

أثر اتفاق التحكيم على الدفع بالحصانة القضائية

الأستاذ المساعد الدكتور
فراس كريم شيعان
جامعة بابل - كلية القانون

The effect of the arbitration agreement on the claim of judicial immunity

Dr.
Firas Kareem Shiaan
University of Babylon - College of Law

ملخص البحث:

تعرض البحث لأثر اتفاق التحكيم على الدفع بالحصانة القضائية وذلك من خلال تناول مفهوم التحكيم الدولي وأهميته اتفاق التحكيم وأهلية الدولة في إبرام هذا الاتفاق والآثار التي تترتب على الاتفاق على التحكيم، ثم تطرقنا إلى الحصانة القضائية من حيث تعريفها والقواعد المنظمة لها وطبيعة الدفع بالحصانة القضائية، وبعد ذلك تطرقنا إلى أثر الاتفاق على التحكيم على حق الدولة في التمسك بحصانتها القضائية سواء في مواجهة محكمة التحكيم أو في مواجهة القضاء الوطني عند نظره لمنازعة تتعلق باتفاق التحكيم.

فرغم أهمية التحكيم الدولي وكثرة اللجوء إليه لما يحققه للدول والهيئات من مزايا - إلا أنه كثيراً ما يثير العديد من الصعوبات والإشكالات مع الأهمية البالغة التي يحظى بها في شتى المجالات، فالتحكيم هو وسيلة قانونية اعترفت بها الأنظمة والأشخاص للفصل في المنازعات سواء أكانت هذه المنازعات بين أشخاص القانون الخاص أو بين أشخاص القانون الخاص وأشخاص القانون العام، لاسيما بعد التطور الحاصل في النظم القانونية المختلفة التي اعترفت بأهلية الدول بإبرام اتفاقات التحكيم.

فالصفة العامة للدولة بوصفها طرفاً في التحكيم وتمتعها بالحصانة القضائية في مواجهة الخضوع للقضاء الوطني تقتضي التعامل معها بحذر شديد ومنحها معاملة تفضيلية من جانب سلطات الدول الأخرى لما قد تسببه تلك المعاملة من اضطراب في العلاقات الدولية. إلا أن الأمر يختلف في إطار التحكيم كون هذا الأخير يمثل قضاء خاص مطلوب، وإن كون الدولة طرفاً في منازعة معروضة أمام هذا القضاء هو دائماً موضع خلاف لسبب رئيسي واحد وهو ما إذا كانت الدولة في إطار التحكيم سوف تدفع بحصانتها القضائية بالرغم من كونها أصبحت تمارس أعمالاً تجارية وتدخل في ميدان التجارة الدولية الذي يعد التحكيم من أهم وسائل تسوية منازعاته.

واستخلص البحث أن موضوع أثر اتفاق التحكيم على الدفع بالحصانة القضائية من الموضوعات الحساسة وذلك لتعلقه بمسألة من المسائل السيادية الأمر يقتضي أقامه التوازن بين موضوعين متناقضين التحكيم والحصانة، وإن استقرار المعاملات الدولية لا يستقيم ما لم يتم الحد من حق الدولة في الدفع بالحصانة القضائية في مواجهة إجراءات التحكيم ذلك إن إقرار هذا الحق للدولة هو أمر استثنائي تقرر لها في حالات معينة وإن القول بامتداد نطاقه في إطار العلاقات الخاصة سوف يؤدي بالنتيجة إلى التخوف من الدخول في العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها، لما يمثله من إخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف وارتداد في علاقات التجارة الدولية وقيدا على الاستثمار التجاري الدولي.

الكلمات المفتاحية: التحكيم - الحصانة القضائية - التحكيم الدولي - الدولة - الفصل في المنازعات.

Abstract:-

The study deals with the impact of arbitration agreement on against the judicial immunity and the concept of international arbitration and its importance, the importance of recognition ,implementation of the provisions and presented the arbitration agreement and the state's eligibility to conclude this agreement and then referred to the legal immunity in terms of definition and rules governing them and then we touched on the impact of the agreement To arbitrate the right of the State to uphold its immunity either in the face of the arbitral tribunal or in the face of national jurisdiction when considering a dispute relating to the arbitration agreement.

Despite the importance of international arbitration and the frequent recourse to it for its advantages and benefits to States and bodies, it often raises many difficulties and problems with the great importance it enjoys in various fields. Arbitration is a legal means recognized by regimes and persons to settle disputes, Private law or between persons of private law and public law, especially after the evolution of the various legal systems that recognized the eligibility of States to conclude arbitration agreements.

This general capacity of the State as a party to arbitration and its enjoyment of judicial immunity in the face of national jurisdiction requires careful handling and preferential treatment by the authorities of other States for the disruption of international relations. Arbitration between a private party and the State was always the subject of controversy for one main reason: whether the State in arbitration would pay its own immunity even though it had become a commercial enterprise and had intervened in the field of international trade, which was one of the most important means of settling its disputes.

The study concluded that the subject of the arbitration agreement's impact on the payment of judicial immunity is one of the most sensitive issues, because it relates to a sovereign issue. It is necessary to establish a balance between two contradictory issues: arbitration and immunity. The stability of international transactions is not correct unless the state's right to pay judicial immunity is limited Arbitration The adoption of this right by the State will result in the fear of entering the legal relations to which the State is a party, which represents a rebound in international trade relations and a restriction on international commercial investment.

Keywords: Arbitration, Jurisdiction, International Arbitration, State, Dispute Resolution.

المقدمة:

باتت التجارة الدولية لا تتم فقط بين الأفراد والشركات بل امتدت لتشمل الدول وأجهزتها العامة فنجد اليوم المشاركة المباشرة في السوق الدولية والدخول في ميدان التجارة الدولية من قبل الدولة. وان المعاملات عبر الحدود اليوم والعقود الدولية المنظمة لها تحتوي على شروط التحكيم مما يؤدي بالنتيجة إلى أن تكون الدولة نتيجة لمنازعة ما خاضعة لقضاء التحكيم، هذا القضاء الذي لا تزال الدول تنظر له بعين الريبة فيما يمثل ضماناً لمن يتعاقد معها.

والحصانات التي تتمتع بها الأشخاص القانونية كالدول وأجهزتها العامة وهذه الأشخاص القانونية ليست مثل بقية أشخاص القانون الآخرين حتى ضمن نظامها القانوني الداخلي، ومن أمثلة ذلك عدم قابلية أموالها للحجز. وفي النظام الدولي لا يمكن للشخص العادي أن يتخذ ضدها موقف إلى ساحات المحاكم لمقاضاتها وهو ما يعرف بالحصانة ضد التقاضي أو الحجز على أموالها وهو ما يعرف بالحصانة ضد التنفيذ.

ومع هذا لا يمكن أن نقول بأن الدول الأجنبية أو الهيئات المتمتعة بالحصانة في منأى عن أية ملاحقة قضائية بل إن الممارسات القضائية وبعض التشريعات والاتفاقيات الدولية ذات الصلة سمحت بجواز مقاضاة هذه الكيانات القانونية - لكن ضمن أطر ووفقاً لشروط - لكي لا تضيق حقوق الأشخاص في مواجهة هذه الهيئات فالحق في التقاضي من المبادئ التي صاغتها إعلانات الحقوق والمواثيق الدولية والمسألة لا تخلو من الحساسية لارتباط القانون فيها بالسياسة وأي خطأ قضائي من شأنه التأثير على العلاقات الدولية مع الأخذ في الاعتبار مبدأ استقلال القضاء الذي بدأ ينتشر في معظم دول العالم، فلم يعد من اليسير التدخل في الشؤون القضائية لصالح المبادئ السياسية، كما أنه ليس من السهل كذلك المس بـهذه العلاقات لاسيما عند إساءة فهم الحصانة القضائية في الممارسة القضائية. وموضوع الحصانات يتعلق بالقانونين العام والخاص معاً، لذلك فإن الإحاطة به والإلمام بجوانبه يتطلب معرفة كل منهما، والمسألة ليست بسيطة. فإذا كانت الحصانة الدبلوماسية والقنصلية وحصانة البعثات الخاصة وحصانة المنظمات الدولية والوكالات المتخصصة مقننة في اتفاقيات دولية برعاية الأمم المتحدة، فإن حصانة الدول وممتلكاتها لم تكن كذلك على الأقل إلى غاية ٢٠٠٤^(١).

وأصدرت الجمعية العامة قرارها رقم ٥٥/٤٦ المؤرخ ١٩٩١/١٢/٩ داعية الدول إلى تقديم ملاحظاتها وتعليقاتها المكتوبة بشأن الموضوع^(٢)، إلى أن كتب له النجاح ورأي النور في ٢٠٠٥/١/١٧.

أهمية الموضوع وتقسيم:

يعتبر التحكيم الدولي ذو أهمية خاصة، مع كثرة الالتجاء إليه لما يحققه للدول والهيئات من مزايا، وبالرغم من الأهمية البالغة التي يحظى بها في شتى المجالات، خصوصاً مع تزايد المعاملات التجارية وفتح فرص أكثر للاستثمارات الأجنبية والمبادلات الاقتصادية واتساعها على نطاق واسع، إلا أننا نجد أنه يشتر العديد من الإشكاليات ويتضمن العديد من الازدواجيات ومنها ازدواجية الاتفاق على التحكيم وحق الدولة بالتمتع بالحصانة القضائية.

وتظهر أهمية الموضوع من حيث كيفية تحقيق الموازنة بين أهمية التحكيم الدولي ذاته بوصفه وسيلة لتسوية منازعات التجارة الدولية وتكريس حق الدولة في اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التي تكون طرفاً فيها من جهة، وحق الدولة بالتمسك بالحصانة القضائية المقررة لها فيما لو عرض النزاع على التحكيم وأثر ذلك على فاعلية التحكيم وما يمثله تمسك الدولة بالحصانة القضائية من خرق لليقين القانوني وحماية التوقعات المشروع للأطراف في إطار العلاقات الخاصة الدولية. ووفقاً لذلك سوف نتناول الموضوع من خلال مبحثين الأول مفهوم الاتفاق على التحكيم، أما المبحث الثاني فسوف يكون الدفع بالحصانة القضائية في مواجهة اتفاق التحكيم.

المبحث الأول

مفهوم الاتفاق على التحكيم

ينصرف مفهوم التحكيم الدولي إلى قيام شخص أو هيئة بتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف بناءً على اتفاق مسبق فيما بينهم يقضي بمنحهم الاختصاص بتسوية المنازعات مع التزامهم بتنفيذ القرارات التي تصدر نتيجة التحكيم، فالتحكيم الدولي هو وسيلة لتسوية المنازعات عامة و منازعات التجارة الدولية خاصة وهو يوفق بين اعتبارين إرادة المتعاملين في ميدان التجارة الدولية واحترام القانون، ومن ثم فإن أهم ما يمتاز به التحكيم

هو قيام الأطراف باختيار محكموهم حيث يمكن القول بأن التحكيم يتم علي يد طرف ثالث من غير أطراف النزاع، سواء كان المحكم شخصاً أم هيئة تحكيم ويعتبر المحكم قاضي اختاره الطرفان لحسم النزاع بينهما بحكم يصدره وفقاً للقانون يكون ملزماً لهما ويحوز قوة الشيء المقضي به في مواجهتهم، لذلك يوصف التحكيم انه قضاء خاص ويوفر عدالة خاصة هي عدالة الأطراف، وتقتضي طبيعة البحث أن يتم التطرق إلى التعريف باتفاق التحكيم في الفرع الأول ومن ثم أهلية الدولة في إبرام الاتفاق على التحكيم وذلك في فرع ثان.

الفرع الأول: التعريف باتفاق التحكيم.

التحكيم هو عقد لا يختلف عن غيره من العقود، ولا يؤثر على ذلك الدور الكبير الذي تلعبه الإرادة في التحكيم، فالتحكيم يبدأ باتفاق، سواء كان هذا الاتفاق شرطاً أو مشارطة، فالإرادة هي مصدر سلطة الحكم في البت في النزاع ونقل الاختصاص من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع^(٣).

وفي القرن العشرين ذاع التحكيم وانتشر نطاقه ليساير اتجاهها معاكساً نحو انسلاله من قبضة سلطان القضاء العادي، ليصبح قضاءً خاصاً ينصبه أطراف النزاع بأنفسهم^(٤).

وقد تطرقت المادة (٣٧) من اتفاقية لاهاي المؤرخة في ١٨ تشرين الأول ١٩٠٧ المتعلقة بطرق التسوية السلمية للمنازعات الدولية للتحكيم في أول إشارة له، بقولها التحكيم "يتمثل في تسوية النزاع بين الدول، وبمعرفة قضاة يتم اختيارهم من قبل هذه الدول، وعلي أساس احترام القانون" الأمر الذي يفيد أن التحكيم لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة قانونية اعترفت بها الأنظمة للفصل في المنازعات طريقة أخرى غير القضاء العادي وبعبداً عن مسلك القضاء وسلطاته، فهو نظام بديل يستخدم في حسم المنازعات لكونه يتركز علي عنصرين أساسيين هما اتفاق التحكيم وحكم المحكمين الذي تنتهي به الخصومة ويضع حداً للنزاع^(٥).

وقد أدرك المجتمع الدولي أهمية التحكيم الدولي في إطار العلاقات الخاصة الدولية مما دفع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى أن تباشر بوضع قانون نموذجي خاص بالتحكيم التجاري الدولي وهو ((قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥)) وكذلك سعت غالبية الدول إلى تنظيم الأحكام الخاصة به.

ويلحظ إن غالبية التشريعات المنظمة لموضوع التحكيم التجاري الدولي أو الاتفاقيات ذات الصلة لم تضع تعريفاً محدداً للتحكيم مكتفية بإظهار عناصره فقط. وعلى صعيد الفقه نجد أن هناك العديد من التعريفات التي ذكرت جميعها تفيد إن التحكيم هو وسيلة قانونية موازية للقضاء العادي تتيح للأطراف تسوية المنازعات أياً كان مصدرها بناءً على اتفاق يقضي بعرض النزاع على التحكيم لإنهاء الخلافات الناشئة فيما بينهم بحكم ينهي الخصومة وفقاً لشروط معينة محددة ويتقيد به الفرقاء.

فهو في نظرنا طريقة غير استثنائية لان القول بالصفة الاستثنائية يقتضي ان يتم تضيق نطاق اللجوء إلى التحكيم ويكون في حالات محددة على سبيل الحصر في حين نجد أن الواقع القانوني والقضائي يشير إلى أن التحكيم أصبح هو الوسيلة الفنية الأولى لتسوية المنازعات في إطار علاقات التجارة الدولية بحيث يمكننا القول انه أصبح أصل وليس استثناء لذلك نقول بأنه وسيلة موازية للقضاء العادي. كما انه وسيلة قانونية لان غالبية التشريعات والاتفاقيات الدولية قد نظمت التحكيم التجاري الدولي وقننت قواعده فأصبح القانون أساساً له.

وهو قضاء اتفاقي لأنه يركز إلى أرادة الأطراف التي انصرفت إلى اختياره كطريق لتسوية النزاع بديلاً عن القضاء العادي، فاتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يمثل الركيزة الأساسية له، فعند إبرام عقد من عقود التجارة الدولية فإن أول ما يتبادر إلى ذهن المتعاقدين هو الية تسوية المنازعات التي قد تنشأ من جراء تنفيذ هذا العقد، فإن توجهت ارادتهم إلى التحكيم كوسيلة لتسوية هذه المنازعات فإن من البديهي ان يتم تضمين عقدهم الأصلي شرطاً يعبرون فيه عن ارادتهم في اللجوء إلى التحكيم.

ويعتبر اتفاق التحكيم هو مركز الثقل في بناء التحكيم، فبدون النص علي هذا الاتفاق في العقد الدولي لا يمكن اللجوء إلي هذه التقنية لحل النزاع، ويشكل الاتفاق التحكيمي مصدر اختصاص الهيئة التحكيمية، وصدور الحكم التحكيمي، مما يؤكد الطبيعة العقدية لنظام التحكيم، يظهر دور أنفاق التحكيم في نظام التحكيم عادة ليس فقط في اطار البدء في اجراءات التحكيم وتسوية النزاع فقط بل في تنفيذ الحكم التحكيمي أيضاً، إذ يتطلب الاعتراف بالحكم التحكيمي وجود الاتفاق وإثباته باتفاق التحكيم أو نسخة منه، كما ترتبط

أغلب حالات استئناف أوامر الاعتراف والتفويض أو عدم الاعتراف والتفويض باتفاق التحكيم، وكذلك الشأن فيما يخص حالات بطلان الأحكام التحكيمية، إذ أنها ترتبط بصورة مباشرة أو غير مباشرة باتفاق التحكيم.

ويستمد الحكم التحكيمي فاعليته من فاعلية الاتفاق التحكيمي، وتظهر هذه الفعالية من خلال الأحكام العديدة محل التنفيذ، حيث أن قاضي التنفيذ لا يعارض الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه إلا بصفة استثنائية جداً. كما تظهر أهمية اتفاق التحكيم عند تنفيذ حكم التحكيم الذي يصدر بناءً على رغبة طرفي النزاع في الاحتكام لدي جهة أو هيئة معينة بمحض إرادتهما، فالأصل أن يكون التنفيذ رضائياً، لأنه امتداد للعقد أو الاتفاق وأثر من آثاره^(٦).

ولما كانت اتفاقية التحكيم هي الأساس القانوني الذي يستمد منه المحكمون اختصاصهم لحل النزاع لأنها تجسد إرادة الأطراف، والتي يتم بمقتضاها استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية، وعليه وجب التحقق من صحتها شكلاً وموضوعاً، وعليه يعتبر وجود اتفاق التحكيم ضروري للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه من جهة ومن جهة أخرى أن لا يكون هذا الاعتراف والتنفيذ مخالفاً للنظام العام.

ويقصد بوجود اتفاق التحكيم، الوجود المادي له الذي يكون مشتملاً على مستلزماته، وهو الذي يثبت حكم التحكيم. وتعددت التعاريف الفقهية لاتفاق التحكيم، واختلفت نظرة الفقه إليه وكذلك القانون والاجتهاد القضائي. فيعرفه الفقيه جولدمان بأنه: (الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا للتحكيم سواء النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما والمتعلقة بالعقد أو النزاعات التي نشأت في كلتا الحالتين بالتجارة الدولية^(٧)). ويرى الأستاذ فوشار بأن اتفاق التحكيم يغطي فكرتين مختلفتين من جهة شرط التحكيم وهو الشرط المنصوص عليه في العقد وينص على أن أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم^(٨)، ومن جهة أخرى مشارطة التحكيم والتي هي اتفاق بين الطرفين يقوم بموجبه بإخضاع النزاع إلى محكم أو هيئة تحكيمية^(٩).

ويسمى هذا البند الذي يدرج في العقد والذي يشير إلى اتفاق الأطراف باللجوء إلى التحكيم مصطلح (شرط التحكيم)، إلا أن هذه الصورة ليست هي الوحيدة فقد يغفل الأطراف

ابتداءً عن مسألة تحديد آلية تسوية المنازعات إلا أنهم يتنبهوا لها في مرحلة تنفيذ العقد أو عندما ينشأ اختلاف فيما بينهم فيلجأون إلى إبرام اتفاق آخر مستقل عن العقد الأصلي يتفقون فيه على اللجوء إلى التحكيم لحل تلك الخلافات وهو ما يعرف بـ (مشارطة التحكيم)، ولا يوجد خلاف بين الصور المتقدمة إلا من حيث كون شرط التحكيم هو سابق على النزاع ومعاصر لنشوء العقد الأصلي، أما مشارطة التحكيم فممكن أن تكون سابقة على النزاع كما يمكن أن تكون لاحقة عليه^(١٠)، وغالباً ما تكون في هذه الحالة مكتملة لشرط التحكيم.

وقد تعرضت مختلف التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز التحكيم لهاتين الصورتين للاتفاق على التحكيم^(١١). وقد عالجها المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل والتي تنص على أن (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع...).

وشرط التحكيم يعرف بأنه "اتفاق مكتوب بين طرفين في عقد دولي يتعهدان بمقتضاه أن يخضعا للتحكيم في المنازعات التي يحتمل أن تنشأ عن ذلك العقد"^(١٢).

ويعتبر شرط التحكيم وفقاً للواقع العملي من أكثر الصور التي يتم اللجوء إليها للاتفاق على التحكيم حيث أنه يتم في مرحلة إبرام العقد هذه المرحلة التي تسود فيها روح التعاون والود بين الأطراف لذلك يعتبر شرط التحكيم من أهم مصادر التحكيم التجاري سواء الداخلي أو الدولي^(١٣).

أما مشارطه التحكيم فتعرف بأنها (اتفاق المتعاملين في التجارة الدولية على تسوية نزاع قد نشأ بينهم بالفعل وذلك عن طريق التحكيم ويتم اللجوء إليه أثناء إبرام العقد وقبل نشوء النزاع)^(١٤) ومشارطه التحكيم يتم الاتفاق عليها بعد أن يثور النزاع في اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي^(١٥).

كما تعرف بأنها "اتفاق مكتوب بين الطرفين بعد نشوب النزاع ويخضعان بمقتضاه لقضاء التحكيم"، وتجدر الإشارة إلى الاختلاف في وجهات النظر التي كانت قائمة سابقاً وبدأت تتقلص حالياً بين الدول التي تأخذ بالتفرقة بين شرط التحكيم ومشارطه التحكيم والدول التي لا تأخذ بالتفرقة^(١٦)، حيث أن الدول التي تأخذ بالتفرقة تضع شروطاً أكثر تشدداً من

الدول الأخرى^(١٧)، ويرى بعض الفقه بأن هذه التفرقة في بعض القوانين الداخلية ترتب أثراً مهماً لكنها لا ترتب نفس الآثار على المستوى الدولي^(١٨).

الفرع الثاني: أهلية الدولة على إبرام اتفاق التحكيم

لما كان الاتفاق على التحكيم تصرف قانوني الأمر الذي يقتضي بأن يتوافر لقيام وصحة اتفاق التحكيم في الشخص الذي يريد إبرامه الأهلية اللازمة لذلك، لكن هناك اختلاف في تحديد صيغة هذه الأهلية، هل يستوجب الأمر توافر أهلية التقاضي انطلاقاً من الطبيعة القضائية لوظيفة المحكم؟ أم أهلية التعاقد استناداً إلى الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم^(١٩).

وقد اختلف الفقه في الأهلية المطلوبة لإبرام اتفاق التحكيم بين الرأي الذي يقر بوجود توافر الأهلية المطلوبة لممارسة حق التقاضي على أساس الطبيعة الإجرائية لاتفاق التحكيم^(٢٠)، في حين عارض جانب من الفقه هذا الرأي على أساس أن اتفاق التحكيم لا ينشئ في الحال سوى وضعية تنازعية محتملة دون تعديل في حقوق الأطراف، إلا أنه يحتمل أن لديهم إرادة الخضوع لقضاء التحكيم وللقرار الذي يصدر عن المحكم والذي قد يؤدي إلى نقل حقوق أحد الطرفين إلى الآخر^(٢١).

ويقصد بالأهلية، أهلية الأداء، وهي قدرة الشخص على إبرام العقود بصفة عامة وعقد التحكيم على الخصوص، ويسري عليها القانون الشخصي أو قانون جنسية الشخص الطبيعي في دول القانون المكتوب وقانون الموطن في دول القانون العام الانجليزي^(٢٢)، وعليه فإن الأشخاص الطبيعية مؤهلة لإبرام الاتفاقية التحكيمية، كما تؤهل الأشخاص المعنوية وفقاً لقانون المكان الذي يوجد بها مقرها في القانون الفرنسي، فيما ينص القانون العام الانجليزي على سريان قانون الدولة التي تم بها إبرام عقد إنشاء الشركة وإجراءات شهرها وتسجيلها^(٢٣).

تعتبر مسألة أهلية الدولة من أهم المشاكل القانونية التي يثيرها اتفاق تحكيم الذي تكون الدولة طرفاً فيه، وهذه المشكلة قد أثّرت نتيجة تباين موقف تشريعات من مسألة حق الدولة أو أحد اشخاصها العامة في اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية مما يؤثر على أهليتها في إبرام اتفاق التحكيم. وتعد هذه المسألة من الأهمية لما قد تثيره مسألة تمسك الدولة ببطان اتفاق التحكيم لانعدام أهليتها باللجوء إلى التحكيم على أساس قانونها

الوطني الذي تم إبرام اتفاق التحكيم بموجبه يحظر على الدولة أو هيئاتها العامة اللجوء للتحكيم.

كما من المقرر أن أهلية الأشخاص المعنوية بصورة عامة تخضع للنظم القانونية الخاصة بها والتي تقوم بتحديد أهليتها وهي غالبا ما تكون خاضعة إلى قانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي مع إعطاء مجال محدود لقانون محل مزاولة النشاط وتخضع أهلية الشخص المعنوي إلى مبدأ التخصيص أي أن أهليته تتحدد بالغرض الذي أنشأ من أجله فلا يحق له أن يمارس أي عمل خرج حدود الغرض الذي أنشأ من أجل تحقيقه.

وإذا كان الأمر السابق من الأمور الثابتة في إطار الفكر القانوني إلا أننا نجد أن موضوع أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم يتنازع منهجين منهج يتردد بين إنكار حق الدولة في اللجوء إلى التحكيم والذي يتجلى في القانون الفرنسي وبين من يشترط موافقة مسبقة من أجل سلوك طريق التحكيم لتسوية النزاع، حيث يحظر القانون الفرنسي وبشكل كامل على الهيئات والمؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم لحل الخلافات المتعلقة بها وتقييد حق الدولة في اللجوء إلى التحكيم استنادا إلى نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي^(٢٤) وذات الموقف قد تبناه القضاء الفرنسي.

وهذا القضاء بدء بالتراجع عن موقفه المتشدد من خلال إحداث تفرقة بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية حيث قصر الحظر في اللجوء إلى التحكيم في نطاق المعاملات الداخلية فقط دون المعاملات الدولية وقد تبع هذا التطور في موقف القضاء تطور في موقف التشريع الفرنسي بصدور القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٨٦ الذي أجاز في المادة ٩ منه للدولة ومؤسساتها العامة اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية استثناء من المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي بشرط أن يكون العقد دولي^(٢٥).

وفي مقابل هذا نجد بعض النظم القانونية تخفف من حدة الاتجاه المتقدم ولا تسمح للدولة أو أحد أشخاصها العامة باللجوء إلى التحكيم إلا بعد الحصول على إذن من السلطة المختصة قبل اللجوء إلى التحكيم كما هو الحال بالنسبة للمملكة العربية السعودية حيث نصت المادة (٢/١٠) من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية على عدم جواز قيام الجهات الحكومية في المملكة بإبرام اتفاق التحكيم إلا بعد اخذ موافقة رئيس مجلس

الوزراء^(٢٦). وفي الجمهورية الإسلامية الإيرانية فنجد أن القانون الأساسي قد نص في المادة (١٣٩) على إن تسوية المنازعات المتعلقة بالأموال العامة أو الحكومية عن طريق التحكيم لا يكون الا بعد موافقة مجلس الوزراء وإعلام مجلس الشورى في حالة إذا كانت المنازعة تتضمن طرفاً أجنبياً^(٢٧)، أما بالنسبة للجمهورية العربية السورية فنجد إن نظامها القانوني قد اشترط تسوية المنازعات التي تتعلق بالعقود الخارجية التي تكون الدولة طرفاً فيها عن طريق التحكيم بشرط الحصول على موافقة الوزير المختص على ذلك حسب نص المادة (٦٦/ج) من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١/٥١ بتاريخ ١٢/٩/٢٠٠٤^(٢٨). وذات الأمر بالنسبة لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية القطري الذي نص على جواز اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للعقود الإدارية بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء أو من يفوضه ولا يجوز في أي حال اللجوء إلى التحكيم من قبل أشخاص القانون العام لحل النزاعات التي تنشأ بينهم^(٢٩).

وفي مقابل هذا الاتجاه المتقدم نجد اتجاهها آخر يمثل التطور الحاصل في النظم القانونية المعاصرة التي أقرتها القوانين المنظمة للتحكيم وكذلك الاتفاقيات الدولية المعنية بموضوع التحكيم التي تميز للدولة وأشخاصها العامة اللجوء إلى التحكيم.

وعلى صعيد التشريعات نجد ان القانون الانكليزي قد رفع القيود التي ترد على حرية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم التونسي الذي أشار إلى أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم في المنازعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية اذا كانت هذه المنازعات ناشئة عن علاقات اقتصادية دولية أو تجارية أو مالية^(٣٠).

وكذلك قانون التحكيم المصري الذي نص في المادة (١١) على جواز الاتفاق على التحكيم من قبل الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يملك التصرف في حقوقه، فمتى كان اللجوء إلى التحكيم يتعلق بمنازعة تدخل ضمن نطاق الأعمال التي انشأ من أجلها الشخص المعنوي فيمكنه إبرام اتفاق التحكيم^(٣١)، وكذلك الحال بالنسبة للقانون اللبناني حيث اعترف المشرع اللبناني في قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ٩٠/٨٣ الصادر بتاريخ ١٦/٩/١٩٨٣ بأهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم الدولي فقط دون التحكيم الداخلي وذلك في المادة ٨٠٩ منه^(٣٢).

أما بالنسبة لموقف القانون الكويتي فنجد أنه يميز ما بين التحكيم العادي والذي تنظم

أحكامه المواد من (١٧٣ - ١٨٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ والذي يشير إلى في المادة (١٧٣) إلى عدم جواز التحكيم إلا في المسائل التي يجوز الصلح فيها ومن له أهلية التصرف في الحق المتنازع فيه دون الإشارة إلى المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها وبين التحكيم القضائي الذي يخضع إلى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المسائل المدنية والتجارية، حيث نجد أن هذا الأخير أجاز لهيئة التحكيم القضائية دون غيرها الفصل في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد مرافقها طرفاً فيها أو فيما بين مؤسسات الدولة بعضها مع البعض الآخر^(٣٣).

وعموماً يمكن القول بأنه بالنسبة للدول العربية المصدقة على الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري (اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري) لعام ١٩٨٧^(٣٤)، فإن الدولة لها الحق في اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات ذات الطابع التجاري^(٣٥).

وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية الناطمة لموضوع التحكيم نجد أن هذه الاتفاقيات قد أشارت وبشكل واضح إلى أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم كما هو الحال بالنسبة لنص المادة (٢/١) من اتفاقية جنيف بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ التي نصت على ((الأشخاص المعنوية التي تعتبر كذلك وفقاً للقانون الواجب التطبيق عليها من أشخاص القانون العام تكون لها القدرة على إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة)) ولم ترد في اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ أي قواعد موضوعية في هذا الشأن واكتفت أعمالها التحضيرية بإيضاح أن مؤتمر الأمم المتحدة الذي أعد الاتفاقية حرص فقط على تأكيد أمر واحد ألا وهو استبعاد أية قيود من شأنها أن تعيق الأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطرافاً في اتفاق التحكيم الخاضع لقواعد الاتفاقية مهما كانت جنسية أو موطن هؤلاء الأشخاص.

المطلب الثاني

أثر الاتفاقية التحكيمية

للاتفاقية التحكيمية بعض الآثار منها ما هو إيجابي والآخر سلبي ونتناول كل منهما تباعاً.

الفرع الأول: الأثر الإيجابي للاتفاقية التحكيمية.

الاتفاقية التحكيمية عقد كبقية العقود الأخرى ينتج عن تلاقي أرادتین ويتم انطلاقاً من

مبدأ سلطان الإرادة، ومحل الاتفاقية هو إسناد حل نزاع تعاقدى أو غير تعاقدى إلى هيئة من المحكمين أو محكم واحد ليفصل فيه دون القضاة المختصين في الأصل بجل المنازعات، ويقوم التزام أطرافه على قاعدة قانونية قوامها العقد شريعة المتعاقدين (pacta sunt servanda) والتي تقتضي أيضاً بوجوب تنفيذه بحسن نية، وهي واحدة من المبادئ الأكثر متانة وشيوعاً المقررة في القانون الدولي للعقود^(٣٦).

ومتى ما نشأ اتفاق التحكيم صحيحاً ومستوفياً لشروطه القانونية فإنه يرتب آثاره جميعاً ومن أهم هذه الآثار التي تمثل الجانب الإيجابي لاتفاق التحكيم هو إلزام أطراف اتفاق التحكيم باحترام التزاماتهم الناشئة عن الاتفاقية التحكيمية ولا يحق لأي طرف أن يتهرب من تنفيذ التزاماته أو يتحلل منها بإرادته المنفردة أو بخلق أسباب تؤدي إلى تفريغ اتفاقية التحكيم من مضمونها وهدفها الأساس وهو تسوية المنازعات مما يمثل إخلالاً بمبدأ حسن النية.

الأمر المتقدم وإن كان يمثل التزاماً على الأطراف مصدره اتفاق التحكيم فهو يعد أيضاً واجباً قانونياً على الدولة مقتضاه دعم العملية التحكيمية، ولا يغير من الأمر شيئاً فيما لو كانت الدولة أو أحد مؤسساتها العامة طرفاً في اتفاق التحكيم فوجود الدولة كطرف في عقود التجارة الدولية لا يغير من طبيعة هذه العقود ويضفي عليها صفة خاصة تمكن الدولة من التهرب من التزاماتها التي ارتضت ابتداءً بها حيث إن قبول الدول الدولة باللجوء إلى التحكيم يفترض أنها قد تنازلت مقدماً عن منح الاختصاص للمحاكم العادية ونقلت الاختصاص إلى قضاء التحكيم.

واليوم لا توجد أية صعوبة في القبول بهذا المبدأ بداية من بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣ في مادته الأولى، وتبعته اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ في المادة (١/٢٢) ثم جاءت اتفاقية جنيف لسنة ١٩٦١ لتكرس ذات المبدأ والذي يلزم المتعاقدين بإحالة نزاعهم على التحكيم في وجود شرط تحكيمى أو مشاركة تحكيم.

والقول بالقوة الإلزامية للاتفاقية التحكيمية قد يصطدم بامتناع أحد الأطراف عن تنفيذه، ولا يجدي معه كذلك الحكم للطرف المتضرر من الامتناع بالتعويض، فالتنفيذ العيني لهذا الالتزام، هو الحل الأسلم حال امتناع الطرفين عن تنفيذ الاتفاقية التحكيمية بعزوفه عن اللجوء إلى هيئة التحكيم للفصل في المنازعة، أو الامتناع عن تعيين محكمه لذلك نجد أن

بعض التشريعات و الاتفاقيات الدولية قد تضمنت أساليب علاجية لمثل هكذا حالات حيث يتم اللجوء إلى القضاء العادي لاستكمال ودعم العملية التحكيمية والتنفيذ العيني للالتزامات الطرف المتقاعس وذلك من خلال تعيين المحكم أو إلزامه بتقديم مستنداته إلى هيئة التحكيم للبدء بإجراءات التحكيم وغيرها من المسائل.^(٣٧) ويعد هذا التدخل من قبل القضاء في إجراءات التحكيم من قبيل إجراءات المساعدة والتعاون بين النظامين، نظام القضاء العادي ونظام القضاء الخاص أو التحكيمي كما نفضل تسميته، لضمان احترام أرادة الأطراف في حل منازعاتهم عن طريق التحكيم.

أما الأثر الثاني، فهو اختصاص محكمة التحكيم بنظر اختصاصها كنتيجة غير مباشرة لمبدأ استقلال الاتفاقية التحكيمية عن العقد الأصل ومضمون هذا المبدأ أن يكون للمحكم السلطة البت في أية مسألة تتعلق باختصاصه^(٣٨)، وبتعبير آخر يكون للمحكم البت في المنازعة المتعلقة بوجود وبصحة اتفاقية التحكيم ونطاقها من حيث الاختصاص، وعليه فانه في ضوء هذا المبدأ لم يعد يكفي لاستبعاد اختصاص المحكمين ومنح الاختصاص للقضاء ان ينازع احد أطراف التحكيم بوجود أو بصحة اتفاق التحكيم هذا وتوجد علاقة بين هذا المبدأ ومبدأ الاستقلالية إذ أنه يرتبط به برابطة وثيقة مما دفع البعض إلى القول بأن هذا المبدأ ووجوده مرتبط بمبدأ الاستقلالية^(٣٩).

ويؤيد هذا الأمر بعضهم إذ يذهب إلى القول ((بالطبع لولا استقلالية اتفاقية التحكيم لما كان بإمكان المحكم ان يكون له الاختصاص للنظر باختصاصه بفضل قاعدة الاستقلالية فان العيوب المنسوبة إلى العقد الأساسي تفقد كل أثر مباشر لها على اتفاقية التحكيم التي تبقى حجيتها وتعطي بالتالي للمحكم اختصاص النظر بالنزاع ولا تعود هناك حجة عن عدم اختصاص المحكم قائمة نتيجة الدفع بعيوب العقد الاصلي المتفرع عن البند التحكيمي))^(٤٠).

ويمكن أساس هذا المبدأ في الطبيعة القضائية لهيأة التحكيم هذه الهيئة التي تتمتع بالصلاحيات اللازمة التي تمكنها من ممارسة ولايتها القضائية في تسوية المنازعات بما في ذلك صلاحيتها للبت في اختصاصها مع وجود خلاف أو طعن يتعلق بصحة الاتفاق التحكيمي أو العقد الاصلي، فسلطة المحكم مستمدة في هذا الجانب من إرادة الأطراف هذه الإرادة التي لا يحق له الخروج عليها لأنه بذلك يفقد سلطته ولو كان أساس هذه السلطة (اتفاق

التحكيم) صحيحاً، فتجاوز المحكم لحدود السلطة الممنوحة له يعد مساوياً لانعدام هذه السلطة من حيث الآثار التي تجيز الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمي^(٤١).

وقد قنن المبدأ في مختلف التشريعات والاتفاقيات والأنظمة القانونية الدولية وأصبح قاعدة من قواعد التحكيم التجاري لتطبق على نزاعات التحكيم الدولية والداخلية كلها ويمكن الرجوع في أساس مبدأ الاختصاص إلى القواعد العامة في القانون الداخلي^(٤٢).

وإذا كان للمحكم سلطة التمتع بالفصل في اختصاصه كما أوضحنا، إلا أنها لا تحول دون مراقبه القرار الصادر عنه من القضاء بهذا الشأن وإمكانية إلغائه إذا ما تبين عدم صحته^(٤٣)، إذ يرى البعض^(٤٤)، انه لا يجب أن يفهم اتفاق الأطراف على تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها أو في صحة شرط التحكيم على انه تنازل عن الحق في الطعن على القرار الصادر بالبطلان بل حتى ولو كانت مندرجات الاتفاق ألتحكيمي تقضي بذلك لأنه يتعلق بالنظام العام وهذا يخضع بالنهاية لرقابة القضاء عند بطلانه.

وقد لاقى هذا المبدأ قبولاً دولياً واسعاً من جانب الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية وقواعد التحكيم التي اعتنقته بشكل صريح، هذا وهناك بعض التشريعات لم تأخذ به كما هو الحال في قانون المرافعات المدنية على خلاف مشروع قانون التحكيم العراقي إذ جاء هذا المشروع في عدة أمور كان غافلاً عنها باب التحكيم بالنسبة لقانون المرافعات المدنية العراقي، فيبين مشروع قانون التحكيم هذا الأمر في مادته (٢٢) في فقرتها الأولى على وجوب الفصل بالنسبة لهيأت التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على تقديم طلبات من الاطراف بعدم الاختصاص قبل الدخول في تفاصيل الدعوى في حالة توافر حالات عدم الاختصاص ومنها عدم وجود اتفاق تحكيم أو حالة سقوطه أو بطلانه أو حالة عدم شمول ذلك الاتفاق لموضوع النزاع^(٤٥).

وعلى صعيد القوانين العربية نجد على سبيل المثال قانون التحكيم المصري من المادة (٢٢) في الفقرة الأولى منها إذ أنها أعطت الحق لهيأة التحكيم الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، أي في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم أو في حالة سقوط المدة أو حالة البطلان أو في حالة عدم شموله لموضوع النزاع. فمدى اختصاص المحكم أو هيئة التحكيم في مسألة الاختصاص مبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله

لموضوع النزاع^(٤٦)، وفي ذات المعنى نجد أن قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ قد نص عليه في المادة (٢١) منه في فقرتها الأولى^(٤٧).

ومن القوانين التي اعتنقت هذا المبدأ بشكل صريح قانون الإجراءات الفرنسية في المادة (١٤٦٥) التي تتعلق بالتحكيم الداخلي في فرنسا ومع ذلك فالمحاكم الفرنسية قامت بتطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص بشأن التحكيم الدولي أيضاً^(٤٨)، والحال نجده كذلك في قانون التحكيم البريطاني في المادة (٣٠) في فقرتها الأولى عندما بينت جواز المحكمة للنظر في صلاحياتها في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على أمر مخالف أي أنها في هذه الحالة تقرر فيما إذا التحكيم صالحاً وكذلك النظر في صحة تشكيل المحكمة وإذا كان النزاع المعروض أمامها يدخل من ضمن اختصاصها^(٤٩).

أما على صعيد الاتفاقيات والأنظمة الدولية فنجد ان هناك العديد من الاتفاقيات نصت على موضوع مبدأ الاختصاص هذا في نصوص موادها وأكدت على خلاف اتفاقيات أخرى لم تتطرق إلى هذا الموضوع في بنودها. فعلى سبيل المثال نجد اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ لم تنظر إلى هذا الموضوع في بنود نصوصها على خلاف الاتفاقية الأوربية للتحكيم لعام ١٩٦١ في المادة (٥) في فقرتها الثالثة إذ حددت الحالات أو (الأسباب) التي تحدد فيها هيئة التحكيم عدم اختصاصها كما في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو حالة عدم شمول ذلك الاتفاق بموضوع النزاع^(٥٠).

وهذا المبدأ قد تبنته اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ قد أوضحته في المادة (٤١) في فقرتها الأولى من حيث تحديد اختصاص المحكمة^(٥١)، وكذلك اتفاقية عمان العربية في المادة (٢٤) منها إذ أعطت الحق لهيأة التحكيم بالدفع بعدم الاختصاص وأية دفع شكلي ولكن حددتها بشرط ان يكون ذلك قبل انعقاد جلساتها الأولى ويكون القرار في ذلك نهائياً وباتاً^(٥٢).

وبالنسبة لقواعد الاونسترال للتحكيم بصيغتها المنقحة لعام ٢٠١٠ فنجد أنها عاجلت الموضوع في المادة (٢٣) في الفقرة الأولى منها إذ أعطت الحق لهيأة التحكيم بالاختصاص على الفصل في الدفع الخاصة بعدم اختصاصها مع وجود شرط التحكيم وصحته أو الاتفاق المفصل عن التحكيم^(٥٣).

وسار على النهج نفسه القانون النموذجي للتحكيم التجاري في المادة (١٦) منه في

الفقرة الأولى عندما أعطت الحق لهيأة التحكيم البت في اختصاصها. كما ان ذلك البت في أي اعتراض سيتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو تصحيحه أي يعدّ من شروط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن بنود العقد الأخرى وفي هذه الحالة إذا ما صدر قرار من الهيأة على بطلان العقد فلا يتأثر بحكم القانون بطلان شروط التحكيم^(٥٤).

ويعد مبدأ الاختصاص من القواعد القانونية المهمة التي رتبت أثراً كثيرة وكبيرة انعكست ايجابياً على أنظمة التحكيم بشكل عام، وعلى عملية التحكيم بشكل خاص، وهو من المبادئ التي أدخلت إلى التشريعات الوطنية حديثاً.

الفرع الأول: الأثر السلبي للاتفاقية التحكيمية.

يقتضي اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم التي قد تنشأ أثراً سلبياً يتمثل في استبعاد سلطة القضاء العادي من نظر المنازعات التي قد تنشأ نتيجة الإخلال بالعقد الذي تم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بشأنه.

وهذا الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم له وجهان الأول هو امتناع الاطراف من اللجوء إلى القضاء العادي لتسوية منازعاتهم المتفق على إحالتها إلى التحكيم والآخر هو امتناع القضاء العادي من نظر المنازعات التي ابرم الأطراف اتفاق التحكيم بشأنه.

ويستمد هذا المبدأ (عدم اختصاص القاضي الوطني بنظر النزاع) أساسه من الاتفاقيات الدولية ومن تشريعات التحكيم أيضاً، فعلى صعيد الاتفاقيات نصت المادة (١/٤) من بروتوكول جنيف على هذه المسألة بقولها: (إن محاكم الدول المتعاقدة المعروض عليها نزاع له علاقة بعقد مبرم بين أشخاص ممن عينتهم المادة الأولى، وتضمن هذا العقد شرط تحكيم صحيح بمفهوم المادة المذكورة وقابل للتطبيق، أن تحيل الخصوم المعنيين إلى قضاء التحكيم)، وذات الأمر نصت عليه الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم حيث نصت على ذلك في المادة (١/٦) تحت عنوان الصلاحية القضائية^(٥٥).

كما نصت اتفاقية نيويورك على حكم مماثل في المادة (٣/٢)^(٥٦)، ويصبح من حق قضاء الدولة مراقبة علاقة اتفاقية التحكيم وصحتها، حتى يقضي تبعاً لذلك بإحالة الأطراف إلى التحكيم تنفيذاً للاتفاقية التحكيمية.

ومن القوانين الوطنية التي نصت على هذا الأثر واحترام الاتفاق على التحكيم نص المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات العراقي التي أوجبت على المحكمة متى تبين لها وجود اتفاق على إحالة النزاع على التحكيم بان تقرر استئثار الدعوى لحين صدور القرار التحكيمي^(٥٧)، كما نص على ذلك قانون التحكيم المصري في المادة (١٣) فقرة ١) التي أوجبت على المحكمة التي يعرض عليها نزاع تم الاتفاق بشأنه على التحكيم ان تقرر عدم قبول الدعوى استنادا للاتفاق على التحكيم^(٥٨)، وذات الاتجاه تبناه المشرع القطري في قانون التحكيم وذلك في المادة (٨) فقرة ١)^(٥٩)، كما نصت على عدم اختصاص القضاء العادي أيضا بنظر المنازعات التي اتفق بشأنها على التحكيم المادة (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي^(٦٠)، كما أشارت إلى ذلك المادة (١٩) من قانون التحكيم التونسي^(٦١)، وكذلك المادة (١٤٤٨) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي^(٦٢)، وكذلك الأمر بالنسبة لقانون التحكيم البريطاني حيث نصت على ذلك (المادة ١٠ فقرة ١)^(٦٣).

ونخلص إلى القول بان أن الخصومة نقل الخصومة إلى التحكيم جعلت القضاء الوطني غير مختص بنظر المنازعة متى كانت الخصومة التحكيمية قائمة، ويكفي أن يعلم القاضي بوجود الاتفاقية التحكيمية ليقرر بعد ذلك عدم اختصاصه بنظر المنازعة احتراماً للآثار التي يربتها الاتفاق على التحكيم، شريطة أن يتمسك أحد الخصوم بوجودها ويدفع بعدم اختصاص القضاء العادي.

المبحث الثاني

أثر الدفع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء التحكيم

يتضح لنا من العرض المتقدم إن أبرام اتفاق التحكيم سواء كان من قبل الأطراف أو من قبل الدولة أو أحد مؤسساتها العامة يقتضي أن يتم احترام الآثار التي تنشأ عن هذا الاتفاق وضممان الاستمرار بإجراءات التحكيم إلى نهايته ولا يجوز لأي طرف كان أن يتهرب من إجراءات التحكيم بإرادته المنفردة حتى وإن كان هذا الطرف الدولة.

وإذا كانت الدولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة القضاء العادي فهل أنها تتمتع بذات الحصانة في مواجهة قضاء التحكيم؟ وهل يجوز للدولة أن تتخذ من الامتياز الممنوح لها بموجب حصانتها القضائية ذريعة لتعطيل إجراءات التحكيم هذا التحكيم الذي رضت

الدولة ابتداءً بالركون إليه لتسوية منازعاتها التي تنشأ من العقد الذي هي طرفا فيه؟ مما يدفعنا إلى التساؤل حول مدى تمتع الدولة بالحصانة القضائية في ظل الاتفاق على التحكيم؟ وما هو أثر الاتفاق على التحكيم على هذه الحصانة؟ وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول لتحديد مفهوم الدفع بالحصانة القضائية وأثره على الاختصاص التحكيمي فيما يكون المطلب الثاني لبيان أثر الاتفاق على التحكيم على حق الدولة بالدفع بالحصانة القضائية.

المطلب الأول

مفهوم الدفع بالحصانة القضائية وأثره على الاختصاص التحكيمي

تعد مسألة الدفع بالحصانة القضائية من المسائل المهمة على صعيد الدراسات القانونية وتزداد هذه الأهمية في ظل التطور الحاصل على صعيد تسوية المنازعات فلم يعد القضاء العادي هو الجهة الوحيدة التي يوكل إليها هذه المهمة بل ظهر التحكيم كديف للقضاء العادي يمارس مهمة الفصل في المنازعات التي توكل إليه، وإذا كان من المألوف في دراسات القانون الدولي الخاص اعتبار الحصانة القضائية من العوامل المؤثرة في الاختصاص القضائي الدولي فهل إنها تعتبر كذلك بالنسبة للاختصاص التحكيمي؟ وهذا ما سوف نبيه تباعاً من خلال التطرق إلى الحصانة القضائية وأثرها على الاختصاص التحكيمي من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: التعريف بالحصانة القضائية.

تعتبر الحصانة القضائية من الموضوعات ذات الصلة بالقانون الدولي الخاص لتعلقها بموضوع مهم، إلى جانب مادة تنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية ومركز الأجانب والجنسية، وهو (الاختصاص القضائي الدولي) أو كما يحلو لبعض الفقهاء^(٦٤) أن يسميه بقانون الإجراءات المدنية والتجارية الدولية. ويتناول هذا الموضوع الحالة التي ينعقد فيها الاختصاص لمحاكم الدولة بنظر المنازعات الدولية الخاصة.

وإذا كان القانون العام ينظر إلى الدول بكونها متساوية من حيث السيادة وما يترتب على ممارسة تلك السيادة الحق في تشريع قواعد الإجراءات المدنية^(٦٥)، فتبين كل دولة الحالات التي يكون قضاؤها مختصاً ومتى لا يكون كذلك في جو من الحرية، ولن يحد منها

سوى ما تقوم به بإرادتها مثل إبرام اتفاقيات ثنائية أو جماعية تنظم الحالات والأوضاع التي يجب فيها علي الأطراف المتعاقدة الاعتراف بالأحكام الأجنبية، الصادرة من محاكم الدول الأخرى المتعاقدة دون أن تتصدى إلى معالجة مشكلة الاختصاص القضائي العام المباشر للمحاكم الوطنية للدول المتعاقدة، ولذلك سميت بالمعاهدات البسيطة، ومن أمثلتها معاهدة لاهاي الجماعية الموقعة في ١ فبراير ١٩٧١ والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية. والنوع الآخر من المعاهدات فيطلق عليه الفقه اصطلاح المعاهدات المركبة التي تتناول تنظيم القواعد المتعلقة بالاختصاص العام المباشر ومن أمثلتها المعاهدة الموقعة بين أعضاء السوق الأوروبية المشتركة في ٢٧ سبتمبر ١٩٦٨ والخاصة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية.

وليست المعاهدات الدولية وحدها التي تقيد سلطان الدول في وضع معايير اختصاص محاكمها، فهناك العرف الدولي الملزم في هذا الخصوص، والذي درج العمل به على مستوى دولي ومن مقتضاه وجوب احترام الحصانة القضائية للدول الأجنبية ولرؤسائها وممثليها الدبلوماسيين والاعتراف للأجنبي بحقه في اللجوء للقضاء مع كفالة حقه في الدفاع وضمان القضاء والعدل له^(٦٦).

لقد استقر التعامل الدولي على مجموعة مبادئ تبلورت علي شكل أعراف فرضت نفسها في إطار حرية الدولة في تنظيم الاختصاص الدولي لمحاكمها الوطنية بعضها مقرر لصالح الأفراد، حيث أصبح حق التقاضي مكفول للجميع وطنيين أو أجانب بعد أن كان قاصراً علي الوطنيين حيث كانت وظيفة القضاء إقامة العدل بينهم ولم يعترف للأجنبي بحق التقاضي وقتها، وتطور الوضع فيما بعد، فاعترف له بهذا الحق، ولكن بشرط تقديم كفالة قضائية لضمان ما يترتب بذمته من حقوق إذا خسر دعواه وهذا ما كان عليه الحال في نظام القانون الفرنسي حتى عام ١٩٧٣ حيث اعترف بعد ذلك للجميع وطنيين وأجانب بحق التقاضي علي أساس أن وظيفة القضاء هي إقامة العدل لجميع المتوطنين علي الأراضي الوطنية لدولة المحكمة.

أما القيود المقررة لصالح الدولة، فتتمثل بالحصانة القضائية للدولة الأجنبية ورؤسائها، وممثليها الدبلوماسيين والقنصلين أمام القضاء الوطني لدولة إثارة النزاع. ففي إطار تمتع

الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية أمام القاضي الوطني، يستتبع حصانة رئيسها وممثليها الدبلوماسيين والقنصلين وأن الحصانة المقررة للدولة ورئيسها تفوق تلك المقررة لممثليها.

وقد نشأت الحصانة العصور الوسطى حيث تأكدت في هذه الفترة حرمة السفراء كما تأكد هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية من خلال قاعدة الرسل آمنون حتى يؤدوا الرسالة^(٦٧).

وبعد استقرار فكرة الدولة اقتضت ضرورات التعامل الدولي بين الدول وما تفرع عنها من ضرورة التعاون الدولي، وتمكين الدولة من مزاولة أعمالها بحرية، وأمان خارج حدودها الإقليمية من خلال من يمثلها استقرت الممارسات الدولية على منحها ضمانات أمام القضاء الوطني لدولة ممارسة نشاطها، استقرت تلك الممارسات على شكل أعراف لشيوع اعتمادها والاعتقاد بإلزاميتها على نحو مستمر بدون معارضة الدول لها. فكانت بذلك نشأة حصانة الدولة وممثليها نشأة مصدرها أعراف ظهرت بناء على فكرة مجامله دولية تحولت فيما بعد إلى قواعد دوليه ملزمة^(٦٨)، قننت في اتفاقيات دولية كاتفاقية فينا لسنة ١٩٢٤ حيث أكد الامتيازات والحصانات الدبلوماسية لممثلي عصبة الأمم^(٦٩)، وكذلك اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ والتي صادق عليها العراق بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٢، واتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣، وقد تعزز هذا الموقف بإقرار اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤ التي صادق العراق على الانضمام إليها بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٥^(٧٠).

وقد نظمت العديد من التشريعات الوطنية الحصانة القضائية للدول ونذكر منها على سبيل المثال قانون الولايات المتحدة الأمريكية لحصانات السيادة الأجنبية لعام ١٩٧٦ وقانون المملكة المتحدة لحصانة الدول لعام ١٩٧٨ وقانون استراليا لحصانات الدول الأجنبية لعام ١٩٨٥، كما نظم المشرع العراقي أحكام الحصانة القضائية للمبعوث القنصلي في قانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٦٨^(٧١).

الفرع الثاني: طبيعة الدفع بالحصانة القضائية.

تتمسك الدولة بالحصانة القضائية من خلال دفع تتم إثارته أمام القضاء الوطني أو قضاء التحكيم بمناسبة قضية تكون الدولة أو أحد مؤسساتها، بوصفها صاحبة سيادة، طرفاً فيها الأمر الذي يقتضي تحديد طبيعة هذا الدفع ونوع المعاملة الإجرائية التي يتلقاها.

وإذا كان من المسلم به في فقه القانون الإجرائي بأن الدفع هو دعوى تصدر من الخصم في مواجهة الخصم الآخر بقصد دفع الخصومة أو إبطال دعوى المدعي وان الدفع هي على ثلاثة أنواع، دفع موضوعية وأخرى شكلية وثالث دفع بعدم القبول، فان هناك خلافا فيما بين فقه القانون الدولي الخاص وكذلك القضاء حول تحديد الدفع بالحصانة القضائية فقد ظهرت في هذا الصدد ثلاثة اتجاهات نبينها تباعا.

الاتجاه الأول ويذهب إلى تقريب الدفع بالحصانة القضائية من الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي للمحاكم المدنية في القانون الداخلي مستنديين في ذلك إلى الطبيعة الإدارية للنزاع الذي تكون الدولة أو أحد مؤسساتها العامة طرفا فيه الأمر الذي يستلزم اختصاص المحاكم الإدارية وليس المحاكم المدنية^(٧٢).

وقد انتقد الاتجاه السابق من عدة وجوه سواء من حيث نطاق إعمال كل من الدفع بالحصانة والدفع بعدم الاختصاص الولائي أو من حيث المعاملة الإجرائية التي يتلقاها كل منهما، فمن حيث النطاق فان الاختصاص الوظيفي فكرة تتعلق بالاختصاص الداخلي للمحاكم الوطنية في نطاق المنازعات الوطنية والتي تكون الدولة طرفا فيه بوصفها صاحبة سلطة وسيادة وليس بالنسبة لاختصاص القضائي الدولي في المنازعات التي تكون جهة الإدارة الأجنبية طرفا فيها، وما استقر عليه العرف الدولي من تقرير حصانة الدولة في مواجهة القضاء الوطني نتيجة لاحترام مبدأ المساواة بين الدول الذي يقتضي ان تقوم الدولة بمقاضاة دولة أخرى أمام محاكمها لما تتمتع به تلك الدولة من شخصية دولية بوصفها شخص من أشخاص القانون العام^(٧٣).

أما من ناحية المعاملة الإجرائية فان هناك خلاف واضح بين الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي والدفع بالحصانة القضائية من حيث استقرار الرأي على جواز تنازل الدولة عن حصانتها القضائية في مواجه القضاء الوطني وقبول الخضوع إلى ذلك القضاء للنظر في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها وهو أمر لا يمكن تصوره بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص الوظيفي الذي لا يجوز التنازل عنه حيث يعتبر من المسائل التي تتعلق بالنظام العام الداخلي^(٧٤).

أما الاتجاه الآخر فذهب إلى إن الدفع بالحصانة القضائية هو دفع بعدم الاختصاص

القضائي الدولي للمحاكم الوطنية^(٧٥)، وإذا كان من المقرر ان المشرع الوطني يحدد اختصاص محاكمه داخلياً ودولياً أيضاً بتلك الحرية^(٧٦) الناجمة عن ممارسة السيادة^(٧٧)، إلا أنه مع ذلك يكون مضطراً في الكثير من الحالات إلى الاسترشاد بمجموعة من المعايير (الضوابط) أو الأسس والمبادئ الفنية المعمول بها لدى مختلف الأنظمة القانونية المقارنة، عند سنه للاختصاص الدولي لمحاكمه بشأن نزاع يحتوي على عنصر أجنبي (أحد أطراف العلاقة القانونية، محلها، سببها).

وبينت الدراسات المقارنة لموضوع الاختصاص القضائي الدولي، أن هناك ضوابط إيجابية تتولى مسألة جلب الاختصاص للقضاء الوطني والتي بموجبها ينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر بالمنازعات المشوبة بعنصر أجنبي، ومع ذلك وعلى الرغم من توافر أحد هذه الضوابط الإيجابية لاختصاص القاضي الدولي للمحاكم الوطنية، قد تتوفر في المدعي عليه صفة تعفيه من ولاية محاكم الدولة، وهو ما يعرف بالضابط السلبي الذي يعطل الاختصاص رغم انعقاده بموجب الضابط الإيجابي^(٧٨).

والمقصود بهذه الصفة المعطلة لولاية القضاء أن يكون المدعي عليه إما شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام ونعني بها الدول الأجنبية والمنظمات الدولية أو الإقليمية أو أحد الممثلين لهذه الأشخاص المعنوية كما هو الحال بالنسبة للملوك ورؤساء الدول والحكومات الأجنبية والمبعوثين الدبلوماسيين والقناصل.

ولما كان الأصل كذلك في ان سيادة الدولة وقوانينها تسري على كامل إقليمها، لكنها قد تعزف عن ذلك في مواجهة بعض نشاطات الدولة الأجنبية أو ما يعرف بالأنشطة السلطوية بقصد السماح لها بضمان الاستقلال الوظيفي لمرافقها العامة من جهة ومن جهة ثانية لضمان سيادتها على أملاكها الموجودة على إقليم دولة أجنبية^(٧٩).

وبناءً عليه يتعين على القاضي الوطني عندما يتعامل مع الدعوى القضائية وإجراءاتها، أن يبدأ أولاً بفحص مدى اختصاصه الدولي بنظر المنازعة، من خلال توافر أحد المعايير الإيجابية السابقة الإشارة إليها، إلا أن تحقق أحد هذه الضوابط الإيجابية لا يمنعه كذلك من التأكد من خلو النزاع من الضابط السلبي الذي إذا ما تحقق خرج النزاع من ولايته، فيصرح بعدم اختصاصه بناء على دفع من المدعي عليه المنتفع بهذا الامتياز، كما يمكن القاضي من

تلقاء نفسه وفي أية مرحلة من مراحل سير الخصومة أن يثير هذا الدفع، حيث تعتبر الحصانة القضائية قيد على الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية.

وقد تعرض هذا الاتجاه للانتقاد من قبل جانب من الفقه الذي يرى بان فكرة الحصانة تخرج عن مفهوم الاختصاص القضائي الذي يتحدد بموجب قواعد وطنية تضعها كل دولة وفقا لسياساتها التشريعية مما يمكن اعتبارها قواعد وطنية المصدر في حين ان الحصانة القضائية ذات مصدر دولي فهي تقوم على أسس ثابتة في إطار القانون الدولي العام وبذلك فان الحصانة تعتبر قيد على القضاء بوجه عام، أي قيد على سلطة الدولة في ممارستها لولايتها القضائية، وليس على الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية^(٨٠).

أما الاتجاه الثالث والذي يركن إليه غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص فيذهب إلى تكييف الدفع بالحصانة القضائية على انه من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى^(٨١)، فالدفع بعدم القبول هو دفع لا يوجه إلى إجراءات الخصومة في الدعوى أو إلى الحق المدعى به بل انه يكون في مواجهة المدعي وقدرته على استعمال الحق في الدعوى، فهو دفع يتعلق بالوسيلة التي يلجأ إليها صاحب الحق لحماية حقه وهي الدعوى من حيث جواز استعمالها أو عدم جواز ذلك لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى^(٨٢).

وفي إطار الإجراءات المدنية الدولية يذهب الفقه إلى أن الدفع بالحصانة لا ينصب على إجراءات الخصومة كما هو شأن الدفع بعدم الاختصاص كما لا يتعلق بالحق موضوع النزاع فيعتبر دفع موضوعي، بل هو دفع يتعلق بصفة في المدعى عليه تمكنه من عدم الخضوع إلى ولاية القضاء الوطني، فهو دفع يقضي بعدم خضوع الشخص المتمتع بالحصانة القضائية لولاية القضاء الوطني وهذا هو شأن الدفع بعدم قبول الدعوى^(٨٣).

ويستند هذا الاتجاه إلى في تبرير تكييف الدفع بالحصانة القضائية على انه من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى، إلى المعاملة الإجرائية التي يلقاها هذا الدفع من قبل القضاء من حيث جواز التنازل عن التمسك بالحصانة وقبول الخضوع لولاية القضاء الوطني، والحق بالدفع بالحصانة القضائية لا يسقط بمجرد الدخول في أساس الدعوى، حيث إن الشخص الذي يتمتع بالحصانة القضائية له أن يتمسك بها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وهو يقترب من الدفع الذي يتقرر في القوانين الداخلية والمستمد من الحصانة المقررة للقضاة عن الأعمال

(٦٩٢).....أثر اتفاق التحكيم على الدفع بالحصانة القضائية

المتعلقة بممارستهم لمهنتهم في إطار أعمال القضاء فكلاهما يهدف إلى ضمان حسن أداء الأعمال الموكلة لم تقرر الحصانة لصالحه^(٨٤).

ويرتب الفقه^(٨٥) على تكليف الدفع بالحصانة القضائية على انه دفع بعدم القبول عدة نتائج هي:

١- إلزام المحكمة بإثارة الدفع من تلقاء نفسها وتقضي بعدم قبول الدعوى متى ما كان المدعى عليه متمتعاً بالحصانة ولم يتنازل عن هذه الحصانة.

٢- جواز إبداء الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى حتى بعد الدخول في أساس الدعوى.

وإذا أردنا أن نناصر اتجاهها ونرجحه على آخر في مسألة تحديد طبيعة الدفع بالحصانة القضائية، فإننا نميل إلى ترجيح الاتجاه الأخير الذي يرى في الدفع بالحصانة القضائية هو دفع بعدم قبول الدعوى، وإن كنا نتفق معه في الأسباب التي استند إليها في تحديد طبيعة هذا الدفع إلا أننا لا نتفق معه في تقريب الحصانة الممنوحة للدول من الحصانة الممنوحة للقضاة فهما وإن تشاركا من حيث الهدف إلا أنهما يختلفان من حيث المصدر، هذا المصدر الذي سبق لنفس الاتجاه أن استند إليه في تبرير رفض تقريب الدفع بالحصانة من الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي.

ونحن نرى أن فكرة الدفع بالحصانة القضائية يعتبر من المسائل الراسخة في الفكر القانوني والدليل على ذلك أنه حظي بعناية الدول وذلك من خلال النص عليه في العديد من الاتفاقيات الدولية التي جاءت متخصصة بهذا الشأن، والتي حددت الهدف أو الغاية من إقرار فكرة الحصانة، فالمقصود بالحصانة القضائية في إطار العلاقات الخاصة الدولية هي الحصانة من ممارسة الاختصاص وليس من الاختصاص نفسه، فالحصانة القضائية امتياز ممنوح لسلطة عليا شخصاً طبيعياً كان أم دولة، يسمح له بعدم المثول أمام هيئات قضائية لدولة أخرى^(٨٦). وهذه الحصانة تمنح لأشخاص معينين لصفة معينة تتوافر بهم تتوافق مع مقتضيات طبيعة عملهم.

كما نرى أن ما يؤيد اعتبار أن الدفع بالحصانة القضائية هو دفع بعدم قبول الدعوى

وليس دفع بعدم الاختصاص، ان الاثر المترتب على الدفع بعدم الاختصاص يقتضي من المحكمة التي يتقرر عدم اختصاصها ان تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة وبمعنى اخر استمرار الخصومة أو امكانية الاستمرار بها من خلال إقامة الدعوى مرة أخرى أمام المحكمة المختصة في حين أن الأثر المترتب على اعتبار الدفع بالحصانة دفع بعدم قبول الدعوى هو انتهاء الخصومة المدنية ويجب على المحكمة ان تقضي برد الدعوى ولا يمكن إقامتها مجدداً.

ويمكننا أن نقرر أخيراً بان الدفع بالحصانة القضائية يبقى محفوظاً بطبيعته بوصفه دفع بعدم القبول حتى وان تم التمسك به في مواجهة قضاء التحكيم، فاختلاف جهة القضاء بنظر المنازعات في العلاقات الخاصة الدولية والتي تكون الدولة طرفاً فيها لا يغير من طبيعة الدفع بالحصانة.

ويلاحظ ان غالبية الاتفاقيات الدولية ذات الصلة لم تضع تعريفاً محدداً للحصانة القضائية أو الدفع بالحصانة القضائية ضمن المواد الخاصة بتعريف المصطلحات التي تتضمنها هذه الاتفاقية، فعلى سبيل المثال اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ لم تتطرق إلى تعريف الحصانة القضائية ضمن المادة (١) بالرغم من كونها قد نظمت مسألة الحصانة ونصت عليها صراحة ضمن المادة (٣١)، إلا أن الفقرة (٤ من ج) نصت على ((عدم خضوع الممثل الدبلوماسي لاختصاص قضاء الدولة المعتمد لديها لا يعفيه من الخضوع لقضاء الدولة المعتمدة)). مما يفيد أن المقصود بالحصانة هنا هي الحصانة من الخضوع للقضاء الوطني. وذات الحال بالنسبة لاتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣^(٨٧)، وكذلك اتفاقية فينا للبعثات الخاصة لعام ١٩٦٩ والاتفاقيات التي تلتها.

إلا أن الموضوع قد تغير بشكل نسبي بصدور اتفاقية الأمم المتحدة لخصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤ حيث حددت المادة (٦) معنى الحصانة بشكل سلبي من خلال بيان كيفية إعمالها من قبل المحاكم الوطنية حيث نصت على ((تعمل الدول حصانة الدول المنصوص عليها في المادة ٥ من بالامتناع عن ممارسة الولاية القضائية في دعوى مقامة أمام محاكمها ضد دولة أخرى وتضمن لهذه الغاية ان تقرر محاكمها من تلقاء نفسها احترام حصانة تلك الدولة الأخرى بموجب المادة ٥)).

ومن خلال العرض المتقدم نجد ان الاتفاقيات الدولية المنظمة لموضوع الحصانة

القضائية قد اعتبرت الدفع بالحصانة القضائية هو دفع بعدم القبول لكونه يتعلق بتحديد سلطة الدولة في مسألة تقرير الولاية القضائية لحاكمها حيث يتوجب على الدولة ان تعترف بحصانة الدول وتمكن الدول التي تقر لها هذه الحصانة من التمتع بها بل أنها تلتزم بان تقرر هذا الدفع من تلقاء نفسها.

المطلب الثاني

أثر الدفع بالحصانة القضائية على الاختصاص التحكيمي

إذا كان الاختصاص القضائي الدولي يتقرر بموجب إرادة الدولة فان الحصانة القضائية تعتبر قيداً على سلطة الدولة في تنظيم سلطة القضاء أقره القانون الدولي وفرضه على الدول كافة، وإذا كانت الحصانة كذلك بالنسبة للاختصاص القضائي الدولي للمحكم الوطنية فما هو تأثير الحصانة على الاختصاص التحكيمي؟

القول يقتضي البيان ابتداءً أن حق اللجوء إلى التحكيم هو حق اعترفت به غالبية النظم القانونية سواء كان ذلك في التشريعات الوطنية أو بموجب الاتفاقيات الدولية وهذا الحق غير مقيد الا في الحدود التي رسمتها تلك القوانين من حيث جواز اللجوء إلى التحكيم في المسائل التي يجوز الصلح فيها أما إذا لم يكن كذلك، فقد اتفقت جل التشريعات عدم جواز التحكيم بشأنه. وهذه المسألة تعتبر من النظام العام، يترتب على عدم مراعاتها في اتفاق التحكيم بطلانه^(٨٨).

مما يعني ان هناك تطابقاً ما بين محل التحكيم ومحل الصلح، فما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، وما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم. وقد نصت على هذا المبدأ صراحة بعض القوانين كقانون المرافعات العراقي وذلك في المادة (٢٥٤) حيث نصت على ((لا يصح التحكيم الا في المسائل التي يجوز الصلح فيها....))، والمشرع المصري حيث نص على ذلك في المادة (١١) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شقها الأخير التي نصت على: ".....، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح". وذات الأمر بالنسبة للمادة (٩) من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ وقانون التحكيم اليمني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧ المعدل في المادة (٥ فقرة د)، اما بالنسبة لموقف القانون الفرنسي وكذلك القانون البريطاني فلم ينص على هذا الشرط وإنما اقتصر الأمر على ضرورة ان يتم الاتفاق بشكل

واضح على موضوع النزاع الذي يعرض على التحكيم.

وفي المقابل نجد ان الاتجاه الغالب في الفقه والتشريع يتجه نحو تقرير اختصاص المحكم سلطة البت باختصاصه المتعلق بموضوع النزاع وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وبعد جملة الآثار التي أوضحناها لهذا المبدأ نجد ان من متطلبات سلطة هيئة التحكيم تقضي بمنحها الحق في البت في الطعون التي تهدف الحد من مجالات اختصاصها سواء تعلقت ببطالان العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم أو بعدم دخول نزاع معين نطاق هذا الاتفاق أو الدفع بالحصانة القضائية للدولة وذلك لأن أساس هذه السلطة هو اتفاق التحكيم وليس العقد الأصلي^(٨٩).

ويتبين من خلال ذلك إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص له أثر إيجابي في توسيع نطاق سلطة المحكم والحد من سلطة الدولة في تمسكها بالحصانة القضائية بل يمكننا القول انه يمثل الأساس الفلسفي في منع الدولة من حقها في التمسك بالحصانة القضائية في مواجهة التحكيم حيث نجد إن الدول في بعض الحالات تسعى إلى وضع معرقلات عدة في مواجهة إجراءات التحكيم منها تمسكها بحصانتها القضائية في مواجهة الطرف الآخر المتعاقد معها.

ولما كان موضوع الدفع بالحصانة القضائية في مواجهة الاختصاص التحكيمي ممكن أن تثار أصالة أمام قضاء التحكيم، كما يمكن يثار أمام القضاء الوطني بمناسبة نزاع له صلة بموضوع التحكيم الأمر الذي يقتضي أفراد لكل حالة فرعا مستقلا.

الفرع الأول: أثر اتفاق التحكيم على حق الدولة في الدفع بالحصانة القضائية أمام قضاء التحكيم.

إذا كان من المتفق عليه كما رأينا أن الدولة لها الحق في اللجوء إلى التحكيم كما أن من حقها التمتع بالحصانة القضائية من الخضوع إلى القضاء الوطني، فإن الأمر يختلف في إطار التحكيم الدولي حيث أن الأمر هنا يتطلب تحقيق الموازنة بين اعتبارين:

الأول: حصانة الدولة التي تقرر لها بناء على اعتبارات السيادة الأمر الذي يقتضي معاملتها معاملة خاصة تختلف عن معاملة الأشخاص العاديين.

الثاني: حماية المتعاملين مع الدولة في علاقاتهم القانونية ذلك إ العدالة تقتضي توفير

الحماية لجميع الأفراد دون تمييز فيما بينهم، وان تميز الدولة كطرف في العلاقة القانونية وتحديدا في العلاقات الخاصة الدولية ذات الطابع التجاري يؤدي إلى الإخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف وأمنهم القانوني.

وانطلاقا مما تقدم نجد ان مسألة حق الدولة في الدفع بحصانتها القضائية قد شغلت الفكر القانوني وتمثل شبعا يسيطر على هواجس المتعاقدين مع الدولة خوفا من أثارته، كما أثار جدلا بين فقهاء القانون بين قائل بحق الدولة بتمسكها بحصانتها القضائية أمام قضاء التحكيم وبين منكرها عليها هذا الحق.

يتجه غالبية الفقه الحديث إلى أن الاتفاق على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها له أثرا ايجابيا يتمثل في منح الاختصاص للتحكيم في تسوية المنازعة ومنع الدولة من حق الدفع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء التحكيم وقد استندوا في توجههم هذا إلى عدة مبررات يمكن إجمالها بما يلي:

١- إن الاتفاق على التحكيم ما بين الدولة والطرف المتعاقد معها يعتبر تنازلا ضمينا من الدولة عن حصانتها القضائية وقبولها الخضوع لإجراءات التحكيم^(٩٠)، فمبدأ حسن النية يقتضي من الدولة تنفيذ التزاماتها التعاقدية مع من تعاقد معها بما في ذلك الاتفاق على تسوية المنازعات وفق التحكيم والخضوع لجميع الإجراءات القضائية المرتبطة به، وقد يكون هذا الاتفاق هو السبب الباعث للتعاقد مع الدولة بوصفه أحد الضمانات التي يطلبها المتعاقد معها فلولا هذا الاتفاق فقد يحجم الطرف الآخر عن التعاقد معها^(٩١).

٢- ان طبيعة التحكيم بوصفه قضاء خاص تقتضي ان المحكم يستمد سلطاته من الأطراف وليس من قضاء دولة وطنية فهو لا يعتبر ممثلا لدولة معينة أو أحد موظفيها، وان صدور الحكم بدون الاستناد إلى سيادة دولة معينة وبالتالي فانه لا يشكل خرقا لسيادة الدولة المتعاقدة في تسوية منازعاتها عن طريق التحكيم، ذلك إن الحصانة القضائية هي ميزة تمنح إلى الدولة في مواجهة قضاء دولة أخرى وليس أمام التحكيم الذي يعتبر قضاء غير عادي^(٩٢).

لذلك هناك عدم توافق بين فكرة التحكيم وفكرة الحصانة وذلك للاختلاف الفلسفي لكل منهما، فالحصانة تقوم على فكرة تستند إلى مبادئ الاستقلال والمساواة والاحترام المتبادل للسيادة فيما بين الدول وهي مبادئ لا مجال لاعمالها أمام قضاء التحكيم هذا القضاء الذي يستمد سلطاته من إرادة الأطراف على اللجوء إليه ومنحه سلطة الفصل بالنزاع فكيف يكون بعد ذلك أن نحتج أمامه بعدم الاختصاص بنظر النزاع استناداً إلى فكرة الحصانة القضائية للدولة.

وإذا كان الموضوع بصورته المعروضة أعلاه بالنسبة للفقهاء فنجد إن الأمر يختلف بالنسبة للاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالموضوع، حيث نجد أن الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي كاتفاقية جنيف بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٢٧ أو اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام ١٩٥٨ أو اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ أو قانون الأونسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ المعدل، فإن جميع هذه الاتفاقيات لم تتطرق إلى موضوع الحصانة القضائية وأثرها على الاختصاص التحكيمي أو أثر الاتفاق على التحكيم على تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحكمين.

ونجد ان جميع هذه الاتفاقيات قد أوجبت على الدول الأطراف الاعتراف باتفاق التحكيم والآثار التي تترتب عليه والأحكام التي تصدر عن المحكمين وهيئات التحكيم باستثناء بعض الحالات المتعلقة ببطلان اتفاق التحكيم. ولا نجد من بين هذه الحالات أو الحالات المتعلقة بالاحتجاج على سلطة المحكمين حالة تسمح للدولة بالتمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم، بل نجد ان اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار قد ذهبت إلى ابعد من ذلك عند تنظيمها للاختصاص القضائي لمركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار الذي أنشأ بموجب هذه الاتفاقية حيث نصت في المادة (١/٢٥) على عدم جواز العدول عن اللجوء إلى التحكيم بإرادة أحد الطرفين المنفردة^(٩٣).

كما إن هذه الاتفاقية نصت في المادة (٢٦) على إن اللجوء إلى التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يعتبر تنازلاً عن سلوك أي طريق آخر لتسوية النزاع^(٩٤)، الأمر الذي يستفاد منه منه أن هذه الاتفاقية قد تبنت فكرة الأثر الايجابي للاتفاق على التحكيم في تركيز

الاختصاص لقضاء التحكيم وعدم إقرار حق الدولة بتمسكها بالحصانة القضائية في مواجهة هذا القضاء.

أما بخصوص الاتفاقيات المنظمة لموضوع الحصانة فنجد إن هذه معظم هذه الاتفاقيات لم تتناول موضوع أثر الاتفاق على التحكيم على حق الدولة بالتمسك بالحصانة القضائية بصورة مباشرة باستثناء الاتفاقية الأوروبية (بازل) الخاصة بحصانة الدول لعام ١٩٧٢ وحديثا اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤، فقد نصت الاتفاقية الأوروبية في المادة (١/١٢) على منع الدولة من التمسك بحصانتها القضائية في حال الاتفاق على تسوية النزاع بطريق التحكيم^(٩٥).

وكذلك الحال بالنسبة لاتفاقية الأمم المتحدة التي جاءت بمادة تحت عنوان الأثر المترتب على اتفاق التحكيم وهي المادة (١٧)، ونلاحظ أن مضمون هذه المادة كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية الأوروبية، لا يشير إلى عدم جواز التمسك بالحصانة أمام قضاء التحكيم بل قصر المنع على عدم الاحتجاج أمام محكمة دولة أخرى ينعقد الاختصاص لها بموجب قواعد الاختصاص العادية في دعوى ذات صلة بصحة اتفاق التحكيم أو تفسيره أو تطبيقه أو بإجراءات التحكيم أو بالاعتراف بقرار التحكيم أو إلغائه، مما يشير غموض حول المسألة موضوع البحث.

ونعتقد بإمكانية قبول التصريح بسقوط حق الدولة بالدفع بحصانتها القضائية في مواجهة قضاء التحكيم الذي ينعقد له الاختصاص بموجب الاتفاق على التحكيم، وهذا الأمر نستنتجه من المفهوم المخالف لنصوص المواد المذكورة أعلاه، التي تقضي بحرمان الدولة من التمسك بحصانتها القضائية في مواجهة القضاء الوطني بناء للاتفاق على عرض النزاع على التحكيم، فيما إذا كان موضوع الاختصاص بالمنازعة التي تعرض أمام القضاء الوطني متعلقا باتفاق التحكيم أو إجراءاته أو قرار التحكيم، فيكون من باب أولى عدم قبول الدفع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء التحكيم، ذلك ان رضاء الدولة لان تكون طرفا في خصومة التحكيم يحتم عليها عدم الاحتماء خلف ستار الحصانة القضائية.

وهذا الأمر في نظرنا يمكن ان يؤسس على فكرة الخضوع الإرادي لقضاء التحكيم والذي يقوم أساسا على فكرة إرادة الأطراف التي يكون لها دورا في جلب الاختصاص

القضائي بموجب اتفاق الأطراف على تعيين جهة عرض النزاع للبت فيه ويتنافى مع حق الدولة بالدفع بحصانتها القضائية.

ويشترط لترتيب الاتفاقية التحكيمية أثارها ومنها عدم قبول دفع الدولة بحصانتها القضائية في مواجهة قضاء التحكيم ان يكون الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع اتفاقا صريحا حيث أوجبت الاتفاقيات الدولية ذات الصلة والمشار إليها سابقا ان يكون الاتفاق على التحكيم مكتوبا^(٩٦).

أما يخص قضاء التحكيم فنجد أن هذا القضاء وفي أكثر من مناسبة لم يتردد برفض الاعتراف بدفع الدولة بحصانتها القضائية أمامه، ففي قضية رقم ٢٣٢١ لعام ١٩٧٤ في إطار غرفة التجارة الدولية^(٩٧)، التي كان المحكم فيها منفردا، حيث تمت منازعة المحكم باختصاصه بالفصل في النزاع من عدة وجوه ومن ضمنها عدم اختصاصه نظرا لتمتع الدولة بالحصانة القضائية.

وقد قرر المحكم بشأن ذلك واستنادا إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يعتبر مبدأ عالميا، إن فكرة السيادة لا يمكن إعمالها بشأن إجراءات التحكيم إذ أن اللجوء إلى التحكيم لا يضعف سيادة الدولة أمام المحكم كما تضعف عند مقاضاتها أمام قضاء دولة أخرى، ذلك لان المحكم يستمد اختصاصه من الاتفاق بين الأطراف على الخضوع للتحكيم.

وكذلك في قضية الشركة الليبية الأمريكية للبتترول (liamco)^(٩٨)، وتتلخص وقائع هذه القضية انه في عام ١٩٥٥ دخلت ليامكو، وهي شركة أمريكية، في عدد من اتفاقيات الامتياز مع الحكومة الليبية لاستكشاف وإنتاج البترول، وبعد الإطاحة بالحكومة الليبية في ذلك الوقت (الملك إدريس الأول) وإعلان الجمهورية وتولي زمام الحكم من مجلس قيادة الثورة برئاسة العقيد ألقذافي، تعرضت ليامكو لتدابير تدريجية تقيد الحقوق الممنوحة لها في اتفاقيات الامتياز، مما يؤدي في النهاية إلى تأميم جميع أصول ليامكو المادية وحقوق الامتيازات في ليبيا. وعلى إثر ذلك وفي نوفمبر ١٩٧٣، بدأت ليامكو إجراءات التحكيم وفقا للبند رقم ٢٨ من اتفاق الامتيازات. وقد رفضت الحكومة الليبية الجديدة المشاركة في إجراءات التحكيم استنادا إلى فكرة السيادة إلا أن المحكم الوحيد (د. صبحي المحمصاني) رفض هذا الدفع من جانب الحكومة الليبية مؤكدا إن من حق الدولة التنازل عن حقوقها

السيادية والتوقيع على اتفاق التحكيم وتلتزم به.

الفرع الثاني: أثر اتفاق التحكيم على تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحاكم الوطنية.

قد يتساءل البعض عن مدى اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع إذا كان الأطراف قد اتفقوا على خضوعه لقضاء التحكيم، وبالتالي كيف يمكن تصور الدفع بالحصانة في مواجهة هذا القضاء؟

وهذا الأمر متوقع الحدوث ولا يشير أية غرابة ذلك أن القضاء الوطني يمارس مهام رقابية على قضاء التحكيم حيث نجد أن غالبية التشريعات الإجرائية لا تترك قضاء التحكيم دون تدخل قضائي، حيث نجد أن هذا التدخل يتخذ تارة دور المساعدة القضائية لقضاء التحكيم مسائل معينة كتعيين المحكمين واتخاذ بعض الإجراءات التحفظية، وتتخذ تارة أخرى دورا رقابيا موضوعيا من خلال اختصاص القضاء الوطني للنظر بالمنازعات المتعلقة بالطعون المتعلقة ببطالان القرار التحكيمي أو الدعاوى المتعلقة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية.

وطالما كان هناك دورا للقضاء الوطني وفقا للشكل المتقدم فقد تلجأ الدولة عند تدخل القضاء الوطني بالعملية التحكيمية أن تبادر إلى التمسك بحصانتها القضائية أمام هذا القضاء الأمر الذي يدفعنا إلى البحث في مدى حق الدولة في مثل هذه الحالة بالدفع بحصانتها القضائية من عدمه؟

والباحث في هذا الموضوع يجد أن الفقه يميز بين فرضين الأول ويتعلق بالحالة التي تكون الدولة فيها هي المبادرة باللجوء إلى القضاء الوطني لدولة فيما يتعلق بإجراءات التحكيم وهنا لا يتردد الفقه في إنكار حق الدولة بالتمسك بالحصانة القضائية ذلك أن تصرفها يتضمن تنازلا منها عن حصانتها القضائية وقبولا منها للخضوع إلى اختصاص ذلك القضاء فلا وجه بعد ذلك لقبول الدفع بحصانتها القضائية^(٩٩).

أما الفرض الثاني والذي يكون من تعاقد مع الدولة هو الذي لجأ إلى القضاء الوطني لطلب اتخاذ إجراء معين وخصوصا عند طلب الاعتراف بتنفيذ حكم التحكيم فهنا تظهر إشكالية الموضوع إذ قد تتمسك الدولة بحصانتها القضائية في مواجهة القضاء الوطني وذلك

لعرقلة إجراءات التحكيم، حيث قد تتحايل الدولة على اتفاق التحكيم وذلك بان ترفض تعيين المحكم الخاص بها بقصد التهرب من إجراءات التحكيم، أو التهرب من قراراته، فدخلت الدولة كطرف في معاملة تجارية يجب أن لا يؤدي بالنتيجة إلى تهربها من التزاماتها القانونية تحت ستار فكرة السيادة^(١٠٠).

ونجد أن الاتجاه الراجح هو عدم الاعتراف للدولة بالحق في التمسك بحصانتها القضائية في هذه الحالة. وقد تجلّى هذا الاتجاه في موقف الاتفاقية الأوربية لحصانة الدول لعام ١٩٧٢ حيث نصت على ذلك صراحة المادة (١/١٢) وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة بشأن حصانة الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية حيث نصت على ذلك صراحة في المادة (١٧) وكذلك الحال بالنسبة للقانون الانكليزي بشأن حصانة الدول الأجنبية لعام ١٩٧٨ في المادة (١/٩) التي أفادت إن الاتفاق على التحكيم يحرم الدولة من التمسك بالحصانة القضائية أمام محاكم المملكة المتحدة بشأن إجراءات تتعلق بالتحكيم^(١٠١).

أما على صعيد الفقه فنجد ان هناك اختلافا في وجهات النظر المعروضة بصدد المسألة موضوع النقاش حيث نجد ان هناك من يرى بان قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم يفيد بالضرورة تنازلها عن الدفع بالحصانة القضائية ليس فقط في مواجهة قضاء التحكيم بل يمتد ليشمل القضاء الوطني عند تصديده لمسألة تتعلق بالتحكيم وهذا الأمر يستند إلى مبدأ حسن النية الذي يقتضي موافقة الدولة ليس على تسوية النزاع وفق التحكيم فقط بل يسري على جميع الإجراءات القضائية ذات الصلة بموضوع التحكيم^(١٠٢).

ويعبر بعض الفقه عن هذه الفكرة بنظرية التنازل المزدوج عن الحصانة القضائية فلا يتصور تمسك الدولة بحصانتها القضائية بعد ان وافقت على اللجوء إلى التحكيم والبدء بإجراءاته، فقبول الدولة بسلوك طريق التحكيم لا يفيد فقط تنازلها عن حصانتها في مواجهة قضاء التحكيم فقط بل يمتد نطاقه ليشمل القضاء الوطني الذي يتصدى لموضوع من موضوعات التحكيم.

وفي المقابل نجد اتجاها ينحى نحو التضييق من أثر الاتفاق على التحكيم قائلا ان الدولة عندما تتفق على الخضوع إلى إجراءات التحكيم فان ذلك لا يعني تنازلها عن حقها بالتمتع بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطني، فهذا الحق هو الأصل وان قبول الدولة للجوء إلى

التحكيم هو استثناء وتفسير هذا الاستثناء امر لا يجوز التوسع فيه من حيث الأخذ بالإرادة الضمنية للدولة بل لا بد ان تكون هذه الإرادة صريحة لنعتد بها وبالتالي تقرير سقوط حق الدولة بالدفع بالحصانة القضائية في هذا الفرض^(١٠٣). ويضيف البعض من الفقه إلى ان الدولة اذا كانت تفقد ميزتها بالدفع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء التحكيم فإنها تسترد هذه الميزة متى ما تم عرض النزاع على القضاء حتى وان تم بصورة عرضية وبصدد إجراءات التحكيم، ولا يمكن الاحتجاج بوجود شرط التحكيم لتقرير تنازل الدولة عن حصانتها ما لم يكن ذلك مقرونا بعوامل أخرى تؤكد هذا التنازل^(١٠٤).

ونحن لا نميل إلى تأييد هذا الرأي الأخير وذلك لكونه يتناسى إن التحكيم لا يزال قائما بصدد النزاع وان اللجوء إلى القضاء الوطني قد تقرر ليس بصورة أساسية ومستقلة وإنما تم اللجوء إليه بوصفه قضاء مساعد مهمته إنفاذ الاتفاق على التحكيم من خلال اتخاذ القرارات اللازمة التي تدعم إجراءات التحكيم وان إقرار حق الدولة في الدفع بالحصانة القضائية في هذه المرحلة يعني الحكم بالموت على الاتفاق على التحكيم وهي في نظرنا نتيجة لا تتفق مع أرادة الأطراف ولا مع أرادة الدول أو الاتفاقيات الدولية النازمة للتحكيم.

وهناك من يذهب إلى القول بان مسألة اعتبار اتفاق الدولة على الخضوع للتحكيم فيما إذا كان يتضمن تنازلاً عن حصانتها في مواجهة القضاء الوطني من عدمه هي مسألة نسبية وتحتاج إلى أن يتم فحص كل حالة بصورة مستقلة عن الأخرى ويترك للقضاء تقدير ذلك.

ومن أمثلة هذا القضاء ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قضية (SOABI) وهي قضية تتعلق بنزاع بين الشركة الغربية الإفريقية للجلود الصناعية ودولة السنغال وقد عرض النزاع على مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) وصدر فيها قرار لصالح الشركة في مواجهة دولة السنغال نتيجة قيامها بفسخ العقد بإرادتها المنفردة، وبناء على هذا القرار طلبت الشركة من المحكمة الابتدائية في باريس شمول القرار التحكيمي بالقوة التنفيذية والتي أصدرت قراراً بذلك مما دفع السنغال إلى استئناف الحكم أمام محكمة استئناف باريس مستندة في ذلك إلى حصانتها القضائية في مواجهة التنفيذ وقد أصدرت محكمة استئناف باريس قراراً يقضي بنقض الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية ورفض أكسء الحكم بالقوة التنفيذية مما دفع الشركة إلى الطعن بالحكم أمام محكمة النقض الفرنسية التي أصدرت حكماً ألغت

بموجبه حكم محكمة استئناف باريس حيث قضت بان الاعتراف بحكم التحكيم لا يدخل ضمن أعمال التنفيذ و بالتالي لا يمكن للدولة ان تتمسك بحصانتها ضد التنفيذ^(١٠٥).

وفي قضية (Maldives Airports Co Ltd and another v GMR Malé International Airport Pte Ltd) والتي تتلخص وقائعها حول عقد امتياز خاص بإعادة تطوير مطار إبراهيم ناصر الدولي في مالي، حيث أبرمت حكومة المالديف وشركة مطار المالديف المحدودة، وهي شركة مملوكة بالكامل للحكومة، اتفاقية امتياز مع اتحاد يضم كيانات هندية وماليزية وضم الاتحاد شركة (GMR Malé International) وكان أحد الخلافات بين الطرفين متأسلا في دعوى قضائية رفعتها حكومة المالديف بشأن فرض رسوم معينة على المسافرين الذين يمرون عبر المطار حيث رأت محكمة المالديف أن هذا الرسم يتنافى مع قانون الوطني، ومن أجل مواصلة المشروع، وافقت حكومة المالديف و (Maldives Airports Company Limited MACL) على خفض رسوم الامتياز التي كان على (GMR) دفعها إلى (MACL) بموجب الاتفاق، مما يعوض عن خسارة الإيرادات المتوقعة لـ (GMR) وقد أعطت حكومة المالديف و (MACL) إخطارا بشأن إخلاء المطار، وبدأ الطرفان إجراءات التحكيم في سنغافورة عملا بالاتفاق، وفقا للقانون السنغافوري باعتباره القانون الناظم للتحكيم.

وفي انتظار إجراءات التحكيم، سعت (GMR) إلى إصدار أمر قضائي من المحكمة العليا في سنغافورة بمنع حكومة المالديف و (MACL) من معارضتها في الاستمرار بإدارة أعمالها في مطار المالديف وقد أصدرت المحكمة العليا في سنغافورة قرارا قضائيا يقضي بمنع حكومة المالديف من معارضتها لـ (GMR) مما دفع حكومة المالديف من التقدم بالطعن على هذا القرار أمام محكمة استئناف سنغافورة وكان من بين أسباب الطعن الاستناد إلى الحصانة القضائية لحكومة المالديف في مواجهة الاجراءات القضائية من قبل محاكم سنغافورة وقد قررت محكمة الاستئناف في سنغافورة رفض حجة المستأنف فيما يتعلق بحصانة الدولة على أساس أن الفقرة (٢٣) من اتفاق الامتياز^(١٠٦)، وأن هذه الفقرة كانت كافية لإقرار وجود موافقة خطية بموجب المادة (١٥) فقرة (٣)^(١٠٧) من قانون دولة سنغافورة لحصانة الدولة لسنة ١٩٧٩، وكذلك المادة (١١) فقرة (١) من القانون ذاته التي تنص على عدم تحصين الدولة في مواجهة القضاء في سنغافورة بالنسبة للقضايا التي تتعلق بإجراءات التحكيم التي وافقت

الدولة كتابة على تسوية منازعاتها وفقاً له^(١٠٨).

وإذا ما أردنا ان نبين موقفنا من الاتجاهات السابقة فنجد إننا نميل إلى ترجيح الاتجاه الأول والذي يدعو إلى رفض الاعتراف بحق الدولة في التمسك بحصانتها القضائية في مواجهة القضاء الوطني لاسيما عندما ينعقد الاختصاص لهذا القضاء بوصفه قضاء مكملاً لعمل قضاء التحكيم ذلك لأن إقرار حق الدولة في التمسك بحصانتها القضائية في هذه المرحلة سوف يؤدي بالنتيجة إلى إنهاء حياة التحكيم الذي لا يمكنه الاستمرار لولا هذه المساعدة^(١٠٩).

وهذا الرأي انتصر له القضاء وذلك من خلال تحليل القرارات القضائية التي تمسكت الدول فيها بحصانتها القضائية عند النظر بمسائل متعلقة بإجراءات التحكيم أو عند الطلب من القضاء الوطني شمول الحكم ألتحكيمي بالقوة التنفيذية.

الخاتمة:

عرفت البشرية التحكيم منذ القدم وشهدت المجتمعات تطوراً ملحوظاً ومتسارعاً في مجال العدالة وفي ظل نظام قانوني قائم ونافذ ومحترم في الدول والمجتمعات وكثيراً ما نشأت العديد من الصعوبات والإشكالات مع تزايد المعاملات التجارية وفتح فرص الاستثمار الأجنبية وظهر التحكيم الدولي كبديل عالمي للتصدي لعدم قدرة المحاكم الرسمية لمواجهة تلك النزاعات.

ومع التطور والتقدم المستمر بدأت الصراعات بين الدول تتزايد وبدأت الأمم المتحدة والمنظمات الدولية في وضع القواعد والاتفاقيات الدولية، ومع كل هذا ظلت الصراعات الخفية بين الدول قائمة وذلك لتحقيق الدول لأهدافها الخاصة، ونشأت من هنا فكرة الحصانة وخصوصاً الحصانة ضد تنفيذ الأحكام والحصانة القضائية أمام القضاء، حيث أن قواعد الحصانة القضائية تعتبر قيداً على سلطة الدولة في تنظيم قواعد الاختصاص القضائي أقره القانون الدولي وفرضه على الدول كافة مما يوجب على سلطات الدولة الإدارية والقضائية اليقظة والحذر عند تطبيق هذه القواعد.

ورغم أن المعاهدات الدولية تقيّد سلطان الدول في وضع اختصاص محاكمها وأن العرف الدولي ملزم في هذا الصدد في وجوب احترام الحصانة القضائية للدول الأجنبية ولرؤسائها وممثليها الدبلوماسيين ولكن يجب أن تكون هناك قوانين وأحكام فاعلة تُطبق

على الجميع دون استثناء .

ورغم أن سيادة الدول لها كل الاحترام والتبجيل إلا انه يجب أن تطبق القوانين والأحكام بكل شفافية دون النظر إلى كون الدولة عظمى أو دولة صغيرة حتى يسود مبدأ العدالة، هذا المبدأ الذي يقتضي أيضا أن تقوم الدول باحترام تعهداتها والتزاماتها سواء في مواجهة نظيراتها من الدول أو الأفراد عند دخولها في علاقات قانونية في إطار العلاقات الخاصة الدولية هذه العلاقات التي أصبح التحكيم التجاري الدولي يمثل الطريقة المثلى في تسوية منازعاته وسمة من سمات عصر العولمة التجارية والقانونية.

ويعتبر الاتفاق على التحكيم الركيزة الأساسية الأولى في إنفاذه، فهو نقطة البداية في العملية التحكيمية ككل وحجر الزاوية فيها وهو الصفة المميز للتحكيم عن القضاء بوصف التحكيم قضاء خاص يتم باتفاق الأطراف واختيارهم له، ويعتبر الاتفاق على التحكيم من التصرفات الإرادية وعقد كسائر العقود الأمر الذي يجب أن تتوافر فيه العناصر القانونية اللازمة لصحة التصرفات ومن أهمها بالنسبة للدولة أهليتها في أبرام الاتفاق على التحكيم هذه الأهلية التي تكاد غالبية الدول تتفق على تمتع الدولة بها.

فإذا نشأ الاتفاق على الاتفاق صحيحا فانه يرتب أثاره القانونية التي أنشأ من اجلها واهم هذه الآثار هو نقل الاختصاص من القضاء العادي إلى قضاء التحكيم كما انه يفيد تقييد حق الدولة في الدفع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء التحكيم. فان العدالة تقتضي أن يتم إلزام الدولة باحترام التزاماتها ولا يحق لها أن تستر بستار السيادة في التهرب من هذه الالتزامات فالغرم بالغرم فكما تسعى الدولة أو احد مؤسساتها العامة إلى تحقيق منفعة مادية أو مالية من خلال معاملاتها التجارية فيجب عليها في المقابل ان تتحمل كافة التبعات من جراء ذلك فيجب تحقيق موازنة بين مصلحة الأفراد ومصلحة الدولة ولا يمكن إعطاء معاملة تفضيلية للدولة على حساب من يتعاقدون معها.

هوامش البحث

- (١) قبل صدور هذه الاتفاقية مر موضوع الحصانات بعدة إرهابيات كان وراءها معهد القانون الدولي والخلاصات الصادرة عنه حتى مؤتمر بال سنة ١٩٩١ والذي كان نواة لهذه الاتفاقية.
- (٢) سما سلطان الشاوي، الحصانة القضائية للدولة في الميدان التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ١١ وما بعدها.
- (٣) نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، ٢٠٠٦، ص ٤٢.
- (٤) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨، ص ٥٥.
- (٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، دراسة تأصيلية لبعض جوانب التحكيم الدولي، بحث مقدم في المؤتمر السنوي الخامس الذي نظمته كلية الحقوق، جامعة المنصورة، بعنوان الاتجاهات الحديثة في التحكيم، ٢٨-٢٩ مارس ٢٠٠٠، ص ٨.
- (٦) الرزق مصطفى، الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من خلال اجتهادات المجلس الأعلى بالملكة المغربية، الطرق البديلة لحل النزاعات، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، قسم الوثائق، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٣٦٥
- (٧) أحمد صالح علي مخلوف، أُنفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات للعقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٠، ص ٣٧.
- (٨) من هذه الدول: بلجيكا إسبانيا، الولايات المتحدة، فنلندا، فرنسا، اليونان، إيطاليا، هولندا، البرتغال، سويسرا.
- (٩) ومنها ألمانيا، إنجلترا، النمسا، الدنمارك، النرويج، السويد، وتركيا.
- Fouchard(Ph), L'arbitrage commercial international. In: Revue internationale de droit compare, p 53.
- (١٠) انظر خلاف ذلك: د. محمود مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٤٣ حيث يذكر أن المشاركة يتم الاتفاق عليها بعد قيام النزاع. وفي هذا تعارض مع قانون التحكيم المصري الذي أجاز إبرام اتفاق تحكيم قبل قيام النزاع أو بعده (٢/١٠م).
- (١١) د. محيي الدين علم الدين، "اتفاق التحكيم وصوره" بحث مقدم في الدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمها مركز حقوق عين شمس للتحكيم، يناير ٢٠٠٠.
- (١٢) إدوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، الجزء ١٠ التحكيم منشأة المعارف، ١٩٨٩، ص ٧٧
- (١٣) د. احمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة العاشرة، ١٩٩١، العدد الأول، ص ٤
- (١٤) إدوارد عيد، مصدر السابق، ص ٧٧.
- (١٥) أحمد صالح علي مخلوف، مصدر سابق، ص ٣٧.

(١٦) من هذه الدول: بلجيكا إسبانيا، الولايات المتحدة، فنلندا، فرنسا، اليونان، إيطاليا، هولندا، البرتغال، سويسرا.

(١٧) ومنها ألمانيا، إنجلترا، النمسا، الدنمارك، النرويج، السويد، وتركيا.

(18) Ph. FOUCHARD, opcit, p 53.

(١٩) إدوارد عيد، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٢٠) د. احمد أبو الوفا، مصدر سابق، ص ٤.

(٢١) إدوارد عيد، مصدر سابق، ص ٧٧.

(22) Article (2/3) : (le tribunal d'un état contractant, saisi dm litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au présent article, international en organisant différents mecanstiutution du tribunal arbitral, notamment consacre implicitement cette obligation ibid. p79

(٢٣) قرار محكمة النقض الفرنسية في ١٩٧٨/٦/٦ قرار لايلاند مشار اليه في مقال الأستاذ باسكال جيار، مرجع سابق، ص ٩٨، مشار له لدى العيساوي حسين، الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية امام القاضي والمحكم، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص ١٣١.

(24) ((On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre))

(25) ((Par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissaires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats))

(٢٦) نصت المادة العاشرة الفقرة ثانيا من نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤ هـ على ((لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يميز ذلك)).

(٢٧) نصت المادة ١٣٩ من القانون الأساسي لجمهورية إيران الإسلامية على ((المصالحة في الدعاوى المتعلقة بالأموال العامة أو الحكومية أو إناطتها بالتحكيم في كل الأحوال تتم بموافقة مجلس الوزراء، وينبغي إعلام مجلس الشورى الإسلامي بذلك في الحالات التي يكون فيها أحد أطراف الدعوى أجنبياً، وفي الحالات الداخلية المهمة، تجب موافقة مجلس الشورى الإسلامي عليها أيضاً. يعين القانون الحالات ذات الأهمية)) انظر هذا القانون معروضا على الموقع الالكتروني: =

=http://www.eslam.de/arab/manuskript_arab/verfassung_iri/verfassung_iri.htm.

(٢٨) - نصت المادة (٦٦) من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١/ بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ على:

((أ)- القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص للبت في كل نزاع ينشأ عن العقد. ب - يجوز أن ينص في دفاتر الشروط الخاصة والعقد على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة أمام القضاء الإداري وتشكل لجنة التحكيم برئاسة مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة وعضوين تختار أحدهما الجهة العامة ويختار المتعهد العضو الآخر. ج- يمكن أن ينص في العقود الخارجية بموافقة الوزير المختص بالذات على جهة تحكيمية خاصة خلافاً لأحكام البندين (أ وب) السابقين)) انظر هذا القانون منشوراً على الموقع الإلكتروني:

http://www.parliament.gov.sy/laws/Law/2004/k_51_2004.htm.

(٢٩)- نصت المادة (٢/٢) من القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٧ الصادر في ٢٠١٧/٢/١٦ على ((٢-يكون الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية بموافقة رئيس مجلس الوزراء أو من يفوضه. ولا يجوز بأي حال من الأحوال لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم لحل ما ينشأ بينهم من منازعات.))

(٣٠)- نص الفصل السابع الفقرة خامساً من مجلة التحكيم التونسية الصادرة بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ والمؤرخ في ١٩٩٣/٤/٢٦ بعد أن حدد حالات المنع من اللجوء إلى التحكيم على ((في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظم هذا الباب الثالث من هذه المجلة)).

(٣١)- نصت المادة (١١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ((لا يجوز الإنفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التيلا يجوز فيها الصلح)).

(٣٢)- نصت المادة ٨٠٩ من الكتاب الثاني الخاص بالتحكيم من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على ((يعتبر دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية يحق للدولة ولسائر الأشخاص المعنيين العاملين اللجوء إلى التحكيم الدولي)).

(٣٣)- نصت المادة الثانية من قانون التحكيم القضائي على ((تختص هيئة التحكيم بالمسائل الآتية ١- الفصل في المنازعات التي يتفق ذو الشأن على عرضها عليها كما تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون وتتضمن حل هذه المنازعات بطريق التحكيم ما لم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك

٢- الفصل دون غيرها في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات

٣- الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء. وتنتظر الهيئة المنازعات التي تعرض عليها بغير رسوم.))

- (٣٤)- وهذه الدول هي الجمهورية العربية اليمنية، المملكة الأردنية الهاشمية، الجماهيرية العربية الليبية، جمهورية العراق، الجمهورية التونسية، دولة فلسطين، الجمهورية اللبنانية، الجمهورية السودانية.
- (٣٥)- نصت المادة (٢) من الاتفاقية على ((تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية العربية أو الدولية الناشئة بين اشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسياتها يربطهم تعامل تجاري مع احدى الدول المتعاقدة أو أحد اشخاصها أو تكون لهم مقر رئيسية فيها))
- (٣٦)- العيساوي حسين، مصدر سابق، ص ١٢٩ ويضرب مثلاً في نزاع بترولي بين الشركة الفرنسية (CREPS) و الحكومة الجزائرية التي حاولت التملص من اللجوء إلي التحكيم أين تمسكت تلك الشركة بحجتين: الأولي أن التحكيم ناتج عن تعهدات تم إبرامها بكل حرية من طرف دولة تتمتع بالسيادة والاستقلال في نظر القانون الدولي العام، والحجة الثانية الصبغة الاستثنائية والعامة لشرط التحكيم، عملاً بقاعدة توازي الأشكال والإجراءات ومفادها هنا أن توقيع الاتفاقية بين الجزائر وفرنسا يجعل من الاتفاق يسمو علي القانون الداخلي الذي يحظر علي الدولة والهيئات الإدارية التحكيم.
- (٣٧)- انظر على سبيل المثال المادة (٢٥٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، المادة (١٧) تحكيم مصري، المادة (١٦) من قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١، المادة (١٤٤٤) مرافعات فرنسي، المادة (١٦) تحكيم بريطاني.

(38)- le principe compétence est compris comme donnant aux arbitres le pouvoir de décider seuls de leur investiture au moins en droit français, la règle de compétence a une double fonction et, comme la convention d'arbitrage, elle produit un effet positif et un effet négative. l'effet positif de la règle compétence est de permettre aux arbitres de statuer sur leur propre compétence. fauchard et autres, p.414n⁶⁵⁹⁻⁶⁶⁰.; "ce principe connu gentlemen's sous sa formation en langue allemande de compétence et qui signifie que les arbitres statuent sur leur propre compétence lorsque celle-ci arrive à être contestée par l'une des parties, constitue l'une des règles matérielles les plus en vogue actuellement dans l'arbitrage international." Mastefa Trari-Tani, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, 1ere Edition Berti 2007, p 105

- (٣٩)- د. أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٤٦١.
- (٤٠)- نقلاً عن د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٥٧.
- (٤١)- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٣٨.
- (٤٢)- د. احمد سلامة، مصدر سابق، ص ٤٦٨.

(1)Ademsammel , Jurisdictional problems international commercial Arbitration Supers ,1989,p17.

- (٤٤) يراجع في ذلك مقالة لدكتور حسن بغدادي بعنوان (القانون الواجب التطبيق بشأن صحة شرط التحكيم وقرارات هيئات التحكيم وتفيدها، منشورة في مجلة القضاء، القاهرة، سنة ١٩، العدد (١)، ١٩٧٩، ص ٥٧.

(٤٥) نصت المادة (٢٢) من مشروع قانون التحكيم العراقي في الفقرة الأولى على انه (اولاً: يجب على هيئة التحكيم ان تفصل من تلقاء نفسها أو بناءً على الدفوع المقدمة من أحد الطرفين بعدم اختصاصها قبل الدخول في أساس الدعوى إذا توافرت أي من حالات عدم الاختصاص بما في ذلك الدفوع المبينة على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله بموضوع النزاع)

(٤٦)- وفي عرض الخلاف والجدل حول مبدأ الاستقلالية لاتفاق التحكيم في الفقه المصري راجع: د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص ١٠٧ وما بعدها . حيث انتهت قيمة هذا هذا الأمر بقانون التحكيم الجديد .

(٤٧)- حيث بينت هذه المادة من قانون التحكيم الأردني على انه "أ. تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبينة على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع".

(3) Article 1465 "Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel"

(4)Article 30 "un less otherwise agreed by the parties , the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction , that is , as to ...

- Whether there is a valide arbitration agreement .
- Whether the tribunal is properly constituted , and .
- What matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement" .

1-Article (5) "... 3. Subject to any subsequent judicial control provided for under the lex fori , the arbitrator whose jurisdiction is called in question shall be entitled to proceed with the arbitration, to rule on his own jurisdiction and to decide upon the existence or the validity of the arbitration agreement or of the contract of which the agreement forms part" .

2-Article (41) "1- The Tribunal shall be the judge of its own competence....." .

(٥٢)- أما اتفاقية عمان في المادة (٢٤) منها أوضحت : "يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص والدفوع الشكلية الأخرى قبل الأولى وعلى الهيئة أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائياً" .

4- نصت الفقرة ١ من المادة ٢٣ من قواعد الاونسترال للتحكيم على ((١- تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض ينظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد على أنه اتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى. ولا يترتب تلقائياً على أي قرار لهيئة التحكيم ببطان العقد بطلان بند التحكيم.))

(٥٤)- نصت المادة (١٦) من القانون النموذجي في الفقرة الأولى منها على انه : "١. يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ينظر إلى

شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى . وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطالان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم .

(55)- Article (6):" 1. A plea as to the jurisdiction of the court made before the court seized by either party 42 to the arbitration agreement, on the basis of the fact that an arbitration agreement exists shall, under penalty of estoppel, be presented by the respondent before or at the same time as the presentation of his substantial defence, depending upon whether the law of the court seized regards this plea as one of procedure or of substance"

(56)-Article (2):"....3 The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed."

(٥٧)- نصت المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات العراقي على ((لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم أو إذا أقرت اتفاق الطرفين عليه أثناء المرافعة فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم))

(٥٨)- نصت الفقرة ١ من المادة ١٣ من قانون التحكيم المصري على ((يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أو طلب للدفاع في الدعوى))

(٥٩)- نصت الفقرة ١ من المادة ٨ لقانون التحكيم القطري على ((تقضي المحكمة، التي يُرفع إليها نزاع، يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، بعدم قبول الدعوى، إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في موضوع الدعوى، ما لم تقرر المحكمة أن الاتفاق باطل أو لاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه.))

(٦٠)- نصت المادة (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على ((.....) ولا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم في شأنها ويجوز النزول عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمناً.....))

(٦١)- نصت المادة (١٩) من مجلة التحكيم التونسية على ((إذا رفع أمام المحكمة نزاع منشور أمام هيئة تحكيم بموجب اتفاقية تحكيم فعلها التصريح بعدم اختصاصها بطلب من أحد الأطراف)).

(٦٢)- نصت المادة (١٤٤٨) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على: ((Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable....))

(٦٣)- نصت الفقرة ١ من المادة ١٠ من قانون التحكيم الانكليزي على: ((Where in legal proceedings relief by way of interpleader is granted and any issue between the claimants is one in respect of which there is an arbitration agreement between them, the court granting the relief shall direct that the issue be determined in accordance with

the agreement unless the circumstances are such that proceedings brought by a claimant in respect of the matter would not be stayed))

((٦٤)) ونعني به الفقه المصري بزعامة الدكتور عكاشة محمد عبد العال في مؤلفه الإجراءات المدنية والتجارية

الدولية، مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، ١٩٨٥.

(65)- Chaque Etat defendre sa propre compétence sans se soucier de celle des autres, il n, y apas de répartition des compensés. Pierre Mayer, droit international prive, Montghrestien, 5 ed 1996. P 220N³ 330

(٦٦)- د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،

٢٠٠٢، ص٢٦

١- د. عصام العطية، القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة، بغداد، ١٩٨٧، ص١٩٧.

(٦٨)- د. عصام العطية، المصدر السابق، ص١٥-١٦.

(٦٩)- د. فخري رشيد المهنا، المنظمات الدولية، دار الكتب للطباعة والنشر، القاهرة، ص٥٣ وما بعدها...

3 - منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٣٧٣ في ٢١/٧/٢٠١٥.

4 - منشور في الوقائع العراقية العدد ١٦٨٨ في ٢/٢/١٩٦٩.

(72)-Niboyet,immunité de juridiction et incompetence d' aribtition

مشار اليه لدى دكتور هشام علي صادق، طبيعة الدفع بالحصانة القضائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية

والاقتصادية، العدد الاول، السنة الاولى، يناير ١٩٥٩، ص٣٣٠.

(٧٣)- د. هشام علي صادق، طبيعة الدفع بالحصانة القضائية، المصدر السابق، ص٣٤٠.

(٧٤)- د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص١٦٩، هامش ٣.

(٧٥)-انظر في عرض هذا الاتجاه، د. هشام علي صادق، الدفع بالحصانة، مصدر سابق، ص٣٤٣ وما بعدها.

(76) ("... L'absence de limitation générale de la compétence international des juridictions par le droit international public... I, idée de résoudre les problèmes de droit international prive graca aux principes du droit international public a connu son apogee au 19eme siècle et au debut du 20eme siècle. Bien qu'ils en deduisent des consequences differentes, la majorite des auteurs de l'époque considéraient que les regles de droit international prive déterminaient les frontières de la souverainete des Etats. En operant une repartition des compétences législatives et juridictionnelles respectives de l'Etat du for et des Etats étrangers. Cette conception amenait beaucoup d'autres à résoudre directement les problèmes de droit international prive grace aux principes du droit international public. Le refus d'appliquer la loi étrangere apparaissant comme une violation de la souverainete des Etats étrangers, le droit international public pouvait justifier l'obligation des Etats d'appliquer la loi étrangere (...) Mais outré qu'elles reposaient sur une conception erronée du droit international prive comme conflit de souverainetes, ces theories considéraient a des solutions douvent inadaptees. Elles attribuaient en particulier a la compétence international des juridictions des limites tantot excessivement strictes, en la liant trop strictement au principe de territorialite comme, dans les droits de common law, avec la compétence fondée sur la notification de l'acte introductif d'instance au défendeur sur le territoire de l'Etat

dufor ou la nationalite des parties comme en droit francais, avec les articles 14et du code civil et le principe d'incompétence du juge francais dans les litiges entre etrangers.” Voir Laurence Usinier, la régulation de la compétence juridictionnelle en droit international, Economica 2008, p52no. 39.

(٧٧)-الدولة ذات السيادة هي ذلك المجتمع السياسي الذي تجتمع لدي البيئة الحاكمة فيه كافة مظاهر السلطة من داخلية وخارجية بحيث لا يعلو علي سلطتها سلطان... وهي في جانبها الإيجابي الاستثمار بممارسة اختصاص الدولة واستقلال وشمول هذا الاختصاص. "أنظر محمد سامي عبد الحميد، محمد سعيد الدقاق، مصطفى سلامة حسين، القانون الدولي العام، منشأة المعارف (الإسكندرية)، ١٩٩٩ الطبعة الأولى، ص ٣٠٣، "... السيادة صفة في الدولة تمكنها من عدم الإلتزام والتقيّد إلا بمحض إرادتها في حدود المبدأ الأعلى للقانون وطبقاً للهدف الجماعي الذي تأسست لتحقيقه". وهو تعريف الأستاذ LeFur أورده الأستاذ سعيد بو الشعير في كتابه: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، د م ج بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ١٩٨٩، ص ٨٢ بالقول:

"... La souverainete internationale de l'Etat ne s'analyse pas en termes positifs, comme un ensemble de pouvoirs qu, il tiendrait sur ses sujets ou sur les autres, elle est un attribut negatif et signifie qu, aucun pouvoir legal ne peut s'exercer sur lui..."

((٧٨)) في هذا المعنى. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع

الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة، ١٩٧٧، ص ٧٨٥

(79) (Le droit public d'un Etat s'applique sur l'ensemble de son territoire. Cependant, l'Etat peut ne pas appliquer son droit interne a l'égard de certaines activités d'un Etat étranger lui permettant d'une part de garantir l'indépendance fonctionnelle de ses services publics, d'autre part d'assurer sa souveraineté sur les biens se trouvant dans un territoire étranger. Brice Socol, manuel des relations internationales, Paradigme, 12 ed. 2008, p37.

رغم أن القاعدة العامة هي افراد الدولة دون غيرها الاختصاص القانوني على إقليمها ومرد ذلك إلى السيادة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول. إلا أن الحياة العملية الدولية تشهد استثناءات واردة على هذه القاعدة حيث الأمثلة كثيرة عن الحالات التي تمارس فيها دول أجنبية بعض أعمال السيادة علي دولة مستقلة عنها. ولتفادي التصادم بين السيادة تحظى هذه الأعمال ما دامت في الحدود المتفق عليها أو طبقاً لقواعد القانون الدولي بحصانة في مواجهة اختصاص الدولة المضيفة (حق المرور البريء للسفن الأجنبية في المياه الإقليمية، نشاطات القوات العسكرية، ويمكن ذكر اثنين من المبادئ الأساسية التي تركز عليها هذه الحصانات: المساواة في السيادة بين دول مستقلة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية لدول أخرى مستقلة. أنظر: محمد بو سلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، د م ج، الجزائر، الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، ص ١٨٢ - ١٨٣

(٨٠)- د. هشام علي صادق، طبيعة الدفع بالحصانة القضائية، مصدر سابق، ص ٣٤١ وما بعدها.

- (٨١)- د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ١٦٧، د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٣٤٨.
- (٨٢)- انظر في تعريف الدفع بعدم القبول، د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ٥، ١٩٧٧، ص ١٧ وما بعدها.
- (٨٣)- د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ١٧٠.
- (٨٤)- د. هشام علي صادق، طبيعة الدفع بالحصانة، مصدر سابق، ص ٣٤٨ وما بعدها.
- (٨٥)- د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ١٧٠.
- (86)- Ali Bencheneb, Les mécanismes juridiques de la relation commerciale internationale de I, Algérie, OPU, 1984 p47
- (٨٧)- صادق العراق على هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم ٢٠٣ في ١٩٦٨/١٢/٢٥ والمشور في الوقائع العراقية عدد ١٦٨٨ في ١٩٦٩/٢/٢.
- ١- حمزة أحمد حداد، مصدر سابق، ص ١٤٧.
- (٨٩)- د. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٥٨.
- (90)- fouchard (ph), l'arbitrage commercial, op.cit, p91, no. 162.
- (٩١)- د. سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٤٣٤.
- (٩٢)- د. حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، بدون مكان وسنة طبع، ص ٢٠٣.
- (٩٣)- نصت المادة (١/٢٥) اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ على:
- ((The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally)).
- (٩٤)- نصت المادة (٢٦) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ على:
- ((Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention)).
- (٩٥)- نصت المادة (١/١٢) من الاتفاقية الأوربية لحصانة الدول لعام ١٩٧٢ على:
- ((1-Where a Contracting State has agreed in writing to submit to arbitration a dispute which has arisen or may arise out of a civil or commercial matter, that State may not claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State on the territory or according to the law of which the arbitration has taken or will take place in respect of any proceedings relating to:
- A. the validity or interpretation of the arbitration agreement;
- B. the arbitration procedure;
- C. the setting aside of the award ,unless the arbitration agreement otherwise provides)).

(٩٦) انظر نص المادة (١/١٢) من الاتفاقية الأوروبية لحصانة الدول والمادة (١٧) من اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول من الولاية القضائية.

(97)-ICC Award No. 2321, YCA 1976, Document-Id: 202321, <https://www.trans-lex.org/202321>.

(98) LIAMCO v. The Government of the Libyan Arab Republic, <https://www.trans-lex.org/261400>.

(99)- Pierre Bourel et Yvon Loussouarn, Droite Internationale prive, Dalloz 1978, p 126.

(١٠٠) - انظر هذا الاتجاه في قرار مجلس اللوردات البريطاني اللورد (MUSTILL) في قراره بصدد قضية مطالبات شركة الخطوط الجوية الكويتية ضد شركة الخطوط الجوية العراقية انظر هذا القرار معروضا على الموقع الالكتروني:

<https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm>
- (101)Article (9)"1- Where a State has agreed in writing to submit a dispute which has arisen, or may arise, to arbitration, the State is not immune as respects proceedings in the courts of the United Kingdom which relate to the arbitration)).

- (١٠٢) د. سراج حسين ابو زيد، مصدر سابق، ص ٤٣٤.

(103) - Seema Bono & others , Sovereign Immunity and Enforcement of Arbitral Awards: Navigating International Boundaries,

بحث منشور على الانترنت على الموقع الالكتروني:

<https://m.mayerbrown.com/.../sovereign-immunity-and-enforcement>

(١٠٤) - د. حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(105)-alan s alexandroff & ian a laird , Compliance and enforcement, alanalexandroff.com/wp-content/uploads/2010/.../asa_lairst_ch29.pdf.

(106) - "To the extent that any of the Parties may in any jurisdiction claim for itself ... immunity from service of process, suit, jurisdiction, arbitration ... or other legal or judicial process or other remedy ..., such Party hereby irrevocably and unconditionally agrees not to claim and hereby irrevocably and unconditionally waives any such immunity to the fullest extent permitted by the laws of such jurisdiction"

(107) - " Subsection (2) does not prevent the giving of any relief or the issue of any process with the written consent of the State concerned; and any such consent (which may be contained in a prior agreement) may be expressed so as to apply to a limited extent or generally; but a provision merely submitting to the jurisdiction of the courts is not to be regarded as a consent for the purposes of this subsection."

(108) - "Where a State has agreed in writing to submit a dispute which has arisen, or may arise, to arbitration, the State is not immune as respects proceedings in the courts in Singapore which relate to the arbitration".

(109)-l'Etat d'Israël et la société de droit iranien National Iranian oil company (NIOC), Cour de Cassation, Chambre civile 1 Audience publique du mardi 1 février 2005 ,N° de pourvoi: 01-13742 02-15237.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المراجع العربية

- ١- د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري، مجلة الحقوق، السنة العاشرة، العدد الأول، ١٩٩١.
- ٢- د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٥، ١٩٧٧.
- ٣- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧.
- ٤- أحمد صالح علي مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات للعقود التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٣، ص ٣٧.
- ٥- د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، دراسة تأصيلية لبعض جوانب التحكيم الدولي، بحث مقدم في المؤتمر السنوي الخامس الذي نظمتة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، بعنوان الاتجاهات الحديثة في التحكيم، ٢٨-٢٩ مارس ٢٠٠٠.
- ٦- إدوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، الجزء ١٠ التحكيم منشأة المعارف، ١٩٨٩.
- ٧- العيساوي حسين، الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية امام القاضي والمحكم، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥.
- ٨- الرزق مصطفى، الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من خلال اجتهادات المجلس الأعلى بالملكة المغربية، الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة والصلح والتحكيم، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر، ٢٠٠٩.
- ٩- د. حفيفة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي (الكتاب الثاني) بالاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.
- ١٠- د. حفيفة السيد الحداد، القضاء الخاص الدولي، بدون مكان وسنة طبع.
- ١١- د. حفيفة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٧.
- ١٢- د. حسام الدين فتحي ناصف، تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
- ١٣- د. حسن احمد بغداددي، القانون الواجب التطبيق بشأن صحة شرط التحكيم وقرارات هيئة التحكيم وتنفيذها، مقالة منشورة في مجلة القضاء، القاهرة، السنة ١٩، العدد الاول، ١٩٧٩.
- ١٤- د. سامي بديع منصور، ود. علي محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، حلول النزاعات الدولية الخاصة، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٠.

- ١٥- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٤٨.
- ١٦- د. سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ١٧- د. سعيد بو الشعير، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة، ج١، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٩.
- ١٨- د. سما سلطان التشاوي، الحصانة القضائية للدولة في الميدان التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.
- ١٩- د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة، ١٩٧٧.
- ٢٠- د. عصام العطية، القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة، بغداد، ١٩٨٧.
- ٢١- د. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، ١٩٨٥.
- ٢٢- د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، ١٩٩٥.
- ٢٣- د. فخري رشيد المهنا، المنظمات الدولية، دار الكتب للطباعة والنشر، القاهرة.
- ٢٤- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٧٣.
- ٢٥- د. محمد بو سلطان، مبادئ القانون الدولي العام، ج١، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٧.
- ٢٦- د. محمد سامي عبد الحميد، د. محمد سعيد الدقاق، د. مصطفى سلامة حسين، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١، ١٩٩٩.
- ٢٧- د. محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٢٨- د. محيي الدين علم الدين، اتفاق التحكيم وصوره، بحث مقدم في الدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمتها مركز حقوق عين شمس للتحكيم، يناير ٢٠٠٠.
- ٢٩- د. مصطفى الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨.
- ٣٠- د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٣١- د. هشام علي صادق، طبيعة الدفع بالحصانة القضائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة الاولى، يناير ١٩٥٩.
- ٣٢- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، ٢٠٠٦.

ثانياً: المراجع الاجنبية

- 1- Pierre Maryer, droit international prive, Montghrestien, 5 ed 1996.
- 2- TERKI (Noureddine), L Arbitrage commercial International en, Algerie, O.P.U 1999.
- 3- Ali Bencheneb, Les mecanismes juridiques des relation commerciales international de I, Algeie, OPU, 1984.
- 4- J.Combscau et S.Sur, droit international public, paris, Montchrestien, 6eme edition 2004.
- 5- Ademsam mcl , Jurisdictional problems international commercial Arbitration Supers,1989.
- 6- Pierre Bourel et Yuvon Loussouarn, Droite International prive, Dalloz 1978.
- 7- Brice Soccol, manuel des relations international, Paradigme, 12 ed. 2008.
- 8- Ph.Fouchabd, L'arbitrage commercial international. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 17 N°4, October - December 1965.
- 9- Seema Bono & others , Sovereign Immunity and Enforcement of Arbitral Awards, Navigating International Boundaries.

بحث منشور على الانترنت على الموقع الالكتروني:

<https://m.mayerbrown.com/.../sovereign-immunity-and-enforcement>

- 10- alan s alexandroff & ian a laird , Compliance and enforcement, alanalexandroff.com/wp-content/uploads/2010/.../asa_laird_ch29.pdf.

ثالثاً: التشريعات

- ١- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٢- القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٢ بشأن انضمام العراق لاتفاقية فينا للعلاقات القنصلية.
- ٣- القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٦٨ بشأن الحصانة القضائية للمبعوث القنصلي.
- ٤- القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٥ بشأن انضمام العراق إلى اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤.
- ٥- قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠.
- ٦- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم ٩٠/٨٣ لسنة ١٩٨٣.
- ٧- مجلة التحكيم التونسية الصادرة بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣.
- ٨- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل.
- ٩- قانون رقم ١١ لسنة الكويتي ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المسائل المدنية والتجارية.

- ١٠- قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.
- ١١- نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٤ عام ١٤٣٣هـ.
- ١٢- نظام العقود للجمهورية العربية السورية الصادر بالقانون رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٤.
- ١٣- قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية القطري رقم ٢ لسنة ٢٠١٧.
- ١٤- القانون الأساسي للجمهورية الإسلامية الإيرانية لعام ١٩٧٩.
- 15- La Code Civil Des France 1804.
- 16- La Code De Procédure Civil France 1974.
- 17- British State Immunity Act 1978.
- 18- British Arbitration Act 1996.

رابعاً: الاتفاقيات الدولية

- ١- بروتوكول جنيف بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٢٣.
- ٢- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية لعام ١٩٥٨.
- ٣- الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي (جنيف) ١٩٦١.
- ٤- اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١.
- ٥- اتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣.
- ٦- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥.
- ٧- الاتفاقية الأوربية لحصانة الدول لعام ١٩٧٢.
- ٨- قانون الاونسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ المنقح.
- ٩- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧.
- ١٠- قواعد الاونسترال للتحكيم التجاري بصيغتها المنقحة لعام ٢٠١٠.
- ١١- اتفاقية الامم المتحدة بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤.