً، فإن للمحكم أن يلجأ إلى التعويض، الذي يؤثر فيه قيام المستثمر أو مشاركته في أحداث الظرف الماس بالأمن الوطني، وهو ما سنبحثه في المطلب القادم.

---

[١] –المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي.

[2] – Note FOUCHARD P, Revue De L'arbitrage ,1973 p 68.

اشار اليه د.رشا علي الدين ،سلطة المحكم في اعادة التوازن المالي للعقد، مصدر سابق، ص ٦٨ .

[٣]– ولتفاصيل أكثر عن هذه العقود يراجع أستاذتنا د.سنان عبد الحمزة البديري، تحديث العراق: رؤية لتحكيم البترول الشامل "النظام في العراق"، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة بانجو لندن،٢٠١٤ ، ص ٤٨ وما بعدها.

المطلب الثاني

سلطة المحكم في تقدير التعويض

ان الغاية الرئيسة من التعويض هو جبر الضرر وإزالة أثره، ويكون له صورتان، فأما أن يكون تعويضٍ "عينٍ" يُعاد به الحال إلى سابق عهده قبل أرتكاب الدولة الخطأ الذي أدى إلى وقوعهِ، أذ يزال به عين الضرر– وقل ما يحصل في موضوع بحثنا –، وأما أن يكون تعويضاً بمقابل تقرر فيه المحكمة وفقَ ظروف الحال مقداره.[١]

وعليه فالتعويض بمقابل– الذي غالباً ما يكون تعويضاً نقدياً –هو ما يكون لجبر الضرر الموجب للمسؤولية سواء أكانت تقصيرية أو عقدية، لذلك فإن التعويض النقدي يعد صفة عامة للتعويض في عقود الاستثمار لما يتمتع به ألاخير من خصوصية والصفة المرفقة بالمتعاملين به، حيث أن أحد أطراف تلك العقود هي الدولة أو أحد اشخاص القانون العام الذي تتمتع باستقلاليه وسيادة، أما الطرف الاخر فهو المستثمر الذي يمتلك قوه أقتصادية كبيره مصاحبة لتطوير هائل في التكنلوجيا، ولذلك تتجه أغلب أحكام التحكيم إلى أعتماد التعويض النقدي، بوصفه الجزاء الملائم للإخلال في العقود الدولية[٢]، إلا أن السؤال الذي يرد هنا، ماهي العوامل التي تسهم في تحديد التعويض للمستثمر الأجنبي؟ وللإجابة على هذا التساؤل نحاول تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نتطرق في الأول إلى التعويض كجزاء لجبر الضرر، وفي الفرع الثاني أثر سلوك الأَطراف في تقدير التعويض.

---

[١] –عقيل كريم زغير، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي، الطبعة الاولى، دار الفكر والقانون، المنصورة،٢٠١٥، ص١٢٥–١٢٧. فيما يتخذ التعويض بمقابل صورتين احدهما تكون بالتعويض النقدي وهو ما يكثر في التعاملات المدنية والاخر غير نقدي تقرره المحكمة وفق ظروف كل حالة حيث جاء في المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي "١– تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون التعويض اقساط .....٢– يقدر التعويض بالنقد على إنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءٍ على طلب المضرور أن تامر بإعادة الحال إلى ما كان عليه....."

[٢] – عقيل كريم زغير، مصدر سابق، ص١٢٧.

الفرع الاول

التعويض جزاء لجبر الضرر

تهدف الدول المضيفة عن طريق سيطرتها على المشاريع الاستثمارية، الحفاظ على المصالح العليا للبلد- الأمن الوطني- وقد تفضل هذه الدول أحياناً تعديل أو حتى إنهاء العقود طويلة الأجل مقابل التزامها بدفع بتعويض عادل للمستثمر، متى ما استشعرت أن هناك تهديداً يمس امنها الوطني وليس أمامها سوى أن تضحي بالعقد، ومن أوضح الأمثلة على هذا التوجه، ما تضمنه حكم التحكيم في قضية ارامكو بين شركة ارامكو والمملكة العربية السعودية عام ١٩٣٣، إذ أصبح التعرض للعقد الدولي بالتعديل مقابل التعويض العادل مسألة طبيعية على الرغم من الاعتراض على هذا التوجه[١]، وتركز هيئات التحكيم على تفحص مدى مراعاة الدولة المضيفة للشفافية في التعامل مع الاستثمارات الأجنبية الموجودة على أرضها، ففي قرار لهيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بخصوص النزاع بين Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Prosecutors, InterAgua Servicios Integrales del Agua SA في القضية رقم(ARB / 03/17) أنها تحقق في ادعاء المدعين حول قيام الارجنتين بمصادرة المشروع بطرق مباشر أو غير مباشرة لما يترتب عليه من أثر في تحديد قيمة التعويض، إذ اعتمدت الهيئة أولاً، على الرجوع للمعاهدة الثنائية بين فرنسا والأرجنتين وكذلك بين الاخيرة وإسبانيا، إذ جاء في المعاهدة الأولى وتحديداً في المادة خامساً منها بالقول "٢-لايجوز للأطراف المتعاقدة أن تأخذ بشكل مباشر أو غير مباشر أي إجراء نزع الملكية أو التأميم أو أي إجراء أخر له تأثير مماثل لنزع الملكية إلا لأسباب الضرورة العامة، بشرط أن لا يكون التدبير تمييزي، كما يلزم المتخذ هذا التدبير دفع مبلغ تعويض سريع وكافي يتم أحتساب قيمتهُ على أساس الوضع الاقتصادي قبل التهديد السابق " كذلك نص المادة الخامسة من اتفاقية الأرجنتين وإسبانيا[٢]، ويلاحظ أن الاتفاقيتان أعلاه تشيران إلى أمكانية تعويض المستثمر الأجنبي بشكل كامل، متى ما اضطرت الدولة على اتخاذ إجراء نزع الملكية

---

[١] - د.خالد منصور اسماعيل، اشكالية التحكيم في منازعات عقود النفط، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٥، ص٤٦٠-هامش ٤٦١.

[٢] - القضية (ARB / 03/17)، مصدر سابق، ص٣٩.

أو التأميم مع الاخذ بنظر الاعتبار الوضع الاقتصادي، كذلك الحال بالنسبة لاشتراطات الأمن الوطني فيستطيع الأَطراف الاتفاق على آلية الحل في حال مُس الأمن الوطني لأي سبب، وأحد سبل الحل هو الاتفاق على التعويض لجبر الضرر الحاصل من إلاجراء المتخذ من الدولة.

هذا ويأخذ المحكم عند احتساب التعويض إعتبارات منها الوضع الاقتصادي للدولة المضيفة، ومدى تأثير ذلك على الدولة، ولاسيما أذا كانت من الدول النامية، فقد يربك التعويض الكامل الدولة عندما يكون التعويض بشكل كامل وفوري ليصطبغ بصغبة عقابية صارمة.[١]

وتقدر هيئات التحكيم مقدار التعويض بحسب حجم الضرر الذي يسببه الطرف المخل وفيما إذا كان الأجراء يتسم بالمشروعية، ففي مسائل نزع الملكية- كأحد الأجراءات المتخذة لحماية الأمن الوطني- تعفي هيئات التحكيم الدولة المضيفة أحياناً من التعويض الكامل استنادا لمشروعية الفعل تحت "مبدأ مشروعية الفعل لا يلزم التعويض": ففي قرار لهيئة التحكيم التابعة لمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بخصوص نزاع بين شركة "The Rompetrol Group N V" ودولة رومانيا، إذ لاحظت المحكمة إلى أن التدابير المتخذة من قبل رومانيا لم تكن تعسفية أو انتهاك للعقد المبرم بينهما، أنما كانت مشروعة وموجهة ضد إدارة الشركة التي تجاوزت مبدأ الشفافية وباتَ نشاطها يشكل خطراً على الأمن الوطني لضلوعها في قضايا فساد، وقد أنتهت المحكمة إلى أن أجراءات رومانيا كانت صحيحة ومشروعة قانوناً وتبعاً لذلك، رفضت طلب المدعي بالتعويض.[٢]

وقد تقرر هيئات التحكيم علاوة على رفض طلب المدعي بالتعويض، الحكم عليه بدفع تعويض إذا ما رأت أن نشاط غير مشروع للمستثمر قد تسبب بإضرار للدولة المضيفة، كما في قضية اوكرانيا مع شركات الاستثمار التي تعاقد معها على استثمار مشترك مع أحد رئاسات الجامعات في اوكرانيا، وقد انتهكت الشركة بنود الاتفاق مما دفع اوكرانيا إلى تعليق تنفيذ الاستثمار، فطالبت الشركة على أثره من هيئة التحكيم تعويضاً عن الخسائر التي لحقتها جراء

---

[١] -د.احمد كاظم الساعدي، مصدر سابق، ص٢٠٠.

[2]"-ARB-06-3,I CSID May6,2013.

وقف التنفيذ، وبعد رفض الهيئة طلب المدعي قررت تقدير تعويض للدولة المضيفة عن الاضرار التي تسبب بها المستثمر جراء انتهاك بنود العقد.[١]

وأحياناً تتجه هيئات التحكيم إلى تقرير التعويض الكامل، فعلى سبيل المثال، القرار صادر من محكمة التحكيم الدائمة في باريس بخصوص نزاع بين حكومة فنزويلا وأحد الشركات الاستثمارية التي تعرضت إلى إجراءات تفتيش تعسفية عقبها إنهاء الاستثمار والمصادرة والاستحواذ على أسهم الشركة، وأنتهت القضية بالحكم بالتعويض لمصلحة المستثمر عن الأضرار التي لحقت به.[٢]

وتتجه هيئات التحكيم تارةً أخرى، إلى الحكم بمشاركة الطرفين في التعويض عند إثبات خطئهم، كما هو الحال في قضية Ecuador saga بين الاكوادور مع أحد الشركات الاستثمارية، إذ قامت الإكوادور عقب تعديل القانون المتعلق بالنشاط المستثمر فيه بإنهاء عقد الاستثمار، مما دفع المستثمر للمطالبة بالتعويض وردت الاكوادور بطلب تعويض ايضاً لانتهاك التزام المحافظة على البيئة مما اعتبرته الإكوادور انتهاك لأمنها الوطني، وامام خطأ طرفي العقد إقرّ التعويض على الطرفين[٣]، ولذلك نلاحظ أن تقرير التعويض يكون بالاستناد إلى مقدار

---

(1)– ICSID, NO; ARB/08/11, BIT Ukraine states of America 1994 Claimant; B&P, LTD.Foreign investmrnts Enterprise (Ukrainian), Bosh international, inc(U.S), Octoper 25,2012.

(2) – 4A_306 / 2019

<https://translate.google.com >(CPA case n °2013-3 N ° RG 19/03588 – N) ° Portalis 35L7-V- B7D-B7KIR

أجرت السلطات الادارية في فنزويلا عمليات تفتيش على هذه الشركات التي تمتثل للوائح المطبق في قطاع النشاط وأخذها إجراءات المعاقبة ضدهم، حاول المستثمر الاسباني الجنسية الاستفادة من معاهدة الاستثمار الثنائية بين اسبانيا وفنزويلا في ٢فبراير ١٩٩٥ " بدأ في أوائل أكتوبر ٢٠١٢ لم يكن يحمل الجنسية الاسبانية، احتفظت محكمة التحكيم بالاختصاص على أساس أنها تتبع شروط معاهدة الاستثمار الثنائية، وقررت الهيئة بالزام حكومة فنزولا دفع مبلغ تعويض مقداره مبلغ ١٠٠.٠٠٠ يورو لقيامها بمصادرة والاستحواذ على اسهمها."

Alimentos Frisa وTransporte .Dole

(3)– v. Ecuador saga2019

https://translate.google.com_ ٢٠٢١/ ١/١١ تاريخ الزيارة ٩:٠٠ص الساعة.

في قضية v. Ecuador saga ٢٠١٩، قامت الاكوادور بتعديل قانون الهيدروكربونات من اجل زيادة معدل ضريبة الارباح لعمليات النفط والغاز بنسبة تصل إلى ٩٩%مما جعل شركة " Petroecuador caducidad "

الضرر الذي لحق بالمضرور مع الأخذ بنظر الاعتبار مسألة مشروعية ألاجراءات المتبعة من الدولة المضيفة، ومدى التزامها بالاتفاقات المبرمة بين الطرفين ان وجدت، ومراعاة الشفافية عدم التعسف في فرضها.

الفرع الثاني

أثر سلوك الأَطراف في تحديد التعويض

أن المحكم حين ينتهي في حكمه إلى التعويض، فانه يحاول قدر الامكان التحقق من ألاسباب التي دفعت الدولة المضيفة لاتخاذ التدابير التي اعتقدت أنها ضرورية لحماية امنها الوطني، فقد يكون المستثمر الأجنبي تعمد القيام بفعل مس الأمن الوطني للدولة، مما اضطر تلك الاخيرة إلى إتخاذ التدابير بحق ذلك المستثمر، وهذا ما يؤثر على تقرير مقدار التعويض الذي كان سيحصل عليه في حال ثبت حسن نيته، أو قد يحكم المحكم بتقدير التعويض لمصلحة الدولة المضيفة، في حال كان هناك ضرر لاحق بها، لكن يبقى السؤال هل أن للمحكم أن يتخذ ذلك الاجراء من ذاته أم ان هناك نص قانوني يجيز له ذلك؟ بمعنى ما مصدر سلطة المحكم في هذا الإجراء؟

إن المتتبع للقانون الدولي العام يلاحظ أن المادة (٣٩) منه نصت على: (تراعى عند تحديد الجبر المساهمة في الضرر عن عمل أو إغفال مقصود أو إهمالي من جانب الدولة المضرورة أو من جانب أي شخص أو كيان يلتمس له الجبر) وقد جاء في تعليق على المادة بإن سلوك الشخص الذي يطلب له التعويض ينبغي أن يؤخذ في الأعتبار عند تقدير التعويض وشكله وهو ما يتماشى مع العدالة في المساواة بين الأَطراف سواء الدولة المتعاقدة أو المستثمر، ففي بعض الأحيان قد يفرض التعويض على الدولة على الرغم من أن قرارها المتخذ لحماية امنها الوطني مشروع وقانوني من حيث المبدأ، إلا أنها تنتهك الشفافية في آلية فرض هذا

لتقوم على اثرها بإنهاء العقود التنقيب والانتاج الخاصة بشركة Perenco (PSAs) من جانبها وقد تقدمت الشركة بدعوى امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عام ٢٠٠٨بدافع قيام الدولة المضيفة بانتهاك المعاهدة الثنائية بين الاكوادور وفرنسا وانها قامت بمصادرة المشروع بشكل غير قانوني فيما رفعت الاكوادور هي الاخرى دعوى ضد الشركة بانها سببت انتهاكات للبيئة وقد وجدت المحكمة ان الاكوادور قد اخلت بالتزامها العقدي مع الشركة وكذلك وجدت المحكمة ان الشركة كانت مسؤولة امام الدولة لذلك حكمت المحكمة بالزام الاكوادور بدفع مبلغ قدره ٤٤٩ مليون دولار امريكي فيما منحت الاكوادور تعويضا قدره ٥٤ مليون دولار.

إلاجراء، كالإعلام وطريقة المصادرة وغيرها، الأمر الذي يسبب في أحداث ضرراً يوجب التعويض، وذات الحكم ينطبق في حال كان سلوك المستثمر غير مشروع ويعكس سوء نيته[١]، والتطبيقات على ذلك كثيرة، ففي قرار لهيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الدَّولِّية في القضية Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Companl v. Ecuador Case No. ARB / 06/11/2012 وعند تقرير التعويض أخذ بنظر الاعتبار سلوك المستثمر الأجنبي غير المشروع في تحديد قيمة التعويض المستحق للمدعيين والتي لحقت بهم نتيجة السلوك المدعى عليه وجعلت ذلك دليلَ سوء نيته.[٢]

وجاء في قرار آخر لهيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الدَّولِّية وبخصوص النزاع بين شركة Geeta "وغينيا" ARB /36/12" الصادر في٢١/ديسمبر /٢٠١٥ التي كانت تستثمر في غينا، ووسع نشاطها على نحو غير مشروع، وذلك بشراء أسهم شركات أخرى في غينا، الأمر الذي كبد الاخيرة خسائر كبيرة بسبب التهرب الضريبي، وعدت غينا أن تصرف المستثمر ينطوي عن فساد مالي أسهم في تدهور الاقتصاد الغيني، بشكل مباشر مما أضرَ في أمنها الوطني، وأخذت تبعاً لذلك قرار بإيقاف الاستثمار لَمدة عام وأحد ، وهذا ما أيدته هيئة التحكيم لترفض طلب المستثمر بالتعويض، وأشارت إلى أنها لا تستحق التعويض ولا يمكنها الاستفادة من الحماية التي يوفرها القانون الدولي.[٣]

---

[١]– حولية القانون الدولي، مصدر سابق، ص١٤٢-١٤٣.

[2] – ICSID Case No. ARB/06/11, 5 October 2012 " 673. Paraphrasing the words of Article 39 of the International Law Commission's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts and its commentary, the Tribunal must determine whether this unlawful act of OEPC contributed to its injury in a material and significant way, or was it a minor contributory factor which, based on subsequent events such as the VAT Award, cannot be considered, legally, as a link in the causative chain"P262. https://www.italaw.com تاريخ الزيارة ١٥/١/٢٠٢١ الساعة ٩:٠٠ص .

[3]–ARB /12/36٢٠١٥/ديسمبر/٢١ ",ICSID ,Washington D.C. Investment Law–GUINEA"1978"

تتلخص قضية Geeta" وهي شركة فرنسية حصلت على استثمار في غينيا عام ١٩٩٧لانشاء وبناء عدد من المباني لأغراض تجارية وادارية ومصرفية ولمدة ٦٠ عام وقد اعفى العقد الشركة من الضرائب والرسوم الجمركية

وأن أساس إدخال سلوك المستثمر الأجنبي في تقدير التعويض، يعود إلى النظرية المعروفة بنظرية تعدد الاسباب الناتج عنها الضرر، إذ يتحمل المتسبب في إحداث الضرر قدر من التعويض بحسب موقعه من الضرر وهو ما كان واضحاً في احالة حكومة البرتغال إحدى الشركات البريطانية العامة داخل أرضيها إلى القضاء، الذي إقرّ مسؤوليتها عن إعمال غير قانونية، إلا أن الشركة قامت بالمطالبة بالتعويض عن الضرر المباشر – انكار البرتغال للعدالة –من خلال دولتها – بريطانيا – فضلاً عن المطالبة بالضرر غير المباشر الناتج عن إنخفاض مبيعات الشركة في البرتغال، كما وطالبت بالتعويض عن الضرر الذي أصابها والمتمثل في تحمل تكاليف الدعوى بإعتبارها ضرراً مباشراً عن إنكار العدالة، وقد تبين للمحكمة إن السبب في إنخفاض مبيعات الشركة لا يعود إلى وجود الدعوى ضد الشركة حصراً، وإنما بسبب أزمة سادت في تلك الفترة، وبذلك وجدت المحكمة أن إنخفاض أرباح الشركة يعود لأسباب مختلفة وغير مترابطة، وبذلك قررت المحكمة أن الحكومة البرتغالية تتحمل المسؤولية عن الضرر الناشئ من إنخفاض المبيعات نتيجة سلوك محاكمها من دون غيرها من الأسباب.[١]

نخلص مما تقدم أن الخوض في سلطة المحكم في تعديل العقد يبين لنا، ان المحكم بالقانون يسعى من أجل إنقاذ العقد الدولي من فكرة الزوال، سواء خول من الأَطراف في ايجاد حل، عن طريق إرساء مبادئ العدالة والانصاف أو كان محكم بالقانون ، فالمحكم يسعى جاهداً لإيجاد الحلول القانونية التي ترضي الأَطراف المتنازعة، وتشعرهم بإن ذلك الحل هو ما يحقق العدالة المبتغاة من اللجوء إلى التحكيم، ويوفر لهم جانب من اليقين القانوني، فقد يلجأ إلى تعديل

والحكومية الان الشركة وسعت من استثمارها على نحو غير مشروع واستغلت الاعفاء الضريبي التي كانت غينا قد منحتها اياها عند منحها الاستثمار، وفي عام ٢٠٠٨ دخلت غينيا بعدم استقرار بعدها اصدرت الادارة الجديدة تعليمات لتدقيق الوضع القانوني للشركة والنظام الضريبي المطبق عليها وكانت نتيجة التدقيق بان الشركة قد اضطلعت بقضايا فساد مالي واداري في غينيا وان الارباح التي حققتها الشركة في البلد المضيف لم تخضع للضرائب منذ١٩٩٩وقدر التهرب الضريبي ٧,٨ مليون دولار امريكي وتم بعدها صدور قرار من الرئيس عام ٢٠١٢ بالاستيلاء المؤقت على المباني لمدة عام واحد، وبعد تقديم الشركة طلب تعويض عن الخسائر التي لحق بها بسبب اجراء الحكومة رفضت هيئة التحكيم الطلب لعدم مشروعية تصرفات الشركة.

[١] – الوثيقة رقم (A/Cn.4/SER.A/1989) من وثائق الأمم المتحدة، نقلا عن د. احمد كاظم الساعدي، مصدر سابق ، ص٢٤١. منشور بالرابط:https://translate.google.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١٥ الساعة ١٢:٠٠م.

الالتزامات العقدية عن طريق دعوة الأَطراف إلى أعادة التفاوض في حال لم يتضمن العقد شرطا يبيح ذلك، أو انه يستوحيه من البنود العقدية، من خلال شروط معينة ،كشرط المشقة مثلا، أو أتباعه للقواعد القانونية التي تبيح للقاضي الوطني تعديل العقد، فيحل محل ذلك القاضي في القانون المختار من الأَطراف.

ولا يتوقف الأمر عند حد تعديل العقد، وإنما يكون للمحكم عمل لا يقل اهمية عن عمله في التعديل، وذلك بتقدير التعويض، عندما يكون أمام عقد لا يمكن تعديلهُ ويكون مصيره الانهاء، فإنه يلجأ إلى جبر الضرر الحاصل من تأثير الفعل مع مراعاة فيما إذا كان مشروعاً أو غير مشروع في تحديد نسبة التعويض– رغم اختلاف قضاء التحكيم بذلك – فضلاً عن اعمالهِ مبدأ عادل توفره نظرية تعدد الاسباب، تلك النظرية التي يتخذها المحكم كستار له في تحديد نسبة الضرر مع مقدار الفعل الذي ينسب إلى المستثمر الأجنبي.

ويستخلص من ذلك، أن السلطات التي تمنح للمحكم ليست على نوع وأحد، وإنما تختلف بحسب إذا ما كان المحكم مفوضاً من الأَطراف بالصلح، فيكون في حكمه أقرب إلى إن يكون حكماً ودياً، من ثم تكون سلطتهُ بالتعديل واسعة ومستمدة من إرادة الأَطراف ورغبتهم بالاستمرار فلا يتقيد بما ينص عليه القانون الواجب التطبيق مادام لا يحقق العدالة ولا يناسب تطلعات اطراف الرابطة العقدية، فتكون العدالة والأنصاف شعار يرفعه المحكم في تسبيب حكمه الذي يحسم النزاع، وقد يلجأ المحكم المفوض إلى القرارات التحكيمية التي درج التحكيم على إتباعها بشعوره أنها تحقق عدالة للأطراف، رغم أن هناك بعض من شكك بالاعتياد على تلك القرارات وكونها تفتقر إلى الالزامية، إلا أنها في نهاية المطاف يترك أختيارها للمحكم، وهو من يصنع ذلك الاعتياد وبالاستعمال المتكرر سوف نكون أمام سابقة تعتمدها هيئات التحكيم في الحالات المشابهة.

فضلاً عن ذلك، إن هناك نوعاً أخر من أنواع التحكيم وهو الذي لا يكون مفوضاً بالصلح–المحكم بالقانون– فهو ذلك المحكم الذي يتخذ من السلطة التي يمنحها القانون–الواجب التطبيق–إلى القاضي في ظروف معينه لتعديل العقد، إلا أن المحكم وهو أمام عقد دولي ذو قيمة أقتصادية عالية سيبذل جهداً هو الآخر بما يَخدم الأَطراف ورغباتهم لتحقيق التوازن بين أحترام سعي الدولة المضيفة للحفاظ على إمنها الوطني، ومحاولتها خلق بيئة جاذبة للاستثمار

من جهة، وبين مراعاة المستثمر وتطلعاتُه في الحصول على الأمان القانوني من جهة اخرى، فيتبع كما رأينا بأعادة التفاوض أو إعمال القواعد القانونية في القانون الواجب التطبيق، لإيجاد حل عادل للأطراف، وهو ما يرغب أن تكون عليه التجارة الدولية، كما تظهر سلطة المحكم في فرض التعويض واضعاً نصب عينيه عند تحديد قيمة جبر الضرر، أمور عدة كحسن النية ومشروعية إلاجراء المتخذ وآلية تصرف كل طرف، سواء أكان من الدولة أم المستثمر أم مشاركة الطرفين.

الخاتمة

الخـــاتمـــــة

بعد أن انتهينا من دراستنا لموضوع سلطة المحكم في تعديل العقد الدولي في ظل الظروف الماسة بالأمن الوطني للدولة المضيفة، ومحاولة الاجابة عما طرح من تساؤلات، يمكن ان نلخصها الى مجموعة من النتائج التي توصلنا إليها، فضلاً عن مجموعة من المقترحات التي يمكن بيانها على النحو الآتي :

أولاً: النتائج

١- لا يتطلب إعمال أستثناء الأمن الوطني توافر شروط محدده، كما هو الحال في إعمال أستثناءات السبب الأجنبي (القوة القاهرة ونظرية الظرف الطارئ) على الرغم من إن كلاهما يخولان المحكم سلطة التدخل بالتعديل، إذ لا يشترط أن يكون الظرف الماس بالأمن الوطني عاماً، كذلك الحال بالنسبة للتوقع، فالتدابير المتخذة من الدولة المضيفة، غالباً ماتكون تدابير احترازية، تبنى على أساس التوقع، بأن هناك تهديداً لأمنها الوطني، بعكس الظروف الطارئة التي يشترط بالظرف المتسبب لها ان يكون غير متوقع.

٢- يَستمد المحكم سلطة التدخل في تعديل العقد الدولي المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني ،تارة من إتفاق الأَطراف على أستثناء الامن الوطني، إذ أن وجود هذا الاتفاق يعدُ كافيا في منح تلك السلطة، وتارة أخرى يستمدها من أحكام القانون الدولي العام ويكون ذلك في حال خلو العقد من أستثناء الأمن الوطني، ولا يمنع عدم الاتفاق المحكم من التدخل بالتعديل إلا أن الإتفاق على منح المحكم هذه السلطة يعد بمثابة تخويل مباشر يجعل من سلطة المحكم أوسع مما هو عليه في حال غياب هذا الإتفاق .

٣- اذا كان للمحكم السلطة في تعديل العقد الدولي، فإن حدود هذه السلطة تختلف بحسب نوع التحكيم، إذ ترسم الإرادة حدود هذه السلطة في التحكيم الحر، لما لها من دور بارز في تنظيم العملية التحكيمية، مقارنةً بالتحكيم المؤسسي، إذ تحدد صلاحيات المحكم وفقَ ضوابط وتعليمات المؤسسة، التي ينتمي لها المحكم، وينتج عن ذلك منح القدر الكافي من السلطة لحل النزاعات الناشئة عن الامن الوطني، على عكس منه في التحكيم الحر الذي تقيد فيه الإرادة سلطة المحكم بالتعديل .

٤- للمحكم السلطة في تعديل العقد الدولي المتأثر بالظرف الماس بالأمن الوطني، إلا أن هذه السلطة تختلف بَحسب نوع التحكيم، فقد يَمنح الأَطراف المحكم السلطة الواسعة في تعديل العقد، وذلك من خلال تفويضه الصلح بينهما ، ويكون ذلك بتفويض صريح منهم فيكون له حينها البحث عن الحل مناسب من دون التقيد بأحكام قانون محدد، أما النوع الآخر فهو المحكم بالقانون الذي تكون سلطته مقيدة نوعا ما بأحكام القانون واجب التطبيق، الأمر الذي ينعكس على الوسائل المعتمدة بالتعديل، ويكون ذلك من دون ذكر نوع التحكيم.

٥- يقترب مفهوم العدالة من مفهوم الامن الوطني من حيث سعت المفهوم وتناميه، مما يجعلها الوسيلة الامثل لحل النزاع المتعلق بالأمن الوطني، وأن أعتياد التحكيم على الاخذ بتلك الوسيلة سوف يوفر سوابق تحكيمية تكون الحل للنزاعات متشبه والمتعلقة بالأمن الوطني .

٦- اذا كان للمحكم سلطة بتعديل العقد محل النزاع، وتقرير مسؤولية الطرف المسيء، إلا أنه ليس له الزام الدولة المضيفة بالتراجع عن إلاجراء الذي أتخذتهُ لحماية أمنها الوطني، ولا يكون له سوى تقرير تعويض بما يتناسب مع الضرر المترتب نتيجة السلوك الصادر سواء من البلد المضيف او المستثمر .

ثانياً: المقترحات

بألنظر إلى عدم مقدرة الدول النامية ومنها العراق – في حال رغبَ الاخير بذلك –على إدارة المشاريع والبنى التحتية لما تلزمه الاخيرة من حاجة إلى رؤوس أموال طائلة لا تتوفر ألا بإحالة تلك المشاريع إلى الاستثمار، مما تلتزم تلك الدول بإيجاد نوع من التوازن بين حماية امنها الوطني، وتوفير قدر من اليقين القانوني للمستثمر لكي تكون –الدول– بيئة جاذبة للاستثمار نقترح ما يأتي :

١- تضمين العقود الدَّولَّية المراد إبرامها مستقبلاً –بين الحكومة العراقية والمستثمر الأجنبي – شرطً صريحاً يشتمل على الأمن الوطني، يمنح بموجبه السلطة التنفيذية إتخاذ الاجراءات اللازمة لحماية أمنها الوطني، خاصة عندما تتعرض الدولة إلى أزمة اقتصادية أو صحية – على سبيل المثال جائحة كورونا – متى استشعرت الأخيرة بإن تهديداً يهدد أمنها من المستثمر نفسه أو عقد الاستثمار.

٢- ندعو المشرع العراقي إلى تضمين مشروع الاستثمار الخاص بتصفية النفط الخام مادة مشابهه لما جاء في المادة (١٤) من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل بقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠، التي جاء فيها "يلتزم المستثمر بما يأتي... ٥- المحافظة على سلامة البيئة، والالتزام بنظم السيطرة النوعية المعمول بها في العراق والانظمة العالمية المعتمدة في هذا المجال والقوانين المتعلقة بالأمن والصحة، والنظام العام، وقيم المجتمع العراقي " لما تحققه هذه المادة من مدلول على الحفاظ على أبعاد الأمن الوطني، وكون الصناعات النفطية من الصناعات الاستراتيجية في العراق، وكذلك تضمين قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤نص مماثل لما يوفره الأخير من ضرر على البعد الاقتصادي للآمن الوطني .

٣- ندعو حكومات الدول النامية ومنها العراق، بالالتزام بالشفافية، وعدم المبالغة بالحمائية عند فرضها إجراءات الأمن الوطني في مواجهة المستثمر، وضرورة تحقيق الموازنة والموائمة بين أمرين مهمين: هما الحفاظ على الأمن الوطني من جهة، والحفاظ على بيئة جاذبة للاستثمار لتجنب طرد رؤوس الاموال الأجنبية، ويكون ذلك عن طريق تحديد وبشكل واضح شرط الأمن الوطني والاجراءات التي ستتخذها في حال تعرضه إلى تهديد.

٤- العمل بإنظام العراق إلى إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار عام ١٩٦٥، وأحالة المنازعات المتعلقة بالاستثمار على المركز الدولي، لما يتمتع به الاخير من خبرة واسعة في مجال التحكيم، وخاصة في المنازعات ذات الطابع الحساس كمسائل الأمن الوطني، حيث توفر الاتفاقية للدولة العضو مزايا مهمة في مجال عقود الاستثمار، ولان أغلب نزاعات الاستثمار التي يكون العراق طرفاً فيها يخسرها الجانب العراقي، لاحالة النزاع على التحكيم الحر الذي يتهم بالمحاباة، وعدم امتلاك المخولين منه بالكفأة التحكيمية التي تخولهم كسب الدعوى.

٥- ندعو المشرع العراقي إلى تضمين مشروع قانون الاستثمار الخاص بتصفية النفط نص مشابه لما جاء في المادة ٢٨من قانون الاستثمار النافذ (في حالة مخالفة المستثمر لأي من الأحكام الواردة في هذا القانون فللهيئة تنبيه المستثمر كتابةً لإزالة المخالفة خلال مدة محددة، وفي حالة عدم قيام المستثمر بإزالة المخالفة خلال المدة المحددة، تقوم الهيئة بدعوة المستثمر أو من يمثله لبيان موقفه، وإعطائه مهله أخرى، لتسوية الموضوع، وعند تكرار

المخالفة أو عدم إزالتها فللهيئة سحب إجازة المستثمر من الاعفاءات والامتيازات التي منحت له، من تاريخ تحقق المخالفة مع احتفاظ الغير بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر من جراء هذه المخالفة ودون الإخلال بأي عقوبات أو تعويضات أخرى تنص عليها القوانين النافذة).

٦- العمل على تفعيل عمل المحكم في تعديل العقد الدولي ، وتطويع الالتزامات الناشئة منه، في ضوء التغيرات المستجدة في مجال العقود الدَّولِّية والمهددة للأمن الوطني، على نحو يحقق ديمومة الرابطة العقدية ذات القيمة الاقتصادية التي تتمتع بها هذه العقود، لاسيما ان سلطة التعديل من السلطات التي يتمتع بها المحكم والقاضي على حدا سواء .

٧- ندعو المشرع العراقي إلى ضرورة الأسراع في إقرار قانون التحكيم مع تضمينه مادة تخول المحكم السلطة التقديرية اللازمة للتدخل في تعديل العقد الدولي،من دون تجاهل لأراده الأَطراف، وكذلك إقرار مشروع قانون الأمن الوطني العراقي، وتضمينه مادة قانونية تخول الحكومة التنفيذية صلاحيات إعمال إستثناء الامن الوطني في العقود الدَّولِّية .

المصادر

قائمـــــــة المصـــــــــادر

أولاً: القران الكريم

ثانياً: المؤلفات باللغة العربية

أ: الكتب

١) د. ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، بلا طبعة ، بلا مطبعة، ١٩٨٦.

٢) د. ابراهيم محمد العاني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي، بلا مكان طبع، ١٩٧٣.

٣) د. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، بلا طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢.

٤) د.ابو العلا علي ابو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، تمهيد د. احمد صادق القشيري، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية ، القاهرة بدون سن نشر.

٥) د.احمد شوقي عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفق قواعد الاثبات، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٣.

٦) د.احمد ابو الوفا، الاعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدَّولِّية في الشريعة الاسلامية ،الجزء التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠١.

٧) د.احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الاسكندرية،١٩٧٨.

٨) د. احمد ابو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته ،الطبعة الثانية ، مطبعة محمد دون بوسكو، منشأة المعارف، الاسكندرية ،١٩٧٤.

٩) د.احمد انعم بن ناجي الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، مركز الدراسات والبحوث اليمني، صنعاء، ١٩٩٤.

١٠) د.احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة نشر.

١١) د.احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،١٩٩٨.

١٢) د.احمد كاظم الساعدي، حماية الاستثمار في القانون الدولي العام، الطبعة الاولى، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر، القاهرة ٢٠٢٠.

١٣) احمد عبد الوهاب، الانفاق على البنية التحتية بين الوضع الراهن والمأمول، المركز المصري لدراسات السياسات العامة، برنامج الحرية الاقتصادية، باب اللوق، القاهرة ،٢٠١٩ .

١٤) احمد فؤاد ابراهيم واخرون، بلدان مجلس التعاون لدول الخليج: التحديات الاجتماعية والاقتصادية، الطبعة الاولى، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، بيروت،٢٠١٦ .

١٥) د.احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٤.

١٦) احمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، الطبعة الاولى، دار الكتب القانونية، مصر ،٢٠٠٧.

١٧) اسعد فاضل منديل، احكام عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الاولى، دار نيبور للطباعة والنشر، العراق ،٢٠١١.

١٨) اسامة احمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري :دراسة تحليلية مقارنة لطبيعة القانونية وطبيعة العمل الذي يقوم به، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٤.

١٩) د.اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

٢٠) د. افراح رشيد، د.فرحى كريمة، الشراكة بين القطاع العام والخاص – ادارة الادارة الحديثة في المرافق العمومية وانشاء مشاريع البنية التحتية (البنية التحتية لا مدادات المياه نموذجا)، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ،٢٠١٨.

٢١) د. آمال حمد الفزايري ، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، مصر ١٩٩٣.

٢٢) د.انور سلطان ،الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية مصر ،٢٠٠٥.

٢٣) د.الخير قشي، المفاضلة بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية لتسوية المنازعات الدولية، الطبعة الاولى، لمؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الحمراء، بيروت،١٩٩٩.
٢٤) الان بينابنت، القانون المدني الالتزامات (الموجبات) ترجمة منصور القاضي ،الطبعة الاولى ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،بيروت ،٢٠٠٤.
٢٥) د. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، ٢٠٠٥.
٢٦) د. اشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية،١٩٩٨.
٢٧) د. الياس ناصيف، "عقد البوت "BOT" سلسلة ابحاث قانونية مقارنة، الجزء السادس، بلا طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ،٢٠٠٦.
٢٨) اياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان،٢٠٠٤.
٢٩) د.سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدَّولَّية الخاصة :اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨٤.
٣٠) د.سامي سلامة نعمان، الشركات دولية النشاط واثرها على المنافسة والعمالة والتصدير في الدول النامية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ،القاهرة ،مصر، ٢٠٠٩، ص١١٤.
٣١) سحر عبد الستار يوسف، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف مصر ،٢٠١٠.
٣٢) صادق محمد محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي وفق الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري عام ١٩٨٧، الطبعة الاولى ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ،٢٠٠٦.
٣٣) د. توفيق بوستي، مفهوم الأمن في منظورات العلاقات الدولية، المعهد المصري للدراسات، مصر ،٢٠١٩.
٣٤) د. حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٣٥) د. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا دولة طبع،٢٠٠٧ ، ص٩٠.

٣٦) د. حمزة احمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،٢٠٠٧.

٣٧) د. خالد منصور اسماعيل، اشكالية التحكيم في منازعات عقود النفط، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض،٢٠١٥.

٣٨) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى ، دار الشروق، القاهرة،٢٠٠٢.

٣٩) جاك غستان، المطول في القانون المدني مفاعيل العقد واثاره، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ،٢٠٠٨ .

٤٠) جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية، دار النهضة العربية القاهرة،١٩٩٠.

٤١) د. عبد الحليم عمار غربي، الازمات الاقتصادية والمالية والمصرفية :رؤى وحلول، مركز ابحاث فقه المعاملات الاسلامية، الطبعة الاولى، بلا بلد طبع ،٢٠١٧.

٤٢) د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر،٢٠٠٥ .

٤٣) عباس علي محمد، الأمن والتنمية، ط١،مركز العراق للدراسات، مطبعة الساقي، بغداد،٢٠١٣.

٤٤) د.عصام زناتي، التحكيم المؤسسي "هيئات ومراكز التحكيم الدّولّية مجموعة محاضرات مطبوعة القيت في جامعة اسيوط، بلا مطبعة وسنة طبع.

٤٥) عصام رجب بيوض التميمي، التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامة التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٤٦) د. عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري الدولي–نطاق انواع اتفاق هيئة التحكيم – الجزء الاول، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.

٤٧) د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر ،١٩٨٥.

٤٨) د. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم –التحكيم الدولي– الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة منقحة ومحدثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٨.

٤٩) د. عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، المطبعة الفنية الحديثة، مصر،١٩٨٨.

٥٠) د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية، بغداد ،١٩٨٠ .

٥١) د. عبد الواحد محمد الفار، القانون الدولي العام، الطبعة الخامسة، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

٥٢) د.عبد الوهاب الكيالي، الموسوعة السياسية، الجزء ٧، الطبعة الثالثة، المؤسسة العربية للدراسات، بيروت،١٩٩٠ .

٥٣) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الاولى، مكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٥٤) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨.

٥٥) عقيل كريم زغير، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي، الطبعة الاولى ، دار الفكر والقانون، المنصورة ،٢٠١٥.

٥٦) د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص المصري- الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الاولى، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٥.

٥٧) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، بلا طبعة ، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٣.

٥٨) د. علاء النجار حساني احمد، نطاق الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، بلا سنة طبع .

٥٩) د. علي علي سلمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر،٢٠٠٣ .

٦٠) د. علي هلهول الرويلي، ادارة الازمات- استراتيجية المواجهة -،بلا طبعة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٦ .

٦١) علي هادي عطية، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا، الطبعة الاولى، دار السنهوري، بغداد،٢٠٠١.

٦٢) علي رحيم راضي، التحكيم الدولي: نشأته مزاياه تطبيقاته، الطبعة الاولى، دار رسلان للطباعة، دمشق سوريا، ٢٠١٨.

٦٣) د.غسان قاسم داود اللامي، د.خالد عبد الله ابراهيم العيساوي، ادارة الازمات، الطبعة الاولى ، دار المنهجية للنشر، عمان، الاردن،٢٠١٦ .

٦٤) د.سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي، منشورات الحلبي الحقوقية،٢٠٠٩ .

٦٥) د. سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠١٠.

٦٦) سحر باقر العلي، اثر تغير المناخ على الأمن الوطني الكويتي من خلال البعد الاقتصادي، الطبعة الاولى ، الكويت ، ٢٠١٣.

٦٧) د.شريف محمد غانم، اثر تغيير الظروف في العقود التجارة الدولية، الطبعة الاولى، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي الامارات،٢٠١ .

٦٨) د. رشا علي الدين، السوابق التحكيمية: اطلالة على ضوء احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية،٢٠١٠.

٦٩) رمضان علي السيد، اصول الفقه الاسلامي، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٥.

٧٠) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي –دراسة مقارنة لأحكام التحكيم كما جاء في القواعد ولاتفاقيات الدَّولِّية والاقليمية والعربية بلا طبعة ،بدون مكان طبع، ١٩٩٢.

٧١) د.قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الاولى منقحة ومزيدة، دار الفرقان للنشر، المملكة الاردنية الهاشمية،٢٠٠٢.

٧٢) د.كمال ابراهيم ،التحكيم التجاري الدولي: حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، القاهرة،١٩٩١.

٧٣) د.كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية، بيروت لبنان،٢٠١٥ .

٧٤) لما احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، مكتبة زين الحقوقية، بيروت–لبنان، ٢٠٠٨.

٧٥) د. مجدي الدسوقي، تدويل الحلول في منازعات البترول، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٢.

٧٦) د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

٧٧) د. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثانية، بلا مطبعة، تونس ١٩٩٧.

٧٨) د.محمد داود الزعبي، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،٢٠١١.

٧٩) د.محمد زكي شافعي، مقدمة في العلاقات الاقتصادية الدولية، بلا طبعة، دار النهضة العربية للطباعة، بيروت بلا سنة طبع .

٨٠) محمد احمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية: نحو ايجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة ، الطبعة الاولى، مطبعة الحامد ، عمان الاردن ،٢٠١٣.

٨١) د.محمد عبد المجيد اسماعيل، التحكيم في عقود الاشغال العامة ذات الطبيعة الدولية، الطبعة الاولى، دار القرار، مجلس التعاون الدولي لدول الخليج العربية :مركز التحكيم التجاري،٢٠١٨ .

٨٢) محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية: دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٢

٨٣) محمود عبده، حصان طروادة الصهيونية على ابواب المحروسة، الطبعة الاولى ، مطبعة الاسكندرية، مصر،٢٠١٣ .

٨٤) د. محمود مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

٨٥) د.محمود السيد الحتيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الاخلال به، الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية،٢٠٠٣.

٨٦) د.محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية،٢٠٠٣.

٨٧) د. محمود محمد هاشم ،النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية ،المجلد الاول ،بلا سنة طبع، دار الفكر العربي ،مصر ،١٩٩٠.

٨٨) د.محمود عارف ارحيل الكفارنه ،النظام القانوني للتحكيم التجاري في ظل القانونين المصري والاردني ،الطبعة الاولى ، دار الكتاب الثقافي ،اربد الاردن، ٢٠١٩.

٨٩) محي الدين اسماعيل علم الدين ،منصة التحكيم التجاري الدولي ،الجزء الثاني، الطبعة الاولى، دار النشر الذهبي، القاهرة، ١٩٨٦.

٩٠) د. مصطفى محمد الجمال ،عكاشة محمد عبد العال ،التحكيم في العلاقات الخاصة الدَّولِّية والداخلية ،الجزء الاول ،الطبعة الاولى ،بلا مطبعة بلا بلد طبع ،١٩٩٨ .

٩١) د. مصطفى احمد فؤاد، فكرة الضرورة في القانون الدولي العام، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٨٧.

٩٢) د. منذر الفضل ،الوسيط في شرح القانون المدني ، الطبعة الاولى ، دار ئاراس للطباعة والنشر ،اربيل ،العراق ٢٠٠٦.

٩٣) د. منير عبد المجيد ،الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ، الجزء الاول، بلا طبعة ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،٢٠٠٠.

٩٤) د. منير عبد المجيد ،الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ،الجزء الثاني، بلا طبعة ،منشأة المعارف في الاسكندرية ،القاهرة ،٢٠٠٠.

٩٥) د. مهند احمد الصانوري ،دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ،الطبعة الاولى الاصدار الاول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ٢٠٠٥.

٩٦) د.ميلود عامر حاج، الأمن القومي العربي وتحدياته المستقبلية، الطبعة الاولى دار جامعة نايف للنشر، الرياض، ٢٠١٦.

٩٧) ناصر محمد الشرمان ،المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ،الطبعة الاولى ،مركز الدراسات للنشر والتوزيع ،مصر ،٢٠١٥،ص١٠٤.

٩٨) د. نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدَّولِّية امام التحكيم الاقتصادي الدولي، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

٩٩) د. نبيل اسماعيل عمر ،التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدَّولِّية ،الطبعة الاولى ، دار الجامعة الجديد ،الاسكندرية ،٢٠٠٤ .

١٠٠) د. نزية محمد صادق المهدي ، الالتزام بالادلاء المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد ،الطبعة الاولى، دار النهضة العربي ،الاسكندرية مصر ،١٩٨٢.

١٠١) د .هشام خالد ،اوليات التحكيم التجاري الدولي، بلا طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،٢٠٠٤.

١٠٢) د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

١٠٣) هاني محمد حمزة ، النظام القانوني الواجب الاعمال على العقود الادارة الدَّولِّية امام المحكم الدولي ،الطبعة الاولى ،منشورات الحلبي ،بيروت لبنان ،٢٠٠٨.

١٠٤) هايل عبد المولى طشطوش ، الأمن الوطني وعناصر قوة الدولة في ظل النظام العالمي الجديد ، الجديد ،ط١،دار الحامد للنشر والتوزيع ،عمان ، الاردن ،٢٠١٢ .

ب –الرسائل والاطاريح

١) احمد عبد الامير، النظام القانوني للاستحواذ على الشركات، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية في لبنان، خلدة،٢٠١٧.

٢) احمد رعد عباس ،التفسير التحكيمي لعقد التجارة الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية الجامعات العراقية ،٢٠١٨.

٣) ايمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد ،رسالة ماجستير مقدمة الكلية القانون جامعة بغداد ،٢٠٠٢.

٤) بشير دالي، مبدا تدويل العقد ، رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر،٢٠٠٨.

٥) حسام عبد اللطيف محي، دور المحكم في اجراءات التحكيم الداخلي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة النهرين ،٢٠٠٧ .

٦) حسن عزيز نور الحلو، الارهاب في القانون الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى الاكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك ،٢٠٠٧.

٧) د. سنان عبد الحمزة البديري، تحديث العراق: رؤية لتحكيم البترول الشامل "النظام في العراق "،اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة بانجو لندن ،٢٠١٤.

٨) سهاد عبد الحسين عبد، الوعي السياسي واثره في الأمن الوطني، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد العلمين ،٢٠١٧.

٩) عثمان فريد، تفسير عقود التجارة الدَّولِّية وفقا للقواعد الدولية، مجلة الدفاتر السياسة والقانون جامعة البليدة ،العدد ١٥،جوان ،الجزائر ٢٠١٦.

١٠) عماد خلف دهام، النظام القانوني لعقود النفط الدَّولِّية في التشريع العراقي المقارن، اطروحة دكتوراه جامعة المنصورة، كلية الحقوق ٢٠٠٨.

١١) علي صباح خضير الجنابي، النظام القانوني لأحكام التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل ،٢٠١٣ .

١٢) رشا محمد مسعد شبانة، دور المحكم في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة المنصورة ،مصر ،٢٠١٨ .

١٣) د.وليد مرزة المخزومي، سلطة الادارة في حماية الأمن الوطني وحماية حقوق الاجانب قبلها، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ،٢٠٠٢.

١٤) فتحية قريقر، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الجزائر -١-بن يوسف بن خدة ،٢٠١٧.

١٥) محمد حلمي عبد الحميد زيدان، اتفاق التحكيم كاثر مانع لقضاء الدولة، رسالة ماجستير مقدمة كلية الحقوق جامعة القاهرة ،٢٠٠٨ .

١٦) محمد يونس الصائغ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥.

١٧) ميثم عادل ابراهيم، الاطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل ،٢٠٢٠.

١٨) هني عبد المطلب ،حدود الاخذ بفكرة اعادة التفاوض في العقد ،اطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ،الجزائر ،٢٠١٦.

١٩) نهاد احمد ابراهيم السيد، الاستحواذ على الشركات التجارية ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة عين شمس، مصر،٢٠١٣.

ج- البحوث والمقالات

١) د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم ، عدم المساس بحق الملكية اداة لجذب الاستثمارات الأجنبية، بحث منشور في مجلة كلية التربية للعلوم الانسانية ،العدد ١٣، سنة ٢٠١٢.

٢) د. ابراهيم اسماعيل الربيعي، علي صباح خضير، النظام القانوني لتطبيق احكام التحكيم الدولي بحث منشور مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني ،٢٠١٥.

٣) د. ابراهيم محمد علي الفقي، الأمن الفكري، بحث مقدم إلى المؤتمر الوطني الاول للآمن الفكري ، السعودية ١٤٣٠ .

٤) د. ابو زيد رضوان ،الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي :القسم الثاني دولية التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني ، جامعة الكويت، ١٩٧٨.

٥) المعهد العربي للتخطيط بالكويت ،تبعات الازمة الاقتصادية على الدول العربية والنامية ،سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الدول العربية ،العدد ١٠٢،السنة العاشرة ،نيسان ٢٠١١.

٦) برغانى المختار ،اتفاق التحكيم وصوره بحث منشور في دار المنظومة العدد١٧،لسنة ٢٠١٤.

٧) د. برهم محمد عطا الله ،القواعد الخاصة باتفاق التحكيم ،بحث منشور بمحاضرات في التحكيم، وليد عناني ، الطبعة الاولى ،المكتبة القانونية دمشق ،سوريا ،٢٠٠٣

٨) توفيق عارف توفيق المجالي ، سعد عبد الكريم ابو الغنم ،خصوصية انهاء عقود التجارة الدَولية ، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون ،العدد ٢ ،مجلد ٤٥، عام ٢٠١٨.

٩) د.حمزة حداد، الاطار العام لتحكيم التجاري ، المعهد العربي للتحكيم والتسوية البديلة ، مركز القانون والتحكيم ،عمان الاردن .

١٠) د .جعفر كاظم جبر ،اهمية ودور التحكيم التجاري الدولي في الحياة الخاصة الدَّولَّية ،بحث منشور مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين العدد١ ،٢٠٠٨ الصفحات ٢١٦-٢٣٨.

١١) د .عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، ميثم عادل ابراهيم ، الاطار القانوني للمحكم المفوض بالصلح ،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ،كلية القانون جامعة بابل ،العدد الاول ،السنة الثانية عشر ،٢٠٢٠.

١٢) عبد القادر سرحاني ، محمد مزاولي ،التكيف القانوني لطبيعة عمل المحكم في التحكيم التجاري الدولي ،بحث منشور في مجلة الدفاتر السياسة والقانون، جامعة احمد دراية ،العدد٢،لسنة ٢٠٢٠بالصفحات ١٣٨-١٥٥،ادرار الجزائر.

١٣) د.غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد اثناء التنفيذ، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل ، بغداد ، عدد١٣ ، ١٩٨٦.

١٤) ضيافة صارة ،حدود سلطة المحكم ، بحث منشور في مجلة الدفاتر السياسة والقانون ،المجلد ١٢،العدد ٢، الجزائر ،٢٠٢٠.

١٥) ليندة عكروم ، تأثير التهديدات الأمنية الجديدة على العلاقات بين دول شمال وجنوب المتوسط ، جامعة محمد خضير بسكرة تونس ،دار ابن بطوطة للنشر والتوزيع ،٢٠١١.

١٦) كفاح حمودي حسون ،الاثار القانونية لقرار التحكيم التجاري ،مجلة الجامعة العراقية ،العدد٢ ،٢٠١٩،الصفحات ٣٢٤-٣٣٣. https://www.iasj.net تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢، الساعة ٩:٠٠م

١٧) كرم محمد زيدان النجار ،المركز القانوني للمحكم، الطبعة الاولى ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،مصر ٢٠١٠.

١٨) كروم السالك ،التحكيم والنظام العام ،بحث منشور في مجلة الحقوق ،سلسلة المعارف القانونية والقضائية ،العدد ٢ سنة ٢٠١١ ،دار المنظومة .

١٩) كوثر عبدالله الجوعان ، مفهوم الأمن الوطني الشامل وابعاده في مختلف شؤون الحياة ،مؤتمر عقدته حركة التوافق الوطني الاسلامي بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٢، الكويت

٢٠) د. محمد رشيد قباني ،نظرية الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي والقانون المقارن، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي ،العدد الثاني ،السنة الثانية ،بيروت لبنان .

٢١) محمد بن عفيف ،الاثار القانونية لفيروس كورونا (COVID -19) مقال منشور على مواقع الانترنت https://www.afiflaw.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢٣ الساعة ١٢:٠٠م

٢٢) محمود محمد داغر ،وعلي محمد علي ، الانفاق العام على مشاريع البنية التحتية واثره في النمو الاقتصادي الليبي ،مجلة بحوث اقتصادية عربية ،العدد ٥١ ،سنة ٢٠١٠ .

٢٣) موكه عبد الكريم ، الدور الايجابي للمحكم المفوض بالصلح في تسوية منازعات عقود التجارة الدَّولِّية ،مجلة القانون والاعمال الدَّولِّية : التحكيم دراسات وتوجيهات ،جامعة الحسن الاول ، عدد ١، المغرب، ص ٣٥١-٣٥٩ ، ٢٠١٩، ص بلا رقم .

٢٤) د. كريم مزعل شبي ،ثامر داود عبود الشافعي ، النظرية الشخصية المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ،كلية القانون جامعة بغداد ،العدد الثاني ،٢٠١٧ .

٢٥) د. ميثاق طالب عبد حمادي ، د. نهى خالد عيسى، سلطة المحكم بالصلح في اعادة التوازن الاقتصادي للعقد، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية جامعة بابل ،العدد٤١ ،٢٠١٨.

٢٦) د . نجم الاحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك ،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، العدد ٢ ، ٢٠١٣.

٢٧) د. فاتن محمد رزاق ،علاء جبار احمد ، ضعف الهوية الوطنية وتأثيرها على الأمن الوطني العراقي ، المجلة الدَولية السياسية ،العدد٢٦-٢٧ ، جامعة المستنصرية ٢٠١٥

٢٨) د. فارس عبد الرحيم حاتم و سنان طالب عبد الشهيد ، حالة الطوارئ بموجب امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ والرقابة القضائية عليه، جامعة الكوفة العدد التاسع ، ٢٠٠٨ .

٢٩) د. فاضل جبير لفتة ،علي حسين علي ،الرقابة القضائية على حالة الطوارئ في امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١لسنة ٢٠٠٤ ،مجلة القادسية للقانون العلوم السياسية ،جامعة القادسية ، العدد ٢،المجلد السابع ،٢٠١٦.

٣٠) د. فراس كريم شيعان ،حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقا للعدالة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ،العدد ١،جامعة بابل كلية القانون ،٢٠١٠.

٣١) د. يوسف بن القائد، تأثير جائحة كورونا على العقود الوطنية والدولية، بحث منشور في مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، ط١، عدد٤، ٢٠٢٠.

د – المؤتمرات

١- د. احمد عبد التواب، طبيعة التحكيم في سوق الاوراق المالية والسلع بدولة الامارات العربية المتحدة ، بحث منشور في المؤتمر السادس عشر لتحكيم التجاري الدولي: اهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية ، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة لفترة من ٢٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨في مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية .

٢- د.حمدي عبد الرحمن ،مشكلات التحكيم "حكم التحكيم " بحث نشر في البرنامج المعتمد في التحكيم التجاري الدولي المنعقد في فندق لانكستر الروشة –بيروت للفترة من ٢٠١٤/٤/٦وحتى ٢٠١٤/٤/١٠.

٣- د. خالد عبد الوهاب البنداري ، تأثير الازمة المالية العالمية على اقتصاديات الدول العربية : دور الفكر الاسلامي في علاج الازمة ،بحث قدم إلى المؤتمر العلمي الدولي حول الازمة المالية والاقتصادية العالمية المعاصرة من منظور اقتصادي اسلامي ،من ١-٢ كانون

الاول ٢٠١٠،عمان الاردن ،منشور بالرابط: www.arab-api.org تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/١٧ الساعة ١١:١٥م .

٤- د .سمية عبد الصدوق ،اجراءات التحكيم في العقود الادارية ،بحث مقدم في المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم ، الملتقى العلمي الثالث ،الجزائر .

٥- د. رشا علي الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة، بحث مقدم في المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر بعنوان الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية في الفترة من ١-٢ ابريل ٢٠٠٩.

٦- د.عصام السعدي، دور المحافظات في تعزيز وحماية الامن الوطني، بحث منشور في مؤتمر مركز النهرين للدراسات الامنية والعسكرية في ٢٠١٦/١١/٣٠، نشر بالعدد التاسع كراس النهرين الطبعة الاولى، بغداد،٢٠١٧.

٧- د .محمد سامي الشوا ، التحكيم التجاري الدولي اهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية ، بحث منشور في المؤتمر السادس عشر لتحكيم التجاري الدولي :اهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية ، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة لفترة من ٢٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨في مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية .

٨- د. مصلح احمد الطراونة ، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقا لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفذها لسنة ١٩٥٨ دراسة تحليلية لنصوص الاتفاقيات ذات الصلة في ضوء التطبيقات القضائية لها في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية بحث منشور في المؤتمر السادس عشر لتحكيم التجاري الدولي :اهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية ، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة لفترة من ٢٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨في مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية

٩- د.عصام الدين القصبي ،التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، بحث منشور في المؤتمر السادس عشر لتحكيم التجاري الدولي: اهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية ، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة لفترة من ٢٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨في مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية.

١٠- د .عماد الدين المحمد، طبيعة وانماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت ، بحث منشور في المؤتمر السادس عشر المنعقد في ابو ظبي في ٢٠٠٨/٤/٢٩ والمنشور

بالرابط https://middle-east-online.com/ تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/١٢ الساعة ٨:٠٠ص .

١١-عقدت الامم المتحدة مؤتمر بعنوان الازمة المالية والاقتصادية العالمية وتاثيرها في التنمية ، للفترة من ٢٤-٢٦ حزيران ٢٠٠٩ (conf 214Lbv.4) بحث الاثار السلبية الناتجة عن الازمة من نقص في المواد الاولية والغذاء .لتفصل اكثر الاطلاع على المؤتمر بالرابط: un.org/ar/ga/econcrisissummit تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/٢١ الساعة ١٠:٠٠م.

هـ-المواقع الالكترونية

١- د. اياد مطشر صيهود ،العدالة جوهر قانون العلاقات الخاصة الدولية ، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، موقع المجلات الاكاديمية العراقية العدد ١٥ ،٢٠١٧ ،منشور بالرابط https://www.iasj.net تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/١ الساعة ١١:٠٠م .

٢- بشير الوندي ، اهمية جهاز مكافحة التجسس في حماية الأمن القومي للدولة ، المركز الاوربي لدراسات مكافحة الارهاب والاستخبارات ،مباحث الاستخبارات ٣٩ المانيا و هولندا ،٢٠١٨ بحث منشور على الموقع https://www.europarabct.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/٣١ الساعة١٢:٠٠م .

٣- د. جواد كاظم لفتة الكعبي ، القوة القاهرة في ميزان السيادة الوطنية ما بين رحى وباء كورونا والسياسات والعقود النفطية ، بحث منشور على صفحة صوت العراق بالرابط http://www.sotaliraq.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢٤ الساعة ٦:٠٠م

٤- جمال منصر ،تحولات في مفهوم الأمن :من امن الوسائل إلى امن الاهداف بحث منشور بالرابط https://revues.univ-ouargla تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٥/١ الساعة ١١:٠٠م .

٥- جيلا بازارباشيوغلو ،انتعاش تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر امر بالغ الاهمية للتعافي الاقتصادي في الاقتصادات النامية ،مقال منشور في ٢٠٢٠/١٢/٦على مدونات البنك الدولي بالرابط https://blogs.worldbank.org تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/١٧ الساعة ٩:٠٠م.

٦- سالم سالمين النعيمي ، انتشار الاوبئة والأمن الوطني ، مقال منشور على مواقع الانترنت https://www.alittihad.ae تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢٢ الساعة ٩:٠٠ص

٧- د. حسن علاوي خليفة ،د سيف منذر العياش ،الارهاب والتحالفات الدَّولِّية دراسة في دوافع الشراكة الدَّولِّية "السياقات الفكرية " بحث منشور على شبكة الانترنت . الانترنت ، https://www.iasj.net تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/١ الساعة ١٠:٠٠م

٨- عدي محسن غافل، صلح وستفاليا واثره في انهاء الصراع الديني في اوربا عام ١٦٤٨، بحث منشور في مجلة اهل البيت عليهم السلام ،العدد ١٨، ص ١١٢، بالرابط https://abu.edu.iq تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/١٨ الساعة ٨:٠٠م.

٩- د. عبد المنعم حسون عنوز، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، كتاب منشور في المكتبة القانونية العربية، بالرابط: https://www.bibliotdroit.com تاريخ الزيارة ١٩٨٥/١٠/٩،الساعة ١١:٠٠م .

١٠-حاتم غائب سعيد ،التحكيم كأداة لفض المنازعات التجارية الدَّولِّية ،بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية بالرابط iasj.net/iasj تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/١ الساعة ١٠:٠٠م .

١١-د.محمود عبد الرحيم الديب ،الطبيعة القانونية للاتفاق التحكيمي ص ٢٥١-٢٥٢. منشور بالرابط https://qspace.qu.edu.qa تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢ الساعة ١٠:٠٠م.

١٢- د . طلال ملحم ، ادارة الازمات واثرها على الأمن الوطني ، بحث مقدم إلى المركز الوطني للآمن وادارة الازمات نشر على الشبكة العنكبوتية https://repository.nauss.edu.sa تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢١ الساعة ٩:٠٠م

١٣-مصطفى حسين عبد الرزاق، الازمة الاقتصادية اليونانية واثرها السياسية ،بحث منشور بالرابط: https://www.researchgate.net تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/١٨ الساعة ٥:٠٠م.

١٤-د. مصلح حسن احمد ، التحكيم ودوره في تسوية المنازعات الدَّولِّية ،مجلة الجامعة العراقية ،مجلد٢٥،العدد الثاني ،٢٠١٠. https://www.iasj.net رابط العدد تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/١٢. الساعة ٨:٠٠ ص

١٥-د. دينا محمد جبر ،د. ابتسام حاتم علوان ،الاستراتيجية الشاملة للأمن القومي العراقي بعد عام ٢٠٠٣(رؤية لمبادئ العمل اللازمة واليات التفعيل) بحث مشور بالرابط https://www.iasj.net تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/١٧ الساعة ١٠:٠٠م .

١٦-د. محمد الخضراوي ،الاثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، راي قانوني منشور بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٧بالرابط http://arabunionjudges.org تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/١٨،الساعة ١٢:٠٠ص.

17- https://www.italaw.com. تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٨ الساعة ١١:٣٠م

و- والمعاهدات والاتفاقيات الدولية

١- اتفاقية الجات "GATT " الاتفاقية الدَّوليَّة للتعرفة الجمركية عقدت في اكتوبر عام ١٩٤٧واتخذت من مدينة جنيف في سويسرا مقرا لها ،هدفها تشجيع التجارة الحرة .

٢- اتفاقية للأمم المتحدة بشان عقود البيع الدولي للبضائع، لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، صادر عن مكتب الامم المتحدة في فينا ، نيويورك ،٢٠١١.

٣- اتفاقية الامم المتحدة بشان عقود البيع الدولي للبضائع ، الامم المتحدة ، نيويورك ٢٠١١

٤- الوثيقة رقم (A/Cn.4/SER.A/1989) من وثائق الأمم المتحدة.

٥- اتفاقية اليابان من عدد من الدول من ضمنها الفلبين عام ٢٠٠٦ الهدف من اتفاقية الشراكة الاقتصادية هي ترتيب اقتصادي يلغي الحواجز امام حركة السلع والاستثمار بين الدول وقد اعترت هذه الاتفاقية هي خطوة تتوسط بين التجارة الحرة والسوق الموحد في عملية التكامل الاقتصادي . https://mimirbook.com Encyclopedia Mypedia ، منشور بالرابط تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٥ الساعة ١٠:٢٠ص.

٦- عقدت الاتفاقية في العراق بتاريخ ٧/تشرين الثاني /٢٠١٢ وقد صادق عليها العراق بقانون رقم ٤لسنة ٢٠١٤وقد نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٠٩ في ٢٠١٤/٢/١٠.

٧- اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار https://legal.un.org تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/١.

٨- المعاهدة المنعقدة بين الارجنتين مع الولايات المتحدة الأمريكية بخصوص تشجيع التبادلي وحماية الاستثمار بتاريخ ١٤/تشرين الاول- نوفمبر -/١٩٩١ونفذت بتاريخ ٢٠ /اكتوبر

١٩٩٤. CMS Gas Transmission Company v The Argentine نشرت بالرابط https://www.italaw.com تاريخ زيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٥ الساعة ١١:٣٠ ص .

ح- التشريعات والقوانين

١. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

٢. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل

٣. قانون السلامة الوطنية العراقي رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ القديم.

٤. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩المعدل.

٥. قانون التحكيم المصري رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤المعدل

٦. قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١

٧. امر الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم ١ لسنة ٢٠٠٤

٨. امر سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٦٨لسنة ٢٠٠٤

٩. تعديل قانون العقود الفرنسي الجديد٢٠١٦ (تعديل القانون الفرنسي١٨٠٤) ترجمة د. محمد حسن قاسم ،الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت لبنان،٢٠١٨

١٠. مبادئ يونيدروا ٢٠٠١المتعلقة بعقود التجارة الدَّولَّية ٢٠٠٤، الطبعة الثانية باللغة العربية، دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٨.

١١. حولية لجنة القانون الدولي، تقرير لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة عن اعمال دورتها الثالثة والخمسون ،المجلد الثاني الجزء الثاني ،٢٠٠١الامم المتحدة .

١٢. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة ١٩٨٥"الايونسترال

١٣. قواعد التحكيم وقواعد الوساطة الصادرة عن غرفة التجارة الدَّولَّية "ICC " منشورة بالرابط www.iccwbo.org تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٢الساعة ١١:٠٠م .

١٤. انضمام العراق إلى المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار " ICSID" اتفاقية واشنطن ١٩٦٨/٠٣/١٨. بموجب قانون رقم ٦٤لسنة ٢٠١٢المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ٤٢٨٣في ٢٠١٣/٧/٢٩ .

ثالثا :المصادر الأجنبية

أ -المؤلفات باللغات الأجنبية (Literature)

1. Chedly ,L ,L arbitrage commercial intematioal et I ordre public transnational ,centre de publication universitaire Tunisie 2002.
2. CLYDE&CO, Precedents in arbitration - a practical position Part 1, Global, United Kingdom March 7, 2018 .
3. David R, L imprevision dans les droits europeens ,Melanges jauffret,1974.
4. Frédérique Youmbi Fasseu, Debates actuales sobre arbitraje inversor-estado en América Latina ISSN versión 2594-0716 IMPRESA ISSN versión 1870-6916 Tla-Melaua Volumen 12 No. 45 Puebla Oct. México 2018.
5. Horn, Norbert, Contract Amendment and Renegotiation Procedures in International Trade, in: Horn (ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Antwerp, Boston, London, Frankfurt aM 1985.
6. Jean – Jacque Arnaldez ,Yves Derains, Dominique Hascher Collection of ICC Arbitral Awards, 1996 -2000 ,Kluwer Law International Amazon France, 2003.
7. UNITED NATIONS, the Protection of National Security in IIAs, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development New York and Geneva, 2009.
8. KHANPH, Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux I Expérience française, dans les contrats économiques internationaux Bruxelles, Paris, 1975.

9. Deranis Y, Norme d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, dans les études de droit des relations économiques internationales offertes à Goldman litec, 1982.
10. Little Katia Yanaka, An International Investment Perspective: Freedom to Invest in a Changing World, Part One, Chapter 5 Basic Security Interests under International Investment Law, OECD, 2007.
11. Nissan Tash and others, Security-related conditions in international investment law and national security strategies, Investment Division, Directorate of Financial Affairs and Institutions OECD, Paris, France ,May 2009.
12. Norbert Horn, Contract Amendment and Renegotiation Procedures in International Trade Finance, Antwerp, Boston ، London ،Frankfurt aM 1985, .
13. Retter, Eric J. Frinking, Stijn Hoorens, Alice Lynch, Fook Nederveen, William Phillips,Relations between Economy and National Security Analysis and Economic Considerations of Security Policy in the Netherlands and Cambridge, RAND Europe Foundation Santa Monica, California, 2020.
14. Stefan Reifegerste, for the commitment to harm minimization, Presses universitaires d'Aix-Marseille.

ب - الرسائل والاطاريح

1. Javier haro benavides , the expropriation clause and the tension between foreign investment and the public interest , Thesis for the degree of Master in International Law' University de Chile,2011.

ج – البحوث والمقالات باللغة الأجنبية (Researches and articles)

1. Alec Stone Sweet , Investor State Arbitration: Proportionality's New Frontier– Law & Ethics of Human Rights review, Issue 1 , 2010.
2. Brandon J. Morrill, "National Security Exemption" and the World Trade Organization, prepared for members and congressional committees the legal sidebar, November 28, 2018.
3. C.Benton Heath, National and Economic Security Globalization: Toward Collision or Reconciliation? , Fordham Journal of International Law, Volume 42, Issue 5 Article 4, 2019.
4. Gordon Corera, How will the epidemic change the concept of national security and espionage activity? , An article published on the BBC News Channel on April 3, 2020.
5. Joel Slutsky, Excluding National Security in Foreign Direct Investment and Trade between the United States and China: Lessons from the Delaware Corporate Law, Chinese Journal of Comparative Law, Volume 6, Issue 2, 2018 .
6. Keun Sun and Taek Dong Yu 1, Does international trade help in strengthening national security?p 6
7. Mantilla Blanco and Sebastian at Hill Alexander, the national security exception to international trade and investment agreements.
8. Paula Costa e Silva and Beatriz de Macedo Vitorino, Filipa Lira de Almeida, Judging precedent: still exploring the path, Kluwer Jury 2018 .p,no. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/ 2018/10/28

9. Roger F. Alford, the self-governing WTO security exception, Notre Dame Law School, 2011.

10. sandrine lenchantin Recherche sur l'ordre public transnational, études doctorales, institut de paix et droit du développement Nice 1996.

د- قرارات هيئات التحكيم

1- Sentence ICC rendue(1600) le 8 mai 1986.

2- Sentence precitec al Arbitation Journal mars 1973.

3- Sentence ad "boc" 31 mai 1970.

4- Creusot-Loir, reusot-Loire was a French engineering conglomerate , Sentence ICC(5964) n 1990 .

5- Sentence Arbitation rendue dans laffaire n 2216 en 1974.

6- A rbitrage ad hos rendue le 6 decembre 1973 entre une societe francais et une societe libanaice.

7- "ARBL/ 13/01 "ICSID" https://www.italaw.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٨ الساعة ١١:٠٠م .

8- "ARB/00/ 4,42"في ٢٠٠١/١/٢٣ "ICSID"

9- Citee bar DEARINS dans son commentaire de la sentence 2240 ,Clunet,1976.

10- قرار المحكمة الجنائية الدَّولِّية رقم ٥٧٥٤ في اشار كريج وباك وبولسون ، التحكيم في غرفة التجارة الدَّولِّية العدد الثاني ،١٩٩٠ ص ١١٢.

11- Phrase rapportée dans 14janvier 1977, Rev arb p281, note ROBERT.

12- Sentence ICC rendue le2291 mai 1976.

13- ARB / 03/17""ICSID "https://translate.googleusercontent.com.https://www.italaw.com/sites/defaul

تاريخ الزيارة ٨/١/٢٠٢١ الساعة١٠:٠٠م

14- sentence I C C rendue dans I affaire 2328 en 1982 Clunte.

15- Citee bar DEARINS dans son commentaire de la sentence 2240 ,Clunet,1976.

16- ARB-06-3,I CSID May6,2013.

17- ICSID, NO; ARB/08/11, BIT Ukraine states of America 1994 Claimant; B&P, LTD.Foreign investmrnts Enterprise (Ukrainian), Bosh international, inc(U.S), Octoper 25,2012 .

18- – 4 A_306 / 2019- https://translate.google.com

19- v. Ecuador saga2019 https://translate.google.com

20- ICSID Case No. ARB/06/11, 5 October 2012.

21- https://www.italaw.com تاريخ الزيارة ١٥/١/٢٠٢١ الساعة ٩:٠٠ص

22- ARB /12/36" 21/٢٠١٥/ ديسمبر ,ICSID ,Washington D.C. Investment Law- GUINEA"1978"

23- -sentence rendu en 1968 dans L affarire n 1526,Clunet1974pp951 et.

Abstract

International contracts - especially in the field of investment - are the main element on which economic plans are based in most countries, especially the third world countries, as they are developing countries that seek, through investments made on their lands, to advance their economic reality. The economic development that these countries seek, and since the most prominent features of these contracts is the length of their implementation, this makes them vulnerable to changing circumstances, and in view of these data the contracting parties (host countries and investors) resort to a stable legal environment as a guarantee to attract investment, and the national security threats to the host country are one of the conditions that would impede the implementation of international contracts. Despite the precautions taken by the contracting parties to avoid disputes, we find that the rights and expectations of foreign investors suffer in many countries from unexpected obstacles And in view of the development and renewal of this concept, the threats to national security were and still are the obstacle facing the host countries when implementing contracts, which leads them to include those contracts except for national security sometimes, which provides them with the legal cover to take these measures.

The purpose that this study seeks to achieve is to find a kind of balance between granting the host country the right to preserve its national security when there is a justification for that, and maintaining an attractive environment for investment, and this can only be achieved by preserving the rights of investors and the permanence of contractual ties by amending them when affected by the diamond circumstance. National Security.

This study raises a major and important problem about the extent of the arbitrator's authority to intervene to amend the international contract affected by the situation affecting national security, in case there is agreement on the exception or not.

The best solution, which this study tries to shed light on, is to find a legal basis for the arbitrator’s authority to amend, so that the arbitrator has a positive role that enables him to reconsider the obligations arising from the international contract to save that association from the risk of termination.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
& Scientific Research
Al-Qadisiyah University
College of Law

The arbitrator authority to amend the international contract in light of the circumstances affecting the national security of the host State

(An analytical study)

A thesis Submitted to
College of Law Council - University of Al-Qadisiyah It is part of the requirements for obtaining a master's degree in private law

By

Mohamed Zugheir Abbas

Supervised by

Prof. assistant Dr.
Sinan Abdul Hamza Tieh Al-Bidery

2021 A.D. 1441 A.H.