مقدمة :

تسعى البلدان النامية إلى إحداث تنمية إقتصادية طموحة،وتحتاج هذه التنمية إلى موارد مالية ضخمة و تكنولوجيا متقدمة تعجزهذه البلدان عن توفيرها بالاعتماد على إمكانياتها الذاتية،مما يحملها على طلبها في صورة استثمارات. فهو يمكنها من استغلال مواردها الطبيعية، كما يساهم في تنمية بنيتها التحتية كالاتصالات و الطرق و المطارات، و كذلك تدريب الأيدي العاملة المحلية، و تنمية و تطوير مختلف الصناعات من خلال ما يقدمه من أصول متنوعة منها رأس المال و التكنولوجيا و القدرات و المهارات الإدارية و الوصول إلى الأسواق الأجنبية، كما يعزز بناء القدرات التكنولوجية اللازمة للإنتاج و الابتكار و روح المبادرة داخل الاقتصاد المحلي...لذلك أضحى من الثابت أن من أهم الخصائص المميزة للسياسة الإقتصادية للدول في العصر الحالي، و لا سيما النامية منها، هو تطلعها بشكل لافت للنظر إلى مساهمة رأس المال الأجنبي في تمويل تنميتها الإقتصادية، سواء أكان ذلك صورة استثمارات أجنبية عامة أم خاصة[1]، حيث تلجأ الدول عادة لأجل هذا الغرض إلى إبرام العقود مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب بحسب ما تقتضيه خططها التنموية كعقود إستغلال ثرواتها الطبيعية و عقود نقل التكنولوجيا و عقود بناء المناهج و عقود الإشغال التي تستلزمها لبنيتها التحتية وعقود امتياز المرافق العامة وعقود المساعدة والاستثمارات الفنية ....الخ.

و على ضوء ذلك فقد عرف مجمع اللغة العربية الاستثمار بأنه :"استخدام الأموال في الإنتاج ،إما مباشرة بشراء الآلات و الموارد الأولية،وإما بطريق غير مباشرة كشراء الأسهم و السندات"[2].

---

[1]-أنظر: د.علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 1998، ص2.

[2]-أنظر: د. إبراهيم مصطفى ـ أحمد الزيات ـ حامد عبد القادر ـ محمد النجار تحقيق،المعجم الوسيط،الجزء الأول،منشورات دارالمعارف،حمص ، سوريا 1980،ص43.

كما ذهب بعض فقهاء الإقتصاد في تعريفه بأنه: "قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد المالية والتكنولجية والخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدول المضيفة "[1] .

ومن الثابت أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدول المضيفة ، وإن ظهرت حسنة في بدايتها إلا أنها سرعان ما تستبدل نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين ومما لا شك فيه أن منازعات عقود الاستثمار تتمتع بخصوصية ناجمة عن كون هذه العقود تبرم بين طرف عام يتمثل في الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها و طرف خاص أجنبي في مجال الاستثمار، و من ثم فإن المشكلة الأساسية التي تلازم هذه العقود تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والمصالح و الأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي، الأمر الذي ينعكس بالأساس على مسألة تسوية المنازعات عقود الاستثماروبجعلها موضوعا غاية في الأهمية لذلك يكون من الضروري توفير وسائل محايدة و فعالة لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن هذه العقود بما يتلائم مع طبيعتها الخاصة [2]

ولقد ازدادت أهمية هذه المسألة عمقا و بعدا منذ منتصف القرن العشرين، بالنظر إلى التنوع الكبير و التطور المضطرد الذي أصاب و يصيب أشكال و أنماط هذه العقود، مما استدعى أن يواكبه تطور مماثل في طرق ووسائل تسوية منازعتها.

---

[1]-أنظر: د.أحمد شرف الدين ،استثمار المال العربي (تأثير فكرته الاقتصادية في قواعده القانونية)، مجلة غرفة الإسكندرية التجارية،العدد 436،يناير-فبراير1985،ص40.

[2]- أنظر: د . بشار محمد الأسعد،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2006 ، ص 287.

إلا أنه على الرغم من تعدد هذه الوسائل، فقد ظلت هناك خاصية ثابتة لهذه العقود و هي تتعلق على وجه الدقة بالتحكيم كطريقة مقبولة لتسوية هذه المنازعات[1].

حيث يمثل التحكيم دون أدنى شك عند البعض الوسيلة المناسبة التي تضمن و تؤمن إجراءات و أفعال يقبلها الطرفان، ومتحررة من جميع القيود الممكنة الإجرائية و الموضوعية إلا تلك المتعلقة بالنظام العام في دولة المقر أو دولة التنفيذ[2].

فخصوصية التحكيم بإعتباره أداة لتحقيق العدالة تكمن في كونه أداة اتفاقية، فالالتجاء الى التحكيم رهين باتفاق الأطراف على طرح نزاعهم على من يرتضونه حكما بينهم[3].

مع ذلك لم يقف التطور عند التحكيم وانما نما بجانبه وسائل أخرى أهمها التوفيق و الوساطة وعلى هذا الأساس يتعين التطرق للوسائل المختلفة لتسوية منازعات الاستثمار و الدور الذي تؤديه في هذا المجال باستثناء التحكيم و الذي سيتم دراسته على حدا على اعتبار أنه الوسيلة الأكثر استخداما في تسوية منازعات هذه العقود.

ومن هذا المنطلق ستكون الدراسة على النحو الآتي:

الفصل الأول: الوسائل المختلفة لتجنب و حسم منازعات عقود الاستثمار.

الفصل الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار.

---

[1]- أنظر:

El.Kosheri (A.S), Riad (T.F) The Settlement of International Investment Disputes: An Over View.International Center of Statement of investement Disputes Rev – Foreign Investment Law Journal,VOL11.No,1996.p 17.

[2]- أنظر: د .حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،القاهرة، 2001 ،ص3 .

[3]-أنظر: د.مصطفى الجمال- د.عكاشة عبدالعال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،الجزء الأول،دار النهضة، القاهرة، 1998،ص34 .

على الرغم من أن حسم المنازعات لا يكون بالتأكيد أول ما يفكر فيه الأطراف عند إبرام العقد الدولي، إلا أنهم يجب أن يأخذوا في اعتبارهم احتمال نشوب الخلافات و المنازعات في أي وقت أثناء تنفيذ هذا العقد[1].

و إن كانت العلاقة بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة قد تظهر حسنة في بدايتها إلا أنه سرعان ما تتلاشى هذه الصورة و ذلك نتيجة طبيعية لتعارض مصالح الطرفين لذلك تحرص معظم هذه العقود على توفير وسائل محايدة و فعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الطرفين بما يتلاءم و الطبيعة الخاصة لهذه العقود.

ويمكن التمييز في هذا السياق بين نوعين من الوسائل المتاحة للأطراف لتسوية منازعاتهم عند إبرام العقد الاستثماري.

تتحدد الوسيلة الأولى في محاولة وضع آلية لتجنب هذه المنازعة حيث يكون من الضروري السعي لتجنب المنازعات التي يمكن أن تثيرها هذه العقود من خلال توقع المسائل التي قد تثور المنازعات بشأنها، و أن تحدد مسبقا و سائل منعها عن طريق إدراج شروط في العقد لتسوية تلك المسائل أما الوسيلة الثانية فتتمثل في وضع آلية لحسم المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف[2].

---

[1]-أنظر: كريستوفر إمهوس و هيرمان فيريست، التحكيم و الوسائل البديلة لحسم المنازعات ، " كيفية حسم منازعات، التجارة العالمية" ترجمة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي،القاهرة، 2002، ص 18.

[2] - أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 290.

بناءا على ذلك سيتم عرض وسائل تسوية منازعات الاستثمار من خلال مبحثين هما كالآتي:

المبحث الأول : وسائل تجنب منازعات عقود الاستثمار.

المبحث الثاني : وسائل حسم منازعات عقود الاستثمار.

المبحث الأول : وسائل تجنب منازعات عقود الاستثمار.

تنجم صعوبة وحدة المشكلات التي تثيرها عقود الاستثمار من التفاوت و عدم التكافؤ في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود حيث أن هذه العقود تبرم بين طرفين غير متكافئين، الدولة المضيفة من جهة و الشخص الأجنبي التابع لدولة أخرى من جهة ثانية فالدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون العام الداخلي تتمتع بمزايا سيادية إستثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي الخاص المتعاقد معها و الذي يعد كأصل عام شخص من أشخاص القانون الخاص[1].

لذلك يمكن القول بأن المشكلة الأساسية التي تلازم عقود الاستثمار تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها حيث يكون موضوع تلك العقود المساهمة في عملية التنمية[2] ، و المصالح و الأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي، و بمعنى آخر كيف يمكن خلق حالة من التوازن بين الأهداف و الآمال المشروعة للمستثمر الأجنبي في أن يظل العقد كما هو دون المساس به من جهة، و متطلبات التنمية القومية بدول تحرص في أغلب الأحيان على أن تمارس لأقصى درجة ممكنة حقوقها في السيادة و سلطاتها التنظيمية للحفاظ على مصالحها العامة من جهة أخرى ، حيث يجب أن يتشكل توازن أو تعادل بين حقوق والتزامات الأطراف من مجموع بنود عقد الاستثمار[3].

---

[1]- أنظر: د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها و النظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية القاهرة، 2001 ص 8-9.

[2]- أنظر: د.عبدالحكيم مصطفى عبدالرحمن ، عقود التنمية الإقتصادية في القانون الدولي الخاص، دراسة انتقادية،مكتبة النصر،القاهرة، 1991،ص18.

[3]- أنظر: د. محمد ابراهيم موسى ، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارةالدولية ،دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ،القاهرة، 2005،ص ص41-42 .

و يكشف التحليل الشامل للعقود المبرمة بين الدول و المستثمرين الأجانب عن وسيلتين للمساعدة في تجنب المنازعات التي يمكن تثيرها تلك العقود، و ذلك من خلال ضمان الحد الأقصى من الانسجام بين متطلبات الاستقرار و التطوير و كذلك التوازن العادل بين سيادة الدولة على مواردها و حماية الاستثمار الأجنبي.

أولاهما تتمثل في تثبيت العلاقة التعاقدية من خلال إدراج شروط الثبات في العقد و ثانيهما في إدخال آلية لتكييف العقد و تعديله من خلال اشتراط إعادة التفاوض[1].

و بناء على ما تقدم فسنعرض هذا المبحث وفقا لمطلبين اثنين:

المطلب الأول : شروط الثبات .

المطلب الثاني : شروط إعادة التفاوض .

المطلب الأول: شروط الثبات .

كان من الطبيعي أن تتضمن عقود الاستثمار ما يصطلح عليه بشروط الثبات (Stabilisation clauses) حيث تبوأت هذه الشروط الخاصة مكانة كبيرة في عقود الاستثمار.[2]

الفرع الأول: المقصود بشروط الثبات في تجنب المنازعة .

من منطلق التسمية فهي شروط تتجسد وظيفتها في ضمان عدم تغير العقد و أن يظل ثابتا[3].

---

[1]- أنظر: د بشار محمد الأسعد ، .عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،مرجع سابق ، ص291- 292.

[2]- أنظر: د.طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية ، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،القاهرة،2008،ص71.

[3]-أنظر:

Peter (w): Arbitration and renegotiation of international investment agreements .clawer law international the Hague/Boston/London, 1995, P214.

حيث تعمل هذه الشروط على تجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة، وتمنع السلطات العامة في هذه الدولة من اتخاذ أية إجراءات أو إصدار أي قوانين أو لوائح تعرض التوازن العقدي و مصالح المستثمر الأجنبي للخطر في تاريخ لاحق على توقيع العقد[1].

وقد تنوعت هذه الشروط من حيث التعامل مع قانون الدولة المضيفة[2]، حيث يجري التمييز في إطار شروط الثبات التي يتم إدراجها في عقود الاستثمار بين شروط الثبات التشريعي و شروط عدم المساس بالعقد[3].

حيث تسعى الأولى إلى منع الدولة من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد فهي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية و طرف في العقد في ذات الحين و ذلك من خلال تعهد الدولة و بمقتضاها بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد و يترتب عليه الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها، في حين تهدف الثانية إلى تجنب إجراء أية تغيرات في العقد من جانب الدولة المستغلة في ذلك ما تتمتع به من مزايا يسبغها عليها قانونها الداخلي بوصفها سلطة تنفيذية أو بوصفها سلطة الإدارة[4].

---

[1]-أنظر:

Raid (I.F)M The Applicable Law Governing Transnational Development Agreements HARVARD University-Cambridge-Massachusetts, London, 1985, P2.

[2]- أنظر: د.أحمد عبدالكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ،دار النهضة العربية،القاهرة،2001،ص305 .

[3]-أنظر:

Passivity(E) : Inter antinationalization and stabilization of contracts verses state sovereignty, British.Year.Book of .International.Law vol 60,London ,1989,P 315.

[4]- أنظر: د .حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 326- 327.

كما يكمن وراء جميع أنواع شروط الثبات هدف واحد، ألا و هو الحيلولة دون تطبيق أي قانون أو أي إجراء تنظيمي تصدره الدولة أو الإدارة لتغيير الوضع القانوني للمستثمر[1].

وقد يتم إدراج هذه الشروط في العقد المبرم بين الدولة و المستثمر الأجنبي في صورة بنود فيطلق عليها حينئذ شروط الثبات التعاقدية ، كما يمكن أن تكون في شكل تعهد صريح للدولة في قانونها الداخلي فيطلق عليها شروط الثبات التشريعية .

فالشروط التعاقدية هي الضمانة لسيادة بنود العقد المبرم بين الطرفين فلا يتأثر العقد بما تتخذه الدولة من إجراءات تشريعية أو تنفيذية بعد إبرامه كما يكون العقد مصدرا لهذه الشروط .

و مثال ذلك من هذه الشروط ما نصت عليه المادة 1/17 من العقد المبرم سنة 1977 بين جمهورية مالي و شركة(.Nucléaires du gnrale des Matières).

من أنه: " تتعهد الحكومة بأن تضمن طوال مدة العقد، أن تتمتع الشركةبثبات الظروف العامة و القانونية و الاقتصادية و المالية التي ستعمل الشركة في ظلها، و ينصرف هذا الضمان إلى التشريعات و اللوائح المطبقة عند توقيع العقد على الاستغلال التعديني في مالي بوجه عام و استغلال اليورانيوم بوجه خاص"[2].

---

[1]-أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،مرجع سابق، ص 294.

[2]-أنظر:

Peter (w): Arbitration and renegotiation of international investment agreements .clawer law international, Op.Cit P 221.

وكذلك ماجاء به أحد العقود المبرمة بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية عام 1978 على أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي [1] .

أما الشروط التشريعية فهي التي ترد في القانون الوطني للدولة المضيفة و المانحة للامتيازات و إعفاءات خاصة للأنشطة الاستثمارية، حيث يتم النص فيها على منح المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة كافة المزايا الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون مع التعهد باستمرارها حتى في حال تعديل هذا القانون.

ولما كان شرط الثبات التشريعي يوجد في صلب قانون الدولة الصادر في سلطتها التشريعية فإنه يعتبر على أي حال قيدا على استعمال السلطة القاعدية للدولة لأن هذا المجال الذي تتدخل فيه هو ذلك الذي لا يكون تطبيق القانون محلا للجدل ويخرج عن سلطان إرادة الأطراف في أحد العقود العادية [2].

و تقسم هذه الشروط من حيث المضمون إلى عامة تهدف إلى التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق على العقد و أخرى خاصة تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة(كالخاصة بالضرائب و الجمارك) سواء كانت تشريعات نافدة وقت ابرام العقد و تلك المستقبلية .

أما من ناحية الأشخاص المستفيدين من هذه الشروط فهي تقسم إلى شروط عامة لا تحدد مطلقا من هو المستفيد، وأخرى نسبية محددة لمن هو المستفيد منها .[3]

---

[1]- أنظر: د.أحمد عبدالكريم سلامة ، قانون العقد الدولي، مرجع سابق،2001،ص308.

[2]- أنظرالمرجع السابق ،ص309 .

[3]- أنظر: د. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص330 .

و من أمثلة القوانين التي تضمنت مثل هذه الشروط ما ورد في قانون الاستثمار الجزائري لسنة 2001 من تقرير لمبدأ الثبات حيث أكد على أنه لن تجري أية مراجعات أو إلغاءات على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا التشريع إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة و الحصول على التعويض العادل و المنصف عليها في التشريع المعمول به[1]، فنص في المادة الخامسة عشرة منه على أنه:" لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"[2].

و على هذا الأساس فإن شروط الثبات تحد من السلطة العامة للدولة في تعديل أو إلغاء العقد من خلال تطبيق أية إجراءات تشريعية أو إدارية بعد إبرامه مما يحقق التوازن العقدي .

و الواقع أنه يمكن رصد أو ملاحظة ثلاث آليات قانونية يتم إتباعها من الأطراف في عقود الاستثمار لتحقيق هدف الثبات[3] :

أ- أن تسود بنود العقد أي بنود صدرت لاحقا، إما بتشريع أو تنظيم أو لائحة إدارية ، و يتحقق هذا من خلال اشتراط أن يصبح العقد ملزما بحيث تصبح بنوده غير قابلة لأن يعدلها التشريع العام .

و مثال ذلك ما ورد في العقد المبرم بين الحكومة اليونانية و شركة Esso Hellenic من أنه:" 1-تتعهد الحكومة اليونانية للشركة بأن الاتفاقية لن تلغى أو تعدل بأي قانون عام أو خاص إلا إذا وافقت عليه الشركة.

---

[1]- أنظر: د. بن ميمومنة عبد الحق ، تقرير عن ملتقى التنظيم القانوني للاستثمار في الجزائر" الذي عقد بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة يومي 29و30 أبريل، 2002 ،مجلة الحقوق الكويتية ،العدد الثاني، السنة السابعة و العشرون ، يونيو 2003 ، ص382.

[2]- أنظر أمر رقم 01-03 مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق لعشرون غشت 2001 و المتعلق بتطوير الاستثمار ،الصادر بالجريدة الرسمية رقم 47 للجمهورية الجزائرية ،2001 ،ص7 .

3-أنظر:

Bernardini(P) : The Renegotiation of the Investment contracts International Center of Statement of Investement Disputes Rev , Foreign Investement Law Journal, Vol13 N02.1998.P414.415.

2- يلزم أن تخضع الشركة و جميع عملياتها و ممتلكاتها الموجودة في اليونان للقوانين اليونانية طالما أن هذه القوانين لا تتعارض مع بنود الاتفاقية، و إذا ما ظهر تعارض فإن بنود الاتفاقية تسود تلك القوانين التي ستصبح غير سارية في هذه الحالة على الشركة أو عملياتها أو ممتلكاتها "[1] .

ب- ألا يتم أي تعديل لبنود عقد الاستثمار بأية وسيلة أخرى سوى القبول المتبادل بين الطرفين.

و من ذلك ما نصت عليه المادة 17 من عقد الامتياز المبرم بين الكويت و شركة Aminoil من أنه : " لا يجوز للشيخ أن يبطل تلك الاتفاقية بموجب أية إجراءات تشريعية أو إدارية كانت إلا حسب ما هو مشروط في المادة 11 و لا يجوز إجراء أية تغييرات في الاتفاقية من طرف واحد، و التعبيرات مسموح بها في حالة فقط في حالة اتفاق جميع الأطراف لتحقيق المصلحة المشتركة"[2] .

ج- أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة المضيفة و المطبق وقت توقيع العقد وهو ما يعني استبعاد أو استثناء تطبيق أي قوانين و لوائح مستقبلية تصدرها هذه الدولة .

و مثال ذلك ما ذهب إليه العقد المبرم بين حكومة زامبيا و المستثمر الأجنبي من أنه:" تلزم أية هيئة تحكيم عند تفسير و تطبيق أية اتفاقيات ووثائق و تشريعات و أوامر و غيرها مما هو ذو صلة بالنزاع بتطبيق قانون جمهورية زامبيا كما هو عليه في 24 ديسمبر 1969 مع تجاهل كل التشريعات و الأحكام و الأوامر و التعليمات السارية في زامبيا والتي صدرت أو تم تبنيها بعد ذلك التاريخ"[3] .

---

[1]-أنظر:

Peter (w): Arbitration and renegotiation of international investment agreements .clawer law international ,Op Cit ,pp 216-217 .

[2]- أنظر: د . بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ،ص298 .

[3]- أنظر:

Peter (w): Arbitration and renegotiation of international investment agreements .clawer law international , Op. Cit,P217.

الفرع الثاني: تقييم دور شروط الثبات في تجنب المنازعة .

لما كانت شروط الثبات تضفي الاستقرار في النظام القانوني الذي يحكم العلاقة التعاقدية و الذي يعتبرها البعض[1] هي الأنجع في ضمان ثبات النظام الذي تنشئه بنود عقد الاستثمار من جهة الحيلولة دون نشوب نزاعات نهائية كنتيجة منطقية لظهور تشريع جديد أو اتخاذ إجراء تنفيذي يزيد الضرائب أو يفرض التزامات أخرى تخل بالتوازن المالي المستمد أصلا من التوازن العقدي.

إلا أنه يتبين أن شروط الثبات ليست بالضمانة الكافية التي تحمي المستثمر الأجنبي من تبعات الأعمال السيادية التي تخول للمشرع الوطني إصدار قوانين أو اتخاذ إجراءات تخدم الصالح العام حتى و لو كانت توجهات ذلك تتعارض مع بنود العقد مما يفرغ شرط الثبات من قيمته القانونية ،كما أن البعض يرى أن طبيعة عقود الاستثمار و كون الدولة أحد أطرافها يميل إلى تغليب اعتبارات السيادة وبالتالي حق الدولة في المساس بالعقد إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك[2]، في حين يرى البعض الأخر أن تضمين العقد هذه الشروط يؤدي إلى تقويض القرينة التي مفادها أن القانون الجديد يكون ذو تطبيق فوري ومباشرفهذه مجرد قرينة بسيطة[3]، و قد ظهر ذلك جليا في النزاعات المتعلقة بالتأميم فعلى اعتبار أن شروط الثبات ستحمي المستثمرين إلا أن المحكومون في قضية Aminoil أعلنوا أن حالة التأميم لا تحظرها بالضرورة شروط الثبات[4].

---

[1]- أنظر:

El.Kosheri (A.S) The Particularity of The Conflict Avoidance Methods Pertaining to Petroleum Agreements, International Center of Settlement of investement Disputes.Rev. , Foreign Investement Law Journal,Vol11,V02 1996, P277.

[2]- أنظر: د. حفيظة السيد حداد ،العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 352 .

[3] - أنظر: د.سراج حسين أبوزيد ، التحكيم في عقود البترول ،دار النهضة العربية ، القاهرة،2000 ، ص 111 .

[4]- أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ،ص299 .

حيث أعتبر الحكم الصادر في هذه القضية أن التأميم الذي قامت به الحكومة الكويتية سنة 1977 يعتبر ممارسة شرعية في ظل وجود شرط الثبات في عقد الامتياز المبرم بين الطرفين.

غير أن هذا لا يعني أن تنعدم القيمة القانونية لهذه الشروط إذ نتلمس فاعليتها في كونها تدعم المركز التفاوضي للمستثمر وقت إحالة النزاع بشأن العقد إلى محكمة أو هيئة تحكيم ما.

حيث يمكن لشرط الثبات أن يمارس قوته القانونية من حيث كونه باعثا على الوصول لحلول وسط أو تسوية[1].

فضلا عن أن التحكيم اعتبر هذه الشروط محكا أو معيارا لمدى تنفيذ العقد، بما تفرضه من عواقب قانونية نتيجة لانتهاك بنود العقد، إذ أن إلغاء متوقعا يجري انتهاكا لمثل هذا الشرط التعاقدي من شأنه إنشاء حق خاص بالتعويض، و لا بد أن يكون مقدار التعويض أكثر بكثير مما يكون عليه في حالات اعتيادية، لأن وجود مثل هذا الشرط هو حالة ذات صلة وثيقة بالأمر، و يجب أخذها في الاعتبار عند تقدير التعويض المناسب، فمثلا ثمة التزام بالتعويض عن المكاسب المنتظرة التي كان متوقعا أن يحصل عليها المستثمر الأجنبي خلال المدة المتبقية من العقد[2].

لذلك يرى البعض [3] أن دور شروط الثبات في تجنب المنازعة يتمثل في أمرين هما:

أ- تعتبر شروط الثبات شرعية و يمكن لها أن تمثل أساسا هاما للتفاوض أو المساومة لأن هيئات التحكيم تعترف بها على أنها أساس للتعويض المناسب .

---

[1]- أنظر:

Peter (w): Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements. Op.Cit, P226.

[2]- أنظر:

Arechaga (jimenezde) :State Responsibility For The Nationalization of Foreign-Owned Property, New York University, Journal of international law and Politics, Vol 11, 1978, P198.

[3]- أنظر: د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 311 .

ب- كونها لا تعالج الثبات الداخلي لعقود الاستثمارفعليه يمكن أن يتراكم الإحباط مما يؤدي إلى نزاع حاد، و بالتالي تعتبر شروط الثبات محفوفة بالمخاطر فيما يتعلق بثبات العقد و تفادي المنازعات.

المطلب الثاني: شروط إعادة التفاوض في تجنب المنازعات .

معلوم أن العديد من عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة هي عقود تمتد لفترة زمنية طويلة،خاصة عقود التنقيب عن البترول واستغلاله وعقود التنمية الاقتصادية[1]،كونها منصبه على إقامة مشروعات استثمارية كبرى مما يتطلب أجالا طويلة لتنفيذها و تمكين كل طرف من الوفاء بالتزاماته ذلك ما يجعل هذه العقود عرضة لمؤثرات عدة تتعلق بالظروف الاقتصادية و السياسية المحيطة بها.

فإنطلاقا من حتمية الحفاظ و التوازن في العلاقة التعاقدية بين دولة ذات سيادة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال تشريع قوانين أو اتخاذ إجراءات مما قد يعسر على الطرف الآخر تنفيذ التزاماته التعاقدية هذا من جهة، و مستثمر يسعى إلى تحقيق مكاسب على ضوء أحكام العقد المبرم سلفا مع الدولة من جهة أخرى وصولا إلى التشكيك الدائر حول الفعالية القانونية لشروط الثبات وجب البحث عن بديل يوفر الحماية ضد الأعمال التي تقوم بها الدولة في العقد كنتيجة لسلطاتها العامة هذا إما أدى إلى تضمين عقود الاستثمار طويلة المدى شروطا لإعادة التفاوض (Renegotiation chauses) ذلك من خلال الالتزام أو التعهد بإعادة التفاوض عند ظهور ظروف طارئة (بما في ذلك حدوث تغيير في سياسة الحكومة) تلزم الدولة نفسها بالتفاوض مع المستثمر المتعاقد معها بدلا من أن تغير من طرفها أو من جانبها فقط شروط العقد، و عدم نجاح تلك المفاوضات قد يؤدي إلى تدخل التحكيم الدولي بهدف استعادة التوازن بين الطرفين[2]

---

[1]- أنظر : د.نعيمي فوزي و أ. بن أحمد الحاج ،النظام القانوني لعقد الاستثمار بين مقتضيات التدويل و مصالح الدول النامية،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ،كلية الحقوق،جامعة المنصورة،القاهرة،العدد47،أبريل 2010،ص434.

[2]- أنظر:

Bernardini (P): The Renegotiation of Investisement Contracts,Op.Cit ,P 415.

الفرع الأول: المقصود بشروط إعادة التفاوض .

هي شروط بمقتضاها يكون لأطراف العقد في حال تغير الظروف التي واكبت إبرامه تغييرا يخل بالتوازن الذي رسمه له أطرافه و يجعل تنفيذ أحدهما أو كليهما لالتزاماته مرهقا، ملائمة العقد مع الظروف الجديدة[1].

كما تضمن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات عبر الدولية، الذي أعدته لجنة الشركات عبر الدولية المشكلة في إطار الأمم المتحدة النص على ضرورة مراجعة العقود و التفاوض بشأنها، فقد نص على أن:" العقود و الاتفاقات المبرمة بين الدول و الشركات عبر الدولية يتعين التفاوض بشأنها، و تطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية، كما أن هذه العقود و الاتفاقات، و لا سيما التي يتعين تنفيذها في إطار فني طويل الأمد، يجب أن تتضمن شروطها لإعادة مراجعة بنودها أو لإعادة التفاوض بشأنها و في حال تخلف هذه الشروط السابقة، و إذا تغيرت الظروف التي تم إبرام هذه العقود في ظلها تغييرا جوهريا، فإنه يتعين على الشركات عبر الدولية أن تتصرف في ضوء اعتبارات حسن النية، و يجب عليها التعاون مع الحكومات المعنية من أجل إعادة مراجعة هذه الاتفاقات أو إعادة المفاوضة بشأنها "[2].

كما أن المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أقرها معهد روما لتوحيد القانون الخاص Unidroit عام 1994 قد نصت على التفاوض في حالة تغيير الظروف من خلال ما ورد في الفقرة الثالثة

---

[1]- أنظر: د .شريف أحمد غنام ، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية في توحيد شرطي القوة القاهرة و إعادة التفاوض ،دار النهضة العربية ،القاهرة، 2000، ص 37.

[2]- أنظر:

United Nations Center On Trans National Corporations- Report of The secretariat on The outstanding issues in the draft code of conduct on transnational corporations 29 May 1984.ILM,vol23, 1984 p 607 etc.

من المادة 6-2 أنه" في حالة شرط الصعوبة (تغيير الظروف)Hardship يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات، و يجب أن يقدم الطلب دون تأخير و أن يكون سببا"[1]

و تطبيقا لشروط إعادة التفاوض نصت المادة 19 من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية و الهيئة المصرية العامة للبترول و شركة ريسول إكسبلورسيون إيجبتد أس إيه و شركة موبيل إكسبلوريشن إيجيبت إنك، على أنه : " في حالة حدوث أي تعديل تشريعي أولا ئحي يؤدي إلى انتقاص أو زيادة حقوق أحد الأطراف فإنه يسمح بتسعين يوما للتفاوض يجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات"[2].

هذا من شأنه أن يعطي شروط إعادة التفاوض خاصية الحفاظ على التوازن العقدي طوال فقرة العقد مما يساهم في استمرارية العلاقة التعاقدية حيث لا يستطيع أي من الطرفين التملص من التزاماته و الخروج من العقد و من هذا المنطلق تعد هذه الشروط بديلا لشروط الثبات و لكن على العكس منها فإن شروط إعادة التفاوض تفسح المجال لإعادة التفاوض على بنود معينة من الاتفاقية، حيث تنص هذه الشروط على االتزام الدولة بتعويض المستثمر الأجنبي عن أية أضرار اقتصادية تحدث لأي سبب ناتج عن أية قوانين أو لوائح جديدة تؤثر على بنود الاتفاقية و ذلك كله دون الحد من الامتيازات السيادية للدولة[3] ، إلا أن هذه الشروط لا تكون ذات تطبيق آلي مما يثير إشكاليات عديدة .

الفرع الثاني: الإشكاليات المتعلقة بعملية إعادة التفاوض .

---

[1]- أنظر مبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية المنشورة بالانجليزية على شبكة الإنترنت،أطلع عليه بتارخ2010/10/17:

http :// www.j45.uio.no/im/unidroit international, commercial contracts principles,/ Commented/Toc . htm/1994

[2]- أنظر: د. طارق فؤاد رياض ، التحكيم في عقود البترول، بحث مقدم إلى الدورة المتعقمة لإعداد المحكم ، مركز تحكيم حقوق عين شمس، القاهرة، من 24 مارس إلى 1 أبريل2004 ، ص 184.

2- أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 306- 307.

تسعى شروط إعادة التفاوض إلى مراجعة بنود العقد في حال تغيير الظروف و ذلك قصد الرجوع بالالتزامات التعاقدية إلى وضع متوازن لذلك فإن وجود مثل هذا الشرط يقدم ميزتين:

-أولهما أنه يسمح للأطراف بالاقتراب بشكل مرن و من ثم التفاوض لإيجاد حل مناسب لمعالجة النتائج الضارة التي سببها تغير الظروف.

- ثانيها أنه يعطي للعقد فرصة للاستمرار و البقاء عن طريق تعديل أحكامه و حتى يمكن للشرط أن يحقق الدور المطلوب منه، فإنه يفرض التزاما على عاتق الأطراف بإعادة التفاوض.

أي أن الالتزام الرئيسي الذي يفرضه الشرط عند حدوث تغيير جوهري في الظروف التي تم التعاقد على أساسها يتمثل في جلوس الأطراف إلى مائدة التفاوض[1]، بمعنى أنه لا يقدم حلولا مباشرة لمواجهة التغيرات في الظروف التي سببت اختلال في توازن آداءات الأطراف فهو لا يطبق بشكل آلي وهو ما من شأنه ظهور بعض المشاكل[2] :

أ- ينبغي تحديد التزامات الأطراف في أثناء تلك المرحلة تحديدا دقيقا فالدخول في التفاوض لا يعني الالتزام بإبرام اتفاق يتعلق بالبنود المعدلة، وبمعنى آخر لا يمثل الفشل خرقا للعقد.

ب- يمكن من خلال التحكم في النص أن يكون الشرط مفتوحا، سواء ما إذا كان هدف استعادة التوازن الأصلي ينطوي على أن الهدف المشترك للطرفين هو تعويض الطرف المتضرر، أو ما إذا كانت هناك ضرورة لأخذ المصلحة العامة بالاعتبار خاصة عندما يحدد الشرط الحل المتكافئ كهدف أساسي.

---

[1]- أنظر: د. شريف محمد غنام ،آثار تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ،ص 72.

[2]- أنظر:

Bernardini (P) : The Rrenegotiation of Investisement Contracts ,Op.Cit, P419.

ج- هذا و تتعلق المسألة الأكثر أهمية بوضع الطرف المتضرر في حالة فشل الأطراف في الوصول إلى اتفاق على مراجعة شرط العقد أثناء المدة الزمنية التي يحددها العقد كمرحلة أولية من مراحل المفاوضات المباشرة و هذا سيعتمد في الغالب على ما إذا كانت سلطة المحكم في مثل هذا الموقف قد تحددت أم لا.

إن المشكلات المتولدة عن فشل الأطراف في الإتفاق على مراجعة بنود عقدهم لا تختلف عن تلك التي تظهر نتيجة الاختلاف في تكييف العقد في حالة ظهور صعوبات ناجمة عن تغيرات في الظروف السائدة، و اختلاف الأطراف يرتبط بما يلي:

أ-وجود شروط في العقد تتعلق بمسألة إعادة التفاوض، أي ما إذا كان هناك قانون جديد يؤثر بالسلب على حقوق و مصالح الطرف الخاص،أو و ضعه المادي أو صافي مكاسبه الإقتصادية[1].

ب-البنود و الشروط التي ينبغي إخضاعها للمراجعة و ذلك لإعادة خلق التوازن الاقتصادي بين الأطراف[2] أو الوصول إلى حل متكافئ و عادل يحافظ على التوازن الاقتصادي للعقد [3] أو لضمان أن يحصل الطرف الخاص المتعاقد على النتائج الاقتصادية المتوقعة[4].

و اختلاف الأطراف على الشروط الخاصة بإعادة التفاوض سوف يؤدي إلى ظهور نزاع قد تتم إحالته على التحكيم، و ذلك طبقا للشرط المتصل بالعقد.

و عند إحالة النزاع المتعلق بعملية إعادة التفاوض إلى التحكيم، فإنه يتعين على المحكم أن يحدد، و إلى أي مدى، ما إذا كانت الأفعال أو الإجراءات التي قام بها طرف من الأطراف تستوفي الشروط المحددة في الفقرة المدرجة في الاتفاقية من أجل إعادة التفاوض أم لا.

---

[1]- أنظر: د. عكاشة محمد عبد العال ، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية ،بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق و ضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية، بيروت ،لبنان ،الفترة 13-15 فيفري 2001، إعداد مركز الدراسات العربي- الأوروبي، الطبعة1 ، 2001، ص 104.

[2]- انظر: د .كريم نعمه النوري ، دور الاستثمارات الأجنبية في البلدان النامية، مقال منشور على شبكة الأنترنت ،أطلع عليه بتارخ 2010/10/26:

P44http://www.Uluminsania.com/a94.html

[3]- أنظر: د .عكاشة محمد عبد العال ، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق و ضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية ،مرجع سابق،ص104 .

[4]- أنظر: د .كريم نعمه النوري ، دور الاستثمارات الأجنبية في البلدان النامية ، مرجع سابق،ص 44.

و إذا ما أعلن المحكم أن هذه الشروط لم يتم استيفائها فإن العقد يظل محتفظا بفعاليته و تأثيره أما إذا أعلن المحكم العكس فسيكون أمام ثلاثة حلول بديلة تتوقف على متطلبات الأطراف:

أ- قد يدعو المحكم الأطراف لمحاولة التفاوض مرة أخرى بشأن بنود اتفاقية معدلة أو منقحة استثناء إلى ما توصل إليه من نتائج.

ب- إذا ما فشلت تلك المحاولة فإنه يجوز للمحكم أن يحكم بأن الأطراف و حدهم، و ليس المحكم، هم أصحاب الحق في مواصلة مراجعة الاتفاقية، و في هذه الحالة يجوز للمحكم أن يعلن انتهاء العمل بالاتفاقية الأصيلة مع الحكم بتعويض الطرف المتضرر إذا ما ثبت للمحكم أن الطرف الآخر قد فشل في التصرف بحسن نية أثناء مرحلة التفاوض أو لأي سبب آخر غير مشروع.

ت- قد يأخذ المحكم في تحديد الطريقة التي ينبغي بها مراجعة بنود الاتفاقية بما يخدم هدف الأطراف و هو استعادة التوازن التعاقدي و إصدار حكم يلزم عمل هذه المراجعة، وهو ما يطرح بعض المشكلات المتعلقة بطبيعة ودرجة تدخل المحكم في عملية إعادة التفاوض[1] .

و مع الأخذ في الاعتبار أن المحكم يفتقر بطبيعة الحال إلى سلطة إعادة كتابة اتفاقية الأطراف، فإن شرط التحكيم يجب أن ينص صراحة على تخويل المحكم مثل تلك السلطة وتحديد طريقة ممارستها و كذلك وضع حدود لسلطة المحكم في هذا الصدد[2].

بمعنى أنه مجرد النص على العودة للتحكيم في حالة فشل الأطراف في الاتفاق على بنود المراجعة غير كاف للدلالة على تلك السلطة.

---

[1] - أنظر: د . بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ،ص309 .

[2]- أنظر:

Bernardini (P) : The Rrenegotiation of Investisement Contracts ,Op.Cit, P421.

غير أن مثل هذه المشاكل لا تمنع من الاعتراف بأن أسلوب إعادة التفاوض– و الذي بناء عليه يصبح الأطراف ملزمين بالاتفاق فيما بينهم على إعادة تعديل علاقتهم التعاقدية إذا ما أصبح ذلك لازما – يمثل أداة غاية في الأهمية و الفائدة لتجنب النزاع ، و أنقاد العقد و تصويب مساره بتخفيف الضرر عمن لحقه[1].

و هكذا فإنه يمكن لشروط إعادة التفاوض في ضوء الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار أن تؤدي دورا هاما في تجنب المنازعات التي من المحتمل أن تثيرها هذه العقود، وذلك من خلال إحداث الثبات في العقد دون التقييد الواضح جدا لممارسة الدولة المضيفة لسيادتها ، و من ثم تفادي أي تعطل مفاجئ و هو ما يؤكد عليه أحد الأساتذة بقوله أنه:" توفر شروط إعادة التفاوض نوعا من التأمين ضد أي رد فعل شديد يحدث نتيجة إدراك أن اتفاقية الاستثمار ذاتها تحظر أية عملية مراجعة مبررة أو عقلانية"[2]، ذلك أن شروط إعادة التفاوض تضمن ثبات العقد بداية كما تمكن من التغيير فيه وفقا لعملية إعادة التفاوض على نحو لا يتجاوز الحدود المنصوص عليها في شرط إعادة التفاوض.

المبحث الثاني : وسائل حسم منازعات عقود الاستثمار .

---

[1]- أنظر:

El-Kosheri (A.s): The Particularity of The Conflict Avoidance Methods Pertaining to Petroleum Agreements ⋯,Op.Cit, P279.

[2]- أنظر:

Asante(S.K.B): Stability of Contractual Relations in The Transnational Investment Process International and.Comparative.Law.Quarterly.Vol28, part3,1972 P412

تعتبر مسألة حسم منازعات عقود الاستثمار غاية في الأهمية، حيث يبين من استقراء تحركات الأموال بغرض الاستثمار، أن المستثمر يضع في اعتباره عند تفضيله بين الأماكن البديلة للاستثمار ليس فقط المكان الذي يوفر له عائدا مناسبا على استثماراته، و لكن المكان الذي يوفر من ناحية أجهزة تضمن تنفيذ القوانين و احترام حقوق الملكية و الوفاء بالعقود و من ناحية أخرى آليات ميسرة و سريعة و فعالة و غير مكلفة لتسوية منازعات الاستثمار[1].

و بالنظر إلى التنوع و التطور الكبير الذي أصاب أنماط عقود الاستثمار ،وكذلك تميز العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية الخاصة في نطاق العلاقات الإقتصادية [2]، فإنه من الطبيعي و الضروري وجود تطور مماثل في طرق ووسائل حسم المنازعات المتعلقة بها حيث اكتست هذه الأخيرة أهمية كبيرة منذ العقد الخامس من القرن العشرين.

و انطلاقا من مدى إلزامية ما تقدمه هذه الوسائل من حلول يمكن التميز بين نوعين رئيسيين من الوسائل هي الوسائل غير قضائية و كذا الوسائل القضائية.

أ- **الوسائل غير القضائية :** وهي تتمثل في الوسائل البديلة لحسم المنازعات ADR [3]مثل التوفيق و الوساطة و الخبرة الفنية و المحاكمات المصغرة و هي تتميز عن الوسائل القضائية بعدم إلزامية أحكامها الصادرة للأطراف.

ب-**الوسائل القضائية:** وهي تتمثل في قضاء محاكم الدولة المضيفة و التحكيم حيث لكل من المحاكم و هيئات التحكيم سلطة إصدار أحكام ملزمة لأطراف النزاع و يتم تنفيذها ضد الخاسر.

المطلب الأول: الوسائل غير القضائية لحسم منازعات عقود الاستثمار .

---

[1]- أنظر: د. أحمد شرف الدين ، مستقبل التحكيم في مصر (قوانين الاستثمار و المناطق الاقتصادية الخاصة)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن القاهرة كمكان للتحكيم التجاري الدولي، قاعة المؤتمرات بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي،القاهرة، 21-سبتمبر 2002، ص 1- 2.

[2] - أنظر: د.نعيمي فوزي و أ.بن أحمد الحاج ، النظام القانوني لعقد الاستثمار بين مقتضيات التدويل و مصالح الدول النامية،مرجع سابق،ص446 .

[3]- Alternative Disputes Resolution

تعرف الوسائل البديلة لحل المنازعات اهتماما متزايد على صعيد مختلف الأنظمة القانونية و القضائية و ذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة و سرعة في البث و الحفاظ على السرية و ما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لخلافاتهم قد تحول دون تطور هذه الأخيرة إلى منازعات تعرض أمام القضاء أو التحكيم لحلها.

الفرع الأول: ماهيــة الوسائـل البديلـــة .

الوسائل البديلة لفض المنازعات أو الطرق المناسبة لفض المنازعات[1]ADR كما تسمى في الوقت الحاضرحيث أن الواقع العملي وتطور الحياة الدولية وتزايد الاستثمار قد ساعدوا على إفراز وسائل جديدة تعين الأطراف على تسوية منازعاتهم دون الإرتكان إلى القضاء العادي[2] عند نشوب خلاف بينهم بغية التوصل لحل لذلك الخلاف ، ويدفع ازدياد لجوء المتنازعين إلى هذه الوسائل في الفترة الأخيرة إلى عدم جواز تسمية تلك الوسائل بالبديلة ذلك أن كثرة اللجوء إليها أدت إلى تحولها في كثير من الأحيان إلى وسائل أصلية يلجأ إليها الأطراف ابتداء .

فهي وسائل لحسم المنازعات بطريقة ودية حيث لا تكون التسوية التي يتم التوصل إليها عن طريق هذه الوسائل ملزمة إلا إذا قبلها الأطراف فقد يمتثل الأطراف لهذه التسوية أو يرفضونها وفقا لمدى حسن نيتهم وقد يلزم الأطراف أنفسهم تعاقديا مقدما بهذه التسوية، و إذا لم يرغب أحد الأطراف في الالتزام بالتسوية على الرغم من سابق موافقته على الالتزام بها سوف يتطلب الأمر لجوء الطرف الآخر إلى القضاء أو إلى هيئة التحكيم لعرض قضيته[3].

---

[1]- Appropriate Dispute Resolution

[2]- أنظر: د.هشام صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة،منشأة المعارف،الاسكندرية ، القاهرة،1986،ص155 .

[3]- أنظر: كريستوفر إمهوس و هيرمان فيربست ، التحكيم و الوسائل البديلة لحسم المنازعات ، مرجع سابق ، ص 39.

وتتنوع الوسائل البديلة لحسم المنازعات فمنها الوساطة و التوفيق و الخبرة الفنية و المحاكمات المصغرة و قد فتحت لها الطريق عديد من الإتفاقيات الدولية ما أعطى الأثر الأكبر في توجيه الأنظار إلى فاعلية هذه الوسائل في حسم المنازعات[1] و هي تتسم بالعديد من المزايا المشتركة من أهمها[2] :

أ- **سيطرة الأطراف على الإجراءات** : حيث يتمتع الأطراف بالسيطرة الكاملة على الإجراءات ذلك أنهم لا يكونون تحت أي التزام بإتباع إجراءات معينة، و إذا لم يرضوا بما يعرض عليهم من مشروعات للتسوية فإنهم ينسحبون من الإجراءات.

ب- **السرعـة** :حيث تتمتع إجراءات الوسائل البديلة بالسرعة لتحقيق التسوية نظرا لانسحاب الأطراف من الإجراءات ، و إذا تحققت التسوية فإنها تتم في وقت أقل من الوقت الذي تستغرقه إجراءات المحاكم والتحكيم.

ت- **المرونـة:** حيث تحقق إجراءات الوسائل البديلة المرونة للأطراف في البحث عن تسوية دون الالتزام بقواعد القانون و إجراءاته و تسمح باستمرار علاقات العمل بين الأطراف و بحسم منازعاتهم في جو ودي.

ث- **الإقتصاد في النفقات:** حيث تقل النفقات التي تستلزمها هذه الوسائل كثيرا عن نفقات التحكيم و أتعاب المحكمين.

إلا أنه على خلاف ما ذكر من مزايا يتجسد عيب الوسائل البديلة في كونها لا تفضي إلى قرار ملزم للأطراف مما يعني العودة لنقطة البداية مع استنفاد الوقت و المال التي تم إنفاقه عليها.

---

[1]- أنظر: د.ابراهيم محمد الفار،اتفاقيات منظمة التجارة العالمية و مدى تأثيرها على اقتصاديات الدول العربية، دار النهضة العربية ،القاهرة 1999،ص222.

[2]- أ نظر: د . محمد أبو العينين ، دور مركز القاهرة في حسم منازعات التجارة و الاستثمار عن طريق التفاوض و الوساطة، بحث مقدم إلى ندوة التفاوض و الوساطة في عقود التجارة و الاستثمار التي نظمها مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي ، القاهرة ، 1 يوليو 2001 ،ص 4-5.

وسيتم التعرض للوسائل البديلة الأكثر استخداما في تسوية منازعات عقود الاستثمار و هي: الوساطة و التوفيق.

أولا- الوساطـة .

تعرف الوساطة بأنها وسيلة اختيارية غير ملزمة لحسم الخلافات، يلجأ بموجبها الأطراف إلى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة لحسم الخلاف عن طريق فحص طلبات و إدعاءات الأطراف، وسيساعدهم في التفاوض لحسم النزاع[1] .

و الوسيط في ممارسته لمهمته قد يجمع الأطراف وقد يعمل أحيانا مترددا بينهم منفردا بكل طرف على حدى لمحاولة التوصل إلى صيغة مرضية للنزاع[2]، فهو يسعى إلى إقناع الأطراف حتى يتم التوصل إلى تسوية ودية للنزاع [3]، فلا يستطيع أن يجبرهم على قبول التسوية[4] .

و يعتبر اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى الوساطة نقطة البداية في إجراءات الوساطة و قد يأخذ هذا الاتفاق شكل شرط في العقد أو شكل مشارطة يتفق فيها الطرفان على الالتجاء إلى الوساطة لتسوية نزاعهم[5].

---

[1]- أنظر:

Paulsson (j) and others : The Freshfields Guide to Arbitration and ADR clauses in international contracts 2nd ed The Hague Kluwer 1999,P 109 .

[2]- أنظر: كتاب قواعد حسم منازعات التجارة و الاستثمار الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي،القاهرة ، 2002، ص 807.

[3]- أنظر: كريستوفر إمهوس: التحكيم و الوسائل البديلة لحسم المنازعات..مرجع سابق، ص 45.

[4]- أنظر:

Paulsson (j) and others The Freshfields Guide to Arbitration and ADR clauses in international contracts: Op.Cit , p159 .

5- أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 316.

على أنه من الممكن أن تبدأ الوساطة بلا أي أتفاق سابق، فقد يلجأ طرف من الأطراف المتنازعة إلى طلب الوساطة من أحد المراكز أو المؤسسات المتخصصة كمركز القاهرة، فيعرض المركز أو المؤسسة هذا الطلب على الطرف الآخر الذي قد يقبل الوساطة[1].

و إذا كانت القاعدة العامة هي أن الوساطة اختيارية إلا أن بعض الدول قد جعلت منها أسلوبا إجباريا يجب الالتجاء إليه قبل الالتجاء إلى التقاضي مثل الأرجنتين[2].

ويجب أن يتوافر في الوسيط صفتي الحياد و الاستقلال فضلا عن أن تكون له المقدرة على الحوار و الإقناع، و أن تكون له خبرة كافية في موضوع النزاع و يعمل على جمع المعلومات اللازمة عنه، و التفاوض مع الأطراف بشأنه بهدف تقريب و جهات نظرهم و مساعدتهم على تفهم مواقف بعضهم البعض فيما يتعلق بموضوع النزاع، ودفع الحواجز النفسية و الاعتبارات البيروقراطية التي كثيرا ما تكون السبب المباشر في نشوء النزاع[3]

و يمكن للوسيط بناءا على ما يحصل من معلومات من أطراف المنازعة أن يحقق ما يلي:[4]

أ- أن يخفف من حدة الخصومة بين الطرفين بأن ينقل إلى كل من أطراف المنازعة وجهة نظر الطرف الآخر حتى يصل معهما بالتفاوض إلى أرضية مشتركة بينهما.

ب- أن يفتح مع كل الأطراف أو بعضهم مناقشات في موضوعات تتصل بالنزاع لم تكن قد أثيرت في التفاوض بينهم من قبل.

1- أنظر المادة الثانية من قواعد الوساطة الخاصة بمركز الوساطة و المصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

2- أنظر: د- محمد أبو العينين ، دور مركز القاهرة في حسم منازعات التجارة و الاستثمار عن طريق التفاوض و الوساطة... مرجع سابق ص 2 .

3- أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،مرجع سابق، ص 317.

4- أنظر: د. محمد أبو العينين ، دور مركز القاهرة في حسم منازعات التجارة و الاستثمار عن طريق التفاوض و الوساطة ،مرجع سابق، ص 5-6 .

ت- أن ينقل إلى كل طرف على حدى اقتراحات و مواقف الطرف الآخر في صورة بسيطة واضحة و مبررة و يساعد على فهم اتجاهات كل طرف دون أن يخل بثقة الأطراف فيه.

ث- أن يكشف بعض الوقائع أو الحقائق التي تكون محققة لبعض المزايا للأطراف و لم تكن قد أثيرت من قبل.

ج- أن يحاول تقليل هوة الخلاف بين الأطراف المتنازعة.

ح- أن يحاول إيجاد حلول تحقق أهداف الأطراف المتنازعة مع عرض ما يمكن عرضه من بدائل.

خ- أن يضع مشروع تسوية متكاملة للخلافات القائمة مع محاولة مواجهة احتياجات الأطراف في المستقبل.

ومن البديهي القول إن مشروع التسوية لا يلزم الأطراف إذا قبلوه فإذا قبل الأطراف التسوية فإن الوسيط يقوم بإخطار مؤسسته التي تتولى إدارة الوساطة بذلك مع إخطارها بصورة مما اتفق الأطراف عليه ووقعوا عليه، و إذا تحقق الوسيط بأنه لا طائل من محاولاته فيمكنه أن ينهي الإجراءات و يخطر المؤسسة أو المركز بذلك[1].

كما يمكن لأي من الأطراف في أي وقت عدم الاستمرار في إجراءات الوساطة إذا تحقق من عدم جدواها[2].

ثانيا- التوفـيق .

1- أنظر المادة 17 قواعد الوساطة الخاصة بمركز الوساطة و المصالحة التابع لمركزالقاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

2- أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 318.

على الرغم من تكريس الاتفاقيات الدولية لهذه الوسيلة إلا أنها لم تتصدى لوضع تعريف لها فقد اكتفت بتبيانها فقط كالية لتسوية المنازعات[1]، وتركت عبء ذلك على الفقه الذي يعتبر التوفيق أحد أساليب تسوية المنازعات بطريقة ودية بعيدا عن المحاكم وقوامه مثول الأطراف أمام طرف محايد من اختيارهم بغرض تسوية منازعاتهم حيث يسعى الموفق دائما أثناء إجراءات التوفيق باتفاق مسبق مع الأطراف إلى أن يعرض عليهم أفضل الأوجه للتوفيق بينهم، و من ثم يبدأ بالتوفيق بين وجهات النظر المختلفة و بين المواقف المتعارضة

وهو عموما يمارس في التفاوض بين الأطراف دورا أكبر من ذلك الذي يمارسه الوسيط حيث يقدم توصيات التي يمكن أخذها بعين الاعتبار في تسوية النزاع[2] ويدير عملية التوفيق وفقا لما يراه مناسبا مسترشدا في ذلك بمبادئ الحيدة و العدل و الإنصاف[3]، فإذا نجحت إجراءات التوفيق يتم إثبات اتفاق التسوية في محضر التوفيق موقعا عليه من الأطراف و من الموفق[4]، ويمكن التمييز بصدد الإجراءات التوفيق بين نمطين أساسيين هما: التوفيق الخاص و التوفيق المؤسسي.

أ- التوفـيق الخاص .

---

[1] - أنظر: د.محمد ابراهيم موسى ، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،القاهرة،2005، ص22.

[2]-أنظر:

Paulson (j) and others The Freshfields Guide to Arbitration and ADR clauses in international contracts : Op.Cit, P 109-110 .

[3]- أنظر: كريستوفر إمهوس ، التحكيم و الوسائل البديلة لحسم المنازعات، مرجع سابق، ص 44.

[4]- أنظر المادة 2/13 من قواعد توفيق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) عام 1980 والمنشور على شبكة الأنترنيت ،أطلع عليه بتاريخ2010/12/13:

http//www.jus.uio.no/lm/un.conciliation ,rules.1980/doc

هو ببساطة عملية يتم تنظيمها و إدارتها وفقا لما يحدده الأطراف أنفسهم دون مساعدة من أية مؤسسة أخرى، و تعتبر قواعد التوفيق التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسترال) عام 1980 استكمالا لقواعد تحكيم اليونسترال النموذجية لعام 1972مثال لقواعد التوفيق الخاص.

ب- التوفيق المؤسسي .

حيث يتميز بتنظيمه عن طريق إحدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة و التي غالبا ما تكون مؤسسات أو مراكز تحكمية و يمكن أن نشير كمثال عن التوفيق المؤسسي إلى قواعد التوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[1]، و أيضا قواعد التوفيق الخاصة بمركز الوساطة و المصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

ويعتبر اتفاق الطرفين على التوفيق أمرا لازما لبدأ إجراءاته[2] ، و يجوز أن يكون هذا الاتفاق في شكل شرط مدرج في العقد ، أو في شكل اتفاق توفيق لاحق تتم الموافقة عليه ضمنيا، كأن يلجأ طرف من الأطراف المتنازعة إلى طلب التوفيق من إحدى المؤسسات المتخصصة فتعرض هذا الطلب على الطرف الآخر الذي قد يقبل التوفيق أو في صيغة مكتوبة .

و مثال ذلك : "تحال جميع المنازعات الناشئة عن هذا العقد إلى التوفيق طبقا لقواعد.... ويكون مكان التوفيق...." و تجدر الإشارة إلى أن التوفيق يمكن أن يتم بتوجيه من محكمة أو هيئة حكومية مختصة

---

[1]- وقد نصت اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على هذه القواعد في المواد 28 - 35،أنظر المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في6 جمادى الثانية 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995 المتضمن التصديق على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ،المنشور بالجريدة الرسمية رقم 66،للجمهورية الجزائرية ،1995.

[2] - أنظر: د.محمد ابراهيم موسى ،التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية ،مرجع سابق،ص27.

حيث تؤكد تشريعات بعض الدول على ضرورة الالتجاء إلى التوفيق قبل الالتجاء إلى التقاضي كما تجيز بعض القواعد التشريعية أن تفرض المحكمة أو هيئة تحكيم أو هيئة إدارية على الأطراف الالتجاء إلى التوفيق في منازعات محددة[1].

ومن الأمثلة على ما تتضمنه بعض التشريعات من ضرورة إحالة موضوع النزاعات إلى التوفيق قبل الالتجاء إلى التقاضي ما تضمنه قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة في مصر رقم 83 لسنة 2002 فقد إعتبر القانون عرض النزاع على هيئات التوفيق المختصة شرطا لقبول الدعوى به أمام المحاكم وذلك في المادة 27 منه و التي تقضي بأنه لا يجوز طرح منازعات الضرائب و الجمارك على المحاكم إلا بعد أن تصدر هيئات التوفيق المختصة قرارها في الاعتراض ، أو انقضاء ستين يوما من تاريخ التقرير بالاعتراض أمامها فإذا توصلت هيئة التوفيق إلى تسوية النزاع وقبلها الأطراف كان قرارها ملزما واجب التنفيذ[2].

و الواقع أنه قد اشتقت بعض القواعد التي تنظم إدارة إجراءات التوفيق من القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم حيث تشترط تبادل المذكرات و عقد الجلسات بالإضافة إلى بعض القواعد الإجرائية الأخرى و ليس

---

[1]-أنظر: د.محمد أبو العينين ، الاتجاهات الدولية الحديثة في التحكيم و التوفيق بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في منازعات بعض القوانين الخاصة التي نظمها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي،القاهرة 23-24 أكتوبر 2002 ، ص 7 .

[2]- أنظر نص قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة، رقم 83 لسنة 2002 منشور في الجريدة الرسمية بجمهورية مصر، العدد 22 مكرر 6/5/ 2002.

هناك ثمة ضرورة لتطبيق مبدأ المواجهة بين الخصوم حيث يمكن الموفق أن يستمع للطرفين مجتمعين أو منفردين[1].

و فيما يتعلق بمبدأ السرية فقد تم إقراره و اعتماده بشكل خاص في قواعد توفيق المؤسسات التحكمية التي تمنع الأطراف من استخدام أية مقترحات أو أدلة قدمت أثناء الإجراءات التوفيق في أية إجراءات أخرى، مثل استخدامها أمام المحاكم أو هيئات التحكيم[2]، و كقاعدة عامة لا يتم تعيين الموفق لمحكم في نفس القضية إذا فشلت عملية التوفيق[3].

و لا تكون المقترحات أو التوصيات التي يقدمها الموفق بعد دراسة الموضوع ملزمة حيث يكون للأطراف مطلق الحرية في قبولها أو رفضها و يمكن للأطراف تحويل تلك المقترحات إلى عقد موقع أو حكم تحكيم ملزم يوافق عليه الأطراف[4].

و في حالة فشل إجراءات التوفيق قد يحيل الأطراف القضية إلى محاكم الدولة أو إلى هيئات التحكيم طالما تم الاتفاق عليه[5].

في مثال عملي لقضية تم تسويتها عن طريق التوفيق يمكن الإشارة إلى قضية يوروسيب[6] وتتلخص وقائع هذه القضية بأنه طبقا للعقد المبرم بين يوروسيب(مجموعة من الشركات الأوروبية) و وزارة

---

[1]- أنظر المادة 1/9 من نظام التوفيق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

[2]- نص المادة 35 من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار :" ما لم يتفق على غير ذلك فإنه لا يجوز لأي طرف من الطرفين بمناسبة أية إجراءات أخرى تتخذ أمام هيئة تحكيم أو قضاء أو بأية صورة أخرى أن يستند إلى الآراء التي أعرب عنها أو التصريحات أو عروض التسوية التي قدمت من جانب الطرف الآخر خلال إجراءات التوفيق الفاشلة خلاف ما ورد بالمحضر الرسمي أو توصيات اللجنة" ، أنظر المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في6 جمادى الثانية 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995 المتضمن التصديق على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ،المنشور بالجريدة الرسمية رقم 66،للجمهورية الجزائرية ،1995،ص30 .

[3]- أنظر المادة 19 من نظام توفيق لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي.

[4]- أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ،ص321.

[5]- أنظر المادة 16 من نظام توفيق لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي.

[6]- أنظر: د . بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 322.

الأشغال العامة و الموارد المائية المصرية بتاريخ 2 مارس 1989 ، فقد التزمت يوروسيب بأن تقوم بتصميم و تنفيذ و بناء و توريد و إنشاء و اختبار و صيانة مشروع قناطر أسنا الجديدة طبقا لنصوص العقد و السعر المحدد فيه.

وقد نشأ خلال تنفيذ العقد عدد من المنازعات بين الأطراف فلجأت مجموعة الشركات الأوروبية إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وفقا لنص المادة 67 من شروط العقد و تقدمت بمطالبات بلغت مائتين و اثنين و خمسين مليون جنيه مصري مع طلب مد الوقت لإتمام الأعمال وقامت الوزارة من جانبها بتقديم مطالباتها المضادة و التي بلغت 17,487,330 مليون جنيه بالإضافة إلى غرامة التأخير و أثناء نظر الدعوى التحكيم لجأ الطرفان إلى التوفيق أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وقد قام مدير المركز بإجراء التوفيق بينهما و بعد عدة جولات من الجلسات بين الموفق و طرفي النزاع لمراجعة الحسابات و تصفية الخلافات بينهما عقد الموفق مع ممثلي الطرفين الجلسة الأخيرة يوم 1997/03/01 و انتهى فيها إلى رأي تم إخطاره إلى طرفي النزاع .

وقد انتهت جهود الصلح بتوصل الطرفين إلى اتفاق لتسوية المنازعات في اجتماع عقد بتاريخ 3 مايو 1998 يتم بمقتضاه استحقاق مجموعة الشركات الأوروبية مبلغا قدره ثمانية و سبعين مليون جنيه مصري شاملا كافة المستحقات و المطالبات المضادة لكل من الطرفين و بتاريخ 14 مارس 1999 تم توقيع اتفاقية التسوية[1] .

الفرع الثاني: دور الوسائل البديلة في حسم منازعات عقود الاستثمار .

[1]- أنظر مجلة التحكيم العربي، العدد الأول،القاهرة، مايو 1969، ص 150، والمنشورة عبر شبكة الأنترنت،أطلع عليه بتارخ2011/01/05:

http://au-ia.org/magazine.html

نظرا للطبيعة الخاصة و الأهمية البالغة لعقود الاستثمار و ارتباطها بحياة الملايين من البشر لتعلقها بخطط التنمية في الدولة المضيفة كما أن المتغيرات التي يشهدها العالم اليوم هي أمر واقع يقتضي مشاركة الجميع في الياتها [1]، فقد تزايد الاهتمام بوسائل توقي منازعاتها و العمل على حل الخلافات التي تطرأ أثناء العمل أولا بأول حتى لا تتحول هذه الخلافات إلى منازعات تحتاج إلى الالتجاء إلى القضاء أو إلى التحكم لحسمها، لذلك فقد زاد الاهتمام بالوسائل البديلة لحسم المنازعات كطريق لحل منازعات عقود الاستثمار، لما تحققه من مزايا تتناسب مع طبيعة هذه العقود.

أولا- مزايا الوسائل البديلة في حسم منازعات عقود الاستثمار .

حيث تتميز عقود الاستثمار بآجالها الطويلة عموما، لذلك يكون من المهم بالنسبة للأطراف الحفاظ على علاقاتهم المستقبلية، و يكون من الضروري في مثل هذه الأحوال حل النزاع بين الأطراف بسبل ودية ممايحقق ايجابية في احتواء الخلاف[2]، وهو ما يمكن أن توفره الوسائل البديلة لحسم المنازعات.

فضلا عن تميز جانب كبير من منازعات عقود الاستثمار، و لا سيما عقود التعاون الصناعي و الأشغال الدولية بكونها ذات طبيعة فنية معقدة، و يؤدي عدم مواجهتها في الوقت المناسب إلى تفاقمها و التأثير سلبا على العلاقات بين الأطراف، و بالتالي تعقد النتائج المترتبة عليها، مما يؤثر على أهمية التوصل إلى تسوية سريعة و ملائمة للنزاع تراعي فيها خصائصها الغنية هي نفس الوقت.

و هذا ما يمكن للوسائل البديلة لحسم المنازعات أن تحققه نتيجة لكونها تعتني في المقام الأول بجوهر النزاع و أسبابه، و تستهدف التوصل إلى تسوية سريعة له يكون من شأنها المحافظة على العلاقة بين الأطراف، وتشجعهم على إظهار نوع من المرونة في مواقفهم بحيث يكون رائدهم التوصل إلى حل مرض لهم جميعا، و لو اقتضى الأمر عدم التقيد بالاعتبارات القانونية البحتة المتصلة بالنزاع.

---

[1] - أنظر: د.نعيمي فوزي و أ.بن أحمد الحاج ، النظام القانوني لعقد الاستثمار بين مقتضيات التدويل و مصالح الدول النامية،مرجع سابق ،ص454 .

[2]-أنظر: د.محمد ابراهيم موسى ، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية ،مرجع سابق،ص50.

و هكذا فإن الوسائل البديلة تلعب دورا هاما في حسم منازعات عقود الاستثمار من حيث كونها تعنى في النزاع بأسبابه أكثر من اعتنائها بجوانبه القانونية من ناحية، كما تستهدف التوصل إلى تسوية سريعة للنزاع و غير ملزمة لطرفيه بغير رضاهما من ناحية أخرى[1] .

ثانيا- مثالب الوسائل البديلة في حسم منازعات عقود الاستثمار .

مما يؤخذ على هذه الوسائل هو أن فعاليتها تعتمد بشكل حصري على إرضاء الأطراف الذين لهم مطلق الحرية في تنفيذ أو عدم تنفيذ التوصيات أو القرارات التي يصدرها الموفق أو الوسيط فهذه التوصيات لا تماثل أحكام المحاكم، وتبعا لذلك لا يمكن لأحد الأطراف أن يطلب من محاكم الدولة تنفيذ توصيات الموفق أو الوسيط أو أية توصيات أخرى تم الاتفاق عليها.

لذلك غالبا ما يتم الدمج بين الوسائل البديلة و بين التحكيم أو القضاء، حيث تنص عقود عديدة على وسيلتين متدرجتين لحسم المنازعات ، اللجوء إلى الوسائل البديلة لحسم المنازعات كخطوة أولى ثم اللجوء إلى إجراءات المحاكم أو التحكيم كخطوة ثانية في حالة فشل الوسائل البديلة[2] ، و عندما يصل الأطراف إلى نقطة اللاعودة (إنهاء العقد من جانب أحد الأطراف على سبيل المثال)، و عندما لا يتوقعون أية فائدة ترجى من استمرار علاقتهم في المستقبل يصبح من غير المعقول لجوء الأطراف إلى الوسائل البديلة، فإنه في هذه الحالة ليس هناك بديل غير اللجوء إلى القضاء أو التحكيم في حالة نص الأطراف على التحكيم في عقودهم.

---

[1]- أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 324.

[2]- و قد وضعت العديد من المؤسسات التحكمية شروطا نموذجية تجمع بين التوفيق و الوساطة و بين التحكيم و فيما يلي على سبيل المثال توصية المنظمة العالمية للملكية الفكرية-ويبر- لسند الوساطة المتبوعة بالتحكيم في حالة عدم التوصل إلى تسوية بطريق الوساطة،أنظر: كريستوفر إمهوس و هيرمان فيربست ،التحكيم و الوسائل البديلة لحسم المنازعات ،مرجع سابق، ص 57.

المطلب الثاني: الوسائل القضائية لحسم منازعات عقود الاستثمار .

ونعني بالوسائل القضائية قضاء المحاكم و هيئات التحكيم، حيث يكون لكل من المحاكم و هيئات التحكيم سلطة إصدار أحكام ملزمة لأطراف النزاع، و يتم تنفيذها.

و تكتسي هذه الوسائل في عقود الاستثمار أهمية و ذلك من خلال وصول الإجراءات القضائية إلى أحكام ملزمة و يتم تنفيذها ضد الطرف الخاسر.

و سيتم التعرض في هذا المجال إلى المحاكم القضائية الوطنية و كذا الدولية في حين سيتم التعرض للتحكيم بالتفصيل لاحقا و عليه ستكون الدراسة كالآتي:

الفرع الأول: القضاء الوطني كوسيلة لحسم منازعات عقود الاستثمار.

الفرع الثاني: القضاء الدولي كوسيلة لحسم منازعات عقود الاستثمار.

الفرع الأول: القضاء الوطني كوسيلة لحسم منازعات عقود الاستثمار .

يعتبر القضاء الوطني هو صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في منازعات عقود الاستثمار حيث يمكن اللجوء في تسوية منازعات هذه العقود إلى محاكم الدولة لنظر القضية و إصدار حكم في موضوع النزاع فمع غياب النظم و الترتيبات الأخرى المتفق عليها فإنه من الطبيعي أن تتم تسوية منازعات الاستثمار أمام المحاكم الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار.

و يمكن للأطراف اللجوء إلى محاكم الدولة التي يتبع لها المستثمر الأجنبي، أو إلى محاكم دولة ثالثة ، أو إلى محاكم الدولة المضيفة للاستثمار، إلا أن الملاحظة بصفة عامة هو ندرة لجوء الأطراف في حسم منازعاتهم عن طريق محاكم دولة المستثمر أو محاكم دولة ثالثة، ذلك أن اللجوء إلى محاكم دولة المستثمر أو إلى محاكم دولة ثالثة لا يمكن أن يسهم كثيرا في تسوية المنازعات بين الدولة المضيفة و المستثمرين الأجانب[1] و ذلك لعدة أسباب تتعلق بمبدأ الحصانة الرسمية للدولة ذات السيادة، و الذي يقصد به منع المحاكم الوطنية في بلد ما من محاكمة دولة أجنبية أو مؤسساتها حيث أن سيادة الدولة و استقلالها يتنافيان مع إمكانية خضوعها بأية صورة من الصور لسلطان القضاء في دولة أخرى فمقاضاة الدولة أمام محاكم دولة أخرى ينطوي على انتهاك لسيادتها و مساس باستقلالها[2].

---

[1]- أنظر: د. محمد يوسف علوان ، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، دراسة في العقود الاقتصادية الدولية، الكويت،ط1، 1982 ،ص 456.

[2]-أنظر. بشأن المشاكل التي يثيرها إخضاع عقود الاستثمار لمحاكم دولة المستثمر أو محاكم دولة ثالثة

Disputes settlement , International Center of Settlement of investement Disputes.2.2 Selecting the Appropriate Forum Unite Nations Conference Trade And Development, UN, New York and Geneva , 2003, p. 10-11.

و إذا كانت العقود الأخيرة قد شهدت زيادة سريعة في تحول الدولة عن نظرية السيادة المطلقة إلى نظرية الحصانة السيادية المقيدة نتيجة لاتساع دور الدولة و قيامها بأعمال تخرج عن إطار نشاطها التقليدي بسبب ممارستها للعديد من الأنشطة التجارية و الصناعية[1]، حيث يمكن التمييز بين نوعين من الأعمال التي تمارسها الدولة، فالأول هو أعمال السيادة وهذه تتمتع بالنسبة لها الدولة بحصانة قضائية مطلقة إذ لا يجوز إخضاعها للقضاء الوطني إلا برضاها ، و الثاني أعمال تجاريو أو من أعمال الإدارة العادية التي تتنازل فيها عن صفتها كدولة ذات سيادة و تنزل إلى مرتبة الأفراد العاديين مثل عقود الاستثمار، و لا تتمتع الدولة بالنسبة لها بأية حصانة مما يمكن معه خضوعها للقضاء الوطني، و هذا ما يسمى بنظرية الحصانة القضائية المقيدة[2].

إلا أن المستثمر الأجنبي قد يواجه احتمال عدم تنفيذ الدولة للأحكام الصادرة في مواجهتها بما يعنيه ذلك من صعوبات.

و أمام ذلك فإن دراسة القضاء الوطني كوسيلة لحسم منازعات عقود الاستثمار تتمحور حول وصفه الجهة المختصة أصلا بحسم منازعات هذه العقود و مدى فعالية هذه الوسيلة.

---

[1]- أنظر: د. رقية رياض إسماعيل ، خضوع الدولة للتحكيم و نظرية السيادة التقليدية، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة القاهرة ،2001 ،ص 177.

[2]- أنظر:

Bouchez (l.j) The Prospects For international Arbitration : Disputes Between States Private Enterprises ,Journal International Arbitration Vol 8, 1991, P84.

أولا– اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة بحسم منازعات عقود الاستثمار .

بموجب الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار و ارتباطها بالمصالح الحيوية للدولة المضيفة للاستثمارالتي تكرس مبدأ المصلحة العامة[1] ، و التي تحرص في الأغلب على إخضاع مثل هذه العقود لقواعدها الوطنية يجعل القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك الجهة المختصة أصلا بحسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقودها مع المستثمرين الأجانب.

حيث تنص العديد من القرارات الدولية و التشريعات الوطنية و أيضا عقود الاستثمار على أن المنازعات التي تنشأ بين الدولة و المستثمرين الأجانب تجري معالجتها ضمن اختصاصها القضائي ، غير أنه من الممكن باتفاق الطرفين إتباع وسائل سلمية أخرى.

تنص الفقرة الرابعة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 السنة 1962 بشأن السيادة الدائمة للدولة على مواردها على أنه:" على أي حال، فعندما تثير مسألة التعويض خلافا يجري استنفاد الاختصاص الوطني للدولة التي اتخذت مثل تلك الإجراءات ، هذا و عند الاتفاق بين الدولة ذات السيادة و الأطراف المعنية تتم تسوية النزاع من خلال التحكيم أو المقاضاة الدولية"[2] .

[1]-أنظر: د.عصام الدين بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1972 ،ص80.

[2]- أنظرنص القرار منشور في .International Legal Materials Vol 2,1963 أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص 329.

كما تنص المادة 2/2 (ج) من ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية للدولة على أنه:" عندما تثير مسألة التعويض خلافا يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة المؤممة و عن طريق محاكمها، إلا إذا جرى الاتفاق المتبادل من قبل الدول المعنية كافة إتباع وسائل سلمية أخرى على أساس المساواة في السيادة للدول وفق مبدأ الاختيار الحر للوسائل"[1].

يتضح من هذين القرارين أن تسوية منازعات التعويض هي من المواضيع التي تنظرها المحاكم المحلية في الدولة التي تقوم بالتأميم، إلا إذا تم التوصل بالاتفاق إلى وسيلة سلمية أخرى.

كما جعل المشرع الجزائري للجهات القضائية الجزائرية الاختصاص بنظر منازعات الاستثمار فأكد في المادة 17 من قانون الاستثمار لسنة 2001 على أن كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يخضع للجهات القضائية الجزائرية، إلا في حالة وجود اتفاقيات دولية تتعلق بالمصالحة و التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص[2].

[1]-أنظر:

Acchaga (Jimenezde)M State Responsibility For The Nationalization of Foreign- owned property , Op.Cit , P 179.

[2] - أنظر أمر رقم 01-03 ، المتعلق بتطوير الاستثمار ،المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،العدد 47 ، 2001.

كذلك فقد اعتبر المشرع الكويتي في القانون رقم 8 لسنة 2001 بشأن تنظيم الاستثمار الأجنبي المباشر لرأس المال الأجنبي في الكويت أن طريق السلطة القضائية بالدولة هو الطريق العادي للفصل في النزاعات الناشئة عن استثمار أجنبي أيا كان نوعها[1].

فقد نصت المادة السادسة عشرة في الفصل السادس من هذا القانون على أنه:" تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي و الغير أيا كان" [2] . و حول المقصود بالغير جاءت المذكرة التفسيرية للقانون لتحديد معنى الغير في مجال تطبيق هذه المادة أنها الجهات الحكومية و الأشخاص الطبيعيين و الأشخاص الطبيعية و الاعتبارية العامة و الخاصة[3].

كما ورد في العقد المبرم بين مصر و شركة AMACO في المادة 1/23 على أنه:"يلزم إحالة أي نزاع ينشأ بين الحكومة و الأطراف حول تفسير أو تطبيق أو تنفيذ الاتفاقية إلى محاكم جمهورية مصر العربية المختصة"[4].

---

[1]- أنظر: د .منصور فرج السعيد ، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد (دراسة قانونية اقتصادية مقارنة) ،مجلة الحقوق الكويتية، السنة السابعة و العشرون ،العدد الثالث ،سبتمبر 2003،ص 334.

[2]-أنظر نص القانون رقم 8 لسنة 2001 بشأن تنظيم الاستثمار الأجنبي المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت منشور على شبكة الانترنت،أطلع عليه بتاريخ 2011/01/25:

investment/ countries/iskuwuit/law.1.htmwww.airfonet.org.ma/data/dalil:20

[3]- أنظر: د .منصور فرح السعيد ، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، مرجع سابق ص 334.

[4]- أنظر:

El-kosheri (A.S).The Particularity of The conflict…Op.Cit,P281.

ثانيا– تقييم دور القضاء الوطني للدولة المضيفة بحسم منازعات عقود الاستثمار.

على الرغم من أن القضاء الوطني للدولة المضيفة هو الجهة المختصة أصلا بتسوية المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، فإن هذا المبدأ قد تعرض للعديد من الانتقادات التي تشكك في قدرته على حسم منازعات عقود الاستثمار، حيث أصبحت هناك قناعة شبه عامة بأن التسوية القضائية ليست أفضل الوسائل لحسم منازعات عقود الاستثمار[1] ، و يرجع ذلك إلى عدة أسباب من أهمها:

أ– الشك في حياد القضاء الوطني حيال دعاوى تكون دولته طرفا فيها في مواجهة طرف أجنبي وذلك لأن قضاة الدولة مهما بلغت موضوعيتهم و حياديتهم فإنه لا يمكنهم التخلص من وجهة نظر دولهم و خاصة حينما يتعلق الأمر بالاقتصاد الوطني للدولة التي ينتمون إليها.

ب– أن الإجراءات القضائية تتسم عموما بكونها بطيئة، ويرجع هذا في المقام الأول إلى أن محاكم الدولة مثقلة بالعمل نتيجة تراكم القضايا المعروضة على القاضي[2] إلى تعدد درجات التقاضي،(المحكمة الابتدائية محكمة الاستئناف، المحكمة العليا)التي تتيح للطرف الخاسر إمكانية طلب مراجعة وقائع القضية و هو ما لا يتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار التي تتطلب السرعة في حسم منازعاتها ، ذلك أن الخلاف قد يرد على مسائل مالية أو يؤثر عليها مما يجعل من الضروري سرعة الفصل فيها لكي لا تزداد خسائر الأطراف فإذا كنا بصدد قضية استثمار كبرى يكون هناك كم هائل من المستندات التي يضطر القاضي إلى ترجمتها، وتبقى مشكلة قبول كافة الأطراف لهذه الترجمة .

---

[1]- أنظر: د. حازم حسن جمعة ، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية،القاهرة، 1992، ص 190

[2]-أنظر: د. إبراهيم أحمد ابراهيم ، إختيار طريق التحكيم و مفهومه في إطار "مركز حقوق عين شمس للتحكيم" ،مجلة الدراسات القانونية ،كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، العدد السابع،بيروت ، تموز (يوليو) 2001 ،ص 124.

كما تكون هناك استثمارات و مبالغ نقدية كبيرة و مجمدة في انتظار صدور حكم القضاء و من ثم تكون هناك خسارة محققة نتيجة تعطل تلك المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في المنازعات بشأنها مع بطء إجراءات التقاضي، ثم يأتي دور الطعن في الحكم و تعدد درجات التقاضي، و هو ما لا يتفق مع سمة السرعة، التي يتطلبها حسم منازعات الاستثمار[1].

ج- يضاف إلى ذلك حقيقة أن محاكم الدولة غالبا ما تفتقر إلى الخبرة الفنية اللازمة لحل منازعات الاستثمار الدولية المعقدة كما قد لا يتمتع القضاة دائما بتدريب كاف على حسم منازعات ذات طبيعة فنية و مركبة، مثل عقود استغلال الثروات الطبيعية و نقل التكنولوجيا و غيرها من العقود التي تتطلب المعرفة الفنية و الخبرة القانونية المتخصصة في حسم منازعاتها و هو ما لا يتوفر في القضاء الوطني.

و أمام ذلك لا يرتاح المستثمرون الأجانب عادة إلى عرض تلك المنازعات على التحكيم و قد دفعت رغبة الدول في جذب الاستثمارات الأجنبية إلى أرضيها إلى مسايرة المستثمر الأجنبي في هذا الاتجاه، فعلى الرغم من أن اللجوء إلى القضاء المحلي في الدولة المضيفة يعد الوسيلة الأكثر اتفاقا مع مقتضيات سيادتها إلا أن رغبتها في تشجيع الاستثمار على إقليمها يلزمها بأن تراعي ما يعتمل في نفوس المستثمرين الأجانب فيما يتعلق بالقضاء المحلي من حيث حيادية و قدرته على حسم منازعات عقود الاستثمار[2].

---

[1]- أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،مرجع سابق، ص 333.

[2] -أنظر المرجع السابق ،ص 333.

الفرع الثاني: القضاء الدولي كوسيلة لحسم منازعات عقود الاستثمار .

يقضي الأصل بأنه في حالة حدوث ضرر للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة نتيجة لتصرف تقوم به هذه الدولة فإنه يلجأ إلى المحاكم الداخلية للدولة المدعى عليها من أجل الحصول على الحماية القضائية لحقه أو مركزه القانوني.

و لكن قد يتعذر على المستثمر الأجنبي المضرور أن يحصل على الحماية المطلوبة، كما لو تخلت محاكم الدولة المدعى عليها عن نظر الدعوى استنادا إلى نظرية أعمال السيادة أو كانت النظم القضائية و القانونية للدولة المذكورة تخلو من طرق مضمونة لتحقيق الحماية القضائية لذلك كان من الممكن إثارة المسئولية الدولية للدولة المضيفة و مقاضاتها دوليا تمكينا للمستثمر الأجنبي من الحصول على حقه و ذلك من خلال الآلية القانونية المناسبة لذلك و الممثلة في هذه الدراسة من خلال محكمة العدل الدولية باعتبارها المحكمة الدولية ذات الاختصاص العالمي، حيث تعتبر هذه المحكمة التي هي أحد الأجهزة الرئيسية التي أوردتها المادة (1/7) من ميثاق الأمم المتحدة الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة و ذلك وفقا لما نصت عليه المادة (92) من الميثاق[1].

أولا- مدى المسؤولية الدولية الناجمة عن إخلال الدولة بالتزاماتها الناشئة عن عقود الاستثمار:

يحظى نظام المسئولية الدولية بأهمية كبيرة في نطاق القانون الدولي، حيث من شأن هذا النظام إعادة الحق إلى نصابه و إنصاف الجانب المضرور[2].

---

[1]- أنظر ميثاق الأمم المتحدة و الذي تم التوقيع عليه في 26 يونيو سنة 1945 و دخل حيز التنفيذ في 24 أكتوبر سنة 1945 منشور على الانترنت، أطلع عليه بتاريخ 2011/01/27 :

http:// www.un.org/arabic/aboutun/charter/charter.htm.

[2] – أنظر: د. بن عامر تونسي ، أساس مسئولية الدولة أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،القاهرة ،1989 ،ص 1-8 .

و لا بد من تحديد مفهوم مسئولية الدولة بداية من أجل بحث مدى توافر المسئولية الدولية في إخلال الدولة بالتزاماتها الناشئة عن عقود الاستثمار.

و في تحديد هذا المفهوم يعرف أحد الأساتذة المسئولية الدولية بأنها:" نظام قانوني يكون بمقتضاه على الدولة التي تنتهك مصلحة مشروعة طبق القانون الدولي الالتزام بإصلاح ما ترتب على ذلك الفعل حيال الدولة التي ارتكبت هذا الفعل ضدها أو ضد رعاياها"[1] .

و يعرفها آخر بأنها" نظام قانوني يترتب بموجبه على الدولة التي ارتكبت عملا يحرمه القانون الدولي التعويض عن الضرر الذي لحق بالدولة المعتدى عليها"[2] .

و يشير أحد الأساتذة أن المسؤولية الدولية هي رابطة قانونية جديدة تنشأ في حالة الإخلال بالتزام دولي بين الشخص الذي أخل بالالتزام و الشخص الذي تضرر نتيجة هذا الإخلال و يترتب على هذه الرابطة أن يلتزم الشخص بإزالة ما يترتب عن عمله من نتائج كما يحق للشخص المتضرر المطالبة بالتعويض[3] .

---

[1]- أنظر: د .محمد طلعت الغنيمي ، الأحكام العامة في قانون الأمم –قانون السلام- ط1،منشأة المعارف ،الإسكندرية، القاهرة 1973، ص 868-869.

[2]- أنظر: شارل رسو ، القانون الدولي العام ، ترجمة شكر الله خليفة و عبد المحسن سعد ،الأهلية للنشر و التوزيع ،بيروت ،1987 ،ص 106.

[3]-أنظر: د .محمد عزيزي شكري ، مدخل إلى القانون الدولي العام ،منشورات جامعة دمشق ، ط5، 1992، ص 161.

ويعرف قاموس مصطلحات القانون الدولي المسئولية الدولية بأنها: "الالتزام المفروض بمقتضى القانون الدولي على الدولة المنسوب إليها ارتكاب فعل أو امتناع مخالف لالتزاماتها الدولية بتقديم تعويض إلى الدولة المضرورة سواء في شخصها أو شخص أو أموال رعاياها [1]"، و الملاحظ من مجمل التعريفات والأراء أنه يلزم لتحقق مسئولية الدولة في إطار القانون الدولي توافر ثلاثة شروط :

أ- وجود إخلال بالتزام دولي.

ب- إسناد هذا الإخلال إلى الدولة.

ج- أن يترتب على هذا الإخلال ضرر جدي يلحق بشخص من أشخاص القانون الدولي أو برعاياه[2] .

ذلك ما يدفع إلى التساؤل عما إذا كانت هذه الشروط تتحقق في إخلال الدولة بالتزاماتها الناشئة عن عقدها مع المستثمر الأجنبي.

فبإعتبار الشرطين الثاني و كذلك الثالث لا يثيران مشاكل كثيرة في دراسة المسئولية الدولية فستقتصر على مدى توفر الشرط الأول (وهو وجود عمل غير مشروع دوليا) في تصرف الدولة المضيفة.

---

[1] - أنظر:

Brownile (I): Principles of Public International law, third edition, oxford University, press ,,London , 1979, pp431-477.

[2]-أنظر: د. ابراهيم العناني ، القانون الدولي العام،دار النهضة العربية ، القاهرة، 1998.،ص86-99 .

حيث يرى البعض أن مجرد إخلال الدولة بالتزامها العقدي مع المستثمر الأجنبي لا يعتبر إخلالا بالتزام دولي موجب لمسئوليتها طالما أنه لا يشكل في حد ذاته عملا مكونا بخطأ دولي[1] .

ذلك أن هذه العقود تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة مما يعني اختصاصه بتحديد ما إذا كانت الإجراءات التي قامت باتخاذها في مواجهة المستثمر الأجنبي المتعاقد معها مخالفة لهذا النظام القانوني أم متماشية معه، و من ثم فإن القانون الدولي لا يمكنه أن يعتبر مسألة من المسائل مخالفة للقانون وفقا للمعايير الخاصة بهذا القانون بينما تعد تلك المسألة من وجهة نظر القانون الواجب التطبيق عليها عملا مشروعا من الناحية القانونية.

و هكذا فإن مجرد مخالفة العقد من جانب الدولة لا يؤدي إلى ترتيب مسئوليتها الدولية و إنما يتعين لتحقق هذه المسئولية و بالتالي إمكان مقاضاتها دوليا ضرورة أن يكون هذا الإخلال مقترنا بخطأ تعسفي أو جسيم ، أي أن المصدر المحرك لمسئولية الدولة كما يرى البعض بحق ليس هو الإخلال بالعقد و انما وجود فعل غير مشرع مستقل عن العقد.[2]

فإذا ارتكبت الدولة هذا الفعل غير المشرع دوليا الذي تترتب عليه مسئوليتها الدولية فإنه يمكن حينئذ مقاضاتها دوليا، أما مجرد إخلالها بتنفيذ التزامها التعاقدي فلا يترتب عليه مسئوليتها الدولية .

فإذا توافرت أركان المسئولية الدولية في تصرف الدولة المضيفة للاستثمار فما هي الآلية القانونية لتحريك هذه المسئولية الدولية؟ .

---

[1]- أنظر: د. بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،مرجع سابق ،ص 336.

[2]- أنظر: د .حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ،مرجع سابق ،ص 571.

ثانيا– الحماية الدبلوماسية وسيلة لتحريك مسئولية الدولة المضيفة عن عملها غير المشروع دوليا اتجاه المستثمر الأجنبي .

بما أن المسئولية الدولية هي علاقة بين أشخاص القانون الدولي، لذلك فإن المستثمر الأجنبي و هو فرد عادي لا يتمتع بالشخصية الدولية[1] ،لا يملك حق المطالبة الدولية لإصلاح ما يصيبه من ضرر نتيجة لقيام الدولة المضيفة بتصرف غير مشروع دوليا.

و قد نصت المادة 1/34 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أن الدول وحدها هي التي من الممكن أن تكون أطراف في القضايا التي تنظر فيها المحكمة[2] ، و هو ما يعني أن المستثمر الأجنبي و هو فرد عادي، لا يملك بصفته هذه حق المثول مباشرة أمامها لكونه لا يتمتع بالشخصية الدولية.

لذلك فإن السبيل الوحيد أمام المستثمر الأجنبي لولوج القضاء الدولي للمطالبة بحقوقه في مواجهة الدولة المضيفة هو أن يلجأ إلى الدولة التي يحمل جنسيتها لتتبنى مطالبته ، حيث يعترف الفقه[3] و كذلك العديد من أحكام القضاء الدولي بأن لكل دولة حق ثابت و مصلحة مؤكدة في أن ترع حقوق و مصالح رعاياها محترمة ومكفولة من جانب الدوا الأخرى ، وبالتالي أهليتها في رفع دعوى المسئولية الدولية إذا حصل اعتداء على حقوق رعاياها نتيجة مخالفة دولة أخرى لأحكام و قواعد القانون الدولي، و يطلق على هذه الوسيلة التي بموجبها تتولى دولة ما تحريك المسئولية الدولية في مواجهة دولة أخرى ألحقت الضرر برعاياها انتهاكا لقواعد القانون الدولي مصطلح دعوى الحماية الدبلوماسية.

---

[1]– أنظر: د . محمد عزيزي شكري ، مدخل إلى القانون الدولي العام ،مرجع سابق ،ص190.

[2]- أنظر النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المنشور على الأنترنت، أطلع عليه بتاريخ 2011/02/10 :

www:// www.un.org/arabic/aboutun/statue.htm

[3]- أنظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرات في الحماية الدبلوماسية ودور فكرة الجنسية في المسئولية الدولية عن الأضرار البيئية،المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن و الخمسون،2002 ص 81.

والتي يمكن تعريفها بأنها وسيلة قانونية من وسائل القانون الدولي بمقتضاها تقوم الدولة التي لحق الضرر برعاياها بتحريك المسئولية الدولية تجاه الدولة التي سببت هذا الضرر بعملها غير المشروع دوليا و ذلك حماية لرعاياها إذا لم يتمكنوا من الحصول على حقوقهم بالطرق القضائية الداخلية[1].

و تتأسس الحماية الدبلوماسية بهذا المفهوم على أن ما يلحق الفرد من أضرار لمصالحه أو حقوقه إنما يمثل في نفس الوقت إضرارا بمصالح الدولة التي يحمل جنسيتها سواء من الناحية الاقتصادية أو السياسية أو المعنوية[2].

و هكذا فإنه يلزم لرفع دعوى الحماية الدبلوماسية توافر شرطين:

أ- أن يكون المستثمر المضرور متمتعا بجنسية الدولة التي تريد ممارسة الحماية.

ب- أن يكون المستثمر المضرور قد استنفذ طرق التقاضي الداخلية المنصوص عليها في قانون الدولة المدعى عليها[3].

وقد اختلف الفقه فيما إذا كانت يلزم لممارسة الحماية الدبلوماسية بالإضافة إلى هذين الشرطين أن يكون سلوك المستثمر المضرور قانونيا بمعنى عدم انتهاكه لقوانين الدولة المضيفة و عدم إبداء أي نشاط يتعارض مع أحكام القانون الدولي أو مخالفتها و هو ما يطلق عليه قاعدة الأيدي النظيفة (Clean Haneds Rule)

---

[1]- يعرف د .أحمد أبو الوفا دعوى الحماية الدبلوماسية بأنها:" إحدى الوسائل التي تعبر بها الدولة عن ممارسة الاختصاص الشخصي تجاه رعاياها بحيث يؤدي الضرر الذي يلحق فردا بعينه إلى تحمل الدولة التي ارتكبت الفعل المخالف للقانون الدولي تبعة المسئولية الدولية إزاء الدولة التي يتبعها المجني عليه بجنسيته" أنظر: د.أحمد أبوالوفا ، الوسيط في القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية، القاهرة،ط 4 ،2004،ص786-877.

[2]- يعرفها د. رفيق عطيته الكسار بأنها:" قيام الشخص الدولي بحماية رعاياه- إذا استلزم الأمر لهذه الحماية-تجاه شخص دولي آخر و ذلك لإصلاح ما تعرضوا له من أضرار و بالوسيلة التي يراها مناسبة و فق قواعد القانون الدولي العام ." أنظر: د .رفيق عطية الكسار، الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة،1998 ص 53.

[3] –أنظر: د ابراهيم العناني ، القانون الدولي العام ، مرجع سابق، ص 88.

حيث يذهب رأي إلى عدم الاعتراف بقاعدة الأيدي النظيفة كشرط لممارسة الحماية الدبلوماسية عن طريق إثارة المسئولية الدولية و من أنصار هذا الرأي Lauter bacht, charles des Visscher في حين يؤيد رأي آخر الأخذ بقاعدة الأيدي النظيفة و يعتبرها من شروط الحماية الدبلوماسية ومن أنصار هذا الرأي Charles Rousseau ,Luis Garcia [1] .

أ- شرط الجنسية في دعوى الحماية الدبلوماسية .

من المستقر عليه في قواعد القانون الدولي أنه يشترط لممارسة الحماية الدبلوماسية من جانب دولة ما أن يتمتع المضرور بجنسيتها [2] ، ذلك أن رابطة الجنسية بين المضرور و الدولة هي التي تخول الدولة الصفة في رفع دعوى المسئولية الدولية، و توفر بالتالي شرط المصلحة اللازم لقبول تلك الدعوى[3] فيشير أحد الأساتذة في هذا الخصوص إلى أنه:" من الوظائف العادية للجنسية أنها تعطي الدولة المصلحة القانونية فعندما يلحق الرعايا ضررا أو خسارة بفعل دولة أخرى و لم تستطع هذه الدولة إثبات جنسية الطالب، فإن الطلب يكون غير مقبول بسبب غياب أي مصلحة قانونية لهذه الدولة "[4]، و قد استلزم القضاء الدولي صراحة أن يكون المضرور منتميا بجنسية إلى دولة التي تطلب حمايته دبلوماسيا، فقد أعلنت المحكمة الدائمة للعدل الدولي عام 1939 بشأن النزاع بين استونيا و ليتوانيا أنه:" ما لم يوجد اتفاق أو معاهدة تنص على حكم مخالف، فإن رابطة الجنسية بين الدولة و الفرد هي وحدها التي تمنح الدولة حق الحماية الدبلوماسية"[5] .

---

[1]–أنظر: د . رفيق عطية الكسار ، الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، المرجع السابق،ص282-287.

[2] - مع ذلك فإنه في بعض الأحيان تتمتع الدولة بحق ممارسة الحماية الدبلوماسية ليس فقط بالنسبة للأفراد الذين يرتبطون معها رابطة الجنسية و إنما أيضا بالنسبة لمن تربطهم بها رابطة قانونية اتفاقية مثل رعايا الدولة الخاضعة لحمايتها أو وصايتها و إن كان مثل ذلك الوضع استثنائي ، أنظر: د .إبراهيم العناني ، القانون الدولي العام ،مرجع سابق ،ص 88.

[3] -أنظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرات في الحماية الدبلوماسية ،مرجع سابق، ص 81.

[4] - أنظر: Brownile (i)M Principles of public international law,Op,Cit,pp 480- 481.

[5]- أنظر: د. بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،مرجع سابق ،ص 336.

و على هذا النحو فإن المستثمر المضرور لا يمكنه الاستفادة من الحماية الدبلوماسية إلا إذا كان منتميا بجنسيته إلى الدولة التي يطلب حمايتها، فالدولة يجب أن تكون لها صفة تبرر تدخلها لصالح الشخص المضرور، سواء أكان شخصا طبيعيا أم اعتباريا، لأن الدولة الوطنية عندما تقوم بممارسة حمايتها فهي تضع نفسها في إطار القانون الدولي، و القانون الدولي هو الذي يحدد الصفة لممارسة الحماية، و هي صفة لا تكتسبها الدولة إلا عندما ينتمي إليها المضرور بجنسيته[1].

كما يبرز الاشكال بشأن تطبيق شرط الجنسية من مواصفات الجنسية اللازمة لممارسة الحماية الدبلوماسية، فهل يكفي أن يكون المضرور منتميا بجنسيته إلى الدولة التي تريد حمايته دبلوماسيا و لو كان هذه الانتماء صوريا أم يلزم أن يكون انتماؤه فعليا بحيث تعبر جنسيته عن ارتباطه الواقعي بالدولة التي تريد حمايته، بداية فإن هذا التساؤل لا محل له إذا كان المضرور لا يحمل سوى جنسية دولة واحدة إذ يجب السماح لهذه الدولة بحمايته أمام القضاء الدولي حتى و لم لم تقم رابطة الجنسية بينه و بين هذه الدولة على أسس واقعية ، لأن القول بخلاف ذلك يؤدي، كما يرى البعض[2] و بحق إلى إهدار حق الفرد و تجريده من كل وسائل الحماية القانونية و يجعله في وضع شبيه بمعدوم الجنسية.

و لكن تبدو أهمية تحديد مواصفات الجنسية اللازمة لممارسة الحماية الدبلوماسية في حالة كون المستثمر المضرور متعدد الجنسيات، أي متمتعا بجنسية أكثر من دولة في ذات الوقت ، و ذلك لتحديد المعيار الذي يعول عليه القضاء الدولي لقبول دعوى الحماية الدبلوماسية في حالة إدعاء كل دولة من الدول التي يحمل المستثمر المضرور جنسيتها شموله بالحماية الدبلوماسية، و كذلك فيما إذا كان ممكنا تحريك دعوى الحماية الدبلوماسية إذا كان المضرور متمتعا في وقت واحد بجنسية كل من الدولة الشاكية و الدولة المشكو منها.

---

[1] -أنظر: د. رفيق عطية الكسار، الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، المرجع السابق ،ص 149.

[2] –أنظر: د .علي حسين ملحم ، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية ،مرجع سابق، ص، 163-168.

لقد ساد في البداية ما يسمى بمبدأ المساواة في السيادة بين الدول، و الذي ينكر على القضاء الدولي الحق في الترجيح بين الجنسيات التي يحملها الشخص المضرور[1]، حيث يكون من حق كل دولة من الدول التي يحمل المستثمر جنسيتها التصدي لحمايتها و ذلك استنادا إلى تكافؤ سيادات كل الدول التي يحمل الفرد جنسيتها لأن ترجيح إحداها يتضمن إهدار لسيادة الدول الأخرى و هذا لا يجوز.

وهو ما يعني الفشل في حسم التنازع الناجم عن مشكلة تعدد الجنسيات إذ أن من شأن إعمال المبدأ المذكور أنه لا يجوز لإحدى الدول التي يتمتع الشخص بجنسيتها أن تتصدى لحمايته لأنه استنادا إلى مبدأ المساواة في السيادة بين الدول فإنه من غير المعقول تفضيل دولة على أخرى في تحريك دعوى المسئولية و تكون في وضع المدعي و تتراجع الثانية إلى وضع المدعى عليه المنتهك لقواعد القانون الدولي[2] ، و هو ما أكدته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بشأن التعويض عن الأضرار المتعلقة بالخدمة في الأمم المتحدة في عام1949 حيث أعلنت" أن الممارسة العادية للحماية الدبلوماسية هي أن الدولة لا تمارس هذه الحماية لصالح أحد رعاياها إزاء دولة أخرى تعده موطنا لها"[3] .

[1] – أنظر: د . رفيق عطية الكسار ، الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة ،مرجع سابق، ص 163-168.

[2]- أنظر: د . أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرات في الحماية الدبلوماسية ، مرجع سابق، ص 84.

[3] - أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،مرجع سابق ،ص 343.

وقد برز اتجاه جديد في تحديد الجنسية اللازمة لممارسة الحماية الدبلوماسية يستلزم في الجنسية التي ينتمي بها المضرور إلى الدولة المدعية أن تعبر عن ارتباط فعلي (اجتماعيا و اقتصاديا و روحيا) بين الدولة و المتمتع بجنسيتها، و هو ما يطلق عليه مبدأ الجنسية الفعلية Effective Nationality فممارسة الدولة لحمايتها الدبلوماسية تستلزم أن تكون الجنسية التي ينتمي بها المضرور إلى الدولة المدعية جنسية واقعية لا جنسية صورية، لذلك قيل بأن الواقعية هي الأساس الوحيد، الذي يسمح بالاحتجاج بالجنسية في مجال الحماية الدبلوماسية[1].

و هو المبدأ الذي أكده القضاء الدولي، إذ نصت محكمة العدل الدولية في قضية Nottebohm بين لشيتنشتاين و جواتيمالا سنة 1955 بأنه لا يمكن الاعتراف بالجنسية من قبل الدول الأخرى واستخدامها كسند قانوني لممارسة الحماية الدبلوماسية إلا إذا كانت فعلية، أي تمثل رابطة حقيقية بين الفرد و الدولة ، حيث أعلنت المحكمة بأن الجنسية هي:" الرابطة القانونية التي تجد أساسها في الواقع الاجتماعي لانتمائه و في تضامن واقعي في المعيشة و المصالح و المشاعر، فهي تقوم على حقوق و واجبات متبادلة "[2].

[1]– أنظر: د .أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرات في الحماية الدبلوماسية...مرجع سابق ،ص 85.

[2]- تفاصيل القضية منشورة في ،Nottebhom case,International court of justice,rep,1955,P23 ، أنظر.د.بشار محمد الأسعد.عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق ،ص 342.

و أمام سلبية الاتجاه الأول في حسم التنازع الناشئ عن تعدد الجنسيات وبغية تحقيق التأمين على الاستثمارات[1]، فإن تطبيق معيار فعلية الجنسية للترجيح بين الجنسيات التي يرتبط بها الشخص يعد الأمثل[2]، وهو ما يقود إلى عدة نتائج:

أ- إذا تنازعت عدة دول يتبعها المستثمر المضرور بجنسيته بشأن التصدي لحمايته دبلوماسيا أمام القضاء الدولي في مواجهة الدولة المضيفة، فإن دعوى الحماية الدبلوماسية أمام القضاء الدولي لن تقبل إلا من الدولة التي يتمتع المستثمر طالب الحماية بجنسيتها الفعلية.

ب- خلافا لما كان سائدا قبل ظهور مبدأ الجنسية الفعلية، من أنه لا يجوز للدولة أن تمارس حمايتها الدبلوماسية لصالح أحد رعاياها إزاء دولة أخرى يكون هذا الشخص في ذات الوقت متمتعا بجنسيتها إعمالا لمبدأ المساواة في السيادة بين الدول، فإنه يمكن قبول دعوى الحماية الدبلوماسية إذا كانت الجنسية التي تربط الدولة الشاكية بطالب الحماية جنسية فعلية، أما إذا كان هذا الشخص ينتمي بجنسية فعلية إلى الدولة التي سببت الضرر فإن هذه الدعوى لن تقبل.

---

[1]- أنظر: د.ابراهيم شحاتة ، الضمان الدولي للاستثمارت الأجنبية،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1971،ص19 .

[2] -أنظر: د .بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 343.

ب- شرط استنفاد الطرق القضائية الداخلية المتاحة في الدولة المضيفة .

لا يلزم فقط لممارسة الدولة دعوى الحماية الدبلوماسية بالنيابة عن المستثمر الأجنبي المضرور أن يكون هذا المستثمر المضرورمتمتعا بجنسيتها ، وإنا يتعين أيضا أن يكون المستثمر المضرور قد سبق له أن استنفد دون نجاح جميع الوسائل المقررة لإصلاح الضرر في تشريع الدولة المضيفة ، بمعنى أن المستثمر المضرور مطالب قبل التماس الحماية الديبلوماسية أن يلجأ إلى كل وسائل الإصلاح المحلية في الدولة المضيفة و أن يفشل في إصلاح ضرره وفقا لذلك[1] ، إذ أن مبدأ السيادة و الاستقلال الوطني يعطي لكل دولة الحق في اشتراط خضوع الأجانب لنظامها القانوني الداخلي، و بالتالي فإنه يكون من غير المقبول على الإطلاق أي تدخل أجنبي قبل استنفاد وسائل الإصلاح المتاحة في النظام القانوني الوطني[2] كما يساعد اشتراط استنفاد وسائل الإصلاح المقررة في الدولة المضيفة قبل اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية في الحفاظ على العلاقات الودية بين الدول و يحول دون إثارة المنازعات التي يترتب عليها تحريك المسئولية الدولية التي تؤدي في أحيان كثيرة إلى نزاع مسلح أو تهديد للسلم و الأمن الدوليين و لا شك أن تلافي الخلافات الدولية و تقليل عدد الدعاوى التي ترفعها الدول بعضها على بعض فيه مصلحة محققة للمجتمع الدولي بأسره[3]، غير أنه في الأخير تتم الإشارة إلى أن اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية في تسوية منازعات الاستثمار قد أسفر عن نتائج مخيبة للآمال[4] ، و تجلى ذلك على وجه الخصوص في نزاعين شهيرين تم اللجوء فيهما إلى الحماية الدبلوماسية لتسوية النزاع القائم هما:

---

[1] -أنظر: د. محمود عبد المجيد سليمان ، الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي، المجلة المصرية للقانون الدولي ،المجلد الثامن و الخمسون،2002 ، ص 397.

[2] -أنظر: د. رفيق عطية الكسار، الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة ،مرجع سابق ،ص 223-224.

[3] -أنظر: د.أحمد أبو الوفا ، الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 884.

[4] -أنظر:

El-Kosheri (A.S), riad (T.F)M: The setellement of International..,Op.Cit,p.2.

الأول: هو قضية البترول الأنجلو إيرانية[1]، حينما لجأت المملكة المتحدة إلى تطبيق الحماية الدبلوماسية في عام 1950-1951 حتى تثبت المسئولية الدولية للحكومة الإيرانية عن تأميم الشركة الانجليزية الإيرانية للبترول و ذلك من خلال اللجوء المباشر إلى محكمة العدل الدولية.

و الثاني: هو ما عرف بقضية برشلونة تراكشن[2]، حينما رفعت كل من الحكومة الكندية و الحكومة البلجيكية دعوى أمام محكمة العدل الدولية لحماية مصالح المستثمرين الكنديين و البلجيكيين الذين تكبدوا الكثير من الخسائر نتيجة للأعمال و الإجراءات التي اتخذتها الحكومة الأسبانية في مواجهتهم.

وقد كان الفشل في تسوية النزاع في هاتين القضيتين بمثابة النهاية لتلك المرحلة في تسوية منازعات الاستثمار، و التي تميزت بالتدخل المباشر من جانب الدول القائمة بالاستثمارات لحماية مصالح رعاياها، و ذلك لتحل محلها منذ منتصف القرن العشرين تقريبا مرحلة جديدة في تسوية منازعات الاستثمار تمثلت في الإجراءات المباشرة بين المستثمر ذاته و حكومة الدولة المضيفة [3].

---

[1] – تفاصيل القضية منشورة في .International court of justice,1952 ، أنظر: د.بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق ،ص 344 .

[2]- تفاصيل القضية منشورة في.International court of justice,1975 ، أنظر: د.بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق ،ص 344 .

[3]- أنظر المرجع السابق ،ص345 .

يعد التحكيم من أقدم الوسائل للتسوية السلمية للمنازعات القائمة بين الأفراد و المتعلقة بمصالحهم الخاصة بحياتهم داخل المجتمع[1]، كما يعتبر التحكيم الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها[2]، كما إحتا التحكيم مركزا خاصا في المعاملات التجارية ذلك أن وجود الدولة طرفا في العقد الاستثماري يجعل المستثمر في حاجة إلى ضمانات قضائية لحماية إستثماراته ، فعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال[3].

و يمكن تعريف التحكيم بأنه وسيلة خاصة للتقاضي تقوم على اتفاق يعهد بمقتضاه الأطراف إلى شخص أو عدة أشخاص بمهمة حسم المنازعات المتعلقة بهم عن طريق إصدار حكم ملزم يتمتع بحجية الأمر المقضي[4] .

كما يمكن تعريفه بأنه الاتفاق على طرح كل نزاع أو خلاف يتعلق بتفسير أو تنفيذ عقد على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا في وذلك خروجا عن المبدأ العام الذي يقضي بوجوب اللجوء إلى السلطة القضائية المختصة[5] .

---

[1]-أنظر: أ.د/بموسى عبدالوهاب ، التحكيم التجاري : قضاء تعاقدي؟،دراسات قانونية ، مجلة سداسية ،كلية الحقوق بجامعة أبوبكر بلقايد بتلمسان ، الجزائر العدد 04،2007 ،ص109 .

[2]-أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم ،اختيار طريق التحكيم و مفهومه في إطار " مركز حقوق عين شمس للتحكيم" ،مرجع سابق،ص. 126

[3] -أنظر: د.عكاشة عبدالعال ، أفاق و ضمانات الاستثمارات العربية-الأوروبية ،إعداد مركز الدراسات العربي –الأوروبي، بيروت لبنان ط2001،1ص59.

[4] -أنظر: د.إبراهيم شحاته ، نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية و الإستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق "المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار"، مجلة مصر المعاصرة، السنة الثمانون، العددان 417-418،القاهرة، 1989 ،ص387.

[5]- أنظر: د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1997، ص17 .

فهو يقوم على إخراج المنازعات من إختصاص محاكم الدولة بناءا على اتفاق الأطراف، أي أنه يلزم وجود اتفاق التحكيم، فالقاعدة العامة في هذا الشأن هي أنة " لا تحكيم بدون اتفاق التحكيم "[1] .

كما قد يأخذ هذا الاتفاق صورة بند مدرج في العقد المبرم بين الأطراف و يوقعون عليه عند توقيعهم هذا العقد و هو ما يطلق عليه(شرط التحكيم)، أو يأخذ صورة اتفاق مستقل عن العقد وهو ما يطلق عليه(مشارطة التحكيم)[2]، وإذا كانت إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار تتفق بوجه عام مع غيرها من إجراءات التحكيم في مختلف المنازعات الأخرى، إلا أن التحكيم في منازعات هذه العقود يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى، ويرجع ذتك لإختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات تحكيم هذه المنازعات التصدي لها، والتي تنبع أساسا من كون أحد أطراف هذه العقود يمثل شخصا عاما يتمتع بالسيادة يتعامل مع شخص خاص.

ومما لاشك فيه أن وجود الدولة كأحد أطراف النزاع يصبغ عملية التحكيم بصبغة خاصة، الأمر الذي يثير في الواقع العديد من المشاكل المترتبة على كون الدول ذات وضع مميز تسعى للحفاظ عليه سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثنائه أو بعد صدور الحكم مما يتعين معه الالتزام بصدد التحكيم في منازعات هذه العقود بالعديد من المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في هذه العقود.

وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم هدا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو الأتي:

المبحث الأول: فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار .

المبحث الثاني : المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

المبحث الثالث: الاتجاه نحو قبول التحكيم بدون اتفاق في اطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

---

[1]- أنظر: كريستوفر إمهوس و هيرمان فيربست ، التحكيم و الوسائل البديلة لحسم المنازعات، مرجع سابق، ص 34.

[2]- أ نظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص،دار النهضة العربية،القاهرة،ط 3 ،2000،ص58-86.

المبحث الأول: فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار .

على الرغم من أهمية الوسائل البديلة عن التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار – وخاصة التوفيق والوساطة – فإنه مازال يمثل الملاذ النهائي والأخيـــر لحسم منازعاتها إذا ما أخفقت كل الوسائل الودية والسلمية الأخرى في الوصول إلى تسوية وحل النزاع [1]، وعلى نحو يمكن معه القول بأن عقود الإستثمار أصبحت لا تتم بغير إتفاق تحكيم من شأنه أن يحيل المنازعات الناجمة عن هذه العقود إلى التحكيم .

وهذا الإزدهار الذي لحق بنظام التحكيم مرجعه المزايا التي يقدمها هذا القضاء الخاص[2]، إلا أن التحكيم في منازعات عقود الإستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى ويرجع ذلك للطبعية الخاصة للعقد الاستثماري التي تنعكس بالطبيعة على المشاكل التي تنظرأمام هيئات تحكيم منازعات عقود الإستثمار ، بالاضافة إلا أن وجود الدولة كأحد أطراف النزاع يصبغ عملية التحكيم بصبغة خاصة .

وبناءا عليه يكون من الضروري لإستيعاب فكرة التحكيم في منازعات عقود الإستثمار أن نعرض للمبررات التي جعلت منه القضاء الطبيعي لحسم هذه المنازعات ، وكذلك لخصائصه المميزة في تسويتها ، فضلا عن المشاكل التي قد يثيرها اختيار لحسم المنازعات ذات الطبيعة الخاصة . وهو ما أتناوله في هذا المبحث من الدراسة، وذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول: مبررات اللجوء إلى التحكيـم فـي منازعـات عقـود الإستثمار.

المطلب الثاني: الخصائص المميزة للتحكيم فـي منازعـات عقـــود الإستثمار.

المطلب الثالث : المشاكل الخاصة بالتحكيم فـــــي منازعـــات عقــود الإستثمار.

---

[1]-أنظر: د. بشار محمد الأسعد،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص 349.

[2]- أنظر.أ.د/ حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2007،ص7 .

المطلب الأول : مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار .

يلعب التحكيم دورا هاما في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الإستثمار ، إلى درجة أن البعض يعتبره أمرا حتميا بشأن هذه الطائفة من العقود[1] ، و أنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال[2] ،حيث يفضل الأطراف في عقود الإستثمار اللجوء إلى التحكيم في حسم منازعاتهم، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب يتعلق بعضها بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الإستثمار ، كما يتعلق بعضها بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للإستثمار ، وبعضها الآخر يتعلق بكون التحكيم ضمانه إجرائية لكونه إحدى وسائل إجتذاب الإستثمار الأجنبي و من ضماناته غير التجارية .

الفرع الأول: مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الإستثمار .

مزايا التحكيم في المعاملات التجارية الدولية كثيرة استنبطها الفقه من دراسة تلك العيوب المتعلقة بإجراءات التقاضي أمام السلطة القضائية الوطنية[3] ،هذا من جهة،و الطبيعة الخاصة الناجمة عن طبيعة أطراف هذه العقود ، الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي من ناحية ، والعملية محل العقد ، حيث يتعلق العقد بمشروع ضخم يستغرق عدة سنوات لتنفيذه ويتكلف مئات الملايين من الدولارات وتتشابك العلاقات الناشئة عنه ويتطلب خبرات فنية عالية .ومع تلك الخصوصية فإن التحكيم بما يتمتع به من مزايا يمثل القضاء الطبيعي لفض منازعات هذه العقود ، وتتمثل هذه المزايا فيما يلي :

1- السرعة في الإجراءات:

يتميزقضاء التحكيم عن القضاء العادي بالقدرة على الفصل في المنازعات المعروضة عليه في وقت أقل [4]، إذ أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت، تلك السرعة التي لا تتوافر عادة في النظم القضائية التقليدية المقيدة ببعض النصوص القانونية المعوقة للفصل السريع في النزاع ، وهو ما يحتاجه الفصل في منازعات عقود الإستثمار حيث تكون هناك إستثمارات ومبالغ نقدية كبيرة ومجمدة في انتظار صدور حكم القضاء، ومن تم تكون هناك خسارة محققة نتيجة تعطل تلك المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في النزاعات بشأنها.

---

[1]-أنظر: د. حفيظة الحداد ، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، ص 3.

[2]-أنظر.: د . عكاشة محمد عبد العال ، الضمانات القانونية لحماية الإستثمارات الأجنبية ، مرجع سابق ص، 59 .

[3]-أنظر: أ.د/بموسى عبدالوهاب ، التحكيم التجاري : قضاء تعاقدي؟،دراسات قانونية ، مرجع سابق ، ص109 .

[4]-أنظر: أ.د/حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ،مرجع سابق،2007،ص12 .

فالأطراف في عقود الإستثمار تفضل اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة ، والعدالة السريعة التي يقدمها التحكيم ترجع إلى عاملين :

الأول هو إلزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الأطراف كأصل عام ، فقوانين التحكيم ولوائحه ومواثيقه عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم عند إصدار قراره ، بل وتسمح للأطراف بالتعديل في هذه المدة عند إتفاقهم على التحكيم ، فيفقد المحكم صفته بعد إنتهائها[1] .

أما العامل الثاني فإنه يتعلق بأن التحكيم نظام للتقاضي من درجة واحدة، فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي ولا يجوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن العادية مع إمكانية رفع دعوى البطلان بشأنه وللأسباب الواردة حصرا في القانون مع مراعاة أن الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام[2] .

2- سرية التحكيم :

حيث يتم تجميد ما يعرف بمبدأ علنية الجلسات والتي تعتبر من الضمانات الأساسية للتقاضي[3] فاختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات مبعثه ما يتميز به من سرية ، فجلسات التحكيم غير علنية وعدم نشر الأحكام تعتبر من مقتضيات التجارة بصفة عامة ، حيث تظل الأسرار المرتبطة بالعقد والمخترعات سرية، فالأطراف في عقود الإستثمار يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها نظرا لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة من المساس بمراكزهم المالية أو الإقتصادية.

---

[1]-أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، إختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار " مركز حقوق عين شمس للتحكيم" ، مرجع سابق ،ص124 .

[2]-أنظر.أ. د/ حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 18.

[3]-أنظرالمرجع السابق،ص20 .

3- حرية الأطراف في ظل التحكيم :

فمرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم ، لأنه ينفر من القوالب الجامدة [1] ، حيث يملك الأطراف أولا اختيار نوع التحكيم ، فلهم أن يختاروا سواءا إما أن يكون التحكيم خاصا (Ad hoc) أو تحكيما مؤسسيا . كما أن لهم أن يختاروا سواءا كان التحكيم خاصا أو مؤسسيا يكون هذا التحكيم تحكيما بالقانون أو بالصلح ، كما يفسح التحكيم المجال أمام إرادة الأطراف في اختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم وموضوع المنازعة محل التحكيم ، ما يشجع على الحياد أيضا في أداء المحكم لمهمته .

4- التحكيم قضاء متخصص :

إن المحكم على خلاف القاضي،لا يلزم أن يكون رجل قانون فالأطراف يمكنهم اختيار محكم له خبرة [2]، تكفل هذه الأخيرة المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة والفنية اللازمة لتسوية منازعات الإستثمار التي يتطلب فض منازعاتها معارف إقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتلاءم مع توسع مجالات الإستثمار الأجنبي ، حيث يكون المحكومون في الأغلب الأعم على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المسندة إليهم، فضلا عن تمتعهم غالبا بالخبرة العلمية والعملية في المنازعات التي يتم اختيارهم للفصل فيها ، وما يمتازون به من الإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع، وكذلك اللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات بين الأطراف ، ومما لا شك فيه أن وجود قضاء متخصص من شأنه أن يحقق عدالة تحقق رغبات الأطراف ، ولعله مما يساعد على ذلك أن الأطراف عموما هم الذين يختارون المحكمين، وهم بالتأكيد سيعمدون إلى اختيار أنسب المحكمين الذين تحتاجهم خصوصية القضية محل النزاع[3].

---

[1]-أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، إختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار " مركز حقوق عين شمس للتحكيم" ، مرجع سابق ،ص121.

[2]-أنظر.أ.د/محمود مختارأحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثالثة،دار النهضة العربية ،2007 ،ص 11 .

[3] –أنظر: Boisard (M.A.) : setting Foreign Investment Disputes : unitary Training Programmes on Foreign Economic Relations, UNITAR, Document No.4, Module VIII-Revised, 2001 ,p .7.

الفرع الثاني : تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم .

نظرا لأن عقود الإستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئيين الدولة ذات السيادة من ناحية والمستثمر الأجنبي الخاص من ناحية أخرى، فإن قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليها، ولعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو هذا النزاع[1].

لذلك يحرص المستثمر المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الإستثمار، خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم، فضلا عن عدم ثقته بعدالة محاكم الدولة المصيفة.

حيث أن ما تتمتع به الدولة من استقلال وسيادة يجعل من الصعوبة الفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها أمام القضاء الوطني لدولة أخرى، فالدولة و أشخاص القانون العام يصعب قبول خضوعهم لقضاء دولة أجنبية[2] ، وعلى الرغم من أن الإتجاه الحديث يميل إلى الأخذ بالحصانة المقيدة للدولة، ومفادها عدم استفادة الدولة من حصانتها إلا بصدد أعمالها السيادية دون التصرفات الأخرى المتعلقة بممارستها لأنشطتها التجارية وأعمال الإدارة العادية، فإن ذلك لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام. إذ يظل الأصل هو التمتع بها، وهنا تظهر صعوبة الفصل في المنازعات عندما تتعارض الحصانات القضائية للدولة مع قيام محاكم دول أخرى بحل المنازعات عندما تتعارض الحصانات القضائية للدولة مع قيام محاكم دول أخرى بحل المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، مما قد يؤدي إلى إهدار الحقوق الخاصة للمستثمر الأجنبي ، أما في حالة أن تنظر النزاع محاكم الدولة المضيفة فإن المستثمر الأجنبي الطرف في النزاع قد يتعرض لقرارات مفاجئة أو تعسفية يمكن أن تصدرها الدولة بما لها من سيادة لتحقيق اعتبارات سياسية أو إقتصادية.

---

[1]-أنظر :

Bouchez (L.J) : the Prosspects for Innternational Arbitration DisputesOp.Cit,p.82.

[2]-أنظر.أ.د/محمود مختارأحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص12 .

وليس يخفى أن المستثمر الأجنبي يتردد كثيرا في المجازفة باستثماراته، إذا لم يكن متحا له وضع شرط التحكيم[1] ، ذلك لعدم ثقته بنزاهة وعدالة محاكم الدولة المضيفة، لعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو النزاع ، فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة وأيا كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها ، فإنه في نهاية الأمر قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الإقتصادية أو الإجتماعية وبسيادة الدولة.

لكل ما تقدم نجد المستثمرين الأجانب حريصين على أن يتم إدراج شرط التحكيم في عقودهم مع الدولة المضيفة، ولو على حساب عدم إتمام العقد ، ولعل في عقد ديزني وورلد الحاصل بين شركة أمريكية وفرنسا أفضل مثال على ذلك ،. فلقد اشترط المستثمر الأمريكي حتى يمكنه الموافقة على الإستثمار أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الإستثمار الذي يجري في ضواحي باريس إلى التحكيم ، غير أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هي أن الرأي عند مجلس شورى الدولة الفرنسي وعلى عكس محكمة التمييز في شأن العقود الدولية المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها ، نزولا في ذلك على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية، وكانت قيمة العقد مليارات الدولارات وترددت فرنسا فكيف تتخلى عن مجلس الشورى الفرنسي الذي وضع القوانين الإدارية لفرنسا وللعالم؟ وتأخر توقيع العقد وأصبح أمر أن يكون المشروع أولا يكون متوقفا على الشرط التحكيمي.... وأخيرا قبلت فرنسا بالشرط التحكيمي[2].

---

[1]- أنظر.أ.د/محمود مختارأحمد بريري ، لتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص13 .

[2]-أنظر: د.عبد الحميد الأحدب ، آفاق وضمانات الإستثمارات العربية – الأوروبية ، إعداد مركز الدراسات العربي – الأوروبي، باريس ،ط1 ،2001 ص 73 .

الفرع الثالث: التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الإستثمار.

من الثابت أنه لكي يتحقق الجذب الأكبر للإستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة ، فإنه لابد من توفير الحماية الكافية لتأمين استثمارات الطرف الأجنبي[1]، فرأس المال جبان يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق وخائف ويحتاج إلى طمأنته، فتشجيع الإستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر وينزع القلق عن نفسه، ومن أهم هذه الضمانات، توفر ضمانات قضائية لحماية استثماراته، وعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي قلما يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب.

و من هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال وتنوعها[2] ، فقد أصبح التحكيم إحدى وسائل اجتذاب الإستثمار الأجنبي ومن ضماناته ضد المخاطر غير التجارية، حيث تمكن التحكيم عبر آلية فض النزاعات وضمانة العدالة الدولية التي يؤمنها من كسب ثقة التجارة الدولية والإستثمارات [3]،وأصبح التحدي الذي تواجهه الإستثمارات الدولية من نوع " أن تكون أو لا تكون "، ففي حالة استحالة اللجوء إلى التحكيم كآلية لفض النزاعات، فإن الشركات الكبرى العائدة للبلدان الصناعية والتي هي وحدها القادرة على تقديم المشاريع والمعرفة الفنية العلمية الراقية لبلدان العالم النامي سوف تتخلى في الغالب عن القيام بتلك الإستثمارات التي تحتاجها البلدان النامية.

ولذا نجد معظم قوانين الاستثمار خاصة في الدول النامية تنص صراحة على تبني التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات مع المستثمرين لبث الطمأنينة وتشجيعهم على استثمار أموالهم أو تقديم خدماتهم[4] .

---

[1]- أنظر:

Bernardini (P) :The Renegotiation of the Investment Contracts.... , op.cit,p.411.

[2]-أنظر: د . عكاشة محمد عبد العال ، الضمانات القانونية لحماية الإستثمارات الأجنبية ، مرجع سابق ص، 59 .

[3]-أنظر: د. عبد الحميد الأحدب ، آليات فض النزاعات من خلال الإتفاقيات الإستثمارية العربية الأوروبية ،مرجع سابق ،ص 72 .

[4] - أنظر:أ.د.محمود مختارأحمد بريري .التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص13 .

وفي هذا الإتجاه فقد جاء قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصري رقم 8 لسنة1997 ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار، وذلك في المادة السابعة منه على الوجه الذي يتفق عليه المستثمر، كما يجوز الإتفاق على تسوية هذه المنازعات في إطار الإتفاقيات الثنائية السارية بين جمهورية مصر العربية و دولة المستثمر أو في إطار إتفاقيـــة واشنطـــن الخاصـــة بتسويـــة منازعات الاستثمار بين الدول و بين رعايا الدول الأخرى، أو وفقا لأحكام قانون التحكيـــم المصـــري رقـــم 27 لسنة 1994 كمـــا يجوز الإتفـــاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطرق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[1].

ذات المبدأ الذي كرسه المشرع الجزائري هو الأخر من خلال ما جاءت به أحكام قانون الإجراءات المدنية حيث نصت المادة 1006 على أنه : "يمكن لكل شخص الجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها "[2] ، وكذا تصديق الجزائرعلى إتفاقيـــة واشنطـــن الخاصـــة بتسويـــة منازعات الاستثمار بين الدول و بين رعايا الدول الأخرى بتاريخ30 أكتوبر 1995 .

وعلى هذا النحو فإن استهداف الدولة جذب الاستثمارات الأجنبية إلى إقليمها يقتضي أن يقرر القانون فيها(خصوصا تشريع الاستثمار) مبدأ جواز عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثل أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو إطار الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة فدرء الخطر الكامن في تصور البعض من انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لمصالحها،لن يكون إلا بسلب الاختصاص منه، ومنحه إلى قضاء محايد هو قضاء التحكيم[3] ، كما أنه مما لا شك فيه أن إقرار مثل هذا المبدأ من شأنه أن يزيد من مصداقية التزام الدولة المضيفة في الوفاء بتعهداتها التي قطعتها على نفسها ويبدد هواجس التحيز وميل القضاة لحماية مصالحهم الوطنية أو إدعاء تدنى مستوى القضاة وانحرافهم في بعض دول العالم الثالث[4].

---

[1]-أنظرقانون ضمانات و حوافز الاستثمار لجمهورية مصر رقم8 لسنة1997و المعدل بموجب القانون رقم13 لسنة2004 منشور في الجريدة الرسمية ، العدد17 ،22أبريل2004،ص3.وهو منشور على شبكة الأنترنت ، أطلع عليه بتاريخ 03/03/ 2011.

http:www.arifonet.org.ma/data/dalil/20investment/countries/16egyptian/law-ar.htm

[2]- أنظر القانون رقم09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 ،و المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، المنشور بالجريد الرسمية2008/21 للجمهورة الجزائرية ، 2008، ص 90 .

[3]- أنظر.أ. د/ حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص ص23-24 -

[4]- أنظر.أ.د/محمود مختارأحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص13 .

المطلب الثاني: الخصائص المميزة للتحكيم فـي منازعـات عقـــود الإستثمار .

على الرغم من أن إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار تتفق بوجه عام مع غيرها من إجراءات التحكيم فى مختلف المنازعات الأخرى، حيث تخضع لنفس القواعد الخاصة ببدء الإجراءات والإخطار بها وتعيين المحكمين وردهم وإبداء الخصوم لطلباتهم واتخاذ هيئات التحكيم للقرارات الخاصة بتعيين الخبراء وسماع المرافعات والشهود وتقديم المذكرات وإصدار الأحكام وتنفيذها، إلا أن التحكيم في منازعات عقود الاستثماركونه نظام خاص للتقاضي[1]، يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى، نتيجة لإختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات التحكيم التصدي لها، والتي تنبع أساسأ من حقيقة أن أحد الأطراف هو شخص عام يتعامل مع شخص خاص وأن موضوع هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة، مما يجعل منازعات هذه العقود لا تخلو من خلفية سياسية وإقتصادية دولية ، الأمر الذي يترتب عليه أن يكون لأحكام التحكيم الصادرة في هذه المنازعات آثارا بعيدة المدى تؤثر على حياة الملايين من البشر.

لذلك فإنه يتعين في تحكيم منازعات عقود الاستثمار اختيار نوع التحكيم الملائم لخصوصية منازعاتها وكذلك وجوب اختيار محكمين يتوافر لهم التكوين الملائم والخبرة الخاصة للتصدي لمثل هذه المنازعات ، كما يتعين مراعاة السرية في إجراءات التحكيم في هذه العقود لإرتباطها بمصالح الدولة .

الفرع الأول: الاختيار بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي .

يعتبر التحكيم وسيلة خاصة لحسمم المنازعات تعتمد على اتفاق الأطراف، وأمام هذا الطابع التعاقدي للتحكيم،ووفقا لمدى وجود منظمة أو مؤسسة تحكيمية تشرف على إدارة التحكيم[2]، فإنه يمكن للأطراف عند الموافقة على اللجوء إليه لتسوية منازعاتهم الاتفاق على أن يستقلوا في إدارة العملية التحكيمية وهو ما يطلق عليه (التحكيم الخاص)، أو الإشارة إلى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة لتتولى إدارة هذه العملية وهو ما يطلق عليه (التحكيم المؤسسي).

وأمام خصوصية منازعات عقود الاستثمار، فإن التساؤل يثور عما إذا كان من الأجدى اللجوء في تسوية هذه المنازعات إلى التحكيم الخاص أم التحكيم المؤسسي ؟

---

[1]-أنظر: أ. د/ حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 44.

[2] -أنظر المرجع السابق،ص79 .

أولا- ماهية التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي :

إن الإجابة على التساؤل السابق تفرض أن نعرض لماهية كل من التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي ، قبل أن نبين أكثرهما ملاءمة لتسوية منازعات عقود الاستثمار.

أ- التحكيم الخاص Ad Hoc Arbitration :

التحكيم الخاص أو تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر أو التحكيم الذاتي هوذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين ، للفصل في هذا النزاع ، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكين، كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه[1] كما هو الأمر في شأن قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام1976[2] .

وبعبارة أخرى فإن التحكيم الخاص هو تحكيم أعد لحالة خاصة بعينها ، سواء من حيث تشكيل هيئة التحكيم التي تتولاه أو من حيث القواعد والاجراءات التى تطبق عليه، وهو ما حدا بالبعض إلى أن يصف هذا التحكيم بأنه: " نفذ التحكيم بنفسك "[3]،لذلك فهو يحتاج ممن يختاره من الأطراف عناية كبيرة في تحديد كافة القواعد التي تنظمه في كافة مراحله[4] .

وعادة ما يكون تحكيم الحالات الخاصة أقل تكلفة أو أكثرمرونة وسرعة[5] .

ويمكن أن نشير كمثال على اللجوء إلى التحكيم الخاص في اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار، إلى ما ورد في المادة 34 من الصيغة النموذجية لاتفاقية امتيازأبو ظبي حيث تنص على أنه:

"أ- إذا ظهر أي شك أو خلاف أو نزاع في أي وقت بين الأطراف فيما يتعلق بتفسير أو تنفيذ أي بند منصوص عليه في العقد، أو فيما يتعلق بحقوق والتزامات أي طرف ، وفشل الأطراف في تسوية ذلك النزاع أو الخلاف بأية طريقة أخرى، فإنه يلزم إحالة الأمر إلى محكمين يعين كل طرف محكما عنه ،ثم يقوم المحكمان باختيار محكم ثالث للفصل في النزاع في خلال ستين يوما من تاريخ طلب أحد الطرفين كتابة.

---

[1]- أنظر: د.مصطفى الجمال - د.عكاشة عبدالعال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ،مرجع سابق ،ص126 .

[2] -أنظر قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام1976 منشورة على شبكة الأنترنت ، أطلع عليه بتاريخ 2011/03/10 :

http://www.jus.uio.nol/lm/un.arbitration.rules.1976/doc.htlm

[3]-أنظر: كريستوفر إمهوس و هيرمان فيربست ، التحكيم و الوسائل البديلة لحسم المنازعات، مرجع سابق، ص 67.

[4]-أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، إختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار " مركز حقوق عين شمس للتحكيم" ، مرجع سابق ،ص122 .

[5]- أنظر: د.نادر محمد محمد ابراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار النهضة العربية،1998 القاهرة،ص 49.

ب- يلتزم كل طرف بترشيح محكمه في خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الطرف الآخر طلب التحكيم، فإذا فشل أحد الطرفين في تسمية محكمه يتولى رئيس محكمة العدل الدولية تسميته بناء على طلب الطرف الآخر، وإذا فشل المحكمان في الاتفاق على المحكم الثالث فيتولى رئيس محكمة العدل الدولية تسميته استجابة لطلب المحكمين أو لطلب أحدهما.

ج - القرار من المحكمين أو الاختلاف في الرأي بينهما بشأن المحكم الثالث يعتبر نهائيا وملزما لكلا الطرفين.

د- يجب أن يحدد القرار مدة زمنية كافية تمكن الطرف الذي صدر القرار ضده من تنفيذه ، فإذا فشل هذا الطرف في تنفيذ القرار قبل انتهاء تلك المدة فإنه يصبح متخلفا عن الأداء.

ه- يكون مكان التحكيم أبو ظبي أو أي مكان آخر يحدده المحكم.

و- يلزم أن يحدد المحكم إجراءات التحكيم وذلك بالاستناد إلى القواعد الإجرائية ذات الصلة في المواد من 31 إلى 69 شاملة قواعد محكمة العدل الدولية الصادرة في 6 مايو 1946 .

ز- تتمتع هذه الاتفاقية بقوة القانون ويلزم تفسيرها وتطبيقها بما يتفق مع المبادئ العامة المعترف بها في الدول المتمدينة بما في ذلك المبادئ القانونية التى طبقتها المحاكم الدولية" [1].

ب- التحكيم المؤسسي Institutional Arbitration :

التحكيم المؤسسي أو تحكيم هيئات التحكيم الدائمة أو التحكيم النظامي هو أن يختار الأطراف إدارة إجراءات التحكيم وفقا لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة وبمساعدتها [2]، ويرى البعض بأننا سوف نكون أمام تحكيم مؤسسي " ... متى جرى في ظل منظمة لم تكتف بوضع لائحتها وقواعدها التنظيمية أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع، بل احتفظت لنفسها باختصاص معين فى تطبيق لائحتها المذكورة ، ولا يهم حينئذ كون المنظمة تتناول مهمة نظر النزاع والفصل فيه "[3].

---

[1] -أنظر:

El.Kosheri (A.S) :The Particularity of The Conflict Avoidance Methods Pertaining to Petroleum Agreements, op.cit,p.280-281.

[2] -أنظر: كريستوفر إمهوس و هيرمان فيربست ، التحكيم و الوسائل البديلة لحسم المنازعات، مرجع سابق، ص 67.

[3] -أنظر: د.ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية مع إهتمام بالبيوع الدولية ،منشأة المعارف ،الاسكندرية، القاهرة،1975،ص110 .

ويجب على الأطراف الاتفاق صراحة على المؤسسة التحكيمية التي سيتم اللجوء إليها، ويكون ذلك غالبا في شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما أو في مشارطة التحكيم التي يوقعها الأطراف بشكل مستقل عن العقد.

وقد إزداد عدد مؤسسات التحكيم الدائمة، بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولا في حسم منازعات التجارة الدولية والاستثمار[1]، ومن أهمها يمكن أن نشير إلى محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC[2] ، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID و المركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي AAA [3]، والمركز الإقليمي للتحكيم التجاري بالقاهرة [4] ، و تجدر الإشارة إلى أن بعض مؤسسات التحكيم الدائمة قد تنشأ للاختصاص بنوع معين من المنازعات دون غيرها،مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وكذلك مركز التحكيم و الوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO [5] .

ومن أمثلة اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار التي تحيل إلى التحكيم المؤسسي ، ما ورد في البند الثاني عشر من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الأسبا نية المصرية للغاز سيجاس سنة 2001 لإنشاء وتشغيل وإعادة تسليم رصيف بحري بترولي متخصص في ميناء دمياط من أن:" المنازعات الناشئة عن هذا الترخيص تتم تسويتها طبقا لقواعد التحكيم المعمول بها في مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة ويعتبر قرار المحكمين ملزما ونهائيا للطرفين ويتم التحكيم باللغة الإنجليزية وتنطبق أحكام القانون المصري ويكون عدد المحكمين ثلاثة يعين كل طرف محكما عنه وإذا لم يقم المدعى عليه بإخطار المدعي كتابة بإسم المحكم الذي عليه خلال ثلاثين يوما من استلام إخطار المدعى كتابة فيقوم المركز بناء على طلب المدعى بتعيين المحكم الثاني"[6] .

---

[1]-أنظر كريستوفر إمهوس و هيرمان فيربست ، التحكيم و الوسائل البديلة لحسم المنازعات، مرجع سابق، ص 294.

[2]- أنظرنظام تحكيم هذه الغرفة منشور على شبكة الأنترنت ، أطلع عليه بتاريخ 2011/03/14:

http://www.jus.uio.nol/lm/icc.arbitration.rules.1998/doc.htlm

[3]-أنظر: د.محمود سمير الشرقاوي ،منظمات التجارة الدوليةو التمويل الدولي،دار النهضة العربية،القاهرة،1997،ص141. -

[4]-أنظر : د. سامية راشد ،التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة و مدى خضوعه للقانون المصري ،منشأة المعارف ،الاسكندرية،القاهرة،1986 .

[5]- أنظرنظام تحكيم هذا المركز منشور على شبكة الأنترنت ، أطلع عليه بتارخ 2011/03/14:

http://www.jus.uio.nol/lm/wipo.arbitration.rules.1994/doc.htlm

[6] -أنظر هذا العقد منشرر في الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية،القاهرة، العدد14،في5ابريل،2001،ص487.

ثانيا - المفاضلة بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي بشأن منازعات عقود الاستثمار :

تتم المفاضلة بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي وفقا لمراحل العمل بكل نوع في فض منازعات عقود الاستثمار.

أ- **مرحلة العمل بالتحكيم الخاص .**

الواقع أنه على الأقل حتى أواخر السبعينيات من القرن الماضي، كان الأغلب الأعم من اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار يعكس اختيار الطرفين للتحكيم الخاص، والذي كان يمثل الصورة المعروفة أصلا للتحكيم.

ومن أمثلة منازعات عقود الاستثمار الشهيرة التي تم فيها إحالة النزاع إلى التحكيم الخاص، يمكن أن نشير إلى قضية**Aminoil**[1].

وكثيرا ما تضمنت هذه الاتفاقات شروطا تحكيمية غير سليمة، فسببت من المشاكل أكثر من رسمها لطريق ميسر لحسم المنازعة [2]، حيث يصعب التنبؤ بالمشكلات، مما قد يؤدي إلى عدم القدرة على حسم المشكلات التي لا يغطيها اتفاق التحكيم الخاص ،فضلا عن احتمال أن تطرأ مسائل لا يغطيها القانون المحلي، وكذلك وجود صعوبات في تنفيذ حكم التحكيم.

ب- **مرحلة العمل بالتحكيم المؤسسي .**

وفي أواخر السبعينيات وخلال الثمانينيات من القرن الماضي، وأمام التطورات الكبيرة في عمليات التجارة الدولية والاستثمار و زيادة وتنوع المنازعات التي تثيرها، فقد اتجهت العديد من المؤسسات التحكيمية الدائمة إلى تطوير قواعدها حتى تتمكن من مواكبة هذه التطورات [3].

---

[1]-أنظر: د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص 364.

[2] -أنظر: د.محمدأبوالعنين ، الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات البترول و الغاز،بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للطاقة و وسائل حسم المنازعات الناتجة عنها بشرم الشيخ ،9-10مارس2002، ص3.

[3]- أنظرالمرجع السابق،ص3.

لذلك كان من الطبيعي أن يتغير المسار الذي كانت تتبعه أغلب اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار، حيث زادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي لما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية ، والتي تجعله الأكفأ في إدارة تحكيمات المنازعات الكبيرة القيمة وذات الطبيعة الفنية المعقدة ، وتتمثل تلك المزايا فيمايلي :

- إن مؤسسات التحكيم الدائمة لديها قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين فى مختلف أنواع المنازعات يستطيع المحتكمون اختيار محكميهم منهم ، وهذا ما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب خاصة إذا ما تعلق الأمر بمسائل فنية يحتاج فهمها إلى خبرة خاصة لا تتوفر على نطاق واسع.

-إن التحكيم المؤسسي يضمن الالتجاء إلى مجموعة من القواعد المعدة سلفا والمختبرة من قبل.

- إن التحكيم المؤسسي يضمن صلاحيات مناسبة للمحكمين تعينهم على ممارسة اختصاصاتهم، ومن أبرز القواعد التي حفلت بها المؤسسات التحكيمية الحديثة مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يتيح لهيئة التحكيم الفصل فى الدفوع الخاصة باختصاصها ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن باقي شروط العقد.

- إن التحكيم المؤسسى يعتبر الأكثر تلبية للتوقعات المشروعة للأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة تحت رعاية المؤسسة على مبادئ عامة معروفة مسبقا.

- إن المؤسسات التحكيمية الدائمة توفر المساعدة التي قد يحتاجها من صدر حكم التحكيم لصالحه في تنفيذ.

الفرع الثاني : العوامل التي يجب الإعتداد بها في اختيار المحكمين في منازعات الاستثمار .

تتسم منازعات عقود الاستثمار بخصوصية معينة ناجمة عن الطبيعة الخاصة لأطراف هذه العقود الدولية والعملية محل هذا العقد ، إذ تثير هذه العقود خليطا من المشاكل المعقدة والمركبة ، حيث يختلط فيها بشكل كبيرعدد من المشاكل القانونية الخاصة والمتعددة الأوجه والتي لا نلحظها في غيرها من العقود بالإضافة إلى ما تثيره هذه العقود من مشاكل فنية بالغة التعقيد ومختلفة التخصص ،كما أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة [1]، لذلك فإن المؤهلات المتطلبة في المحكم الذي يفصل منازعات هذا النوع من العقود يجب أن تتلاءم مع هذه الخصوصية [2].

[1]- أنظر: أ. د/ حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق،ص 100 .

[2]-أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص 366 .

أولا- العوامل القانونية .

قد تتعلق المشاكل التي تثيرها عقود الاستثمار بأحكام القانون الدولي العام، كما لو كانت المنازعة تتعلق بمسئولية الدولة عن تأميم المشروع الاستثماري والتعويض عنه ، كما قد تتعلق بأحكام القانون العام كما لو كانت المنازعة تتعلق بطلب إعادة شروط العقد إلى التوازن في الحالات الطارئة التي تخل بالتوازن بين التزامات المتعاقدين أو بتجميد بعض القوانين التي يؤثر تعديلها على الاستثمار، وقد تتعلق بأحكام القانون الدولي الخاص، لكون هذه العقود دولية بطبيعتها، كما قد تتعلق المنازعة بمشكلة من مشاكل البيئة في جانب منها، أو فيما يتعلق بنقل تكنولوجيا متقدمة ، لذلك يجب أن تضم هيئة التحكيم محام أو رجل قانون على دراية بأحكام القانون الدولي العام أو القانون الدولي الخاص أو القانون العام أو أحكام قوانين البيئة أو أحكام العقود الخاصة بنقل التكنولوحيا حسب طبيعة المنازعة، حيث كثيرا ما يجد المحكم نفسه مطالبا بالبحث في فروع مختلفة للقانون لتشعب المشاكل التي تثيرها عقود الاستثمار.

ثانيا- العوامل الفنية .

قد تقترن منازعات عقود الاستثمار بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات نادرة لحسمها، كأن تتعلق بالنواحي الفنية لاستغلال الحقل أو معدل الإنتاج في عقود البترول، أو بمشاكل هندسية بحتة تتعلق بكفاءة المنشآت في عقود الأشغال، أو بمشاكل في المحاسبات المالية أو بنوعية التكنولوجيا المستخدمة في إنشاء مصنع ما في عقود التعاون الصناعي، ومن ثم يكون من الأوفق أن تضم الهيئة بقدر الإمكان التخصصات المطلوبة لتتعدد فيها الخبرات اللازمة لحسم النزاع[1]، فقد تدعو الحاجة إلى أن تضم هيئة التحكيم خبراء ومهندسين ،لذلك نجد العديد من عقود الاستثمار الحديثة تنص على السماح بما يمكن تسميته بإسم التحكيم الفني Technical Arbitration وذلك بالنسبة للأمور التي تتطلب تدخل خبير فني [2] .

---

[1] -أنظر: د.محمدأبوالعنين ، الطبيعة الخاصة و المتميزة لصناعة التشييد و البناء و أثرها على وسائل حسم المنازعات،مجلة التحكيم العربي،القاهرة،العددالخامس سبتمبر2002،ص.153

[2] -أنظر:

El.Kosheri (A.S) :The Particularity of The Conflict Avoidance Methods Pertaining to Petroleum Agreements, op.cit,p.285.

فتحقيقا لهدف تجنب أية خلافات حول تحديد سعر السوق بالنسبة للنفط أو الزيت الخام المنتج عن فترة معينة ، فإن المادة السابعة من عقد الامتياز المبرم بين الحكومة المصرية العامة للبترول وشركة AM SA. للبترول والغاز تضفي تعيين محكم ذو سمعة وخبرة جيدتين في مجال صمناعة البترول، وذلك للاستفادة منه فيما يتعلق بتسعير وتسويق الزيت الخام في التجارة الدولية، ومهمة هذا المحكم هي إصدار الحكم أو القرار الخاص بالسعر، وذلك بعد منحه حق الإطلاع على عقود بيع الزيت الخام وما يرتبط بها من بيانات وذلك من قبل الأطراف المعنية والجهات والشركات التابعة لهم [1]، ولكن يجب مع ذلك توافر العنصر القانوني المناسب في تشكيل هيئة التحكيم، والذي تتوافر لديه الخبرة والخلفية الكافية في مثل منازعات هذه العقود بل إنه من الأفضل أن يترأس هيئة التحكيم أحد رجال القانون حتى يضمن سلامة الاجراءات وسلامة الحكم من الناحية القانونية[2] ، ولقد ذهب البعض[3] إلى وجوب عدم التسرع في وضع الشروط الواجب توافرها في المحكمين في اتفاق التحكيم قبل قيام المنازعة، وذلك حتى يتسنى اختيار المحكمين المناسبين للمنازعة بعد قيامها وعلى النحو الذي يناسب طبيعتها.

الفرع الثالث : الالتزام بسرية إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار.

يعتبر الحفاظ على السرية في الإجراءات مبدأ أساسيا من مبادئ التحكيم، وإحدى المزايا التي من أجلها يلجأ المتنازعون إلى التحكيم في حسم منازعاتهم ، فميزة السرية التي تغلف التحكيم تعد أحد العناصر الطبيعية المكونة لهذا النظام والذي لا تقوم له قائمة بدونها ، وهذه الميزة هي التي تدفع الأفراد إلى اختياره كوسيلة لحل المنازعات بينهم. فالتحكيم ليس مجرد قضاء خاص ولكنه علاوة على ذلك قضاء يتم في سرية[4] .

---

[1] -أنظر.

El.Kosheri (A.S) :The Particularity of The Conflict Avoidance Methods Pertaining to Petroleum Agreements, op.cit,p.285.

[2] -أنظر.د.محمدأبوالعنين . الطبيعة الخاصة و المتميزة لصناعة التشييد و البناء و أثرها على وسائل حسم المنازعات،مرجع سابق،ص135.

[3] -أنظر.المرجع السابق ،ص135.

[4]-أنظر. د. حفيظة السيد الحداد . الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 21.

أولا- أهمية الالتزام بسرية إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار.

تزداد أهمية سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار عن أهميتها بالنسبة لإجراءات التحكيم فيما عداها من منازعات، وذلك لما يترتب على هذه العقود من آثار سياسية واقتصادية كبيرة تؤثر في مصالح الدول وكذلك الشركات الكبرى القائمة بالاستثمار، نظرا لحساسية المعلومات والوثائق والأسرار المرتبطة بإبرام هذه العقود ، لذلك لا تحبذ الأطراف في عقود الاستثمار أن تكون النزاعات فيما بينها متاحة للكافة للإطلاع عليها، إذ تكون العلانية ضارة بالنسبة لها ، فإذا كنا بصدد عقد من عقود البترول مثلا، فإن حساسية المعلومات التي لا يحتفظ بسريتها والتي تتعلق بمستوى إنتاج حقل أو تدفق إنتاجيته قد تؤدي إلى أزمات أو اضطرابات سياسية أو اقتصادية، أو تؤدي إلى اضطراب أسعار البترول في الأسواق العالمية ، أو كنا بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي، فإن عدم مراعاة السرية قد تؤدي إلى تسرب الأسرار التكنولوجية المستخدمة في هذه العقود إلى الغير.

ويرى البعض أن الالتزام بالسرية يقوم على طبيعة التحكيم باعتباره وسيلة خاصة لحسم المنازعات وأنه يكون التزاما ضمنيا بين الأطراف، وأنه في ضوء القبول العام له يمكن النظر إليه على أنه قاعدة عرفية في قضايا التحكيم ، حيث تفرض أخلاقيات التحكيم على المحكم الالتزام بالسرية [1].

ثانيا- موقف القضاء المتقدم من قاعدة السرية .

على الرغم مما سبق فإنه من الملاحظ في السنوات الأخيرة صدور عدد من الأحكام القضائية التي قامت بمناقشة الأساس القانوني الذي تقوم عليه قاعدة سرية إجراءات التحكيم بوجه عام.

فقد طعنت المحكمة العليا الاسترآلية في حكمها الصادر في 7افريل1995 في قضية Esso Australia Resources Ltd.Et al.v.Ministry of Energy and Mineral Plowman في صحة هذا المبدأ، حيث ذكرت المحكمة أن التزام السرية يخضع لما تتطلبه وما تقتضيه شئون المصالح العليا، وأنه ليس هناك ما يبرر فرض التزام السرية على الإجراءات والمستندات والمعلومات التي يدلي بها الأطراف في تحكيم خاص [2].

ولا شك في أن مثل هذا المسلك الذي اتبعه القضاء المتقدم لا يعبر عن اتجاه عام في هذا الصدد فهو يمثل بوضوح انحرافا عن الأفكار التقليدية المتعلقة بالتحكيم ، حيث أن عنصر السرية يعتبر واحدا من أهم أسباب اختيار الأطراف للتحكيم كأسلوب لتسوية منازعاتهم،مما يقتضي معه احترام التوقعات المشروعة للأطراف بالتزام السرية في التحكيم عندما اتفقوا عليه لتسوية منازعاتهم.

---

[1]-أنظر: د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 22.

[2]-أنظر: د.محمدأبوالعنين ، الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات البترول و الغاز، مرجع سابق ، ص1 .

وأمام هذه الاتجاه في التشكيك بالأساس القانوني الذي يقوم عليه الإلتزام بسرية إجراءات التحكيم وحيث أن السرية تعتبر أمرا هاما في منازعات عقود الاستثمار، فإنه يسود الإعتقاد بضرورة وضع شروط إضافية لضمان سرية إجراءات التحكيم عند صياغة اتفاق أو شرط التحكيم بشأن منازعات عقود الاستثمار سواء عن طريق الأطراف في شكل شروط عقدية أو عن طريق المحكمين في شكل أمر إجرائي أو في مشارطة التحكيم،أو عن طريق تضمين التشريعات و قواعد التحكيم النص صراحة على التزام السرية في التحكيم [1].

المطلب الثالث: المشاكل الخاصة بالتحكيم في منازعات الاستثمار.

لقد أثبت الواقع العملي أن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يصادف العديد من المشاكل الناجمة عن كون أن أحد أطراف العقد - وهو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية المنبثقة عنها - يتمتع بوضع مميز يسعى للحفاظ عليه لتغليب مصالحه[2] ،سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثنائه أو حتى بعد صدور الحكم إذ أن وجود الدولة كأحد أطراف النزاع يصبغ عملية التحكيم بصبغة خاصة.

وترتبط المشاكل التى يواجهها التحكيم الدولي الذي تكون الدولة أحد أطرافه في الغالب بتمسك الدولة بحصانتها سواء في مواجهة القضاء أو في مواجهة الحكم التحكيمي الصادر في مواجهتها، بالإضافة إلى ما قد تلجأ إليه الدولة من مناورات مربكة أو معطلة للعملية التحكيمية.

وعلى الرغم من أن تلك المشكلات ليست مقتصرة على التحكيم الذي تكون الدولة أحد أطرافه، إلا أن فرص زيادتها وزيادة خطورتها تكثر بشكل ملحوظ في ذلك التحكيم أكثر من غيره ، ولعل ذلك يرجع إلى حقيقة أن الدولة لها مفهوم مختلف تماما للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات، حيث يقول أحد الأساتذة في هذا الخصوص: " أ ن توقعات الدول وآمالها تختلف بشكل كبير عن أهداف الأطراف الخاصة التي تلجأ إلى التحكيم التجاري، وهنا قد يكون من المفيد تذكر أنه على العكس من موقف الطرف الخاص الذي يختار مرونة التحكيم كمهرب من المتطلبات المتشددة للتقاضي ، فإن الدولة تنظر إلى التحكيم على أنه يعني فقدان حريتها وتقبل قيود هي متحررة منها فى غالبية المواقف من ناحية أخرى "[3] .

---

[1]-أنظر: د. بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص370 .

[2] - أنظر: أ.د/محمود مختارأحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 15 .

[3] -أنظر:

Fox(H) :States and the Undertaking to Arbitrate, International and Comparative Law Quarterly,vol37,part1,1988,p4.

وسنعرض في هذا المطلب إلى المشاكل التي قد يثيرها اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمارو ذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: المشاكل الناجمة عن التشيك فى قابلية النزاع للتحكيم.

الفرع الثاني: المشاكل الناجمة عن تمسك الدولة بحصانتها.

الفرع الأول : المشاكل الناجمة عن التشيك فى قابلية النزاع للتحكيم .

إن أي تحكيم سواء أكان أحد أطرافه دولة أم لا، لا بد وأن يصادف العديد من المشاكل الناجمة عن محاولة طرف من الأطراف (والذي لا يكون من مصلحته اللجوء إلى التحكيم) إثارة العقبات حول بنود الاتفاق على التحكيم ، وذلك أملا في إحباط عملية التحكيم ككل وإعاقة هيئة التحكيم على أن تصدر حكمها.

وتقوم هذه المحاولات في الغالب على التشكيك في صحة اتفاق التحكيم ، وذلك من ناحية طبيعة ومهمة أحد الأطراف حيث أن هناك من الأشخاص الذين يثور بصددهم مدى جواز خضوعهم للتحكيم ، أو من ناحية موضوع النزاع فهناك من الموضوعات التي لا يجوز أن تكون محلا للتحكيم[1] .

وإذا ما كانت هذه المحاولات قد تمت من قبل دولة أو حكومة ما فإنها تستند حينئذ على ما يلي:

أ- بموجب قانونها الوطني فإن الدولة لا تملك الأهلية أو القدرة الكافية على الدخول في اتفاق تحكيم.

ب- بموجب قانونها الوطني فإن الموضوع محل النزاع لا يجوز النظر فيه أمام التحكيم.

و فيما يلي نعرض لهذه المحاولات التعطيلية للعملية التحكيمية، والمتخذة من جانب الدولة، ولمدى مشروعيتها:

أولا- التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها الكافية على اللجوء إلى التحكيم .

بداية لابد من الإشارة إلى أنه لما كان التحكيم لا يكون إلا اختياريا برضاء الأطراف، فإن مسألة التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها على اللجوء إلى التحكيم لا تثور إلا إذا وجد اتفاق بين الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها تتعهد بمقتضاه الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينها أو المحتمل نشوبها بينها من خلال التحكيم [2]، حيث تسعى هذه الجهات إلى التخلص من اللجوء إلى التحكيم متذرعة بعدم أهليتها أو بعدم توافر القدرة الكافية لها من أجل اللجوء إلى التحكيم، مستندة في ذلك إما إلى أن قانونها الوطني لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود ، وإما إلى أن أحكام القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في مثل هذه العقود .

---

[1]-أنظر: د. حسام الدين الأهواني ، المسائل القابلة للتحكيم، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس،القاهرة ، من15إلى2003/3/20،ص37.

[2]-أنظر: أ. د/ حفيظة السيد الحداد . الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 118.

أ- فقد تتسمك الدولة الطرف في عقود الاستثمار، في سبيل التخلص من التزامها الذي اتفقت عليه مع المستثمر الأجنبي باللجوء إلى التحكيم بأن أحكام قانونها الوطني الذي تم إبرام الاتفاق على التحكيم أثناء سريانه يحظر علىالدولة أو هيئاتها العامة اللجوء إلى التحكيم ، مما يجعل هذا الاتفاق باطلا، حيث تتضمن العديد من الأنظمة القانونية نصوصا تقيد أو تستبعد المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أو مؤسسة عامة أو هيئة عامة طرفا فيها من الخضوع للتحكيم وتجعل الاختصاص بنظر المنازعات التي تكون هذه الأشخاص طرفا فيها للقضاء الوطني، بل ويحدد بعضها اختصاص جهة القضاء الإداري بهذه المنازعات على نحو قاصر عليه[1] .

وقد أثبت العمل الدولي في عدد غير قليل من الحالات التجاء الدولة المعنية إلى إنكار شرط التحكيم الذي سبق لها قبوله بدعوى عدم جواز اتفاقها على التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية، وهو ما اضطردت أحكام المحاكم وكذلك هيئات التحكيم على رفضه [2].

وفي تطور هام فقد اتجه القضاء الفرنسي إلى تعميم المبدأ الذي اتبعه -وهو أن الحظر الوارد على الدولة ومؤمساتها في قبول شرط التحكيم يعمل به في إطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية - على النصوص الأجنبية التى تتبنى هذه الحظر ، وعلى النحو الذي يمكن معه القول بأن قاعدة عدم سريان الحظر الوارد على الدولة أو أجهزتها العامة في قبول التحكيم قدأضحت قاعدة من قواعد النظام العام الدولي.

[1]-أنظر: أ. د/ حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 363.

[2] -أنظر: د.هاني صلاح سري الدين ، التحكيم في العقود الإدارية بين الحضر و الإجازة مع إشارة خاصة لأحكام القانون المصري و أحكام التجاري الدولي،التحكيم العربي في أفاق الألفية الثالثة، سلسلةإصدارات المركز اليمني للتوفيق و التحكيم،ط2003،1 ،ص114

فقد ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 13 يونيو 1996 بشأن المنازعة بين كل من الشركة الإيطالية Icori Estero والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار، وبعد أن تمسكت الشركة الكويتية أن المبدأ المستخلص من النظام العام الدولي، والذي يقضي بصحة شروط التحكيم الواردة في العقود التجارية المبرمة من قبل الدولة من أجل حاجة المعاملات الدولية لا يعمل به في العقد المبرم بين الشركة الكويتية، والذي أبرمته بصفتها ممثلة لدولة الكويت وبين الشركة الإيطالية نظرا لأن القانون الجزائري الذي اختاره الأطراف ليحكم عقدهم يحظر في المادة 442منه على الأشخاص الاعتبارية العامة قبول التحكيم، وهو ما يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم موضوع المنازعة إلى أنه:" أيا ما كان أساس الحظر المفروض على الدولة لإبرام اتفاق التحكيم، فإن هذا الحظر يبقى قاصرا على العقود التي تتم وفقا للنظام الداخلي، وليس تلك التي تتعلق بالنظام العام الدولي، فوفقا لهذا الأخير يمتنع على الدولة أن تستفيد من أحكام قانونها الوطني أو من قانون العقد للتخلص فيما بعد من اتفاق التحكيم ، فمادام هذا الاتفاق قد ورد فى إطار عقد دولي وتم إبرامه وفقا للحاجات والشروط التي تتفق مع عادات التجارة الدولية والنظام العام الدولي فهو اتفاق صحيح وله الفاعلية الكاملة" [1].

وعلى هذا الأساس فإنه إذا قبلت الدولة مقدما اللجوء إلى التحكيم فإنها لا تستطيع أن تتمسك فيما بعد بقانونها الوطني لتقضي ببطلانه، حيث أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم في هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي وحده ، ومن مبادئ هذا النظام العام الدولي أنه لا يجوز للمشروع العام التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم الذي أبرمه [2].

ولكن ماذا سيكون عليه الحال فيما لو تمسك الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة بعدم اهليتها في اللجوء إلى التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة؟

---

[1] - نص الحكم منشورفي . Cour d`appel de Paris ,13/6/1996.Rev.arb,1997، أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص375.

[2]-أنظرالمرجع السابق،ص376.

لقد تعرضت محكمة استئناف باريس لمثل هذه الحالة في حكمها الصادر في 17ديسمبر1991 في القضية المرفوعة من شركة Catoil ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإيرانية [1].

وتتلخص وقائعها في أن شركة Catoil (وهي شركة تتمتع بجنسية دولة بنما) قد دفعت بعدم اختصاص هيئة التحكيم استنادا إلى بطلان شرط التحكيم بسبب عدم أهلية الشركة الوطنية الإيرانية للبترول لقبول شرط التحكيم دون الترخيص المسبق من قبل البرلمان الإيراني، وذلك وفقا للمادة 139 من دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية، إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع وأصدرت حكما جزئيا بنظر النزاع ثم أصدرت بعد ذلك حكما نهائيا بإلزام شركة Catoil برد المبالغ التي احتجزتها إلى الشركة الإيرانية فطعنت شركة Catoil على الحكمين المتقدمين أمام محكمة استئناف باريس التي أعلنت أنه:" بالنسبة للعقود الدولية المبرمة لحاجة المعاملات الدولية وطبقا لشروطها ومقتضياتها يعد الاتفاق على التحكيم متمشيا مع النظام العام الدولي الذي يحظر على المشروع العام أن يتمسك بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من أجل التنصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقا بين الأطراف، كذلك فإن الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام لا يمكنه أن يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام إلى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع ".

وعلى هذا النحو فقد أكدت المحكمة على عدم سريان الحظر الوارد في الأنظمة القانونية الداخلية في إطار العقود الدولية وذلك بغض النظر عما إذا كان من يتمسك بالحظر هو الدولة أو أحد أجهزتها أو الطرف المتعاقد معها[2].

ب- كذلك فقد تلجأ الدولة الطرف في عقود الاستثمار، في سعيها للتهرب من شرط التحكيم في العقود التي تبرمها، إلى التمسك بأن أحكام قانونها الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز مثل هذا الاتفاق.

---

[1] - نص الحكم منشورفي . Cour d`appel de Paris ,17/12/1991.Rev.arb,1993 ،أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص376.

[2] -أنظر المرجع السابق،ص377.

وفي قضية Framatome والتي تتعلق بإتفاق هيئة الطاقة الذرية الإيرانية مع بعض الشركات الفرنسية على إنشاء مفاعل نووي، فقد لجأت هذه الشركات إلى التحكيم للمطالبة بمستحقاتها المقررة بموجب الإتفاق، فدفعت الهيئة الإيرانية ببطلان اتفاقهما بالاستناد إلى عدة أسباب ، من بينها أن الدستور الإيراني بعد تعديله أصبح يتطلب موافقة مجلس الوزراء عند التجاء الهيئات العامة لطريق التحكيم ، وهو ما لم يتم لعدم تطلب الدستور ذلك عند إبرام اتفاق التحكيم.

وقد انتهت هيئة التحكيم في هذه القضية إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما يطرأ على قوانين الدولة أو دستورها من تعديل ، إذ أكدث أن ذلك يعتبر مخالفا لمبدأ الفاعلية ، فلا يجوز للدولة أو إحدى هيئاتها العامة التخلص من التزاماتها عن طريق تعديل قوانينها الوطنية.

وبناءاعلى ما تقدم فإن الدولة الطرف في عقود الاستثمار، لا تستطيع بعد موافقتها اللجوء إلى التحكيم أن تتمسك ببطلان التحكيم للتهرب من اللجوء إليه، بحجة أن قانونها الوطني لا يعترف بالتحكيم فى هذا النوع من العقود ، و إلا فتح الباب على مصراعيه للتحلل من اتفاقات التحكيم[1] ، ذلك لأن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية، والذي كرسته العديد من أحكام التحكيم [2]،يجعل اتفاق التحكيم فى هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي وحده ، ومن مبادئ هذا النظام العام الدولي أنه لا يجوز للمشروع العام التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم الذي أبرمه، فضلا عن أن أبسط مقتضيات حسن النية في التعاقد، تستلزم أن تقوم الدولة المتعاقدة بتبصير المتعاقد معها بالقيود التي يفرضها القانون الداخلي ولا تلجأ أصلا إلى الموافقة على شرط التحكيم إلا بعد استيفاء الشروط التي يفرضها القانون الداخلي ، فإذا لم يحط علما بعدم الحصول على هذه الموافقة عند التعاقد، فإن النظام العام الدولي يتعارض مع تمكين المشروع التابع للدولة من التمسك بهذا العيب ، ولهذا لا مفر من حرمانه من التمسك بالبطلان، هذا كله بفرض أن تلك القيود كانت قائمة وقت تحرير اتفاق التحكيم ، أما إذا صدرت بعد الاتفاق، فإنه لا بد من إعمال المبدأ السابق من باب أولى، فالقيود التي تصدر تكون مشوبة بالغش بقصد التهرب من شرط التحكيم لسبب أو لآخر ارتأته الدولة، وقامت بإصدار التعديل لخدمة مصلحتها في الدعاوى القائمة.

---

[1] - أنظر: أ.د/ محمود مختارأحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 63 .

[2]- أنظر: أ. د/ حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 133 .

وبناء عليه فإن مجرد وجود اتفاق التحكيم يكفي لقابلية النزاع للتحكيم،حتى ولو كان القانون الوطني الذي تم الاتفاق على التحكيم فى ظله لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في هذا النوع من العقود، أو أن أحكام القانون الذي تم تعديله لا يجيز ذلك ، حيث لا يجوز للدولة الاحتجاج بقانونها للتخلص من موافقتها [1].

والواقع أنه قد اتجهت العديد من الدول إلى تعديل تشريعاتها الوطنية من أجل الاعتراف صراحة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة بالأهلية لإبرام اتفاقات التحكيم ،حيث قام المشرع المصري بإدخال تعديل على قانون التحكيم رقم 27 لعام 1994 بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 وذلك بإضافة فقرة ثانية إلى المادة الأولى جاء نصها على النحو التالي:" وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك ". وبذلك يكون المشرع المصري قد أقر صراحة بقدرة الدولة وغيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة لحل المنازعات التي تثيرها العقود التي تبرمها بطريق التحكيم [2].

كما خول المشرع الجزائري للأشخاص المعنوي طلب التحكيم في المسائل الإقتصادية والصفقات العمومية وذلك حصرا[3] .

ثانيا- التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم .

قد تدفع الدولة، في سعيها لإثارة العقبات أمام التحكيم، بعدم قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقود الاستثمار للفصل فيه بواسطة المحكمين، لكون الغالبية العظمى من المنازعات الناشئة عن هذه العقود تتعلق بأعمال صادرة عن الدولة بصفتها سلطة عامة سيا دية.

والواقع أنه إذا كانت الأعمال أو القرارات الصادرة عن الحكومة بصفتها سلطة عليا وذات سيادة لا تقبل الخضوع للتحكيم ، فإن الآثار المالية المترتبة على هذه القرارات في حد ذاتها تقبل الفصل فيها بواسطة التحكيم طالما أنه لا توجد قاعدة آمرة في النظام العام الدولي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار[4].

---

[1] أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص379 .

[2]-أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص،مرجع سابق، ص 123.

[3]-أنظرالفقرة الثانية م المادة 1006 من القانون رقم09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 ،و المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، المنشور بالجريد الرسمية2008/21 للجمهورة الجزائرية ، 2008،ص90 .

[4]-أنظر: أ. د/ حفيظة حداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق،ص289.

فمما لاشك فيه أنه يجوز التحكيم بشأن طلب التعويض عن اتخاذ الدولة لإجراء من إجراءات نزع الملكية للمشروع الاستثماري أو تأميمه، إذا تم ذلك وفقا للقانون أو الدستور ،فإذا كانت اعتبارات السيادة تحول دون التعرض للإجراء لمحو أثره فإنها لا تحول دون الاتفاق على التحكيم بشأن التعويض العادل الذي يستحق في هذه الحالة [1] .

ففي قضية Framatome وهيئة الطاقة الذرية الإيرانية ، تمسكت الحكومة الإيرانية بعدم خضوع المسائل المتنازع عليها للتحكيم ، حيث دفعت بعدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع المعروض عليها ، نظرا لأن الفصل في ذلك النزاع سوف يؤدي بالمحكمة إلى المساس بالسيادة الوطنية الإيرانية ، وهو الدفع الذي لم تلتفت المحكمة إليه ،مقررة أنه إذا كان قرار الحكومة الإيرانية يعتبر قرارا لا يقبل الخضوع للتحكيم بوصفه من قرارات السلطة العليا السياسية ، ويعبر عن ممارستها لسيادتها الوطنية وهو ما يغل يد المحكمة عن التعرض إليه بأي وجه من الوجوه ، وذلك على عكس الآثار المالية المترتبة على هذا القرار ، إذ أن هذه الآثار في حد ذاتها قابلة للفصل فيها بواسطة التحكيم [2].

وهكذا فإنه لا يجوز للدولة بعد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم أن تتنصل منه بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم ،فإذا أعلنت الدولة تمسكها باتفاق التحكيم قبل الخوض في النزاع ،أعتبرت متنازلة عن الدفع بعدم القبول [3]، حيث أنه من الجائز التحكيم بشأن التعويض عن عمل من أعمال الإدارة حتى ولو كان مترتبا على عمل لا يجوز التحكيم فيه .

وعليه فإنه يجب عدم الاعتداد بالدفع بعدم القابلية للتحكيم بعد أن قبلت الدولة شرط التحكيم في منازعة هي طرف فيها، سواء أكان ذلك بحجة عدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم أم لعدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه من قبل المحكمين ، لما يكون من شأنه زيادة الثقة في التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمار، فقد استخدمت فكرة النظام العام الدولي للسماح بقابلية منازعات الدولة للتحكيم ، حيث أصبح ينظر إلى عدم القابلية للتحكيم على أنها مظهر من مظاهر عدم الثقة بالتحكيم الدولي، وأنه مما يتعارض مع النظام العام الدولي ما يمكن أن يعتبر مظهرا من مظاهر عدم الثقة في التحكيم.

---

[1]-أنظر: د. حسام الدين الأهواني ، المسائل القابلة للتحكيم، مرجع سابق،ص57.

[2] -أنظر:

Bruno Oppetit :Arbitrage et contrats d'Etat,L'arbitrage Framatome et autrse C/Atomic Energy Organization of Iran,Journal de Droit International , 1984 ,p37.

[3]- أنظر: أ.د/ محمود مختارأحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 63 .

الفرع الثاني : المشاكل الناجمة عن تمسك الدول بحصانتها .

إن السلاح الأفضل للدولة إذا ما حاولت التخلص من قبولها عملية التحكيم ، يتمثل في القيام بعدد من الأفعال والإجراءات لعرقلة عملية التحكيم ، مستغلة في ذلك ما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة وصاحبة السلطة العليا[1]، سواء الحصانة أمام القضاء أم الحصانة ضد تنفيذ الأحكام ، حيث يعتبر مبدأ الحصانة ملازما لطبيعة الدولة ، وينطوي على أن الدولة قد تستعين بسيادتها كدرع واق ضد سلطة هيئة التحكيم .

ولقد طغت مسألة الحصانة وزاد الجدل حولها في السنوات الأخيرة، لذلك يكون من الضروري توضيح أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة على حصانتها القضائية والتنفيذية أمام قضاء الدولة.

أولا- الحصانة ضد القضاء .

إن الدولة الطرف في عقود الاستثمارو في سعيها للتخلص من قبولها عملية التحكيم مع المستثمر الأجنبي، قد تدفع بما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة من الخضوع لقضاء دولة أجنبية للقول بعدم جواز خضوعها للتحكيم، فمن المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام ، أنه تأسيسا على فكرة السيادة والمساواة بين الدول فإن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، بمعنى أنه لا يجوز إخضاع المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة المنبثقة عنها طرفا فيها لغير قضاء هذه الدول ، الأمر الذي يعني عدم اختصاص قضاء دولة أجنبية بنظر تلك المنازعات، سواء أكان ذلك القضاء رسميا في دولة أجنبية أم كان قضاء تحكيميا ينظر تلك المنازعات .

ولكن نظرا لأن التحكيم له طابع خاص يتمثل في أنه يجد أساسه في إرادة الأطراف، حيث تلجأ الدولة إلى إدراج شرط التحكيم بالعقد بإرادتها الحرة ، فإن التساؤل يثور حول مدى جدوى التمسك من جانب الدولة بالحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم، على الرغم من أنها قد ارتضت في اتفاق التحكيم مبدأ فض المنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بينها وبين أحد أشخاص القانون الخاص بطريق التحكيم؟

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه [2] إلى أن الدولة تعتبر متنازلة ضمنيا عن حصانتها القضائية إذا قبلت شرط التحكيم، حيث أن اتفاق الدولة على التحكيم يعني تنازلها عن سيادتها بالنسبة للموضوع الذي جرى الاتفاق بشأنه على التحكيم.

---

[1]- أنظر: د.طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية ،مرجع سابق،ص11 .

[2]-أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق،121.

ذلك أن المحكم لا يصدر حكمه بإسم الدولة ، وإنما هو ينفذ مهمة عهد بها الأطراف إليه أي أن قضاء التحكيم هو قضاء خاص لا ينتمي إلى سطة أية دولة ، ومن ثم فهو لا يمثل اعتداء على سيادة الدولة الطرف في النزاع ، أضف إلى ذلك أن الدولة تدخل في تلك العلاقة القانونية بإرادتها المطلقة وبموجب قانون يسمح لها بذلك ،وبرضاء مسبق منها ، وبدون هذا الرضاء لا يمكن إرغام الدولة على اللجوء إلى المثول أمام هيئات التحكيم، فضلا عن أن تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم بعد موافقتها عليه يتنافى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الدولة لالتزامها ، ذلك أن قبول الدولة لاتفاق التحكيم يفرض عليها الالتزام بتسوية المنازعات التي تنشأ عن عقودها أمام هذا القضاء وحده، خاصة وأن التحكيم يكون موضع اعتبار في قبول الطرف الأجنبي للتعاقد مع الدولة، ولو كانت الدولة قد رفضت منذ البداية الخضوع للتحكيم فربما أحجم الطرف الأجنبي عن التعاقد معها ، خاصة مع مخاوفه من الخضوع لقضاء الدولة الذي يشك في حيدته ونزاهته.

كذلك فقد ذهبت هيئة التحكيم في قضية هضبة الأهرام ، في حكمها الصادر في 10 مايو عام 1992 إلى أن تمسك الحكومة المصرية بالحصانة القضائية أمام المركز بعد قبول شرط التحكيم لا قيمة له لأن قبول هذا الشرط يعني التنازل عن الحصانة القضائية أمام التحكيم الذي قبلت الخضوع له [1].

وهكذا فقد أضحى من المقبول به اليوم على نطاق واسع، أنه حينما تدخل الدولة في اتفاق تحكيم مع شخص خاص أجنبي فإنه من المفترض أن ذلك الاتفاق يتضمن تنازلا ضمنيا عن حصانتها ضد القضاء وبالتالي يمتنع عليها أن تتخلص من قبولها عملية التحكيم باستغلال سيادتها، فاتفاق التحكيم يتعارض وبشكل مباشر مع الحصانة ضد القضاء، حيث يمكن اعتباره مهمشا أو مضعفا لحصانة الدولة أو الجهة الحكومية.

ولكن التساؤل الذي يثور هنا هو حول ما اذا كان قبول الدولة ينطوي بالاضافة إلى تنازلها عن حصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم كذلك على التنازل عن هذه الحصانة أما قضاء الدولة التي يتم فيها التحكيم والخاضع لسيادة دولة أخرى، أم يقتصرمثل هذا القبول فقط التنازل عن الحصانة أمام هيئة التحكيم؟

يذهب البعض من الفقه [2] في الإجابة على هذا التساؤل إلى القول بامتداد تنازل الدولة عن حصانتها القضائية في كل حالة يستلزم فيها قانون التحكيم تدخل قضاء الدولة الأجنبية ، نظرا لأن اختصاص القضاء الأجنبي هو اختصاص تابع لوظيفة التحكيم، فالدولة حينما وافقت على التحكيم تعلم أو المفروض حتما أن تعلم باحتمال عرض النزاع أمام هذا القضاء عند الطعن على حكم التحكيم أو رفع دعوى ببطلانه.

---

[1]-أنظر الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الا ستثمار فى قضية هضبة الأهرام منشورفي: International Legal Materials,vol32,1993,p.933. ، أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص376 .

[2]-أنظر: د.أحمد مخلوف ،اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية"دراسة تحليلة تأصيلية"،دار النهضة العربية،القاهرة، 2001 ص312.

في حين يذهب البعض الآخر[1]، إلى أنه إذا كان اتفاق التحكيم يسلب من الدولة حقها فى التمسك بالحصانة أمام قضاء التحكيم باعتباره قضاء خاصا لا يخشى منه المساس بسيادة الدولة واستقلالها، فإن عرض النزاع المتفق بصدده على التحكيم أمام القضاء الأجنبي من مقتضاه أن تسترد حصانتها القضائية حيث لا يمكن القول بأنها تنازلت عن هذه الميزة ما لم تكن هناك أمور أخرى قاطعة الدلالة على رغبة الدولة في التنازل عن هذه الحصانة ، ومن ثم فإنه لا يعتد بشرط التحكيم ذاته للقول بأن الدولة قد تنازلت عن حصانتها أمام القضاء الخاضع لسيادة دولة أخرى .

فالدولة بقبولها التحكيم تكون قد قبلت بإرادتها المثول أمام هيئة التحكيم فلا يكون لها أن تتمسك بحصانتها أمامها ، ولكنها لا تكون قد تنازلت عن هذه الحصانة أمام جهة أخرى غير جهة التحكيم وهي جهة القضاء .

ثانيا - الحصانة ضد التنفيذ .

قد تتمسك الدولة المتعاقدة في سعيها لعرقلة عملية التحكيم ، وبعد صدور الحكم التحكيمي في مواجهتها، بحصانتها في مواجهة إجراءات تنفيذه، مما يثير التساؤل عن أثر اتفاق التحكيم الذي أبرمته الدولة بإرادتها على هذه الحصانة،فهل لها أن تتمسك بحصانتها في مواجهة إجراءات تنفيذه أم أن مجرد موافقتها على التحكيم تعتبر تنازلا ضمنيا عن حصانتها، بحيث يتعين عليها تنفيذ حكم التحكيم عند اضطرار الطرف الآخر إلى اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري دون أن يكون لها التمسك بحصانتها؟.

يذهب البعض من الفقه [2] إلى أن اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة يجب أن يمتد في آثاره ليشمل تنفيذ حكم التحكيم، بمعنى أن وجود هذا الاتفاق في ذاته يعتبر تنازلا منها عن حصانتها ضد التنفيذ، وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وتحقيقا لفاعلية اتفاق التحكيم ، إذ أن قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم بالرغم من حصانتها سيكون فارغا من أي معنى إذا هي استطاعت أن تدفع بحصانتها لتعيق تنفيذ حكم التحكيم.

[1]-أنظر: أ. د/ حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق،ص278.

[2] -أنظر: د.أحمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية،مرجع سابق،ص321.

ويذهب البعض الآخر[1] بأن اتفاق التحكيم بذاته لا يفيد في الدلالة على تنازل الدولة عن حقها في التمسك بالحصانة في مواجهة إجراءات التنفيذ، على اعتبار أن هذه الأخيرة تتمتع باستقلالية وذاتية تحول دون اختلاطها واندماجها في الحصانة القضائية فتنازل الدولة عن حصانتها ضد إجراءات التنفيذ لا يفترض ولا يمكن استخلاصه من قبولها للتحكيم، وإنما يلزم أن يكون تنازل الدولة عن حصانتها ضد التنفيذ واضحا ومؤكدا.

كما يعتقد البعض [2] ،بأن موافقة الدولة على التحكيم تعتبر بمثابة تنازل ضمني عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم، حيث يمثل ذلك خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول ، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي الذي تكون أحد أطرافه دولة، إذ أن النتيجة سوف تكون مخيبة لو انتهت عملية التحكيم بحكم غير ملزم، حيث يعلق أحد الأساتذة على ذلك بقوله:" رغم كل ما بذل من جهد وما تحقق من نجاح ستجد نفسك في حيرة أمام حكم لا يساوي شيئا سوى الورقة التي كتب عليها "[3]، فضلا عن أن امتناع الدولة عن احترام حكم التحكيم يجردها من المصداقية اللازمة في المعاملات الدولية ، وهو خطر لا يمكن لأية دولة أن تتجاهله [4].

ففي قضية حديثة ترتبط بمسالة الحصانة ضد التنفيذ، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن دخول الدولة في إتفاق التحكيم يعتبر تنازلا ضمنيا عن حصانتها ضد التنفيذ دونما حاجة لصياغة نص واضح ينص على تلك المسألة.

---

[1]-أنظر: أ. د/ حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق،ص283-284.

[2]-أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص389.

[3] -أنظر:

Boivin(R) :International Arbitration with States: An Overview of the Risks, Journal of Internationa Arbitrationl,vol19,No4,2002,p287.

[4] -أنظر: د.علي حسين ملحم ، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية،مرجع سابق،353.

وتتلخص وقائع هذه القضية المعروفة بقضية Creighton [1]، في أن عقدا قد أبرم بين الحكومة القطرية وشركة Creighton الأمريكية تقوم بمقتضاه الشركة الأمريكية ببناء مشفى لحساب الطرف القطري، وقد نشأ نزاع بين الطرفين حول أداء الشركة، الأمر الذي دفع الحكومة القطرية إلى طردها من موقع العمل، وقد رفضت شركة Creighton ذلك، وبدأت باتخاذ بعض الاجراءات من أجل طرح النزاع على التحكيم وفقا لاتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين، والذي يقضي بأن يتم التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية، وقد تم التحكيم في باريس، وانتهى بحكم لصالح شركة Creighton تحصل بمقتضاه على تعويض قدره ثمانية ملايين دولار.

ولقد وصلت إجراءات تنفيذ الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية، التي أعلنت أنه:" استنادا إلى توقيع دولة قطر على اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام إلى قواعد غرفة التجارة الدولية ، فإنها بذلك تكون قد تنازلت ضمنيا عن حصانتها ضد التنفيذ. فهذا هو ما تنص عليه المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية[2] والتي تجري على أنه: أ- تكون أحكام التحكيم نهائية. ب - قبول الأطراف التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون أي تأخير، ويعدون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل عنها قانونا ".

وهكذا فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية موافقة الدولة على التحكيم بمثابة تنازل ضمني عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم، الأمر الذي يمثل خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول ، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي الذي تكون أحد أطرافه دولة.

---

[1] -أنظر:

Boivin(R) :International Arbitration with States: An Overview of the Risks,op.cit,p.296.

[2] -أنظر نص المادة24 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية المنشور عبر شبكة الإنترنت ،أطلع عليه بتاريخ 2011/03/17:

http://www.jus.uio.nol/lm/icc.arbitration.rules.1998/doc.htlm

المبحث الثاني: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

نظرا لأهمية الدور الذي يلعبه التحكيم في حسم منازعات عقود الاستثمار،فضلا عما تتميز به هذه العقود من خصوصية مستمدة من وجود الدولة طرفا فيها وكذلك تعلقها بمصالح حيوية للدولة المضيفة للاستثمار،فإنه يكون من الهام جدا أن تتوفر عملية تحكيم فعالة وعلى درجة كبيرة من الكفاءة للتعامل مع هذه المنازعات.

ويستلزم تحقيق فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار تبني العديد من المبادئ القانونية التي تعتبر ضرورية للوصول إلى عملية تحكيم منظمة وفعالة.

تلك المبادئ التي تدخل في تشكيل lex fori التحكيمي، والتي تتمثل في استقلال اتفاق التحكيم والاختصاص بالاختصاص، وتعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة ، واستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع ،وعدم تأثر التحكيم بالإجراءات المعطلة من جانب أحد الأطراف، وامتداد اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات الوليدة المستقلة إلى الشركة الأم والتي لم تكن طرفا فيه، وعدم المسئولية المباشرة للدولة عند لجوء مشاريعها إلى التحكيم، فضلا عن ضمان الفعالية للحكم التحكيمي.

وإذا كان أغلب هذه المبادئ يمكن تطبيقها في التحكيمات بين الأطراف الخاصة غير الحكومية والمتعلقة بالأنشطة التجارية، فإن بعضها يرتبط بالتحكيمات التي تكون الدولة طرفا فيها.

وسنعرض في هذا المبحث من الدراسة لهذه المبادئ في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول : المبادئ ذات العلاقة بإتفاق التحكيم و أثاره .

وهي مبادئ لها صلة بإتفاق التحكيم حيث يتعلق الأمرباستقلال اتفاق التحكيم، وكذا أثار هذا الاتفاق والمتمثلة في الحكم التحكيمي وذلك من خلال ضمان فاعليته، حيث سنعرض لهذا المطلب وفقا لفرعين على النحو اللأتي:

الفرع الأول: استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

الفرع الثاني: ضمان الفعالية للحكم التحكيمي .

الفرع الأول : إستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

يقصد بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أن ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في العقد على أنه يعتر عقدا قائما بذاته رغم أنه ليس إلا جزءا من هذا العقد أو أحد بنوده [1].

وتستند استقلالية الاتفاق التحكيمي إلى أن هذا الاتفاق يشكل عقدا ضمن العقد الآخر، وبتعبير آخر فإن الاتفاق التحكيمي يشكل عقدا معادلا للعقد الأساسي ، ويرجع ذلك إلى أن لكل من العقدين موضوعا مختلفا فعلى الرغم من ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي المتعلق به في الأغلب الأعم من الحالات ، إلا أنه يظل متميزا عنه بمحله الخاص به ، فمحل شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحت، وهو محل منفصل عن العقد الأصلي الذي يضاف إليه على نحو يجعل كل منهما عقدا متميزا عن الآخر، وإن تضمنتهما وثيقة واحدة حيث أن العمل الإجرائي محل شرط التحكيم إنما يتعلق بحسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية [2].

وسيترتب على مبدأ الاستقلال أنه إذا اعتبرت هيئة التحكيم أن العقد المتضمن لاتفاق التحكيم غير قائم أو باطل ولا أثر له فإن هذا لا يؤدي إلى أن يكون اتفاق التحكيم ذاته غير نافذ أو باطل ولا أثر له ، فضلا عن تقرير الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، أي أنه يترتب على هذا المبدأ أثرين هامين هما:

أولا- عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي.

بمعنى أن وجود اتفاق التحكيم أو صحته أو نفاذه لا يتوقف على مصير العقد الأصلي، فالادعاء أن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الفرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط التحكيم تم توقيعه ولكنه لم يدخل حيز النفاذ أو أنه وقع باطلا أو أنه تم فسخه أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها إلى ما شابه ذلك من أحكام قد تلحق العقد الأصلي لا يكون له أثر على فاعلية اتفاق التحكيم أو يؤدي إلى المساس به ، وتبعا لذلك يظل الاختصاص معقودا لهيئة التحكيم للفصل في حقوق والتزامات أطراف النزاع والحكم فى الطلبات والدفوع حتى إذا كان العقد ذاته غير نافذ أو كان باطلا ولا أثر له.

---

[1]- أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق،ص89-90.

[2]-أنظر: د.مصطفى الجمال ، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية ،بيروت، العدد السابع،يوليو،2001،ص67.

فقد أكدت المادة 1/16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على أن:" أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم "[1] .

وهو أيضا ما ذهبت إليه المادة 4/6 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية والنافذ اعتبارا من أول يناير1998 والتي نصت على أن:" المحكم يظل مختصا حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم " [2].

ثانيا- الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي .

وهو ما يعني خضوع اتفاق التحكيم لقانون أخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي فإستقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى قبول عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي ذلك ما ذهبت إليم محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بقولها : " لاتفاق التحكيم استقلال قانوني كامل في مسائل التحكيم الدولي " [3].

ومما لاشك فيه أن الإعتراف بهذا الأثر لمبدأ إستقلال اتفاق التحكيم من شأنه أن يحقق الفاعلية في مجال إستقلال اتفاق التحكيم،إذ لو اقتصرنا على الأثر الأول وهو استقلال الاتفاق عما يصيب العقد الأصلي من بطلان، لكان معنى ذلك أنه إذا ورد العقد صحيحا لا بطلان فيه وكان القانون الواجب التطبيق عليه يحظر شرط التحكيم أو يجعله باطلا لسبب أو لآخر فإن هذا الاستقلال لن يحول دون أن يقع اتفاق التحكيم باطلا [4].

---

[1]-أنظر نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام1985 و الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي منشور على شبكة الأنترنت،أطلع عليه بتارخ 2011/03/20:

http://www.jus.uio.nol/lm/un.arbitration.model.law.1985/doc.htlm

[2]-أنظر نظام التحكيم غرفة التجارة الدولية لعام1998 منشور على شبكة الأنترنت أطلع عليه بتاريخ 2011/03/20:

http://www.jus.uio.nol/lm/icc.arbitration.rules.1998/doc.htlm

[3]أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص390.

[4]-أنظر: د.أحمد مخلوف ،اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية،مرجع سابق،ص130.

وقد أضحى مبدأ إستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي اليوم من المبادئ المستقرة بشأن التحكيم التجاري الدولي، إلى درجة أن البعض يذهب إلى القول بوجود قاعدة موضوعية عبر دولية مؤداها إستقلال اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي ، حيث حرصت معظم التشريعات الوطنية بشأن التحكيم على النص صراحة على مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم في علاقته بالعقد الأصلي بهدف مساعدة الأطراف على الوصول إلى حل سريع لخلافاتهم [1].

فأكد المشرع المصري صراحة فى قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 أن شرط التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا عن بقية شروط العقد الأخرى، فنص فى المادة 23 منه على أنه:" يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته ".

وبالنسبة للاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم، فإنها لم تنص صراحة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الآصلي، وإن كان يمكن استخلاص اتجاهها الضمني إلى إقرار هذا المبدأ من خلال إقرارها لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه ،ذلك أن تقرير مبدأ الاختصاص يعني ترك تقدير مدى الأخذ بمبدأ الاستقلال اتفاق التحكيم للمحكم، ولا شك أنه سيكون أكثر ميلا للأخذ بمبدأ الاستقلال مما يستتبع اختصاصه بالفصل في النزاع، فاتفاقية جنيف الآوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في 21ابريل 1961 لم تتخذ موقفا صريحا إلا بشأن اختصاص المحكمين بالفصل في اختصاصهم وذلك في الفقرة الرابعة من مادتها الثالثة [2].

كذلك فقد قامت معظم لوائح التحكيم بتكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من خلال النص صراحة على هذا المبدأ، فقد أقرت قواعد التحكيم التي أقرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هذا المبدأ وذلك في المادة 21 منها التي أكدت على معاملة شرط التحكيم الوارد في العقد ويشير إلى إجراء التحكيم وفقا لهذه القواعد بوصفه اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى.

---

[1] -أنظر: د.محمد عبدالله محمد المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي"دراسة تأصيلية"،دار النهضة العربية،القاهرة،1998،ص235.

[2] -أنظرنصوص هذه الاتفاقية منشورة على شبكة الأنترنت ،أطلع عليه بتاريخ 2011/03/22:

http://www.jus.uio.nol/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/doc.htlm

وقد حرص المحكمون في العديد من تحكيمات منازعات عقود الاستثمار على تأكيد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به هذا الاتفاق.

ففي تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية تمسكت الحكومة الليبية بأن التأميم الذي قامت به قد وضع نهاية لعقد الامتياز وكذلك لشرط التحكيم المدرج فيه، إلا أن الأستاذ Dupuy قد رفض ذلك وأقر باختصاصه للفصل في النزاع استنادا إلى مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم [1].

وهكذا فقد اقتضى تحقيق الفاعلية لاتفاق التحكيم الدولي الإعتراف بمبدأ إستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، مما يكون من شأنه أن يزيل مخاوف المتعاملين ، ويحصن شرط التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس العقد الأصلي، وكذلك قبول إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم .

الفرع الثاني: ضمان الفعالية للحكم التحكيمي .

لم يعد هناك جدل في أن التحكيم الدولي قد أصبح المرجع الأساسي في حسم منازعات عقود الاستثمار بما يمثله من ضمانة للاستثمار الدولي ، وبمقدار ما يكون التحكيم عسيرا تكون حركة الاستثمار بطيئة، وبمقدار ما يكون التحكيم سهلا وميسرا تنتعش حركة هذا الاستثمار.

ومما لا شك فيه أن ما بعد التحكيم هو بالنتيجة أهم من عقد تحكيمي، وأهم من اختيار محكمين وأهم من إجراءات تحكيمية ، وأهم من حكم تحكيمي، فالأهم في التحكيم هو أن ينفذ الحكم التحكيمي[2].

فتنفيذ الحكم التحكيمي كما يرى أحد الأساتذة بحق يمثل الهدف النهائي من نظام التحكيم ككل ، فكل ما يمر به نظام التحكيم من مراحل تصب في هذه المرحلة الأخيرة التي تترجم الحل النهائي للنزاع فيما بين الأطراف[3].

---

[1]- أنظر: د .بشارمحمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص398 .

[2]-أنظر: د.عبدالحميد الأحدب ، تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في الدول العربية،التحكيم العربي في افاق الألفية الثالثة،سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق و التحكيم،2003،ص299.

[3]-أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق،ص251.

وهكذا فإن فعالية التحكيم كأسلوب لفض وتسوية المنازعات تتوقف على مدى القدرة على تنفيذ الحكم التحكيمي، ذلك أنه إذا كانت الثمرة الحقيقية للتحكيم تتمثل في الحكم الذي يتوصل المحكمون إليه ، فإن هذا الحكم لن تكون له أية قيمة عملية إذا لم يتم تنفيذه ، لذلك يكون من الضروري تحقيق الفعالية للحكم التحكيمي من خلال ضمان تنفيذه [1].

ولقد حرصت معظم الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بصفة أساسية على الوصول لأيسر السبل لتنفيذ أحكام التحكيم بغية تحقيق الحد الأقصى من الفعالية للحكم التحكيمي ، مع الإقرار بالحق للقضاء الوطني في إعمال الرقابة على أحكام التحكيم من خلال الاعتراف بإمكانية الطعن على حكم التحكيم بالبطلان أمام قضاء دولة مقر التحكيم أو أمام محاكم الدولة التى صدر الحكم بموجب قانونها .

أولا- الإعتراف والتنفيذ الدولي لأحكام التحكيم .

إهتمت التشريعات الوطنية وكذلك العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بموضوع التنفيذ الدولي لأحكام التحكيم ، فوضعت القواعد اللازمة لضمان تنفيذه حيث أوجبت المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ،على الدول المتعاقدة أن تعترف بحجية حكم التحكيم وتأمر بتنفيذه ، دون التشديد في الشروط مع الإلتزام بأحكام الاتفاقية في التنفيذ[2].

كما حرصت إتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة سنة 1961 على ضمان التنفيذ للحكم التحكيمي، فنصت في المادة التاسعة على أن: "البطلان في إحدى الدول المتعاقدة للحكم التحكيمي - طبقا لأحكام هذه الاتفاقية - لا يشكل سببا لرفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم في دولة أخرى طرف في الاتفاقية، إلا إذا كان حكم البطلان قد صدر إما من قضاء دولة مقر التحكيم أو من قضاء الدولة التي تم تطبيق قانونها على التحكيم ، وذلك طبقا لأحد الأسباب الآتية:

أ- أن الأطراف في اتفاق التحكيم لم تكن لديهم الأهلية اللازمة وفقا للقانون الذي يطبق عليهم، أو أن الاتفاق المذكور لم يكن صحيحا طبقا للقانون الذي اتفق الطرفان على تطبيقه وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

ب -أن الطرف الذي يطلب الإبطال لم يكن قد أبلغ بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم، أو لم يكن بمقدوره لسبب آخر تقديم دفوعه.

ج- أن حكم التحكيم تجاوز اتفاق التحكيم.

---

[1] -أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص430 .

[2] - أنظر: أ. د/ حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق،ص507 .

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم تخالف ما اتفق عليه الأطراف [1].

كما أكد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في يوليو 1985[2]، على الفعالية الدولية لأحكام التحكيم كأصل عام، واستثناء من هذا الأصل نظم طريق الطعن على أحكام التحكيم في المادة 34 منه .

كما أن المشرع الجزائري قد ذهب في ذات السياق القائل بالاعتراف بأحكام التحكيم من خلال المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية حيث نصت : " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائرإذا أثبت المتمسك بها وجودها ، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي " .

بل ذهب إلى أبعد من ذلك من خلال النص على التنفيذ الجبري في المادة 458 مكرر 16 حيث نصت : " يأمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 17 الفقرة الثانية و ذلك في الغياب الطواعي للقار التحكيمي ".

يتضح مما تقدم أن معظم الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي قد استهدفت ضمان و وجوب[3] التنفيذ للحكم التحكيمي وذلك إذا لم يقم الطرف الخاسر بالانصياع طواعية لحكم التحكيم، حيث يجوز للطرف الصادر لصالحه الحكم التماس تنفيذ هذا الحكم ضد الطرف الخاسر من أجل الحصول على حقوقه الواردة بالحكم .

---

[1] -أنظرنصوص هذه الاتفاقية منشورة على شبكة الأنترنت، أطلع عليه بتاريخ 2011/03/26:

http://www.jus.uio.nol/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/doc.htlm

[2]-أنظر نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام1985 و الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي منشور على شبكة الأنترنت،أطلع عليه بتارخ 2011/03/27:

http://www.jus.uio.nol/lm/un.arbitration.model.law.1985/doc.htlm

[3] - أنظر: أ.د/محمود مختارأحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 260 .

ثانيا- الطعن في أحكام التحكيم .

إن تكييف القرارات الصادرة عن المحكم بأنها أحكام ،يعني قابلية هذه القرارات للطعن بطرق الطعن القانونية [1]، حيث أن الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم لم تتعرض إلى طرق الطعن بالبطلان وإجراءاته وإنما تركت ذلك إلى التشريعات الوطنية للدول حيث تعترف هذه الاتفاقيات للقضاء الوطني بحق الرقابة على أحكام التحكيم ، فتتولى قوانين مختلف الدول تنظيم طرق المراجعة وأسباب الإبطال للأحكام التحكيمية، والتي تشابه إلى درجة كبيرة في تشريعات التحكيم في الكثير من الدول.

ومما لاشك فيه أن هذه الطرق لمراجعة الحكم التحكيمي مضرة بفعالية التحكيم طالما كان هناك تعسف في استعمال هذه الطرق، لذلك يكون من الضروري من أجل المساهمة في استقرار التحكيم وتدعيمه وضمان فعاليته وضع نظام محدد وواضح وضيق على قدر الإمكان لطرق المراجعة، حيث يؤكد أحد الأساتذة على ذلك بقوله : " إن الاهتمام المشروع للأطراف بالتحكيم الدولي وحرصهم عليه لا ينبغي معه السماح بسلطة مطلقة تتمتع بها محاكم الدولة التي صدر فيها، فالاهتمام والحرص يتطلب أن تكون سلطة المحكمة في إعلان بطلان أو إلغاء الحكم سلطة محددة " [2].

وقد نظم المشرع المصري حالات قبول دعوى البطلان ضد الحكم التحكيمي في المادة 53 من قانون التحكيم التي تنص على أنه: "1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم ، أو كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.
ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته.
ج- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلامه إعلاما صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

ه- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل الخاضعة له فلا يقع البطلان إلاعلى هذه الأجزاء الأخيرة.

ز- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر في الحكم.

---

[1] - أنظر: أ. د/ حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ،مرجع سابق ،ص 322 .

[2] -أنظر:

Lastenouse (P.):Why Setting Aside an Arbiteral Award Is Not Enough toRemove It From the International Scene, Journal.International.Arbitration.,vol 16,1999,p.25.

2- وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما مخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

كما تقضي المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري بأن قرارات التحكيم الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم يمكن أن تكون موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 .

كما حدد المشرع الفرنسي في المادة 1502 من قانون المرافعات المدنية الجديد خمس حالات لقبول دعوى البطلان ضد حكم التحكيم الدولي وهي:

ا- عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو انقضائه.

ب- وجود مخالفة للقواعد الخاصة بتعيين المحكم أو بتشكيل هيئة التحكيم.

ج- إصدار المحكم للحكم دون التزام بحدود مهمته.

د- عدم احترام مبدأ المواجهة.

ه- تعارض الاعتراف أو تنفيذ الحكم مع النظام العام الدولي.

وإذا تم إبطال حكم التحكيم في الدولة التي صدر فيها فإنه يصبح غير قانوني للتنفيذ في هذه الدولة ووفقا لإتفاقية نيويورك لعام 1958 يصبح هذا الحكم أيضا بطبيعة الحال غير قابل للتنفيذ في أية دولة مصدقة على إتفا قية نيويورك[1] .

وعلى الرغم من ذلك فقد إتجه القضاء في بعض الدول ، مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية سعيا وراء تحقيق القدر الأعظم من الفعالية لأحكام التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة إلى الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية رغم إبطالها في الدولة التي صدرت فيها، وذلك تأسيسا على أن أسباب البطلان التي أبطلت من أجلها تلك الأحكام لا تتوافر في قوانين هذه الدول ، حيث استند هذا القضاء في ذلك إلى نص الفقرة الأولى من المادة السابقة من اتفاقية نيويورك والتي تنص أنه: " لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ " [2].

---

[1] -أنظر: كريستوفر إمهوس وهيرمان فيربست. التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات، مرجع سابق ، ص.109

[2] -أنظر:

Disputes settlement. International Commercial Arbitration, 5.7 Rrcognition and Enforcement of Arbital Awards :The New York Convention, United Nations Conference on Trade and Development,United Nations,2003,pp43-46.

وقد ترسخ هذا الاتجاه في قضية Chormalloy بين شركة Chormalloy Aeroservices وهيئة تسليح القوات الجوية التابعة لوزارة الدفاع المصرية ، وتتلخص وقائع هذه القضية[1] في أن نزاعا قد نشب بين جمهورية مصر العربية والشركة الأمريكية بشأن العقد المبرم بين الطرفين والذي تعهدت بموجبه الشركة الأمريكية بتقد يم معدات وخدمات ومعونة فنية متعلقة بطائرات الهليكوبتر، ولقد اشتمل العقد على شرط تحكيم تم النص فيه على تطبيق القوانين المصرية وعلى أن تكون القاهرة مكانا للتحكيم كما إتفق الأطراف على أن يكون الحكم الصادر عن هيئة التحكيم نهائيا وملزما، ولقد جاء حكم هيئة التحكيم في صالح الشركة الأمريكية.

ولقد طعن الطرف المصري على هذا الحكم بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة التي أصدرت حكمها ببطلان حكم التحكيم على أساس أن هيئة التحكيم قد أخطأت وطبقت قواعد القانون المدني المصري بدلا من قواعد القانون الإداري المصري.

وبغض النظر عن الحكم الملغى فإن محكمة مقاطعة كولومبيا الأمريكية أجازت تنفيذ حكم التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك إستنادا إلى نص اتفاق التحكيم الذي نص صراحة على استبعاد أي طريق لطعن على حكم التحكيم وكذلك إلى المادة السابعة من اتفاقية نيويورك وأن القسم رقم 10 من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لا يجيز لقاضي التنفيذ في الولايات المتحدة رفض تنفيذ أحكام التحكيم لوقوع خطأ من هيئة التحكيم في تطبيق القانون.

ولقد اعتبر قرار Chormalloy علامة مميزة حيث ساد شعور عام في دوائر التحكيم الدولي بأن إتجاها قد تأصل في صالح تحررية تنفيذ حكم التحكيم بناء على أو بما يتفق مع اتفاقية نيويورك[2].

---

[1] -أنظر:

Boivin(R) :International Arbitration with States: An Overview of the Risks,op.cit.p.291-292.

[2] -أنظر:

The Op.Cit,p.292.

ولقد أتيحت الفرصة للقضاء المصري ليؤكد ما انتهى إليه من قضاء في هذه القضية في قضية أخرى، هي قضية إيتالوك[1] .

وعليه فإن البعض[2] يرى أن مثل هذا التوجه من شأنه زيادة الفعالية للحكم التحكيمي ويضمن تنفيذه بما يتفق مع المادة السابعة من اتفاقية نيويورك التي تفتح باب الاستفادة من اتفاقيات وقوانين تؤمن للحكم التحكيمي طريقا أسهل للتنفيذ، إلا أن مثل هذا الأمر قد يشكل تحديا ملحوظا لسيطرة الدولة التي تم التحكيم فيها، لذلك يكون من الضروري التوفيق بين ضمان الفعالية للحكم التحكيمي وإحترام قرار قاضي بلد المنشأ، خصوصا وأن فعالية التحكيم لن تتحقق إلا إذا نال ثقة صناع القرارات والقوانين وكذلك ثقة المحاكم في الدول التي يتم فيها التحكيم أو تطبق فيها أحكامه، وهذه الثقة قد نالها التحكيم الدولي في العديد من الأماكن بسبب إحتفاظ الدولة بحد أدنى من الرقابة والسيطرة على عملية التحكيم.

لذلك فإنه من الضروري عدم ترك هذا الأمر لأهواء قاضي بلد التنفيذ بحيث يكون متسعفا في إهمال الرقابة التي يمارسها قاضي بلد المنشأ، وإنما يجب أن يتم ذلك من خلال ضوابط محددة ، بحيث يحترم قاضي بلد التنفيذ قرار قاضي بلد المنشأ مادام هذا الأخير قد إلتزم في إبطاله الحكم بالمقاييس والمعايير الدولية دون تعسف في إعمال قانونه المحلي، فإذا تعسف قاضي بلد المنشأ في إعمال هذه المعايير فإننا نرى أن ذلك يعفي قاضي بلد التنفيذ من التقيد بحكم يبطل الحكم التحكيمي في بلد المنشأ.

المطلب الثاني: المبادئ المتعلقة بهيئة التحكيم .

حيث يتعلق الأمر بمبدأين هما مبدأ الإختصاص بالإختصاص، ومبدأ إستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع، وعليه سنعرض لهما على النحو الأتي :

الفرع الأول: الإختصاص بالإختصاص .

الفرع الثاني: إستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع .

---

[1] - أنظر: أ. د/ حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 436 .

[2] -أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص440 .

الفرع الأول: الإختصاص بالإختصاص.

إذا طعن أحد الأطراف في إختصاص هيئة التحكيم ودفع بعدم صحة اتفاق التحكيم، فإنه يكون لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة إختصاصها، حيث أن المبدأ الأساسي الذي يسمح بالحيلولة دون لجوء أحد الأطراف إلى تأخير أو عرقلة سير التحكيم عن طريق الإدلاء بعدم إختصاص المحكمة التحكيمية هو الذي يعطى المحكمين صلاحية البت بإختصاصهم ، ويعرف هذا المبدأ تحت إسم الإختصاص بالإختصاص[1].

ويهدف هذا المبدأ إلى تحاشي أن يكون التمسك بعيب يتعلق بطريق مباشر باتفاق التحكيم من قبل أحد الأطراف سببا فى تعويق إجراءات التحكيم ، عن طريق منح المحكم الصلاحية لأن يقوم بنفسه بالفصل في مسالة إختصاصه مع خضوعه في ذات الوقت للرقابة اللاحقة من جانب القضاء الوطني المختص ، مما يكون من شأنه أن يتفادى تعويق إجراءات التحكيم دون المساس بمصالح الطرف الآخر الذي يمكن له أن يثبت البطلان أو عدم وجود اتفاق التحكيم أمام السلطات المختصة في الوقت المناسب.

وهكذا فإنه يترتب على مبدأ الإختصاص بالإختصاص أثرين هامين أحدهما ايجابي والآخر سلبي:

أولا-الأثر الايجابي.

فأما الأثر الايجابي فهو يتوجه في مرحلة أولى للمحكمين فاسحا المجال أمامهم لتجاوز الحجة القائلة أنه لا يحق للمحكم النظر في أساس النزاع إلا إذا سبق ومنحته سلطة أخرى هذا الإختصاص [2].

بمعنى أن هذا المبدأ يسمح للمحكم بالبت في مسألة إختصاصه بصفة تلقائية دون أن ينتظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الإختصاص.

ثانيا-الأثر السلبي.

هو السماح للمحكم ليس فقط بالبت في مسألة إختصاصه وإنما بالفصل فيها أولا وقبل أية جهة أخرى[3]، بمعنى أنه يمتنع على قضاء الدولة التي يعرض عليها الفصل في اتفاق التحكيم البت في مسألة تدخل في إختصاص المحكم قبل أن تتاح له الفرصة للبت فيها.

---

[1] -أنظر: د.عبده جميل غصوب ، وسائل المماطلة في التحكيم الدولي "دراسة مقارنة" ،مجلة الدراسلت القانونية، كلية الحقوق،جامعة بيروت العربية،بيروت،العددالسابع،يوليو،2001،ص160.

[2] -أنظر المرجع السابق،ص160.

[3]-أنظر: د.حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، القاهرة، 2001ص133.

ويستمد مبدأ الإختصاص بالإختصاص أساسه من العديد من المصادر الشكلية سواء كانت هذه المصادر هي المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم أوالقوانين الوطنية [1] ،وكذلك قرارات الهيئات الدولية ذات الصلة، وأيضا لوائح هيئات التحكيم، والتي حرصت على النص على مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه، فقد تضمنت معظم التشريعات الوطنية نصوصا صريحة تؤكد على مبدأ الإختصاص بالإختصاص من خلال منح هيئة التحكيم سلطة الفصل بإختصاصها بنظر النزاع.

حيث فعل المشرع الجزائري هذا المبدأ بموجب المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري بنصها : " تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها " .

كما كرس المشرع الفرنسي مبدأ الإختصاص بالإختصاص في المادة 1466 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد[2]، والتي تنص على أنه:" إذا أنكر أحد الأطراف على المحكم سلطة الفصل في المنازعة أو نازع في نطاق هذه السلطة ،فإن المحكم يختص بالفصل في صحة وحدود ولايته".

كما حرصت معظم الاتفاقيات الدولية على تكريس مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه ، حيث تعترف اتفاقية جنيف الأوربية للتحكيم التجاري لعام 1961 في المادة 3/5 للمحكم بسلطة تحديد إختصاصه ، و وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعتبر اتفاق التحكيم جزءا منه.

كذلك فقد كرست معظم لوائح هيئات التحكيم الدائمة على مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه ، حيث أخذت بهذا المبدأ قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، والتي أكدت على أن هيئة التحكيم هي صاحبة الإختصاص في الفصل في الد فوع الخاصة بعدم إختصاصها، بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق [3].

---

[1]- أنظر: أ. د/ حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 229 .

[2] -أنظر نص هذا القانون منشور على شبكة الإنترنت ،أطلع عليه بتاريخ 2011/04/05:

http://www.jus.uio.nol/lm/Frace.arbitration.code.of.civil.procedure1981/doc.htlm

[3] -أنظرالمادة22 من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المنشورة على شبكة الأنترنت ،أطلع عليه بتاريخ 2011/04/05:

http://www.kanoun.roo7.biz/t529-topic

وفي قضية هضبة الأهرام ،حيث أبرم وزير السياح المصري اتفاقا مع شركة أمريكية من أجل إنشاء مركزين سياحيين أحدها على مقربة من الأهرامات، ونظرا للمعارضة التي لقيها المشروع لما قد يحدثه من تدمير شامل لهذا الموقه الأثري، قامت الحكومة المصرية بسحب موافقتها ما أدى بالشركة المتضررة إلى تحريك إجراءات التحكيم[1]،حيث إنتهت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس إلى أن هناك شبهة وجود اتفاق تحكيم ، ويتعين ترك الفصل في المسألة لهيئة التحكيم ذاتها بوصفها صاحبة الولاية في تحديد إختصاصها ، وعند الطعن على الحكم الصادر في هذه القضية فقد أكدت محكمة استئناف باريس على مبدأ إختصاص هيئة التحكيم بتحديد إختصاصها وتقرير مدى وجود أو صحة اتفاق التحكيم ، إلا أن هذا لا يكون إلا بمراعاة أن يكون ذلك خاضعا لرقابة القاضي فالمادة1502 من قانون المرافعات الفرنسي تجيز الطعن بإبطال العقد إذا فصل المحكم بدون وجود اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق باطل.

وهكذا فقد تم تكريس مبدأ الإختصاص بالإختصاص كواحد من المبادىء الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي، والتي من شأنها تيسير سير التحكيم وعدم مقاطعة الطرف الذي يعتبر أن المحكمة التحكيمية غير مختصة أو أن الاتفاق التحكيمي لا يشمل موضوع النزاع ، وبالتالي فإن مثل هذا الدفع لا يؤدي إلى وقف التحكيم [2].

الفرع الثاني: إستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع .

يقتضي إحترام اتفاق التحكيم وتحقيق فاعليته الإعتراف لهيئة التحكيم بالاستئثار في تسوية النزاع بمعنى أنه إذا اتفق الأطراف على إحالة نزاعهم إلى التحكيم فإنهم يمنحون بذلك هيئة التحكيم إختصاص الفصل في النزاع وبالتالي لا تكون محاكم الدولة مختصة بالفصل فيه ، حيث يمتنع على الأطراف الالتجاء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل التحكيم ، فمركز الثقل في التحكيم هو اتفاق الأطراف الذين يتنازلون عن حقهم في اللجوء إلى القضاء و يقبلون مسبقا تنفيذ كل ما يقرره المحكم الذي تم اختياره من طرفهم بكل حرية[3].

---

[1]- أنظر: أ. د/ حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 436 .

[2]-أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص389.

[3]- أنظر: أ.د/ بموسى عبدالوهاب ، التحكيم التجاري الدولي : قضاء دولي ؟ ، مرجع سابق ،ص120 .

والواقع أن مبدأ إستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع يعتبر تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للإتفاق أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين باعتباره من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود[1]، حيث تم تكريس هذا المبدأ فى العديد من التشريعات الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم.

أولا- تكريس مبدأ إستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع.

لقد إعترفت معظم التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم بمبدأ إستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع فلا يستطيع الطرف الموقع مع وجود اتفاق التحكيم أن يحيل النزاع إلى محاكم الدولة، وإذا فعل ذلك فإنه يتعين على هذه المحاكم أن تمتنع عن نظر النزاع المعروض متى طلب الطرف الآخر إحالة النزاع إلى التحكيم.

فتنص المادة 13 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه:" 1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.2-ولايحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم ". و الواقع أن هذا الحل الذي جاء به المشرع المصري يستند إلى الطبيعة الاتفاقية للتحكيم ، فالتحكيم يستند بطبيعته على إرادة الأطراف التي تختار هذا الطريق لحل المنازعات الناشئة بينهم[2] .

ويمكن أن نجد مثالا على مبدأ استئثار هية التحكيم بتسوية النزاع في قضية اتحاد الإذاعة والتليفزيون بجمهورية مصر العربية ضد شركة التليفزيون العربي الأمريكي، فعلى الرغم من تقدم اتحاد الإذاعة والتليفزيون بتاريخ 1997/2/12 إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بطلب تحكيم ضد التليفزيون العربي الأمريكي لتسوية الخلاف القائم بينهما إعمالا لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الطرفين ، إلا أنه بتاريخ 10/10/ 1997أقام التليفزيون العربي الأمريكي دعوى تعويض أمام محكمة كاليفورنيا الإبتدائية والتي قضت بعدم إختصاصها وأحالت الدعوى إلى التحكيم، كما أيدت محكمة استئناف كاليفورنيا هذا الحكم بجلسة 1997/12/2 [3] .

---

[1]-أنظر: د. حفيظة السيد الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق،ص111.

[2]-أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص416 .

[3]-أنظر مجلة التحكيم العربي،القاهرة، العددالأول،مايو 1999،ص143، وهي منشورة عبر شبكة الأنترنت ، أطلع عليه بتارخ 2011/04/07:

http://au-ia.org/magazine.html

ثانيا- نطاق سريان مبدأ إستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع.

لقد أضحت قاعدة إستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع المتفق على حله بالتحكيم من القواعد المستقرة والملزمة لضمان فعالية التحكيم التجاري الدولي، إلا أن التساؤل الذي يثور هنا هو عما إذا كانت هذه القاعدة ستسري بالنسبة لطلب الأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية أم أنها قاصرة على المنازعات الموضوعية؟

لقد إتجهت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم في الإجابة على هذا السؤال إلى أن الإختصاص الممنوح لهيئة التحكيم للفصل في المسائل المعروضة عليها لا يستبعد إمكانية اللجوء إلى محاكم الدولة لإتخاذ تدابير معينة قبل إجراءات التحكيم أو حتى أثناء العملية التحكيمية مثل التدابير التحفظية أو المؤقتة ،إذ أن اللجوء إلى محاكم الدولة لإتخاذ مثل هذه التدابير لا يعتبر تنازلا عن شرط التحكيم.

وهو ما أكده المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994حيث قرر للأطراف الحق في الإلتجاء إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع إذا كان التحكيم داخليا ولمحكمة إستئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة إستئناف أخرى في مصر إذا كان التحكيم تجاريا دوليا، سواء جرى في مصر أم في الخارج، من أجل إلتماس تدابير مؤقتة أو تحفظية ، حيث تنص المادة 14 من قانون التحكيم المصري على أنه: " يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها ". كما تنص المادة 24 من قانون التحكيم على أنه: "1- يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما، أن تأمر أي منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به. 2 - وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه ،جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الأخر، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه ، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ ".

وهو ما يفيد أن القانون المصري لا يرى أن وجود اتفاق التحكيم يعد عقبة تحول دون إختصاص المحاكم المصرية بالفصل في اتخاد هذه التدابير المذكورة طلما يتعلق الأمر بتحكيم يجري في مصر[1].

كما أن المشرع الجزائري قد تبنى ذات الوجهة من خلال منح القاضي الإختصاص بالفصل في اتخاد التدابيرالمؤقتة أو التدابير التحفظية التي طلب منه ا إصدار لأمر بها[2] .

---

[1]- أنظر.أ.د.محمود مختارأحمد بريري .التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 99 .

[2]- أنظر المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

وعلى الرغم من عدم نص اتفاقية نيويورك لعام 1985 على ذلك صراحة ،فإن البعض[1] يرى أن عدم تعرضها لهذه المسألة مقتضاه استمرارالقاعدة المستقرة والتي تقضي بأنه يجوز التقدم للقضاء بالطلبات الوقتية والتحفظية بما في ذلك الحجز التحفظي دون أن يعد ذلك مساسا باتفاق التحكيم .

ويستوي في ذلك أن يتم هذا المسلك قبل أو بعد بدء إجراءات التحكيم، فلو أرادت الخروج على هذا الأصل لنصت على ذلك، فقد إعترف القضاء الأمريكي بإختصاص المحاكم الوطنية في التدخل وإصدار التدابير أو الأوامر الوقتية رغم وجود تحكيم قائم وأيضا بالرغم من الالتزام الوارد في المادة 3/2من اتفاقية نيويورك التي تجبر محاكم الدولة على إحالة الأطراف إلى التحكيم حيث أشارت المحكمة إلى أنه لا يوجد في إصدار الأوامر الوقتية ما يخالف روح التحكيم التجاري الدولي،وبالتالي فإن المحكمة قد فسرت المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك على أساس روح النص وليس عباراته [2].

وقد أكدت العديد من لوائح هيئات التحكيم صراحة على أن اللجوء إلى محاكم الدولة لاتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية لا يعتبر تنازلا عن شرط التحكيم ، حيث أكدت قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أن الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ تدابير مؤقتة لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم أو نزولا عن الحق في التمسك به و ذلك وفقا لما تنص عليه المادة 3/26.

كما إعترف نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بأنه من الجائز للأطراف عند وجود ظروف مبررة لذلك اللجوء إلى القضاء للحصول على تدابير مؤقتة أو تحفظية دون أن يشكل ذلك انتهاكا لاتفاق التحكيم أو عدولا عنه أو نيلا من إختصاص هيئة التحكيم في هذا الشأن و ذلك وفقا لما تنص عليه المادة 2/23 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية .

وهكذا فإن الغالبية العظمى من التشريعات الوطنية والإتفاقيات المنظمة لعملية التحكيم وكذلك لوائح هيئات التحكيم تعترف لقضاء الدولة بالإختصاص بالفصل في المسائل الوقتية والتحفظية على الرغم من وجود إتفاق تحكيم ، حيث يعبر ذلك كما يؤكد أحد الأساتذة[3] عن الرغبة في المساهمة فى تحقيق فاعلية التحكيم، حيث أن المحكم والقاضي لا يقف كل منهما، في ظل التطور الذي لحق بنظام التحكيم وفلسفته ، في مواجهة الآخر على نحو تنافسي وعدائي، بل أصبحا شريكين متضامنين من أجل تحقيق فعالية التحكيم وإحترام الأحكام الصادرة عن هذا القضاء الخاص.

وعليه فإن مبدأ إستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع من شأنه أن يحقق الفاعلية لعملية التحكيم ، إذ أنه يكفل إستقلال هيئة التحكيم بنظر النزاع دون أن تتدخل معها في ذلك جهات قضائية أو إدارية ، ولايؤثر في هذه الفاعلية الإعتراف لمحاكم الدولة بإتخاذ الإجراءات التحفظية أو الوقتية، حيث أن مثل هذه الإجراءات تعتبر صورة من صور الإستعجال التي يتولد عنها حاجة ملحة إلى توفير حماية قضائية عاجلة لتفادي وقوع الضرر بالحقوق و المراكز القانونية المراد الحفاظ عليها.

---

[1]-أنظر: د.صلاح الدين جمال الدين و د.محمود مصيلحي ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية القاهرة ، 2004 ،ص19.

[2]-أنظر : د.محمد عبدالرؤف علي ، دوريات متخصصة ،مجلة التحكيم العربي، القاهرة ،العددالسادس، أغسطس2003،ص167.

[3] -أنظر : د. حفيظة السيد الحداد ، الإجراءات الوقتية والتحفظية بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم "دراسة في بعض القوانين و المعاهدات و اللوائح المنظمة للتحكيم، مجلة الدراسات القانونية،كلية الحقوق، جامعة بيروت،بيروت ،العدد السابع،2001،ص231.

المطلب الثالث: المبادئ ذات الصلة بالأطراف .

وتشتمل هذه المبادئ على تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة ، وكذا عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف وعليه سنتطرق إلى هذا المطلب وفقا لفرعين هما كالأتي:

الفرع الأول: تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة .

الفرع الثاني: عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف .

الفرع الأول: تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة .

قد يحاول طرف من الأطراف الإنسحاب من عملية التحكيم بعد موافقته عليها بغرض إحباط العملية التحكيمية ككل، وإعاقة هيئة التحكيم على أن تصدر حكمها، ولعل ذلك أكثر ما يكون وضوحا بصدد منازعات عقود الاستثمار، فقد تدفع الدولة بغرض الإنسحاب من عملية التحكيم بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم بمقتضى قانونها الوطني أو بما تتمتع به من حصانة سيادية تقتضي عدم مثولها أمام قضاء آخر غير قضائها الوطني ، لذلك فقد اقتضت ضرورة ضمان فعالية نظام التحكيم وضع قيود على إرادة أطراف اتفاق التحكيم فيما يتعلق بالإنسحاب من هذا الاتفاق بعد أن تمت الموافقة عليه، وذلك لضمان جدية الأطراف المتنازعة في إتخاذ إجراءات إنهاء المشكلة المعروضة على هيئة التحكيم ، حيث أصبح من المسلم به لضمان فعالية التحكيم وتفريعا على المبدأ المتقدم ، الإقرار بعدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم ، وكذلك عدم جواز دفع الدولة بمركزها السيا دي للتحلل من الاتفاق على التحكيم وذلك إحتراما للتعهد الصادر عنها[1] .

أولا- عدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته بلا موافقته على اللجوء إلى التحكيم .

يقصد بذلك أن الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها لا يمكن أن تدفع بعدم أهيتها لإبرام اتفاق التحكيم حتى تمانع أو تتخلص من اتفاق تحكيم مع مستثمر أجنبي قد وافقت عليه من قبل.

حيث أضحى مبدأ عدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم من المبادئ المستقرة في التحكيم الدولي ، إلى الحد الذي دفع بالبعض إلى القول بوجود قاعدة موضوعية عبر دولية مؤداها:" عدم جواز دفع الأشخاص التابعة للدولة بعدم تنفيذ إلتزاماتها إستنادا إلى عدم أهليتها على إبرام اتفاق التحكيم ، أو لعدم إستيفاء إجراءات شكلية تخضع لها" [2].

---

[1]- أنظر: أ. د/ حفيظة السيد حداد : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 213 .

[2] -أنظر: د.نادر محمد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي،مرجع سابق،ص294.

وقد عمدت بعض الدول لصياغة هذا المبدأ في تشريعا تها الوطنية، ولعل أبرز مثال على ذلك هو القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، الذي نص في المادة 177/ب منه على أنه:" إذا كانت الدولة أو أحد المشروعات الخاضعة لرقابتها طرفا في اتفاق التحكيم ، فإنها لا تستطيع أن تستند إلى قانونها الوطني لتثبت أن النزاع غير قابل للتحكيم أو عدم أهيتها كطرف في التحكيم "[1].

هذا ما كرسته العديد من الاتفاقيات الدولية ، من ذلك اتفاقية جنيف الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولى لعام 1961 ، والتي نصت في المادة 1/2 منها على تمتع الأشخاص الإعتبارية العامة بأهلية إبرام اتفاق التحكيم، وهو ما يترتب عليه كما يرى البعض[2] أن الدول بعد إنضمامها لهذه الاتفاقية لا تملك الإستناد مثلا إلى تغيير قانونها بما يحرمها من حل منازعاتها بطريق التحكيم لكي تتحلل من التزامها بعقد تحكيم أبرمته مع الغير، طالما أنها لم تعلن عن عدم قدرتها على الإلتجاء إلى التحكيم عند إبرام المعاهدة أو الإنضمام إليها.

وعليه فقد أصبح من المسلم به في مجال التحكيم الدولي أن الحكومة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها لا تستطيع التمسك ببطلان التحكيم بحجة بطلان هذا الاتفاق لعدم أهليتها بموجب قانونها الوطني لإبرام هذا الاتفاق ، وذلك إستنادا إلى أن النظام العام الدولي يقف بقوة في مواجهة الدولة أو الشخص المعنوي العام الذي يتعامل مع جهة أجنبية ويقبل شرط التحكيم الذي يكون من شأنه أن يبعث الثقة مع المتعاقد معه ثم يعود ويتمسك ببطلان الشرط الذي سبق له قبوله ، أي يعود في كلمته [3].

---

[1] -أنظر القانون الدولي السويسري منشور على شبكة الأنترنت ، أطلع عليه بتاريخ 2011/04/10:

http://www.admin.ch/ch/f/rs/291

[2] -أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق،ص101-102.

[3] -أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص407-408.

ثانيا- عدم جواز دفع الدولة بمركزها السيا دي للتحلل من الاتفاق على التحكيم .

ويقصد بهذا المبدأ رفض إدعاءات الحصانة القضائية من جانب الدولة للتخلص من عملية التحكيم إستنادا إلى كونها في وضع سلطة وتسيد ، لأن هذا يتعارض مع اتفاق التحكيم الذي قبلته ، فبعد دخول الدولة في الحياة الإقتصادية بدأ الفقه يدرك خطورة التمسك بفكرة سيادة الدولة في مجال لا يخضع لسلطان الدولة لوجود طرف أجنبي فيه ويراد له في الوقت ذاته النمو والازدهار، فضلاعن أن تحريم لجوء الدولة وسائر أشخاص القانون العام إلى التحكيم إستنادا إلى فكرة سيادة الدولة يقوم على خلفية تتصادم مع خضوع الدولة لمبدأ المشروعية ذاته بما يعنيه من خضوع الدولة للقانون خضوعا يتطلب إخضاع أعمالها لرقابة القضاء ومسئولية الدولة عن هذه الأعمال، وعليه فمثول الدولة أمام هيئة التحكيم لا يمس سيادة الدولة من قريب أومن بعيد، لأن مثول الدولة أمام هذه الهيئات قد تم برضاها وموافقتها.

وقد إستقرت أحكام هيئات التحكيم على أن الدولة التي تقبل الدخول في اتفاق التحكيم لا يمكنها التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم.

فقد رفضت هيئة التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية الدفع الذي تقدمت به إحدى الدول الأفريقية في نزاعها مع شركة فرنسية ، بأن حصانتها كدولة ذات سيادة تحول دون خضوعها لقضاء أجنبي ، لذلك لا تختص هيئة التحكيم بنظر هذا النزاع ، لأن مثل هذا الأمر يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة ، وقد إستندت الهيئة في ذلك إلى أن حكومة هذه الدولة قد أبرمت اتفاق التحكيم بإرادتها ، وإن مثل هذا الأمر لا يتعارض مع سيادتها ، لأنه كان من الممكن لهذه الدولة أن ترفض منذ البداية اللجوء إلى التحكيم ، فلا يمكن في مثل الحالة إكراهها على المثول أمام هيئة التحكيم [1].

يتضح مما تقدم وجوب تطبيق مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم [2]، بحيث لا يكون ثمة ضرورة لصياغة شرط آخر بشأن تنازل الدولة عن حقها في الحصانة السيادية ، لدرجة أنه قد أضحى من غير الشائع حاليا من الناحية العملية بالنسبة للدولة الطرف في التحكيم أن تثير دفعا بحصانتها القضائية.

وهكذا فإن إقرار مبدأ تعذر الرجوع عن التحكيم بالإرادة المنفردة وعلى الأخص في التحكيم الذي تكون أحد أطرافه دولة من شأنه أن يبعث للإحساس بالثقة و الطمأنينة في نفوس المستثمرين تجاه نظام التحكيم مما ينعكس بالضرورة على تشجيع الاستثمار الأجنبي في الدول النامية.

---

[1]-أنظر: د.محيي الدين اسماعيل علم الدين ،منصة التحكيم التجاري الدولي،الجزء الأول ،دار النهضة العربية،القاهرة،1986،ص172-177.

[2]-أنظر: أ. د/ حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 214 .

الفرع الثاني: عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف .

قد لا يبدي أحد أطراف التحكيم رغبته في التراجع عن اتفاق التحكيم، وإنما يعمد إلى إتخاذ موقف سلبي من الإجراءات بغرض عرقلة عملية التحكيم والحد من فاعليتها، كأن يمتنع عن تعيين المحكم الذي يناط به إختياره أو عن حضور إجراءات التحكيم ، وهو ما من شأنه التأثير في فاعلية التحكيم، لذلك كان من الضروري الإعتراف لهيئة التحكيم بالسلطة لمواجهة مثل هذه الإجراءات ، من خلال الإعتراف لهيئة التحكيم بسلطة مواصلة التحكيم وإستصدار حكم ملزم وفعال رغم الخطط المعوقة لعملية التحكيم التي قد يضعها طرف من الأطراف.

وترتيبا على المبدأ المتقدم فقد أقرت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم العديد من الإجراءات لمواجهة إمتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمه أو عن المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم وكذلك إستمرار إجراءات التحكيم بالرغم من غياب أحد الأطراف عن الإجراءات.

أولا- الإلتزام بتعيين المحكمين .

ويقصد بذلك أن مماطلة أحد الأطراف في إختيار محكمه أو عدم قيامه بذلك لن يكون من شأنه تعويق إجراءات التحكيم[1]، وسدا لأي تعويق يحدث في عملية التشكيل فقد ذهبت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدائمة إلى وضع الحلول لتفادي محاولة تقاعس أحد الأطراف لتعطيل الإجراءات بإمتناعه عن تعيين محكمه ، وذلك من خلال تحديد هيئة قضائية أو إدارية تتولى مهمة تعيين هذا المحكم بدلا من الطرف الذي إمتنع أو تقاعس عند تنفيذ التزامه [2].

وهو ما فعله المشرع المصري فى المادة 17 من قانون التحكيم رقم 11 لسنة 1994 والتي تنص على أنه :" لطرفي التحكيم الاتفاق على إختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت إختيارهم ، فإذا لم يتفق أتبع ما يأتي: أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين. ب - فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين إختار كل طرف محكما ثم يتفق المحكمان على إختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على إختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين...".

---

[1]-أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق،ص149.

[2] - أنظر: أ.د/محمود مختارأحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص74 .

وقد سايره المشرع الجزائري في ذلك بالنص في المادة1041 فقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية بأنه: " في غياب مثل هذا التعيين ، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أوعزلهم أو إستبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل أن يقوم بما يأتي :1- رفع الأمر أمام رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، إذا التحكيم يجري بالجزائر . 2- رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج ، واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر ."

كما ذهب قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد إلى أن امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمه لا يؤدي إلى إعاقة الشروع فى إجراءات التحكيم فقرر في المادة1493 الحق لرئيس المحكمة الجزئية في باريس بأن يقوم بتعيين هذا المحكم بدلا من الطرف الممتنع عن تعيينه[1] .

ووفقا لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية والنافذ اعتبارا من أول يناير 1998 ، فإنه عند عدم اتفاق الأطراف فيما بينهم على عدد المحكمين تتولى المحكمة تعين محكم منفرد، إلا إذا تبين لها أن الخلاف يستدعي تعيين ثلاثة محكمين، فحينئذ يقوم المدعى عليه بتعيين محكمه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم الإخطار بالتعيين الذي قام به المدعى. أما إذا اتفق الأطراف على أن يسوى الخلاف عن طريق محكم منفرد فيجوز لهم تعيينه ، فإذا لم يتفقوا على ذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسليم الاخطار بطلب التحكيم للطرف الآخر أو حتى انقضاء أية مهنة إضافية منحتها الأمانة العامة فإن المحكمة تتولى تعيين المحكم المنفرد، وإذا اتفقوا على أن تتم تسوية النزاع بواسطة ثلاثة محكمين فيقوم كل طرف بتعيين محكم واحد وإذا امتنع أحد الأطراف تقوم المحكمة بالتعيين كما تعين المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم [2].

وقد تم تطبيق هذا المبدأ في قضية هضبة الأهرام حينما كانت معروضة على هيئة التحكيم في إطار غرفة التجارة الدولية ، حيث لم يؤد عدم قيام مصر باختيار المحكم الذي يحق لها اختياره إلى إقاف الدعوى أو تعويق إجراءات التحكيم، حيث تم الاختيار بواسطة محكمة تحكيم الغرفة بمعرفة اللجنة الوطنية (غرفة التجارة المصرية) [3].

---

[1] -أنظر نص هذا القانون منشور على شبكة الإنترنت ، أطلع عليه بتاريخ 2011/04/13:

http://www.jus.uio.nol/lm/Frace.arbitration.code.of.civil.procedure1981/doc.htlm

[2] -أنظر نظام التحكيم غرفة التجارة الدولية لعام1998 منشور على شبكة الأنترنت ،أطلع عليه بتاريخ 2011/04/13:

http://www.jus.uio.nol/lm/icc.arbitration.rules.1998/doc.htlm

[3]-أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق،ص149-150.

ثانيا- عدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف .

قد يعمد أحد الأطراف على الرغم من قبوله إختصاص هيئة التحكيم إلى عدم حضور الإجراءات بهدف الحد من فاعلية التحكيم من خلال تعطيل الفصل في النزاع لأطول فترة ممكنة، والتأ ثير على سمة هامة يتميز بها التحكيم وهي سرعة الفصل في المنازعات، لذلك فقد إتجهت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم، لضمان فعالية اتفاق التحكيم وإحترامه، إلى عدم السماح لغياب أحد الأطراف بالتأثير على إجراءات التحكيم، من خلال الإقرار باستمرارية هذه الإجراءات دون أن يؤثر غياب الطرف الممتنع عن الحضور على ذلك[1].

ولقد حرص المشرع المصري على تقنين هذا المبدأ فى المادة 35 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 حيث تنص المادة على أنه:"إذا تخلف أحد الطرفين عن حضورإحدى الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه مستندات،جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم و إصدار حكم في النزاع إستنادا إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها "[2].

كما أكدت قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أنه لهيئة التحكيم الأمر باستمرار إجراءات التحكيم وإصدار قرار التحكيم بناء على الأدلة الموجودة أمامها إذا تخلف أحد الطرفين دون عذر مقبول عن الحضور أو تقديم وثائق الإثبات خلال المدة المحددة لذلك[3].

وهكذا فإن مقاومة أحد الأطراف للاتفاق على التحكيم وإمتناعه عن تنفيذ إلتزامه لن يؤدي إلى تجميد إجراءات التحكيم.

---

[1] - أنظر: د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص414 .

[2] -أنظرقواعد قانون التحكيم المصري رقم27لسنة1994منشور عبر شبكة الإنترنت ، أطلع عليه بتاريخ 2011/04/13 :

http:www.arifonet.org.ma/data/dalil/20investment/countries/16egyptian/law-ar.htm

[3] -أنظرالمادة27من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المنشورة على شبكة الأنترنت ، أطلع عليه بتاريخ 2011/04/14:

http://www.kanoun.roo7.biz/t529-topic

المطلب الرابع: امتداد أثار إتفاق التحكيم .

قد لا تقتصر أثار إتفاق التحكيم على أطرافه فقط ، حيث أثيرت مشكلة نسبية أثار اتفاق التحكيم في العديد من المنازعات[1] ،مما قد يثير لبسا إذا تعلق الأمر بإتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات الوليدة المستقلة إلى الشركة الأم والتي لم تكن طرفا فيها ، أوتحديد مسئولية الدولة عند لجوء مشروعاتها إلى التحكيم، هذا ما سنبينه على النحو التالي:

الفرع الأول: امتداد اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات الوليدة المستقلة إلى الشركة الأم والتي لم تكن طرفا فيها .

الفرع الثاني: عدم المسئولية المباشرة للدولة عند لجوء مشروعاتها إلى التحكيم .

الفرع الأول: امتداد اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات الوليدة المستقلة إ لى الشركة الأم والتي لم تكن طرفا فيها .

التساؤل مطروح في قضايا التحكيم التجاري الدولي بوجه عام وفي قضايا منازعات الاستثمار بوجه خاص عما إذا كان اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات المتفرعة من شركة أم أو من مجموعة الشركات متعددة الجنسيات يسري على الشركة الأم أو على فروع شركات المجموعة التى تتمتع كل منها بشخصية قانونية مستقلة ولكنها لم تكن طرفا في الاتفاق؟

وفقا لمبدأ نسبية أثر العقد[2]، لا يمكن أن ينصرف أثر العقد للغير حقا كان أم التزاما، واتفاق التحكيم شأنه في ذلك شأن أي عقد يخضع لمبدأ نسبية الآثار المتولدة عن العقد ومن ثم لا يمكن الاحتجاج به على من لم يكن طرفا فيه، ولا يمكن أيضا للغير أن يتمسك به في مواجهة من هم أطراف فيه ، وهو ما يطلق عليه مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأطراف ، فالاتفاق على التحكيم إذا كان تصرفا قانونيا بالنسبة لأطرافه فإنه مجرد واقعة في مواجهة الغير.

---

[1]-أنظر: أ. د/ حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 244 .

2-أنظر: د. مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق،ص481.

غير أنه كثيرا من مجموعات الشركات سالفة الذكر تعمل في استثمارات دولية، حيث تتولى إحدى هذه الشركات أو الفروع إبرام الاتفاق ، بينما تكون الشركة الأم أو مجموعة الشركات هي التي قامت بالمفاوضات السابقة على العقد كما قد تساهم في تنفيذه أو تكون ضامنة للتنفيذ ، مما يبعث على الاعتقاد أن الطرف الفعلي في العقد واتفاق التحكيم ليس هو إذن الذي قام بوضع توقيعه عليه وحده ولكن يقوم إلى جواره الطرف الآخر القائم في الظل والذي أسهم بشكل فعلي في إبرام العقد أو ضمان التنفيذ أو ساهم في شأن تنفيذه[1] .

فقد اتجهت العديد من أحكام التحكيم تحقيقا لفاعلية اتفاق التحكيم، إلى الإقرار بامتداد اتفاق التحكيم ليشمل الشركة الأم وفروعها المؤسسة لمشروع معين، إذا أبرم أحد الفروع المنبثقة عن الشركة الأ م عقدا تضمن شرط تحكيم على الرغم من تمتعه بشخصية قانونية مستقلة عن الشخصية القانونية للشركة الأم أو فروعها وعلى الرغم من عدم توقيع الشركة الأم عليه، وذلك متى تبين للمحكمة أو لهيئة التحكيم أن الشركة المتعاقدة التي تتمتع بشخصية معنوية مستقلة والتي نشأت كفرع من مجموعة شركات متعددة الجنسيات لم تنشأ إلا بشكل صوري لتسيير تنفيذ الاستثمار في الدولة المضيفة، وأن المتعاقد الحقيقي هو الشركة الأم أو شركة أخرى من المجموعة لم توقع على الاتفاق.

حيث تأكد هذا الاتجاه في قضية تم نظرها أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، فقد ذهبت هيئة التحكيم في القضية رقم 234 لسنة 2001 إلى امتداد أثر اتفاق التحكيم الموقع من شركة أو أكثر من الشركات المكونة للمجموعة على شركة أو أكثر من الشركات الأخرى المكونة لذات المجموعة، نظرا لوجود ما يؤكد صلة الشركة الأم أو الشركات الفرعية بعملية الاستثمار أو العملية التجارية محل المنازعة ودورها المؤكد في إبرام العقد وفي تنفيذه أو ضمان ذلك التنفيذ، فقد أعلنت هيئة التحكيم في هذه القضية: " إن هذه الاتجاهات في أحكام التحكيم (الخاصة بامتداد شرط التحكيم) لم تظهر إلا في التحكيمات الدولية، وخاصة في النزاعات الخاصة بالشركات متعددة الجنسيات التي تكون مجموعة اقتصادية واحدة وتنفذ عملياتها التجارية والاستثمارية في البلاد المختلفة تحت ستار الشركات الفرعية التي تكتسب جنسيات الدول التي يجري النشاط فيها، حيث ينظر إلى اكتسابها لجنسية الدولة على أساس أنه عامل يساعدها على مباشرة نشاطها وييسره لها ولا يكون كيانها القانوني المستقل إلا ستارا يمكنها من أداء النشاط المذكور في سهولة ويسر في البلد الذي اكتسبت جنسيته" [2].

---

[1]-أنظر: د.محمدأبوالعنين ،الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات البترول و الغاز، مرجع سابق ، ص5.

[2] -أنظر مجلة التحكيم العربي،القاهرة، العددالخامس،سبتمر 2002،ص189-190 وهي منشورة عبر شبكة الأنترنت ،أطلع عليه بتارخ 2011/04/16 :

http://au-ia.org/magazine.html

وهكذا فقد أضحى من المبادئ الثابتة والمستقرة في التحكيم التجاري الدولي مسئولية الشركة الأم عن أعمال الشركة الفرع والتزامها بشرط التحكيم الذي تضمنه العقد المبرم مع الشركة الفرع والذي لم توقعه الشركة الأم ، وذلك استنادا إلى فكرة الوحدة الإقتصادية إذا كانت ظروف العقد وملابساته تبعث على ذلك دون التوقف على مجرد فكرة التوقيع المادي على العقد أو عند مبدأ الاستقلالية القانونية للأشخاص المعنوية المعنية ، بل يذهب البعض إلى حد استخلاص قاعدة موضوعية عبر دولية مؤداها أن: " الشركة المتحكمة في مجموعة الشركات الوليدة تعد طرفا متعاقدا بالنيابة عن كل أطراف المجموعة على الأقل فيما يتعلق باتفاق التحكيم " [1].

ومما لا شك فيه أن الإقرار بامتداد شرط التحكيم إلى مجموعة الشركات من شأنه ،أن يحمي الغير المتعاقد مع إحدى الشركات التي تكون مجموعة واحدة من الناحية الإقتصادية بحيث يصعب على الغير التمييز بين أنشطتها، ومن ثم وضع حد للمسلك الخاطئ الذي ينطوي على تدليس من قبل مجموعة الشركات وذلك متى تبين لهيئة التحكيم أن الشركة المتعاقدة التي تتمتع بشخصية معنوية مستقلة والتي نشأت كفرع من مجموعة شركات متعددة الجنسيات لم تنشأ إلا بشكل صوري لتسيير تنفيذ الا ستثمار في الدولة المضيفة، وأن المتعاقد الحقيقي هو الشركة الأم أو شركة أخرى من المجموعة لم توقع على الاتفاق [2].

الفرع الثاني: عدم المسئولية المباشرة للدولة عند لجوء مشروعاتها إلى التحكيم .

يحرص المستثمر الأجنبي في تعاقده مع إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة للدولة إلى أن ينصب مسئولية هذه الدولة على أساس أنها أكثر ملاءة من الشخص العام، متذرعا بأن شرط التحكيم الذي أبرمه مع المؤسسة أو الهيئة العامة يمتد أثره إلى الدولة، الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى سريان اتفاق التحكيم الذي تبرمه الأجهزة التابعة للدولة في مواجهة الدولة ذاتها؟

---

[1] -أنظر: د.نادر محمد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي،مرجع سابق،ص294.

[2] -أنظر: د. بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص425 .

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه[1] إلى أن شرط التحكيم المبرم بواسطة المؤسسات والهيئات العامة لا يمتد إلى الدولة ولا تلتزم به، فلا يجوز إلزام الدولة بشرط التحكيم الذي قبلته إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها مادامت لم تعبر عن إرادتها الواضحة والصريحة في قبول هذا التحكيم ، فيقول أحد الأساتذة في هذا الخصوص: " الواقع أن قبول الدولة الالتجاء إلى التحكيم لا يفترض ، بل يجب أن يبنى على إرادة صريحة مكتوبة لا تحتمل الشك، كما يجب التمييز بين الدولة وهيئاتها العامة، فمجرد قبول إحدى الهيئات العامة حل منازعاتها بطريق التحكيم لا يجوز أن يمتد تلقائيا إلى إلزام الدولة بذلك، طالما أن لهذه الهيئات العامة شخصية قانونية مستقلة، فمن المستقر عليه الآن تطبيق مبدأ انفصال الذمة المالية للدولة والهيئات العامة "[2].

وقد أثيرت مسألة مدى امتداد نطاق التحكيم الذي يكون أحد أجهزة الدولة قد أبرمه في مواجهة الدولة في العديد من القضايا التحكيمية.

ففي قضية هضبة الأهرام[3] فإن الطرف الأجنبي لجأ إلى تحريك إجراءات التحكيم ضد كل من الحكومة المصرية وشركة Egoth، ولكن الحكومة المصرية تمسكت بأنه لا يجوز إخضاعها للتحكيم نظرا لأنها ليست طرفا في اتفاق التحكيم ، غير أن هيئة التحكيم قضت بمقتضى حكمها الصادر بتاريخ 16 فبراير 1983 بتقرير اختصاصها بالنسبة للحكومة المصرية وبإلزامها بدفع مبلغ 12500000دولار أمريكي كتعويض للشركة الأجنبية بالإضافة إلى فائدة قدرها 5%تحتسب ابتداء من أول ديسمبر1978.

ولقد طعنت الحكومة المصرية في حكم هيئة التحكيم المتقدم أمام محكمة استئناف باريس وطالبت بإلغاء الحكم المتقدم ،على أساس أن هيئة التحكيم قد فصلت في المنازعة المرفوعة أمامها وذلك على الرغم من عدم وجود شرط تحكيم تعد الحكومة المصرية طرفا فيه ، وأيضا لأن هذا الحكم قد صدر بالمخالفة للنظام العام الدولي من الناحية الثقافية ولمبدأ احترام سيادة الدولة.

---

[1]-أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق،ص120.و د. حفيظة السيد الحداد. الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق،ص152.

2-أنظر المرجع السابق،ص.120

[3]- راجع قضية هضبة الأهرام بالتفصيل في مؤلف أ. د/ حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق، ص 255 وما بعدها.

وقد طلب الطرف الأجنبي من محكمة الاستئناف رفض الدعوى استنادا إلى أن توقيع مصر على محضر مهمة المحكم يعتبر قبولا من جانبها للتحكيم، كما أن تنازل مصر عن حصانتها القانونية وقبولها للتحكيم يستفاد من توقيع وزير سياحتها عقد 23 سبتمبر1974، وأن حكم التحكيم قد أصاب باعتبار العقدين الوارد عليهما النزاع يعتبران بمثابة برنامج تعاقدي واحد، وبالتالي يلزم شرط التحكيم الوارد في أحدهما مصر ولو لم تكن قد وقعت إلا العقد الآخر غير المشتمل على مثل هذا الشرط ، وبالإضافة إلى أن العقود محل النزاع وردت في إطار القانون رقم 43 لسنة 1974 والذي يقضي بحل المنازعات عن طريق التحكيم.

إلا أن محكمة الاستئناف انتهت في حكمها الصادر في 12 يوليو 1984 إلى إبطال حكم التحكيم وذلك على أساس أن هذا الحكم قد صدر بدون وجود شرط تحكيم من جانب الحكومة المصرية ،وهو القضاء الذي أيدته محكمة النقض الفرنسية في 6 يناير1987[1]، فالفصل في النزاع بالتحكيم يقتضي قبول كل من الطرفين لشرط التحكيم، وإلا فلا يوجد اتفاق على ذلك مما لا يمكن معه إلزام الطرفين بحكم التحكيم، فقد وجدت المحكمة أن مصر لم تجر على قبول شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية في كافة ما أبرمته من اتفاقات، بل رفضت دائما التحكيم بهذه الوسيلة، وإن قبلته الهيئات المصرية الأخرى في عقودها، فالهيئة العامة للسياحة والفنادق Egoth لها شخصية قانونية مستقلة عن الدولة، أي أن توقيعها على العقد المشتمل على شرط التحكيم لا يعني إلزام الدولة بهذا الشرط ، الأمر الذي يستخلص منه عدم قبول مصر الا لتزام بشرط التحكيم من مختلف ظروف العقد.

وهكذا فقد رفضت محكمة استئناف باريس مد شرط التحكيم الذي وافقت عليه شركة Egoth إلى الحكومة المصرية التي لم توقع عليه.

و عليه فإنه لا يجوز مد أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الهيئات أو المؤسسات التابعة للدولة في مواجهة الدولة ذاتها ذلك بتفعيل مبدأ نسبية الاتفاقات[2] ، فالهيئات العامة التابعة للدولة لا تملك أن تقيد الدولة بما تبرمه من اتفاقات ، وأن تحمل الدولة بشرط تحكيم لم تقبله لمجرد تضمنه في عقد أبرمته إحدى هذه الهيئات، فمجرد الرقابة التي تمارسها الدولة على مثل هذه الهيئات المتمتعة بشخصية قانونية لا تكفي للقول بمد أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه هذه الأخيرة في مواجهة الدولة ، ذلك أن إرادة الأطراف في مجال التحكيم هي القانون الأساسي للأطراف ، ومن ثم فإن قبول الدولة حل النزاع بالتحكيم لا يجوز أن يكون قائما على مجرد افتراض أن المستثمر الأجنبي حينما تعاقد مع أحد الأجهزة التابعة للدولة ما كان ليقبل التعاقد معه لو علم عدم التزام الدولة باتفاق التحكيم بل يجب أن يكون هذا القبول صريحا ومؤكدا وواضحا.

---

[1]-أنظر: أ. د/ حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 287.

[2]- أنظر: أ.د/ محمود مختارأحمد بريري ،التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص17 .

المبحث الثالث: الاتجاه نحو قبول التحكيم بدون اتفاق في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يعتبر الاتفاق على التحكيم نقطة البداية في نظام التحكيم، إذ بدون هذا الاتفاق لا يمكن أن يجري التحكيم أو يتم [1]، فالقاعدة العامة في هذا الشأن هي أنه: " لا تحكيم بدون اتفاق تحكيم "[2] ، بمعنى أنه يجب على الأطراف الموافقة تعاقدياعلى اللجوء إلى هذا النوع من الإجراءات ، بل وتحديد القواعد المنظمة للإجراءات بشكل مفصل، أو الإشارة إلى قواعد تحكيم إحدى المؤسسات التحكيمية ، وقد ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 1999/6/1 إلى أنه: " وفقا للمبادىء الأساسية للتحكيم الدولي فإن العقد التحكيمي هو الذي يجيز تنصيب المحكم ، فالإرادة المشتركة للطرفين هي وحدها حصرا التي تمنح المحكم سلطته القضائية"[3] ، ويستوي في اتفاق التحكيم الذي يحيل المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار أن يأخذ صورة بند يتم إدراجه في عقد الا ستثمار ويسمى (شرط التحكيم)، أو صورة اتفاق مستقل عن العقد ويسمى (مشارطة التحكيم) .

وعندما أنشئ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة عام 1965 ليكون مختصا بفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المتعاقدة [4]، فقد استلزمت المادة 1/25 من اتفاقية إنشاء المركز موافقة الدول المصدقة على الاتفاقية على الخضوع للتحكيم عند وقوع المنازعات وفقا لقواعد المركز، وكذلك موافقة أخرى من الأطراف المتنازعة لإحالة منازعاتهم إلى التحكيم أمام المركز المذكور، بمعنى أنه حتى يكون لهيئة التحكيم المشكلة وفقا لقواعد المركز المذكور الاختصاص الكامل بنظر النزاع لا يكفي للدولة الطرف في العقد أن تكون عضوا في الاتفاقية وأن يكون المستثمر من رعايا دولة أخرى عضو في الاتفاقية، بل يجب أن تكون هناك موافقة كتابية إضافية من كل من الدولة المتعاقدة و المستثمر، حيث يعد توافر هذين الشرطين ضروريا لمنح الإختصاص لهيئة التحكيم المشكلة طبقا لقواعد المركز.

---

[1]-أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق،ص63.

[2] -أنظر : كريستوفر إمهوس وهيرمان فيربست. التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات، مرجع سابق ،ص40.

[3] -أنظر مجلة التحكيم العربي،القاهرة، العددالخامس،سبتمر 2002،ص178-179، والمنشورة عبر شبكة الأنترنت ،أطلع عليه بتاريخ 2011/04/19:

http://au-ia.org/magazine.html

[4] -أنظرنص الاتفاقية منشور عبر شبكة الأنترنت ،أطلع عليه بتاريخ 2011/04/19:

http://www.jus.uio.nol/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.other.states.convention.washington. 1965/doc.htlm

فالجزائر على سبيل المثال لم تكتفي بتصديقها على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى بموجب المرسوم الرئاسي رقم95- 346[1] ،بل راحت تنص صراحة على اسناد الاختصاص لقواعد المركزفي العديد من الاتفاقات[2] التي أبرمتها في إطار الاستثمار .

والواقع أنه خلال العقدين الأوليين من حياة المركز، فإن هيئات تحكيم المركز كانت ملتزمة بهذا الأساس لانعقاد اختصاصها بنظر النزاع، أي أنها كانت تتطلب وجود شرط أو مشارطة التحكيم ، إلا أنه في السنوات الأخيرة مع اتجاه عدد كبير من الدول إلى تضمين تشريعاتها لتشجيع الاستثمار بنودا تتضمن إحالة نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب إلى تحكيم المركز، وكذلك مع التزايد الهائل في اتفاقيات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف والتي تنضمن نصوص تسوية المنازعات فيها غالبا الإشارة إلى التحكيم وفقا لقواعد المركز، فقد لوحظ اتجاه هيئات تحكيم المركز نحو توسع جذري في اختصاص المركز، عن طريق قبول هذه الهيئات الاختصاص بنظر النزاع في حالة اللجوء المنفرد من جانب المستثمر إلى تحكيم المركز استنادا إلى تشريع وطني خاص بالاستثمار أو إتفاقية للاستثمار دون أن يكون هناك اتفاق تحكيم أو أية علاقة تعاقدية مع الدولة المحتكم ضدها، وحيث تلتزم الدولة المحتكم ضدها بالتحكيم دون أن تكون قادرة على المبادرة بتحريك إجراءات التحكيم، بل لا يكون أمامها إلا تقديم دعوى مضادة أو طلبات فرعية.

وحتى يمكن إستيعاب هذا الاتجاه الجديد في قبول هيئات تحكيم المركز للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار بدون اتفاق تحكيمي، وعليه سنعرض لدور المركز الدولي في تسوية منازعات الاستثمار قبل عرض فكرة التحكيم بدون اتفاق في منازعات الاستثمار، وذلك وفقا لملبين على النحو الأتي:

المطلب الأول: دور المركز الدولي في تسوية منازعات الاستثمار.

المطلب الثاني: التحكيم بدون اتفاق في منازعات عقود الاستثمار.

---

[1]-أنظر المرسوم الرئاسي رقم95- 346 ، المؤرخ في6 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم95/66 ،ص 24 .

[2]-أنظر المرسوم الرئاسي رقم 94-01 ، المؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 02 يناير سنة 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائريةالديموقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع و الحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات و تبادل الرسائل المتعلق بها ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم94/01.

المطلب الأول: دور المركز الدولي في تسوية منازعات الاستثمار.

يعتبر وجود نظام محايد وفعال لتسوية منازعات الاستثمار ما بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب من أهم عناصر الجذب للاستثمارات الأجنبية الخاصة، حيث أن التسوية النزيهة والفاعلة لهذه النزاعات تمثل عنصر أمان للمستثمرين ، وعلى الرغم من ذلك فقد ظل لهذا الجانب العديد من السلبيات حيث لا توفر المحاكم الوطنية في الدولة المضيفة في أغلب الأحيان الضمانات الحمائية الكافية للمستثمرين الأجانب كما لا يعتبر اللجوء إلى محاكم دولة المستثمر أو إلى محاكم دولة ثالثة بديلا واقعيا في أغلب الأحيان، فضلا عن أن الحماية الدبلوماسية لا تعد مصدر طمأنينة بالنسبة للمستثمرين ولا مصدر راحة بالنبسة للدولة المضيفة، وعلى الرغم من أن التحكيم الخاص يعتبر وسيلة مفيدة في هذا الخصوص إلا أنه هو الآخر ذو مساوئ إجرائية.

وقد دفعت تلك الثغرات الموجودة في أنظمة تسوية منازعات الاستثمار البنك الدولي ، وهو من أهم المؤسسات الدولية المعنية بالتنمية الاقتصادية ، إلى القيام بمبادرة جديدة في الستينيات من القرن العشرين - بهف ايجاد جو من الثقة المتبادلة بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة - إلى القيام بصياغة اتفاقية دولية متعددة الأطراف لتوفير إطار مؤسساتي يتم من خلاله تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء ومواطني الدول الأخرى الأعضاء في الاتفاقية، وقد تم التوقيع على هذه الاتفاقية في 18 مارس1965، وحددت رسميا على أنها اتفاقية لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، وبموجبها تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[1]، وهذا هو سبب تسميتها باسم اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارICSID، وقد أصبحت الاتفاقية نافدة اعتبارا من 14 أكتوبر 1996، وذلك بعد مضي ثلاثين يوما على اكتمال وثائق تصديق 20 دولة على الاتفاقية وفقا للمادة 2/68 من الاتفاقية[2] .

---

[1] حيث يمثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إحدى خمس مؤسسات دولية تكون ما يعرف بمجموعة البنك الدولي وهي: 1-البنك الدولي والتعمير.2-المؤسسة الدولية للتنمية.3-مؤسسة التمويل الدولية.4-الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.5-المركز الدولي لتسوية منازعات للإنشاء الاستثمار.أنظر تقرير البنك الدولي لسنة2002 حول هذه المؤسسات الدولية و أهدافها والمنشوربااللغة العربية عبر شبكة الأنترنت أطلع عليه بتاريخ2011/04/21:

http://www.worldbank.org/annualreport/2002/arabic/001-toc-arabic.pdf

[2] -أنظرقائمة الدول الأعضاء في اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 في التقرير المنشور عبر شبكة الأنترنت،أطلع عليه بتاريخ 2011/04/21:

http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/2003-ICSID-ar-en.pdf

وقد كان اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في أوائل ظهوره محدودا للغاية حيث لم تعرض على المركز أية قضية حتى عام 1974، والذي شهد تسجيل أول قضية لدى المركز، ومنذ ذلك الحين والأمور تأخذ منحى آخر، فقد شهدت حقبة السنوات الأخيرة زيادة كبيرة في عدد القضايا المسجلة لدى المركز،حيث بلغ عدد القضايا التي تم تسجيلها لدى المركز 129 قضية مع نهايـــة عام 2003[1].

ضف إلى ذلك لا يعد المركز مركزا تحكيميا الهدف منه فقط الفصل في المنازعات ،و إنما يعد مؤسسة دولية تهدف إلى إشاعة جو من الثقة ليس فقط على مستوى طرفي الاستثمار ، ولكن أيضا على مسار العلاقات الدولية [2].

وسنعرض في هذا المطلب إلى الغرض من إنشاء اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار و كذا الخصائص المميزة لها ، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الغرض من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

الفرع الثاني: خصائص اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

الفرع الأول: الغرض من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يتمثل الغرض من إنشاء اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في النهوض بالتنمية الاقتصادية من خلال توفير مناخ استثماري ملائم ، حيث يعد إنشاء نظام فعال لتسوية منازعات الاستثمار عنصرا هاما من عناصر تحسين مناخ الاستثمار، ولتحقيق هذا الغرض تعمل الاتفاقية على الموازنة والتوفيق بين مصالح كل من المستثمر والدولة المضيفة.

[1]-أنظر التقرير المنشور عبر شبكة الأنترنت،أطلع عليه بتارخ 2011/04/26:

http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/2003-ICSID-ar-en.pdf

[2] -أنظر: د.طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية،مرجع سابق ،2008،ص 534.

أولا- التنمية الاقتصادية .

إن الهدف الأساسي من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو النهوض بالتنمية الاقتصادية ، حيث صممت بغرض تسهيل الاستثمار الدولي الخاص من خلال توفير مناخ استثماري مواتي ويتضح ذلك من خلال مقدمة الاتفاقية التي ورد فيها ما يلي: " إن الدول المتعاقدة إذ تقدر ضرورة التعاون الدولي من أجل التنمية الاقتصادية ، و الدور الذي تلعبه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال..." [1].

ثانيا- تشجيع الاستثمار.

يعد إنشاء نظام فعال لتسوية منازعات الاستثمار عنصرا هاما من عناصر تحسين مناخ الاستثمار ويتضح الربط ما بين التسوية المنظمة لمنازعات الاستثمار وتشجيع الاستثمار وكذلك التنمية الاقتصادية في التقرير المقدم من قبل المديرين التنفيذيين بالبنك الدولي، وعلى وجه الخصوص في البندين التاليين: " 9- إن المديرين التنفيذيين وهم يقدمون الاتفاقية المرفقة للحكومات، فإنهم مدفوعون بالرغبة في تقوية الشراكة بين الدول من أجل التنمية الاقتصادية وإنشاء مؤسسة تهدف إلى تسوية منازعات الاستثمار، يمكن أن تكون خطوة هامة على طريق خلق مناخ أساسه الثقة المتبادلة، وبالتالي تشجيع الاستثمار في الدول التي تسعى لجذبه إليها ... 12- إن الالتزام من قبل دولة ما بالاتفاقية يز يد من فرص الاستثمار في أراضيها، وهذا هو الهدف الأساسي للاتفاقية "[2] .

---

[1] - أنظر المرسوم الرئاسي رقم95- 346 ، المؤرخ في6 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، المنشور بالجريدة الرسمية رقم95/66 ،ص 24 .

[2]-أنظر:

Disputes Settlment International Center for Settlement of InvestmentDisputes,2.1Overview,United Nations Conference on Trade and Development,UN ,New York Geneva ,2003 ,p.11.

ثالثا- الموازنة بين مصالح المستثمر والدولة المضيفة .

تعمل اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في صالح كل من المستثمر والدولة المضيفة، حيث يعمل تحكيم المركز على إيجاد التوازن بين مصالح الأطراف[1] ، من خلال توفير العديد من المزايا للمستثمر وكذلك للدولة المضيفة ، فقد حرص واضعوا الاتفاقية على التأكيد بأن الهدف الأساسي من نظام المركز يتمثل في بذل العناية الدقيقة للتوفيق بين مصالح المستثمرين وكذلك الدول المضيفة للاستثمار[2] حيث يؤكد تقرير المديرين التنفيذيين على مبدأ الموازنة بين المصالح في البند 13 الذي ينص على أنه: " إذا كان الهدف من الاتفاقية تشجيع الاستثمار الدولي الخاص، فإن بنود الاتفاقية تحفظ في نفس الوقت توازنا ما بين مصالح المستثمرين ومصالح الدول المضيفة ،هذا فضلا عن أن الاتفاقية تسمح بأن يبدأ أي من الطرفين إجراءات التقاضي "[3].

فيوفرتحكيم المركز الدولي للمستثمر فرصة مباشرة للتمتع بمزايا التحكيم إذا ما نشب نزاع بينه وبين الدولة المضيفة ، ومما لا شك فيه أن إمكانية اللجوء إلى التحكيم تعتبر عنصرا هاما من عناصر الأمان القانوني القضائي الحساس بالنسبة لاتخاذ قرار الاستثمار، خصوصا وأن التحكيم من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي قلما يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب.

كما أن أهمية تحكيم المركز الدولي بالنسبة للدولة المضيفة هي مزدوجة ، حيث يوفر لها مناخا استثماريا جيدا وبالتالي مزيدا من الاستثمارات من ناحية ،كما أن الموافقة على تحكيم المركز تحمي الدولة من أي أشكال تحكيمية دولية أخرى، وتمثل بالتالي درعا واقيا ضد الحماية الدبلوماسية التي قد تلجأ إليها دولة المستثمر من ناحية أخرى.

---

[1] -أنظر: د.طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية، مرجع سابق،ص 538.

[2] -أنظر:

Toope(S.J.)MMixed International Arbitration(Studies in Arbitration between State and Private Persons,CAMBRIDGE,Grotius Publications Limited,1990,p.219.

[3] -أنظر:

Disputes Settlment International Center for Settlement of InvestmentDisputes,2.1Overview,Op.Cit,p.12.

الفرع الثاني: خصائص اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يمثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حالة خاصة وسط الكثير من مؤمسات ومراكز التحكيم التي تطبق وتنفذ مجموعة معينة من القواعد لتسيير إجراءات التحكيم والتوفيق[1]، ويرجع ذلك إلى كون هذا المركزيمثل مؤسسة دولية حقيقية أنشأت بموجب اتفاقية دولية متعددة الأطراف لخلق نظام لا يعمل إلا في مجال تسوية منازعات الاستثمار بين السلطات الحكومية في الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي المنتمي لدولة تعتبر طرفا في اتفاقية إنشاء المركز، و فيما يلي عرض لأهم الملامح المميزة لعمل هذا المركز:

أولا- اختيار طرق تسوية النزاع .

توفر اتفاقية إنشاء المركز أمام الأطراف طريقتين لتسوية النزاع هما التوفيق والتحكيم ، حيث تنص المادة الأولى الفقرة الثانية على أن مهام المركزهي " توفير طريقي التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ، التي تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية ورعاي الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية، طبقا لأحكام الاتفاقية الحالية ".

ويعتبر التوفيق كطريقة لتسوية النزاع أقل رسمية وأكثر مرونة من التحكيم، إذ يهدف إلى مساعدة الطرفين من أجل الوصول إلى تسوية متفق عليها، حيث ينتهي التوفيق بتقرير يقترح حلا، ولكن هذا الحل لا يكون ملزما، ولهذا فإن هذه الطريقة تعتمد في الأساس على رغبة الطرفين في استمرار التعاون والعمل المشترك، أما التحكيم فيعتبر طريقة تسوية أكثر رسمية على الرغم من وجود عدد ليس بقليل من حالات التحكيم التي انتهت بتسوية ودية قبل صدور الحكم ، وإذا لم يتم التوصل إلى تلك التسوية فإن النتيجة تتمثل بصدور حكم ملزم للطرفين، لذلك يفضل من الناحية العملية اللجوء إلى التحكيم بدلا من التوفيق، إذ أن الغالبية العظمى من القضايا التي تم رفعها إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كان التحكيم هو الفاصل فها، فالحقيقة أن التوفيق في ظل المركز نادر جدا[2]، ويرجع هذا بعض الشيء لحقيقة أنه في حالة الاختيار بين هاتين الطريقتين فإن الاختيار يكون في يد الطرف البادئ في إجراءات التقاضي، وكقاعدة معروفة فإنه من المفيد والحكمة أن تكرس الجهود والتكاليف للطريقة التي تنتهي في النهاية بحكم ملزم .

---

[1] -أنظر:

El.Kosheri (A.S), Riad (T.F) The Settlement of International Investment Disputes,Op.Cit,p.36.

[2] -أنظر:

News from International Center for Settlement of InvestmentDisputes,vol20,N2,2003,p.2.

ثانيا- التخصص في منازعات الاستثمار .

تتخصص الاتفاقية في تسوية منازعات الاستثمار، ولهذا فإن ظهور نزاع ناجم عن استثمار أو نشاط استثماري يعتبر شرطا ضروريا لتطبيق الولاية القضائية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وعلى الرغم من ذلك فلا تحتوي نصوص الاتفاقية على مفهوم محدد للاستثمار.

وتشتمل العديد من المعاهدات الثنائية والمتعددة الأطراف على تعريفات للاستثمار، ولكن هذه التعريفات لا تحسم بالضرورة المعنى الخاص بالاستثمار بموجب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فعلى سبيل المثال إذا كانت هناك بعض المعاهدات تشمل الحق في الاستثمار، فإن اتفاقية المركز لا تسري إلا عند حدوث استثمار فعلي.

وتكشف الممارسة العملية عن أن مفهوم الاستثمار هو مفهوم واسع حيث ينظر إلى عدد متنوع من الأنشطة في عدد كبير من المجالات الاقتصادية على أنها استثمار، وبالإضافة إلى إدراج هذه الأ نشطة فإن المفهوم يتسع أيضا ليشمل الصكوك المالية كشراء سندات حكومية ومنح القروض[1].

ومن المعايير الهامة في تحديد مفهوم الاستثمار أن تستغرق الأ نشطة والعمليات مدة زمنية معينة انتظام الربح والعائد،وجود مخاطرة اقتصادية ، التزام واضح بتنمية الدولة المضيفة، ملاءمة المشروع الاستثماري لأهداف التنمية[2].

[1] -أنظر:

Disputes Settlment International Center for Settlement of InvestmentDisputes,2.1Overview,Op.Cit,p.14.

[2] -أنظر:

Disputes Settlment International Center for Settlement of InvestmentDisputes,2.1Overview,Op.Cit,p.14.

ثالثا- القانون الواجب التطبيق .

لا تتضمن اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قواعد موضوعية لحل النزاع فهي توفر فقط قواعد إجراءات لتسوية المنازعات.

ولقد لعبت مسائل اختيار القانون دورا هاما في ممارسات هيئات التحكيم، فتطبيق النظام القانوني الصحيح هو مطلب أساسي لإصدار حكم تحكيمي شرعي، والفشل في تطبيق القانون الصحيح والمناسب يعد إفراطا في استعمال السلطة وقد يؤدي إلى إبطال الحكم الصادر.

وقد أوجبت الاتفاقية على هيئات تحكيم المركز الفصل في النزاع المطروح أمامها بما يتفق مع قواعد القانون المتفق عليها بين الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق يقومون بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار بالإضافة إلى القواعد المناسبة في القانون الدولي[1].

وعند تطبيق القانون الدولي فإن هيئات التحكيم تطبق المعاهدات (خاصة معاهدات الاستثمار ثنائية الأطراف)، وكذلك القانون الدولي العرفي، هذا فضلا عن الدور البارز الذي تلعبه المبادىء العامة للقانون والممارسات القضائية ، خاصة منها تلك الصادرة عن هيئات تحكيم المركز السابقة [2].

ولقد لعبت العلاقة ما بين القانون الوطني والقانون الدولي دورا هاما في قضايا المركز، فهيئات تحكيم المركز رأت أنه في حالة إمكانية تطبيق القانونين فإن الأولوية تكون للقانون الوطني للدولة المضيفة في حين يكون القانون الدولي قانونا إضافيا أو تصحيحيا [3]، كما تستطيع هيئة التحكيم تطبيق مبادئ العدل والإنصاف بدلا من القانون وذلك في حالة موافقة الأطراف على ذلك.

---

[1] -أنظر: د.صلاح الدين جمال الدين محمد ،نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة1/24من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار، مرجع سابق ، ص183.

[2] -أنظر:

Disputes Settlment International Center for Settlement of InvestmentDisputes,2.6 Applicable Law, United Nations Conference on Trade and Development,United Nationsm,New York and Geneva,2003,p.19.

[3] -أنظر:

Disputes Settlment International Center for Settlement of InvestmentDisputes,2.6 Applicable Law,Op.Cit,p.23.

رابعا- أطراف التقاضي .

تتسم إجراءات التقاضي بموجب الاتفاقية بكونها دائما مختلطة ، حيث أن أحد الطرفين لا بد وأن يكون دولة مضيفة وطرف في الاتفاقية أما الطرف الآخر فهو مستثمر أجنبي ينتمي لدولة أخرى هي طرف في الاتفاقية ، ويجوز لأي من الطرفين أن يبدأ في إجراءات التقاضي.

ويشترط لسريان أحكام الاتفاقية أن تكون كل من الدولة المضيفة وكذلك الدولة التي ينتمي إليها المستثمر قد صدقتا على الاتفاقية ، وإذا ما كانت إحدى هاتين الدولتين غير طرف في الاتفاقية فإن الاتفاقية لا تسري ، ولكن يمكن حينئذ التقاضي بموجب قواعد التسهيلات الإضافية، ففي سبيل زيادة فاعلية المركز وتوسيع اختصاصه، وضع المجلس الإداري للمركز في27سبتمبر1978 مجموعة من القواعد عرفت باسم قواعد التسهيلات الإضافية Additional Facility Rules، والتي بموجبها أصبحت سكرتارية المركز مفوضة لأن تدير إجراءات معينة بشأن تسوية نزاع يقع خارج نطاق اختصاص المركز لعدم توافر شروط المادة25 من الاتفاقية فيه[1] .

ويجوز للدول أن تفوض جهات فرعية أو وكالات تابعة لها لأن تصبح طرفا في إجراءات التقاضي بالنيابة عنها، ويمكن أن يكون المستثمر الأجنبي شخصا طبيعيا أو اعتباريا ولكن في هذه الحالة يجب أن يكون شركة خاصة، وكلا النوعين من الأشخاص لا بد و أن يستوفي متطلبات وشروط الجنسية الواردة في الاتفاقية، ويشترط أن يكون المستثمر الأجنبي من غير مواطني الدولة الطرف في النزاع ،ويستثنى من ذلك الشخص المعنوي الذي يحمل جنسية الدولة الطرف في النزاع إذا اتفق على معاملته معاملة " المستثمر الأجنبي وذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه" [2].

---

[1] -أنظرقواعد التسهيلات الإضافية منشورة على شبكة الإنترنت، أطلع عليه بتاريخ 2011/05/02:

http://www.worldbank.org/icsid/facility-archive/1.htm

[2]-أنظر: د.بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص455 .

خامسا- قبول الولاية القضا ئية للمركز .

إن المشاركة في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا تعني الخضوع للولاية القضائية للمركز، فلكي ينعقد الاختصاص للمركز لا بد وأن يقدم كل من الطرفين موافقته الكتابية على الخضوع لاختصاص المركز.

ويتسم قبول الطرفين على الخضوع لتحكيم المركز بالالزام ، حيث أنه بمجرد إعلان الطرفين قبول الخضوع لتحكيم المركز كتابيا فإنه لا يمكن الرجوع فيه من طرف واحد، ولا يجوز لأي طرف أن يفصل بنفسه في مسألة ما إذا كان قدم القبول أم لا بل أن هيئة التحكيم هي تتولى الفصل في هذه المسألة .

وقد يخضع القبول لعدد من الشروط، فيجوز مثلا للدولة المضيفة أن تقدم للمركز قبولا يتعلق بنزاعات معينة دون غيرها، كتلك المتعلقة بالمطالبة بتعويضات المصادرة [1].

سادسا- الدعم المؤسساتي .

يوفر المركزالدولي لتسوية منازعات الاستثمارالوسائل و الدعم المؤسساتي الهام واللازم لإجراءات التوفيق أو التحكيم التي تجري في ظله[2] .

ومن أبرز مظاهره تحتفظ الأمانة العامة للمركز بقائمة بأسماء الدول الأعضاء في الاتفاقية، حيث تحتوي هذه القائمة على المعلومات المتعلقة بمشاركة جميع هذه الدول، كما يحتفظ المركز لنفسه بقائمة من الموفقين وأخرى من المحكمين،حيث يجوز لكل دولة متعاقدة أن تقوم بتعيين أربعة أشخاص في كل قائمة ويكون هؤلاء الأشخاص من جنسية الدولة المتعاقدة، كما يجوز أن يكونوا من جنسية أية دولة أخرى، كما يمكن لرئيس المجلس الإداري أن يقوم بتعيين عشرة أشخاص في كل قائمة على أن يكون هؤلاء من جنسيات مختلفة[3] كذلك تحتفظ الأمانة بسجل بجميع طلبات التحكيم يحتوي على جميع التطورات الإجرائية الهامة، وأرشيف يحتوي على جميع النصوص الأصلية والوثائق المرتبطة بأية قضية.

---

[1]-أ نظر:

Disputes Settlment International Center for Settlement of InvestmentDisputes,2.1Overview,Op.Cit,p.16.

[2]- أنظر: د.طه علي قاسم ، تسوية المنازعات الإقتصادية،مرجع سابق،ص403 .

[3]-أنظر المادة 13 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، المنشورة بالجريدة الرسمية للجمهورة الجزائرية رقم95/66 ،ص26 .

كما يوفر السكريتير العام والعاملين بأمانة المركز الدعم المادي الكافي لإجراءات التحكيم،و يتخذ هذا الدعم صورة تحديد مكان الاجتماعات في المركز أو في مكان أخر، فضلا عن تقديم مساعدات أخرى كالترجمة والترجمة الفورية و النسخ، كما يعين السكرتير العام واحدا من ذوي الخبرة في المركز ليكون سكرتيرا لكل هيئة تحكيم،وليكون مسئولا عن التحضير للمرافعات و الجلسات و الاحتفاظ بمحاضرها وإعداد مسودات الأوامرالإجرائية، والقيام بدور قناة الاتصال بين الأطراف و المحكمين.

ضف إلى ذلك يحدد السكرتير العام للمركز المبالغ المستحقة للمركز ويتشاور مع هيئة التحكيم لتحديد المصروفات والرسوم، كما يحدد أتعاب المحكمين ، ويتلقى المبالغ من الأطراف مسبقا ويجهزها دائما للإنفاق.

سابعا- خاصية الاحتواء الذاتي واستقلالية إجراءات التحكيم .

تتميز إجراءات التقاضي أو التحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثماربمراحلها الثلاث[1] بخاصية الاحتواء الذاتي ،أي أنها لا تتطلب أي تدخل من أية جهة خارجية وبالتحديد لا تتمتع المحاكم الوطنية بسلطة ما تفرضها على إجراءات التقاضي أو التحكيم الخاصة بالاتفاقية باستثناء سلطة إصدار إجراءات تحفظية إذا ما اتفق الآطراف على ذلك، ومن غير المسموح به أن تقوم محكمة وطنية بإبطال أو مراجعة الحكم الذي أصدرته هيئة التحكيم، مما يترتب عليه أن مكان التحكيم لا تكون له أية عواقب قانونية عملية بموجب الإتفاقية.

كما تتميز إجراءات التحكيم بالدقة والحياد والموضوعية مما يبعث على الإطمئنان والثقة لدى الأطراف[2]،كما تتميزبعدم التأثر بمحاولة أحد الأطراف تعطيل هذه الإجراءات، حيث توفر الاتفاقية نظاما مرنا يسمح باستمرارية هذه الإجراءات، فيقوم المركز بتسمية المحكمين في حالة عدم قيام الأطراف بذلك كما أن عدم تسليم المذكرات من قبل أي من الطرفين أو عدم حضور الجلسات لن يوقف الإجراءات، أي أن عدم التعاون من قبل أحد الطرفين لن يؤثر في القوة الملزمة للحكم ولا في قابليته للتنفيذ.

[1]- أنظر: د.طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية، مرجع سابق،ص 461.

[2] -أنظر المرجع السابق،ص 462.

ثامنا- فاعلية التنظيم .

يتميز نظام التحكيم بموجب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بأنه على درجة كبير من الفاعلية، ويرجع ذلك إلى عدد من العوامل من أهمها أن الأحكام الصادرة ملزمة االأطراف[1]،حيث تعتبر الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم المركز ملزمة ونهائية[2]، فلا يمكن الطعن فيها بالاستئناف أو بأي طريق آخر للطعن إلا في حدود ما ورد في هذه الاتفاقية، ويجب على كل دولة أن تحترم الحكم وتنفذه،وإلا أعتبر ذلك انتهاكا للاتفاقية وقد يؤدي إلى إنعاش حق الحماية الدبلوماسية من جانب الدولة التي يتبعها المستثمر بجنسيته.

إلى جانب ذلك فإن الاتفاقية تضمن تنفيذ ما يصدر عن هيئات تحكيم المركز من أحكام ، حيث تلتزم جميع الدول الأطراف في الاتفاقية بالاعتراف بأحكام التحكيم التي تصدر في نطاق الاتفاقية على اعتبار أنها أحكام ملزمة ، وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الآثار المالية التي يرتبها الحكم كما هو الحال بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية للدولة، ولا تتمتع المحاكم الوطنية بسلطة مراجعة الأحكام أثناء تنفيذها، إلا أنه في حالة إصدار حكم ملزم ضد الدولة الطرف فإن القواعد المعروفة والخاصة بالحصانة ضد التنفيذ لن تسري على الأصول المرتبطة بتأدية الدولة لمهامها العامة.

كما أن نظام تسوية منازعات الاستثمار بموجب اتفاقية إنشاء المركز يتمتع بتأثير فعال حتى ولو لم يتم استخدامه، إذ أن مجرد وجود مثل هذا النظام من شأنه أن يؤثر على سلوك الأطراف فيما يتعلق باحتمال ظهور النزاعات، فلهذا النظام ما يشبه التأثير المقيد للطرفين ، فكلاهما سيحاول تجنب القيام بأي أعمال تدفعه في النهاية إلى الدخول في تحكيم قد لا يكون في صالحه ، فضلا عن أن إمكانية التقاضي تزيد من رغبة الأطراف في التسوية الودية.

---

[1]- أنظر: د.طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية، مرجع سابق،ص 462.

[2]-أنظر: د.حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،القاهرة 2001،ص266.

المطلب الثاني: التحكيم بدون اتفاق في منازعات عقود الاستثمار.

يعتبر التحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أكثر الخدمات استخداما من بين الخدمات التي يقدمها المركز.

وكما هو الحال بالنسبة لأشكال التحكيم الدولي الأخرى، فإنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بموجب اتفاقية المركز إذا لم يوافق الطرفان كتابيا على ذلك، حيث رسمت المادة 1/25من اتفاقية واشنطن حدود اختصاص المركز الذي أنشأته بتسوية المنازعات التي تثور بين الدول ورعايا الدول الأخرى، فنصت على أنه: " يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة و أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى ، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز ".

وهذه السمة الاختيارية إنما تتجسد إما في صورة شرط تحكيم يرد ضمن بنود عقد الاستثمار، أو في صورة مشارطة تحكيم تتخذ شكل اتفاق مكتوب مستقل عن العقد الأصلي يتفق بمقتضاه الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم وفق قواعد المركز، بمعنى أنه إذا ما رغب الأطراف في حسم منازعاتهم عن طريق التحكيم ، فمن المألوف أن يضمنوا عقدهم بندا يلخصون فيه اتجاه إرادتهم إلى حل منازعاتهم التي قد يثيرها العقد بطريق التحكيم ويسمى شرط التحكيم، أو يبرموا عقدا مستقلا بالإضافة إلى العقد الأصلي ويسمى مشارطة التحكيم[1]، حيث يعتبر هذان العنصران كما يرى البعض بحق الأساس الذي يستند إليه تصور التحكيم[2].

[1]-أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق،ص86.

[2] -أنظر:

El.Kosheri (A.S), Riad (T.F) The Settlement of International Investment Disputes,Op.Cit,p.38.

وعلى هذا النحو فإنه لا يكفي للدولة الطرف في العقد أن تكون عضوا في الاتفاقية وأن يكون المستثمر من رعايا دولة أخرى عضو في الاتفاقية حتى يكون لهيئة التحكيم المشكلة وفقا لقواعد المركز الإختصاص الكامل بنظر النزاع ، بل يجب أن تكون هناك موافقة كتابية إضافية من كل من الدولة المتعاقدة والمستثمر الأجنبي ، حيث يعد توافر هذين الشرطين ضروريا لمنح الاختصاص لهيئة التحكيم المشكلة طبقا لقواعد المركز.

وجدير بالذكر أنه خلال العقدين الأوليين من حياة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كان تحكيم المركز ملتزما بهذا الأساس لعقد الاختصاص لهيئات تحكيم المركز، أي أنه كان يتطلب وجود شرط أومشارطة تحكيم بالمفهوم التقليدي المتعارف عليه[1].

إلا أنه لوحظ في السنوات الأخيرة اتجاه هذه الهيئات إلى التوسع في تفسير السمة الاختيارية التي نصت عليها المادة 1/25 من الاتفاقية ، حيث اكتفت تلك الهيئات لتقرير اختصاصها في نظر هذه القضايا بوجود نص يشير إلى تحكيم المركز إما في تشريع وطني للاستثمار في الدولة المضيفة أو في اتفاقية للاستثمار سواء ثنائية أم متعددة، وذلك إذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى طلب التحكيم أمام المركز وذلك استنادا إلى أن التراضي غير معدوم في هذه الحالة ، لأن الدولة حين نصت في تشريعها الوطني أو في اتفاقية الاستثمار على إحالة نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب إلى تحكيم المركز فإنها تكون قد أعطت موافقتها ورضاها مرة واحدة في قبول التحكيم ، فإذا وافق المستثمر على اختصاص مركز تحكيم واشنطن المعروض بشكل دائم يكون قد حصل التلاقي بين العرض والقبول ، لأن المستثمر في دعواه يعلن قبول عرض الدولة المضيفة الوارد في تشريعها الوطني أو اتفاقية حماية الاستثمار فيكون التراضي قد تم، وذلك استنادا إلى أن تقرير المديرين التنفيذيين يرى أن الاتفاقية لا تفرض أن يتم التراضي في عمل قانوني واحد لكي ينعقد الاختصاص للمركز بنظر النزاع، حيث يمكن للدولة أن تعطي موافقتها إما في شكل نص قانوني يرد في تشريعاتها الداخلية تعلن فيه عن قبولها اختصاص المركز في نظر المنازعات التي تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي أو في شكل اتفاقية دولية للاستثمار تبرمها مع الدول الأخرى، فإذا قبل المستثمر هذا العرض خطيا فإن التوافق والتراضي يكونان قد تما[2].

---

[1] -أنظر:

El.Kosheri (A.S), Riad (T.F) The Settlement of International Investment Disputes,Op.Cit ,p.38.

[2] -أنظر:

Parra(A.R.) :ICSID and Bilateral Investment Traties ,ICSID News,vol 17,No1,2000,p.7.

وهكذا فقد اتجهت هيئات تحكيم المركز في الأونة الأخيرة إلى أنه بموجب هذه البنود الواردة في قوانين الاستثمار واتفاقيات الاستثمار الثنائية ومتعددة الأطراف فإنه يمكن إعطاء الموافقة على التحكيم بوجه عام من خلال البدء في إجراءات التحكيم ضد الدولة المضيفة.

ومع تزايد أعداد هذه الأشكال من الموافقة على تحكيم المركز ظهر شكل القبول المتبادل إلى حيز الوجود بشكل جديد خارج عن المفاهيم التعاقدية حيث يطلق البعض على تلك الظاهرة التحكيم بدون اتفاق[1] Arbitration Without Privity أوالتحكيم الإلزامي الدولي[2].

وعليه سيتم دراسة هذا المطلب وفقا لثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول:التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بناء على تشريعات الاستثمارالوطنية.

الفرع الثاني:التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بناء على اتفاقيات الاستثمارالثنائية.

الفرع الثالث:التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بناء على اتفاقيات الاستثمارالمتعددة الأطراف.

[1] -أنظر:

Parra(A.R.) : International Center for Settlement of InvestmentDisputes and Bilateral Investment Treaties,Op.Cit p.7.

[2]-أنظر: د.عبدالحميد الأحدب ، التحكيم الإلزامي الدولي،مجلة التحكيم العربي،العدد الخامس،يناير2002،ص63.

الفرع الأول: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بناء على تشريعات الاستثمارالوطنية .

حتى وإن كان رضاء الأطراف شرطا ضروريا لإنعقاد الإختصاص للمركز [1]، فلقدأوضح التقرير الصادر عن المديرين التنفيذيين بالبنك الدولي ، فإنه ليس بالضرورة أن تكون موافقة الأطراف على اللجوء لتحكيم المركز معبرا عنها في وثيقة واحدة، واقترحوا بديلا لذلك إمكانية أن تعرض الدولة المضيفة في تشريعاتها الداخلية، وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار إمكانية إخضاع المنازعات الناشئة بينها وبين المستثمرين الأجانب إلى تحكيم المركز، ويمكن للمستثمر أن يوافق على ذلك بإعلان الموافقة على العرض كتابيا بتقديمه طلبا للتحكيم أمام المركز.

ومنذ إبرام اتفاقية واشنطن عام 1965 ، فقد اتبعت العديد من الدول هذا الاقتراح ، حيث أدرجت أكثر من ثلاثين دولة في تشريعاتها الداخلية للاستثمار بنودا تشتمل على تلك العروض أو الموافقات على إخضاع النزاع مع المستثمرين الأجانب إلى تحكيم المركز، وذلك بغرض جذب الاستثمارات الأجنبية من خلال توفير ضمانة إضافية للمستثمرين الأجانب[2].

وقد تتضمن هذه التشريعات بنودا تشير بشكل صريح إلى أن النزاع ما بين الأطراف على تفسير أو تطبيق قانون الاستثمار ذو الصلة لا بد وأن يخضع للتحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز، أو لقواعد التسهيلات الإضافية التابعة للمركز إذا كان أحد الطرفين فقط دولة متعاقدة في المركز، فعلى سبيل المثال تنص المادة الثامنة من الاتفاق المبرم بين الجزائر وايطاليا عام 1991 [3]على عرض النزاع أمام المركز قصد تطبيق اجراءات التوفيق والتحكيم ، المشار اليها في اتفاقية واشنطن 1965 .

---

[1]- أنظر.د.طه أحمد علي قاسم.تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية، مرجع سابق،ص467 .

[2]-أنظر: د.بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص462 .

[3]-أنظر المرسوم الرئاسي رقم 91-346 مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1412 الموافق 05 أكتوبر سنة1991 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية الديموقراطية الشعبية ، والجمهورية الايطالية ،حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، المنشور بالجريدة الرسمية رقم1991/46 ،ص 12.

كما قد تتضمن هذه التشريعات نصوصا تشير إلى اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار باعتبارها إحدى الوسائل المشروعة لتسوية النزاعات الاستثمارية، والبدائل المعروضة قد تشمل إجراءات صريحة متفق عليها بين الأطراف أو إجراءات نصت عليها معاهدة ثنائية أو اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية أو التحكيم الخاص ، ومن أمثلة تلك البنود يمكن أن نشير إلى نص المادة 30من قانون الاستثمار الأجنبي في كوت ديفوار لسنة 1988،ونص المادة 10 من قانون الاستثمار في جمهورية أفريقيا الوسطى لسنة 1984 وأيضا نص المادة 7/ 2(د) من قانون الاستثمار الموريتاني لسنة 1989[1].

وهناك بنود ليست واضحة، ولكن يمكن الاستدلال منها على قبول الدولة لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كأن تتضمن القوانين الوطنية النص على أن المستثمر الأجنبي من حقه أن يطلب عرض النزاع على عدد من الجهات من بينها تحكيم المركز، مثل نص المادة 1/45 من قانون الاستثمار الكاميروني لسنة 1990، أو أن من حق أي طرف من أطراف النزاع تحويل النزاع إلى واحد من عدد من المؤسسات من بينها المركز الدولي، مثل نص المادة 2/27 من قانون الاستثمار الكزخستاني لسنة 1995، أو أن النزاع سوف تتم تسويته بواحدة من هذه الطرق ، مثل نص المادة19 من قانون الاستثمار الصومالي لسنة 1987[2].

وقد استندت هيئات تحكيم المركز إلى هذه النصوص من أجل بسط اختصاصها بفض منازعات الاستثمار التي تنشأ بين هذه الدول والمستثمرين الأجانب ، حيث بررت ذلك بأن مثل هذا النص يمثل ايجابا من جانب الدولة المضيفة للاستثمار يتكون منه الرضاء باختصاص المركز إذا ما أعلن المستثمر الأجنبي عن رغبته في الاستفادة من هذا الشرط ، ولقد سجل المركز في نهاية السنة المالية 2003 ثلاث قضايا جديدة بدون اتفاق تحكيمي استنادا إلى تشريعات الاستثمار الوطنية.

---

[1] -أنظر:

Disputes Settlment International Center for Settlement of InvestmentDisputes,2.3Consent to Arbitration, United Nations Conference on Trade and Development,UN ,New York Geneva,2003,p11.

[2] -أنظر:

Disputes Settlment International Center for Settlement of InvestmentDisputes,2.3Consent to Arbitration, Op.Cit,p.11

وقد أتيحت الفرصة للمركز لإتباع هذا الأسلوب في جلب الاختصاص لهيئات تحكيم المركز لأول مرة في قضية هضبة الأهرام[1]، والتي تمثل مرحلة جديدة في حياة المركز الدولي لمنازعات الاستثمار .

فقد تقدمت شركة Southren Pacifi Properties Limited بطلب للتحكيم أمام المركز الدولي لمنازعات الاستثمار ليتولى حل نزاعها مع الحكومة المصرية بغرض إلزامها بدفع التعويض نتيجة لقيامها بإلغاء مشروع هضبة الأهرام.

وقد استند طلب التحكيم إلى المادة الثامنة من قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974 والتي تنص على أنه: " تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمرأو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصرالعربية ودولة المستثمرأو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971 في الأحوال التي تسري فيها ".

وقد دفعت مصر بأن الفقرة المتعلقة باتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار غير كافية بذاتها بمعنى أنه لا بد من وجود اتفاق مستقل مع المستثمر. حيث ترى أن القانون رقم 43 سنة 1974 هو قانون غامض وغير صريح فيما يتعلق بقبول التحكيم بموجب اتفاقية المركز، والهدف من المادة فقط هو التنويه إلى أن تحكيم المركز يعتبر واحدا من عدة طرق أخرى يمكن الاحتكام إليها بعد الاتفاق مع الحكومة المصرية

وقد رفضت هيئة التحكيم فكرة أن المادة الثامنة لا تعني شيئا سوى التلميح برغبة مصر المبدئية في التفاوض على اتفاق قبول، إذ لا يوجد في التشريع ما يلزم بوجود مظهر أو شكل إضافي للقبول بتحكيم المركز، وأعلنت أنه: "على أساس الاعتبارات السابقة،فإن الهيئة ترى أن المادة الثامنة من القانون رقم 43 تضع عددا من الإجراءات الملزمة لفض النزاع ،وتمثل قبولا كتابيا صريحا بتحكيم المركز، وذلك حسبما ورد في اتفاقية واشنطن فيما يتعلق بتلك الحالات التي لم يتم الاتفاق فيها على طريقة محددة لتسوية النزاع أو التي لا يوجد بشأنها معاهدة ثنائية ملزمة ، ونظرا لأن الطرفين المتنازعين لم يتفقا على وسيلة محددة لفض النزاع كما لم تبرم بينهما أية اتفاقيات ثنائية ، فإن الهيئة ترى أن المادة 8من قانون رقم43 كافية لاثبات مشروعية الإحالة إلى المركز لتسوية النزاع "[2].

---

[1]-أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق،ص105 وما بعدها.

[2]-أنظر: أ.د/حفيظة السيد الحداد ،الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق،ص257.

الفرع الثاني: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بناء على اتفاقيات الاستثمار الثنائية(BITS) .

يهدف تقديم الضمانات القانونية للاستثمار عبر الحدود، فقد تزايد في الآونة الأخيرة إبرام اتفاقيات الاستثمارالثنائية، فمعظم البلدان المضيفة تفعل ذلك لاجتذاب الاستثمار الأجنبي المباشر، في حين أن معظم بلدان المنشأ تعمد أساسا لإبرام هذه الاتفاقيات لجعل الإطار التنظيمي للاستثمار الأجنبي المباشر في الدول المضيفة له أكثر شفافية واستقرارا وأمنا وقابلية للتنبؤ ولتقليل العوائق التي قد تعترض سبل تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر في المستقبل[1].

ويرجع تاريخ أول اتفاقية من هذا النوع إلى عام 1959،وقد تم إبرامها بين ألمانيا و باكستان[2] وتهدف هذه الاتفاقيات بشكل أساسي إلى وضع نظام شامل لجميع الموضوعات الخاصة بالاستثمار حيث تتضمن شروط هذه الاتفاقيات على سبيل المثال عدم التمييز في المعاملة، وحظر الحصص المتعلقة بالاستيراد والتصدير، ومبدأ عدم التدخل في العلاقات التعاقدية، والسماح بإعادة الدخل إلى دولة المستثمر بالعملة المحولة، وكذلك الحق في الحماية والضمان الكاملين، والسماح بالتعويض السريع والكافي والفعال في حالة صدور قرارات بتأميم أو نزع الملكية للمنفعة العامة. .ألخ.

---

[1] -أنظر:

World Investment R eport 2003 , FDI Policies for Development :National and International Perspectives(Overview) : United Nations Conference on Trade and Development, United Nations ,New York and Geneva,2003,p15.

هذا التقرير منشور على شبكة الإنترنت أطلع عليه بتاريخ 2011/1705:

http://www.unctad.org/en/docs//wir2003overview-en pdf

[2] -أنظر:

Parra (A.R.) : International Center for Settlement of InvestmentDisputes and Bilateral Investment Treaties,Op. Cit,p.7.

ومع نهاية عقد الستينيات من القرن العشرين فقد تم توقيع 65 اتفاقية مماثلة، وقد اشتملت غالبية هذه الاتفاقيات على التسوية التحكيمية للنزاعات بين الدول الأطراف، في حين لم تشتمل على بنود تنص على تسوية النزاعات التي يمكن أن تثور بين إحدى الدولتين المتعاقدتين ومواطني أو شركات الدولة المتعاقدة الأخرى[1].

إلا أنه بعد توقيع اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارفقد بدأت تكثر الإشارة إليها في اتفاقيات الاستثمار الثنائية ، استنادا إلى أنه قد ورد في تقرير المديرين التنفيذيين للبنك الدولي المصاحب لإنشاء الاتفاقية أن التراضي يمكن أن يتم على سبيل المثال في اتفاقيات للاستثمار تحيل الخلافات التي تنشأ بين دولة طرف في الاتفاقية ومواطني دولة طرف أخرى إلى المركز الدولي.

وقد شهد عام 1969إبرام أول اتفاقية استثمار ثنائية تشتمل على القبول من جانب كل دولة طرف على إخضاع المنازعات مع مواطني الدولة الطرف الأخرى لقضاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار،وقد أبرمتها الحكومة الإيطالية مع دولة تشاد في شهر يونيو من عام 1969[2].

ثم جاء العقد الأخير من القرن العشرين ليشهد زيادة هائلة في أعداد هذه الاتفاقيات الثنائية ، حيث لا تكاد توجد دولة من دول العالم سواء أكانت متقدمة أم نامية إلا وتعد طرفا في اتفاقية أو أكثر من هذه الاتفاقيات، ففي عام 2002 وحده أبرمت 76 دولة 82 اتفاقية استثمار ثنائية ليصل عدد هذه الاتفاقيات حسب تقرير الاستثمار العالمي الصادر عن الاونكتاد سنة 2002 إلى 2181 اتفاقية[3].

---

[1] -أنظر:

Parra (A.R.) : International Center for Settlement of InvestmentDisputes and Bilateral Investment Treaties,Op. Cit,p.7.

[2] -أنظر:

Parra (A.R.) : International Center for Settlement of InvestmentDisputes and Bilateral Investment Treaties,Op. Cit,p.7.

[3] -أنظر:

World Investment R eport 2003 , FDI Policies for Development ,Op.Cit,p.12-17.

هذا وتتضمن معظم هذه الاتفاقيات الثنائية للاستثمار شروطا لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين دولة عضو في الاتفاقية ومستثمر من رعايا الدولة الأخرى الطرف في الاتفاقية، وفي الأغلبية السائدة من هذه الاتفاقيات تتضمن هذه الشروط جواز الالتجاء إلى واحد أو أكثر من قواعد أو مراكز التحكيم المحددة في الاتفاقية ، وفي معظم هذه الاتفاقيات تتم الإشارة إلى واحد أو أكثر من أشكال التحكيم التي يديرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ومنها التحكيم بموحب اتفاقية المركز لعام 1965، والتحكيم بموجب قواعد التسهيلات الإضافية التابعة للمركز، حيث تعبر هذه الشروط عن قبول كلتا الدولتين الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة العاشرة من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الحكومة الكويتية وحكومة الدنمارك في يونيو 2001 من أن: " 1- أي نزاع قد ينشأ بين دولة متعاقدة ومستثمر تابع للدولة المتعاقدة الأخرى فيما يتعلق باستثمار يعود لذلك المستثمر في إقليم الدولة المتعاقدة ، تتم تسويته مبدئيا عن طريق المشاورات أو المفاوضات بين أطراف النزاع. 2- أ - إذا تعذر تسوية النزاع بالمشاورات أو المفاوضات خلال ستة أشهر من تاريخ حدوث النزاع ، فإنه يحق لأي طرف من أطراف النزاع إحالة النزاع إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار للتسوية عن طريق التوفيق أو التحكيم الملزم . ب - توافق كل من الدولتين المتعاقدتين على إحالة أي نزاع استثمار إلى المركز للتسوية عن طريق التوفيق أو التحكيم الملزم .ج - يتم التوفيق أو التحكيم الملزم لمثل هذه النزاعات وفقا لأحكام الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى المفتوحة للتوقيع في واشنطن في 18 مارس 1965 ونظم وقواعد المركز[1] .

ومما لا شك فيه أن تلك الشبكة الهائلة من اتفاقيات الاستثمار الثنائية ، وما ورد بها من قبول للتحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قد أدت إلى توسع جذري في اختصاص المركز عن طريق السماح للأفراد أو الشركات الخاصة بالالتجاء مباشرة للتحكيم ضد الدولة دون حاجة إلى اتفاق تحكيم مسبق أو في الحقيقة أية علاقة تعاقدية أخرى،حيث اعتبرت هذه الشروط أساسا يستند إليه التحكيم في العديد من قضايا المركز[2].

---

[1] -أنظر نص الاتفاقية منشور باللغة العربية على شبكة الانترنت أطلع عليه بتاريخ 2011/05/17:

http ://www.mof.gov.kw /Denmark.doc

[2] - أنظر: د.بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص470 .

وهذا ينطبق على وجه الخصوص على السنوات القليلة الماضية ، فمنذ عام 1998 والمركز يسجل تقريبا قضية كل شهر، وأكثر من ثلاثة أرباع هذه القضايا الجديدة قد تم رفعها من قبل المستثمرين بدون اتفاق تحكيم بالمفهوم التقليدي المتعارف عليه وإنما استنادا إلى قبول الدول لبنود تسوية النزاعات عن طريق تحكيم المركز في اتفاقيات للاستثمار، ففي نهاية السنة المالية 2003 بلغ عدد القضايا المسجلة لدى المركز الدولي 63 قضية منها 47 قضية استندت إلى اتفاقيات الاستثمار الثنائية الأطراف[1] .

فقد استندت هيئات تحكيم المركز في تقرير اختصاصها بنظر النزاع بناءا على اتفاقية استثمار ثنائية في قضية Middle East Cement Shipping and Handling Co وهي (يونانية) ضد الحكومة المصرية[2].

فقد تقدمت الشركة المذكورة بطلب تحكيم إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من أجل الحكم بإلزام الحكومة المصرية بدفع التعويض والفوائد القانونية للمصاريف استنادا على اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المبرمة بين مصر واليونان فى 16 يونيو 1993 والتي تنص في المادة الثامنة منها على إحالة المنازعات الناشئة عنها إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وقد وجدت هيئة التحكيم في هذه القضية، وبعد أن دفعت الحكومة المصرية بعدم اختصاصها، أنه ليس لديها إلا أن تؤسس اختصاصها على معاهدة الاستثمار الثنائية المبرمة سنة 1997 بين اليونان ومصر، ومن ثم انتهت في حكمها الصادر في 12ابريل 2002 إلى أن الحكومة المصرية المدعى عليها قد خرقت التزاماتها الواردة في اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة مع اليونان، وخصوصا باتخاذها إجراءات معادلة للمصادرة بدون دفع تعويض عادل وكاف للشركة المدعية وفقا للمادة الرابعة من الاتفاقية الثنائية، ومن ثم ألزمت الحكومة المصرية بدفع مبلغ قدره 2190740 دولار أمريكي كتعويض للشركة المدعية.

---

[1] -أنظر:

International Center for Settlement of InvestmentDisputes Annual Report 2003,p.4.

[2] -أنظرقضيةMiddle East Cement Shipping and Handling Co منشورة على شبكة الانترنت ،أطلع عليه بتاريخ 2011/05/17:

http://www.worldbank.org/icsid/cases/me cement-award.pdf

الفرع الثالث: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بناء على اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف (MITS) .

لم تكتف الدول في سعيها لإيجاد تنظيم دولي شامل للاستثمارات الأجنبية بإبرام الاتفاقيات الثنائية بغرض حماية وتشجيع الاستثمارات، بل لجأت أيضا إلى إبرام الاتفاقيات المتعددة الأطراف، حيث شهد العقد الأخير من القرن الماضي إبرام العديد من اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف، كان من أبرزها اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة المعروفة بالنافتا (AFTA) وكذلك اتفاقية ميثاق الطاقة (ECT) و أيضا اتفاقية قرطاجنة للتجارة الحرة [1].

وقد اشتملت غالبية هذه الاتفاقيات على شروط لتسوية المنازعات، والتي تشير في الغالب إلى شكل واحد أو أكثر من أشكال التحكيم التي تتم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أي إلى التحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز لعام 1965، وإلى التحكيم بموجب قواعد التسهيلات الإضافية التابعة للمركز (وهي القواعة التي يقوم المركز بموجبها بإدارة أنماط معينة من النزاعات الخارجة عن إطار الاتفاقية، بما في ذلك إجراءات التحكيم التي لا يكون أحد أطرافها عضوا في الاتفاقية، سواء الدولة المضيفة أو دولة المستثمر الأجنبي)، حيث تنص اتفاقية النافتا المبرمة بين الولايات المتحدة وكندا والمكسيك في الفصل الحادي عشر منها، وبالتحديد في المادة 1122 والخاصة بالاستثمار وعنوانها "قبول التحكيم" على ما يلي: " 1- يوافق كل طرف على قبول الدعوة إلى التحكيم بموجب الإجراءات المحددة في هذه الاتفاقية. 2- إن القبول المقدم في الفقـــرة (1) والإحالة من قبل مستثمر لدعوى التحكيم لا بد وأن يستوفي: أ- الفصل الثاني من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (اختصاص المركز) وقواعد التسهيلات الإضافيه للقبول الكتابي من قبل الطرفين...".

وبموجب هذه الشروط الواردة في اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف، والمتعلقة باللجوء إلى التحكيم بدون اتفاق تحكيمي بالمعنى التقليدي، فإنه يمكن إعطاء الموافقة على التحكيم بوجه عام من خلال البدء في إجراءات التحكيم ضد الدولة المضيفة ، حيث تعتبر موافقة الدولة على التحكيم متحققة بمجرد التصديق على الاتفاقية ، ويترك للمستثمر إكمال المعادلة عندما يثور النزاع وذلك من خلال إعطاء موافقته الكتابية المتمثلة في تقديمه طلب التحكيم إلى المركز.

وقد أدت مثل هذه البنود الواردة في اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف إلى التوسع في اختصاص المركز الدولي، من خلال السماح للمستثمرين برفع دعاوى التحكيم ضد الدولة المضيفة بدون وجود اتفاق تحكيمي بالمعنى التقليدي المتعارف عليه، وذلك اعتمادا على الموافقة المسبقة للدولة المضيفة على اللجوء إلى تحكيم المركز، والمتمثلة في تصديقها على الاتفاقية الاستثما رية واعتبار هينات تحكيم المركز هذه الموافقة ايجابا من الدولة المضيفة يتكون بتلاقيه مع قبول المستثمرالرضاء اللازم لانعقاد الاختصاص لهينات تحكيم المركز [2] .

[1]-أنظر: د.بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص475.

[2]-أنظرالمرجع السابق،ص477.

وتتمثل آلية فض المنازعات بين الدول والمستثمرين في الاتفاقية بالتحكيم التجاري الدولي[1] وبالتالي يمكن أن تصبح الحكومات مسئولة أمام المستثمرين المنتمين للدول الأخرى المتعاقدة عن أية انتهاكات للالتزامات التي تفرضها الاتفاقية.

وذلك في الفصل الحادي عشر من الاتفاقية ، حيث تنص المادة 1120 على أنه إذا ما فشلت المفاوضات في تسوية النزاع وفقا للمادة 1118 ، فإن هناك ثلاثة بدائل لتسوية النزاع بالتحكيم وهي: التحكيم بموجب اتفاقية المركز الدولي (إذا كان الطرفان المتنازعان أعضاء في الاتفاقية)، والتحكيم بموجب قواعد التسهيلات الإضافية للمركز الدولي (في حالة ما إذا كان أحد الطرفين فقط عضوا في الاتفاقية) والتحكيم بموجب قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITAL.

وتعتبر الموافقة أو القبول جوهر عملية التحكيم ، وفيما يتعلق بالدول الأطراف في اتفاقية النافتا فإن هذه الدول تخضع إلى موافقة سارية المفعول تستند إلى الاتفاقية المبرمة، وحينما يصاحب ذلك قبول من ناحية المستثمر يتمثل في تقديمه لطلب التحكيم فإن التحكيم ينعقد حينئذ حسب المادتين 1121 و1122 من الاتفاقية، والإجراءات التي يتم إتباعها في هذا الخصوص مبينة على نحو مفصل في المواد من 1116 وحتى 1120 من الاتفاقية [2].

وهكذا فإن استنتاج موافق الدولة على اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بموجب تشريع وطني أو اتفاقية للاستثمار ثنائية أم متعددة الأطراف بدون اتفاق تحكيم و بصرف النظر عن أية علاقة تعاقدية أصبح شائعا في الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم المركز منذ 1984 .

إلا أن البعض[3] يرى أن مثل هذا الاتجاه الذي اتبعته هيئات تحكيم المركز في قبولها الاختصاص بنظر النزاع بدون اتفاق تحكيمي بالمعنى التقليدي و المتعارف عليه في حالة اللجوء المنفرد من جانب المستثمر إلى تحكيم المركز،وذلك اعتمادا على الالتزام الصادر بالارادة المنفردة للدولة و المدرج في نصوص تشريعاها الوطني أو اتفاقية للاستثمار، إنما يبدو متناقضا مع اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ذاتها، وأيضا مع المبادئ الأساسية في التحكيم الدولي ،فضلا عما يؤدي إليه من خلق موقف غير متوازن بين الأطراف.

---

[1] -أنظر:

Weiller(T) :NAFTA InvestmentArbitration and the Growth of International Economic Law.

هذا المقال منشور على شبكة الانترنت ، أطلع عليه بتاريخ2011/05/20:

http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol12/article12-4.pdf

[2]أنظر: د.بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق،ص479.

[3]-أنظر المرجع السابق،ص480.

فمن الملاحظ أن مقدمة الاتفاقية تتضمن قواعد تؤكد الحاجة إلى اتفاق تحكيمي[1] ،كذلك فإن المادة1/25 من الاتفاقية تشترط لاختصاص هيئات تحكيم المركز موافقة الدول المصدقة على الاتفاقية على الخضوع للتحكيم عند وقوع المنازعات وفقا لقواعد المركز،و كذلك موافقة أخرى من الأطراف المتنازعة لإحالة منازعاتهم إلى التحكيم أمام المركز المذكور[2].

وهو مالا يتفق مع الاتجاه الذي سلكته هيئات تحكيم المركز، والذي بمقتضاه يستطيع المستثمرون التقدم بطلب للتحكيم بشكل منفرد اعتمادا على نص في تشريع وطني أو اتفاقية دولية ،وبالتالي استدراج الدولة أو مؤسساتها التابعة لها إلى هيئات تحكيم المركز وعلى غير رغبتها أو موافقتها في جميع أنواع المنازعات التي لم تكن تتوقعها،في الوقت الذي تملك فيه الدولة نفس الحق بإقامة إجراءات التحكيم ضد المستثمر،الأمر الذي ينطوي أيضا على محاباة لمصالح المستثمرين على حساب الدولة المضيفة للاستثمار،ويخل بالتوازن بين مصالح الطرفين الذي قامت الاتفاقية على تحقيقه.

كما أن التحكيم بدون اتفاق يخالف ما استقر عليه الفكر القانوني من أن إقامة إجراءات التحكيم تعتمد على وجود اتفاق مسبق بيت الأطراف ،حيث تقتضي المبادئ الأساسية في التحكيم الدولي بأن الاتفاق التحكيمي هو الذي يجيز تنصيب المحكم[3]، بمعنى أن نقطة البداية في نظام التحكيم هي الاتفاق على مبدأ التحكيم واختياره سببا لحل منازعات معينة أو المنازعات التي تثيرها معاملات معينة[4]،حيث لايكون هناك تحكيم بدون اتفاق تحكيم[5] .

وفي ضوء ما تقدم وأمام إصرار هيئات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على قبول التحكيم بدون اتفاق تحكيم بالمعنى التقليدي،وإنما تأسيسا على تشريعات و اتفاقيات حماية الاستثمار وكأنها تتجه إلى الاستقرار على هذا المفهوم،يكون من الضروري على الدول توخي الدقة في صياغة تشريعاتها و كذلك الاتفاقيات التي تبرمها،وذلك بأن تشترط بأن تكون الموافقة صريحة و محددة من الدولة لكي تتم الإحالة إلى التحكيم بموجب قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .

---

[1] -أنظرمقدمة الاتفاقية منشورة مع نص الاتفاقية عبر شبكة الأنترنت ، أطلع عليه بتاريخ 2011/05/22:

http://www.jus.uio.nol/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.other.states.convention.washington. 1965/doc.htlm

[2] -أنظر: د.محمد أبوالعينين ، الاتجاهات الدولية الحديثة في التحكيم والتوفيق، مرجع سابق،ص23.

[3] -أنظر: د.عبدالحميد الأحدب ،التحكيم ةالإلزامي الدولي،مرجع سابق،ص80.

[4] -أنظر: د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق،ص63.

[5] -أنظر:. كريستوفر إمهوس وهيرمان فيربست. التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات، مرجع سابق ،ص39.

الخاتمـــــــــة

نخلص مما سبق أن عقود الاستثمارتختص بطبيعة تتمتع بها وحدها دون سائر العقود بإعتبارها تلك الطائفة من العقود الدولية التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري، ويلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أراضيها ، والتي تتعدد نماذجها بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية ، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة والربح للمستثمر الأجنبي.

وهي ترجع بالأساس إلى طبيعة أطرافها كونها تبرم بين طرف عام هو الدولة وطرف خاص أجنبي هو المستثمر، ومن ناحية أخرى إلى موضوعها إذ أن ما تهدف إليه هذه العقود بشكل أساسي هو الإسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة مما يكسبها بعدا عاما يتمثل في الارتباط بالمجتمع بمعنى أن هذه العقود لم تعد في مصلحة الأطراف وحسب وإنما في مصلحة المجتمع أيضا.

ومن هذا المنطلق فإن التدقيق و التمحيص في عقود الاستثمار يكشف لنا عن وسيلتين للمساعدة في تجنب المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها، وذلك من خلال ضمان الحد الأقصى من الانسجام بين متطلبات الاستقرار و التطوير وكذلك التوازن العادل بين سيادة الدولة على مواردها وحماية الاستثمار الأجنبي،حيث تتمثل الأولى في تثبيت العلاقة التعاقدية من خلال إدراج شروط الثبات في العقد ،والثانية في إدخال الية لتكييف العقد وتعديله من خلال اشتراط إعادة التفاوض،ولقد تم التوصل بأن شروط الثبات لا تزال محفوفة بالمخاطر فيما يتعلق بثبات العقد وتجنب المنازعة، لهذا قد تم التطرق بدلا منها إلى ما يسمى شروط إعادة التفاوض ، والتي بموجبها يصبح الأطراف ملتزمين بالاتفاق فيما بينهم علي إعادة تعديل علاقتهم التعاقدية إذا ما أصبح ذلك لازما.حيث يمكن بمقتضاها إنقاد العقد و تصويب مساره بتخفيف الضرر الذي لحقه،حفاظا على الصلة و التعاون المستمر بين أطرافه،و الذي من غيره ستتوقف علاقات الطرفين مما يعمل على تفاقم الضرر بالنسبة لأحد طرفيه، وقد ينفسخ العقد إن وصل الأمر إلى حد استحالة تنفيذ الالتزامات.

ومما لاشك فيه أن الوسائل البديلة تلعب دورا هاما في حسم منازعات عقود الاستثمار، لطبيعتها التي تعنى بأسباب النزاع أكثر من اعتنائها بجوانبه القانونية من ناحية، كما تسعى لتحقيق تسوية سريعة للنزاع وغير ملزمة لطرفيه بغير رضاهما من ناحية أخرى.. إلا أنه مما يعاب على هذه الوسائل هو أن فعاليتها تعتمد على رضاء الأطراف بشكل حصري ، لذلك غلبا ما يتم الدمج بين الوسائل البديلة وبين التحكيم أو القضاء، حيث تنص عقود عديدة على وسيلتين متدرجتين لحسم المنازعات كخطوة أولى ثم اللجوء إلى إجراءات المحاكم أو التحكيم كخطوة ثانية في حالة فشل الوسائل البديلة .

كما يشكل اللجوء في تسوية منازعات عقود الاستثمار إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة العديد من هاجسا للمستثمرين ، حيث عادة ما تكون الإجراءات القضائية طويلة، إلى جانب عدم التخصص في المسائل الفنية المعقدة التي تثيرها علاقات الاستثمار بالنسبة لمحاكم الدولة وذلك في في الغالب هذا من جهة و التزامها بقواعد إجرائية صارمة وغير مرنة معظم الأحيان ، يضاف إلى ما تقدم القلق اتجاه حيدة القضاء الوطني للدولة المضيفة ،ذلك كله ما يفع المستثمرين إلى تفضيل عرض تلك المنازعات على التحكيم . مع أن رغبة الدول -ولا سيما النامية منها- في جذب الاستثمارات الأجنبية إلى أراضيها قد دفعتها إلى مسيارة المستثمر الأجنبي في هذا الاتجاه .

و قد يتم اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار إذا تعذر على المستثمر الأجنبي المضرور أن يحصل على الحماية المطلوبة، حيث أن لكل دولة حق ثابت ومصلحة مؤكدة في أن ترى حقوق ومصالح رعاياها محترمة و مكفولة من جانب الدول الأخرى ، وبالتالي فهي تتمتع بأهلية رفع دعوى المسئولية الدولية إذا حصل اعتداء على حقوق ومصالح رعاياها نتيجة مخالفة دولة أخرى لأحكام وقواعد القانون الدولي . . ولكن للحماية الدبلوماسية العديد من المساوئ فهي لا تتم إلا بعد أن يستنفد المستثمر كافة طرق التسوية في الدولة المضيفة، هذا فضلا عن أنها مسألة نسبية للدولة فلها حرية قبول أو رفض النهوض بعبء الحماية وفقا لسلطتها التقديرية التي تحددها في الغالب مصالحها السياسية ، يضاف لما تقدم أنها قد تخلق بعض التوترات فيما بين الدول ذات الصلة ..وتتم الإشارة إلى أن اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية في تسوية منازعات الاستثمار والتي تميزت بالتدخل المباشر من جانب الدول القائمة بالاستثمارات لحماية مصالح رعاياها قد أضحى أمرا نادرا، حيث حلت محلها منذ منتصف القرن العشرين تقريبا مرحلة جديدة في تسوية منازعات الاستثمار تمثلت في الإجراءات المباشرة بين المستثمر ذاته و حكومة الدولة المضيفة.

وعلى الرغم من أهمية الوسائل الأخرى في منازعات عقود الاستثمارو إنكار إهمالها، إلا أن التحكيم يمثل الوسيلة الأكثر قبولا لحسم منازعات هذه العقود، ذلك لدرجة تجعل وعلى وجه الدقة بأن هناك خاصية ثابتة لهذه العقود تتعلق بالتحكيم كطريقة مقبولة لحل المنازعات المرتبطة بهذه العقود، والتي أصبحت لاتتم بغير وجود اتفاق تحكيم من شأنه أن يحيل المنازعات الناجمة عن هذه العقود إلى التحكيم إلى درجة يمكن معها اعتباره أمرا حتميا بشأن هذه الطائفة من العقود. وأنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال .. وحرصا من البلدان النامية على جذب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.

إلا أن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يصادف العديد من المشاكل الناجمة عن كون أن أحد أطراف العقد- وهو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية المنبثقة عنها- يتمتع بوضع مميز يسعى للحفاظ عليه سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثنائه أو حتى بعد صدور الحكم، وترتبط هذه المشاكل في الغالب بما يلي:

1- التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها الكافية على اللجوء إلى التحكيم. . وقد تم التطرق سلفا أنه إذا قبلت الدولة مقدما اللجوء إلى التحكيم فإنها لا تستطيع أن تتمسك فيما بعد بقانونها الوطني للقضاء ببطلانه،حيث أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم في هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي وحده، ومن مبادئ هذا النظام العام الدولي أنه لا يجوز للمشروع العام التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم الذي أبرمه ، ونشير إلى أنه قد اتجهت العديد من الدول إلى تعديل تشريعاتها الوطنية من أجل الاعتراف صراحة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة بالأهلية لإبرام اتفاقات التحكيم .

2 - حصانة الدولة ضد القضاء ، وقد بينا أنه أضحى من المقبول به اليوم على نطاق واسع، أنه حينما تدخل الدولة في اتفاق تحكيم مع شخص خاص أجنبي، فإنه من المفترض أن ذلك الاتفاق يتضمن تنازلا ضمنيا عن حصانتها ضد القضاء، وبالتالي يمتنع عليها أن تتخلص من قبولها عملية التحكيم باستغلال سيادتها فاتفاق التحكيم يتعارض وبشكل مباشر مع الحصانة ضد القضاء، حيث يمكن اعتباره مهمشا أو مضعفا لحصانة الدولة أو الجهة الحكومية.

3- حصانة الدولة ضد التنفيذ ،حيث يتم اعتبار موافقة الدولة على التحكيم بمثابة تنازل ضمني عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم، حيث يمثل ذلك خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول،مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي الذي تكون أحد أطرافه دولة.إذ أن النتيجة سوف تكون مخيبة لو انتهت عملية التحكيم بحكم غير ملزم،فضلا عن أن امتناع الدولة عن احترام حكم التحكيم يجردها من المصداقية اللازمة في المعاملات الدولية،وهو خطر لايمكن لأية دولة أن تتجاهله.و إذاكانت تنوي غير ذلك ،فإنه يتعين عليها التأكيد منذ البداية على تمسكها بهذه الحصانة من خلال نصوص واضحة ومباشرة تؤكد تمسكها بهذه الحصانة ضد تنفيذ حكم التحكيم .

كما يلعب التحكيم دورا هاما في حسم منازعات عقود الاستثمار، نظرا لما تتميز به هذه العقود من طبيعة خاصة، لذلك يكون من الهام جدا أن تتوفر عملية تحكيم فعالة وعلى درجة كبيرة من الكفاءة للتعامل مع هذه المنازعات ،حيث بينا أن تحقيق الفعالية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار يستلزم تبني العديد من المبادئ القانونية التي تعتبر ضرورية للوصول إلى عملية تحكيم منظمة وفعالة ، وإذا كان أغلب هذه المبادئ يمكن تطبيقه في التحكيمات بين الأطراف الخاصة غير الحكومية والمتعلقة بالأنشطة التجارية، فإن بعضها يرتبط بالتحكيمات التي تكون الدولة طرفا فيها- كما هو الحال بالنسبة لأشكال التحكيم الدولي الأخرى، فإنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بموجب اتفاقية واشنطن إذا لم يوافق الطرفان كتابيا على ذلك ،حيث أن نص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن اشترط موافقة الدول المصدقة على الاتفاقية على الخضوع للتحكيم عند وقوع المنازعات وفقا لقواعد المركز وكذلك موافقة أخرى من الأطراف المتنازعة لإحالة منازعاتهم إلى التحكيم أمام المركز المذكور، إلا أنه لوحظ في السنوات الأخيرة اتجاه هيئات تحكيم المركز إلى قبول التحكيم بدون اتفاق Arbitration Without Privity و ذلك من خلال التوسع في تفسير السمة الاختيارية التي نصت عليها المادة 1/25 من الاتفاقية، حيث اكتفت تلك الهيئات لتقرير اختصاصها في نظر هذه القضايا بوجود نص يشير إلى تحكيم المركز إما في تشريع وطني للاستثمار في الدولة المضيفة أو في اتفاقية للاستثمار سواء ثنائية أم متعددة الأطراف، وذلك إذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى طلب التحكيم أمام المركز، وذلك استنادا إلى أن التراضي غير معدوم في هذه الحالة، لأن الدولة حين نصت في تشريعها الوطني أو في اتفاقية الاستثمار على إحالة نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب إلى تحكيم المركز فإنها تكون قد أعطت موافقتها ورضاها مرة واحدة في قبول التحكيم، فإذا وافق المستثمر على اختصاص مركز تحكيم واشنطن المعروض بشكل دائم يكون قد حصل التلاقي بين العرض والقبول ، لأن المستثمر في دعواه يعلن قبول عرض الدولة المضيفة الوارد في تشريعها الوطني أو اتفاقية حماية الاستثمار فيكون التراضي قد تم.

ولقد تم تبين أن هذا الاتجاه الذي اتبعته هيئات تحكيم المركز إنما يبدو متناقضا مع اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ذاتها التي تشترط لاختصاص هيئات تحكيم المركز موافقة الدول المصدقة على الاتفاقية على الخضوع للتحكيم عند وقوع المنازعات وفقا لقواعد المركز، وكذلك موافقة أخرى كتابية من الأطراف المتنازعة لإحالة منازعاتهم إلى التحكيم أمام المركز المذكور، وأيضا مع ما استقر عليه الفكر القانوني من أن إقامة إجراءات التحكيم تعتمد على وجود اتفاق سابق بين الأطراف ، كما أنه يخل بمبدأ المساواة بين الأطراف إذ تعتمد إجراءات التحكيم على مبادرة أحد الطرفين وهو المستثمر الأجنبي وليس على اتفاق بينهما في الوقت الذي لا يملك فيه الطرف الثاني وهو الدولة نفس الحق في إقامة إجراءات التحكيم ضد المستثمر.

وأمام إصرار هيئات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على قبول التحكيم بدون اتفاق تحكيم بالمعنى التقليدي، وإنما تأسيسآ على تشريعات واتفاقيات حماية الاستثمار، وكأنها تتجه إلى الاستقرار على هذا المفهوم، فإنه يكون من الضروري على الدول توخي الدقة في صياغة تشريعاتها وكذلك الاتفاقيات التي تبرمها، وذلك بأن تشترط بأن تكون الموافقة صريحة و محددة من الدولة لكي تتم الإحالة إلى التحكيم بموجب قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

و أخيرا فإن التحكيم وعلى وجه الخصوص وبما يتمتع به من مزايا وخصائص قد واكب تطورعقود الاستثمار بما تتربع عليه هي الأخرى من مميزات ، هذه الأخيرة التي أبانت عن تقصير العديد من الاليات في تحقيق تسوية شاملة لما يثور من منازعات حول مضامينها .

فالتحكيم يشكل ضمانة إجراءية للاستثمارات الأجنبية إلى حد يمكن القول معه أنه لن تقوم لها قائمة من دونه ، ما يجعل الدول المشجعة للتحكيم في طليعة الدول الجلبة للاستثمارات ، ومن ثمة المحققة لنموها ورقيها الأمر الذي دفع بعديد الدول إلى النص صراحة على جواز اللجوء إلى التحكيم

قائمة المراجع

I- المراجع باللغة العربية

أولا- الكتب:

1- **د.أحمد أبوالوفا** ، الوسيط في القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية،القاهرة، ط4 ،2004 .

2- **د.أحمد عبدالكريم سلامة** ،قانون العقد الدولي،دار النهضة العربية،القاهرة 2001،.

3- **د.أحمد مخلوف** ،اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية"دراسة تحليلة تأصيلية"،دار النهضة العربية،القاهرة، 2001.

4- **د.إبراهيم أحمد إبراهيم** ،التحكيم الدولي الخاص،دار النهضة العربية،القاهرة،ط3 ، 2000.

5- **د. ابراهيم العناني** ،القانون الدولي العام،دار النهضة العربية ، القاهرة،1998 .

6 -**د.ابراهيم شحاتة**،الضمان الدولي للاستثمارت الأجنبية،دار النهضة العربية ،القاهرة،1971.

7- **د.ابراهيم محمد الفار**،اتفاقيات منظمة التجارة العالمية و مدى تأثيرها على اقتصاديات الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة،1999 .

8- **د. إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار تحقيق**،المعجم الوسيط،الجزء الأول،منشورات دار المعارف، حمص ،سوريا ،1980.

9- **د. بشارمحمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2006.

10- **د.ثروت حبيب** ،دراسة في قانون التجارة الدولية مع إهتمام بالبيوع الدولية،منشأة المعارف ،الاسكندرية القاهرة،1975.

11- **د. حازم حسن جمعة**، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية،القاهرة، 1992.

12- **د.حفيظة السيد حداد** ،الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية القاهرة ،2001.

13- **د.حفيظة السيد الحداد،** الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،القاهرة،2001 .

14- **د.حفيظة السيد الحداد** ،الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،القاهرة ،2001.

15- **د.حفيظة السيد الحداد،** الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،القاهرة، 2001 .

16- **أ.د.حفيظة السيد الحداد** ،الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2007 .

17- **د. سامية راشد،**التحكيم في لإطار المركز الإقليمي بالقاهرة و مدى خضوعه للقانون المصري ،منشأة المعارف ،الاسكندرية،القاهرة، 2001.

18- **د.سراج حسين أبوزيد،** التحكيم في عقود البترول ،دار النهضة العربية ، القاهرة،2000 .

19- **شارل رسو،** القانون الدولي العام ، ترجمة شكر الله خليفة و عبد المحسن سعد ،الأهلية للنشر و التوزيع بيروت ،1987.

20- **د .شريف أحمد غنام،** أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية في توحيد شرطي القوة القاهرة و إعادة التفاوض ،دار النهضة العربية ،القاهرة، 2000.

21- **د.صلاح الدين جمال الدين و د.محمود مصيلحي،**الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية،الإسكندرية،دار الفكر الجامعي،القاهرة،2004.

22- د.**صلاح الدين جمال الدين محمد** ،نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة1/24من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار ،دار النهضة العربية،القاهرة،1995-1996.

23- **د.طه أحمد علي قاسم** ،تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية ،دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،القاهرة ،2008 .

24- **عبدالحكيم مصطفى عبدالرحمن** ،عقود التنمية الإقتصادية في القانون الدولي الخاص دراسة انتقادية،مكتبة النصر،القاهرة،1991 .

25- **د.عصام الدين بسيم** ،النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو ،دار النهضة العربية، القاهرة ،1972 .

26- **د. فوزي محمد سامي** ، التحكيم التجاري الدولي ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1997.

27- **كريستوفر إمهوس و هيرمان فيريست** ، التحكيم و الوسائل البديلة لحسم المنازعات." كيفية حسم منازعات، التجارة العالمية" ترجمة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي،القاهرة ،2002.

28- **د. محمد ابراهيم موسى**،التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارةالدولية دار الجامعة الجديدة للنشر،الاسكندرية ، القاهرة،2005.

29- **د.محمد ابراهيم موسى** ،التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،القاهرة،2005.

30- **د.محمد طلعت الغنيمي**، الأحكام العامة في قانون الأمم –قانون السلام- ،منشأة المعارف الإسكندرية القاهرة،ط1 ،1973 .

31- **د.محمد عبدالله محمد المؤيد** ،منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي"دراسة تأصيلية"،دار النهضة العربية،القاهرة،1998.

32- **د. محمد عزيز شكري** ،مدخل إلى القانون الدولي العام ،مشورات جامعة دمشق،ط5 ،1992 .

33- **د. محمد يوسف علوان** ،النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، دراسة في العقود الاقتصادية الدولية، بدون دار نشر،ط1،1982 .

34- **د.محمودسمير الشرقاوي**،منظماتالتجارة الدولية و التمويل الدولي،دار النهضة العربية،القاهرة،1997 .

35-أ**.د.محمود مختارأحمد بريري**، التحكيم التجاري الدولي ،دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ،القاهرة 2007 .

36- **د.محيى الدين اسماعيل علم الدين** ،منصة التحكيم التجاري الدولي،الجزء الأول ،دار النهضة العربية،القاهرة،1986.

37- **د.مصطفى الجمال،د.عكاشة عبدالعال** ،التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الجزء الأول دار النهضة العربية ، القاهرة ، ،1998 .

38- **د.نادر محمد محمد ابراهيم** ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ،1998.

39- **د.هشام صادق** ،تنازع الاختصاص القضائي الدولي،دراسة مقارنة،منشأة المعارف، الاسكندرية القاهرة ، 1986.

ثانيا- الرسائل الجامعية :

1- د. بن عامر تونسي ،أساس مسئولية الدولة أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،القاهرة ، 1989.

2- د.رفيق عطية الكسار،الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة القاهرة،1998.

3- د.رقية رياض إسماعيل، خضوع الدولة للتحكيم و نظرية السيادة التقليدية، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ،2001

4- د.علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية رسالة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة القاهرة،1998.

ثالثا- البحوث و المقالات :

1- **د.أحمد شرف الدين** ،استثمار المال العربي (تأثير فكرته الاقتصادية في قواعده القانونية)،مجلة غرفة الإسكندرية التجارية، القاهرة، العدد 436 ، يناير- فبراير1985.

2- **د. أحمد شرف الدين** ، مستقبل التحكيم في مصر ،قوانين الاستثمار و المناطق الاقتصادية الخاصة بحث مقدم إلى مؤتمر الدولي عن القاهرة كمكان للتحكيم التجاري الدولي، قاعة المؤتمرات بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي،القاهرة،21 سبتمبر 2002 .

3- **د. أحمد عبد الكريم سلامة** ، نظرات في الحماية الدبلوماسية ودور فكرة الجنسية في المسئولية الدولية عن الأضرار البيئية، المجلة المصرية للقانون الدولي القاهرة،المجلد الثامن والخمسون 2002 .

4- **د.إبراهيم أحمد ابراهيم** ، إختيار طريق التحكيم و مفهومه في إطار "مركز حقوق عين شمس للتحكيم" ،مجلة الدراسات القانونية ،كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، العدد السابع،بيروت ، تموز (يوليو) 2001.

5- **د.إبراهيم شحاته** ، نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية و الإستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق "المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار"، مجلة مصر المعاصرة السنة الثمانون ،القاهرة، العددان 417-418 ،1989 .

6- **أ.د. بموسى عبدالوهاب** ، التحكيم التجاري الدولي: قضاء متعاقد؟ دراسات قانونية ، مجلة سداسية مخبرالقانون الخاص الأساسي ، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر العدد2007،04.

7- **د. بن ميمومنة عبد الحق،** تقرير عن ملتقى التنظيم القانوني للاستثمار في الجزائر" الذي عقد بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة يومي 29و30 أبريل 2002، مجلة الحقوق الكويتية ،العدد الثاني السنة السابعة و العشرون، يونيو 2003 .

8- **د. حسام الدين الأهواني،** المسائل القابلة للتحكيم، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس،القاهرة من15إلى2003/3/20.

9- **د. حفيظة السيد الحداد** ، الإجراءات الوقتية والتحفظية بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم "دراسة في بعض القوانين و المعاهدات و اللوائح المنظمة للتحكيم"، مجلة الدراسات القانونية،كلية الحقوق جامعة بيروت،بيروت ،العدد السابع،2001.

10- **د طارق فؤاد رياض** ، التحكيم في عقود البترول، بحث مقدم إلى الدورة المتعقمة لإعداد المحكم التي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس، القاهرة، من 24 مارس إلى 1 أبريل2004.

11- **د.عبد الحميد الأحدب،** آفاق وضمانات الإستثمارات العربية – الأوروبية ، إعداد مركز الدراسات العربي – الأوروبي ، باريس ،ط1،2001 .

12- **د.عبدالحميد الأحدب** ، التحكيم الإلزامي الدولي،مجلة التحكيم العربي،القاهرة ،العدد الخامس،يناير2002

13- **د.عبدالحميد الأحدب**، تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في الدول العربية،التحكيم العربي في افاق الألفية الثالثة،سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق و التحكيم،2003 .

14- **د.عبده جميل غصوب**، وسائل المماطلة في التحكيم الدولي "دراسة مقارنة" ،مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق،جامعة بيروت العربية،بيروت،العددالسابع،يوليو،2001.

15- **د.عكاشة عبدالعال**، أفاق و ضمانات الاستثمارات العربية-الأوروبية ،إعداد مركز الدراسات العربي –الأوروبي، بيروت ، ط1،2001.

16- د. **عكاشة محمد عبد العال**، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية ،بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق و ضمانات الاستثمارات العربية –الأوروبية، بيروت ،لبنان ،الفترة 13-15 فيفري 2001 إعداد مركز الدراسات العربي- الأوروبي، الطبعة1 ، 2001.

17- **د .كريم نعمه النوري**، دور الاستثمارات الأجنبية في البلدان النامية، مقال منشور على شبكة الأنترنت ،http://www.Uluminsania.com/a94.html .

18- **د.محمد أبو العينين** ، الاتجاهات الدولية الحديثة في التحكيم و التوفيق بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في منازعات بعض القوانين الخاصة التي نظمها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي،القاهرة، 23-24 أكتوبر 2002 .

19- د.**محمدأبوالعنين**، الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات البترول و الغاز،بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للطاقة و وسائل حسم المنازعات الناتجة عنها، شرم الشيخ،القاهرة، 9-10مارس2002 .

20- **د.محمدأبوالعنين**، الطبيعة الخاصة و المتميزة لصناعة التشييد و البناء و أثرها على وسائل حسم المنازعات،مجلة التحكيم العربي،القاهرة،العددالخامس سبتمبر2002.

21- **د. محمد أبو العينين**، دور مركز القاهرة في حسم منازعات التجارة و الاستثمار عن طريق التفاوض و الوساطة، بحث مقدم إلى ندوة التفاوض و الوساطة عقود التجارة و الاستثمار التي نظمها مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي ، القاهرة ، 1 يوليو 2001 .

22- **د.محمد عبدالرؤف علي**، دوريات متخصصة ،مجلة التحكيم العربي، القاهرة، العددالسادس أغسطس2003 .

23- **د .محمود عبد المجيد سليمان**، الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي، المجلة المصرية للقانون الدولي ،المجلد الثامن و الخمسون،2002 .

24- **د.منصور فرج السعيد،** النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد (دراسة قانونية اقتصادية مقارنة) ،مجلة الحقوق الكويتية، السنة السابعة و العشرون ،العدد الثالث سبتمبر،2003 .

25- **د.مصطفى الجمال،** امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية ،بيروت، العدد السابع،يوليو2001 .

26- **د.نعيمي فوزي و أ.بن أحمد الحاج،** النظام القانوني لعقد الاستثمار بين مقتضيات التدويل و مصالح الدول النامية ، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة ، القاهرة، العدد47، أبريل 2010 .

27- **د.هاني صلاح سري الدين،**التحكيم في العقود الإدارية بين الحضر و الإجازة مع إشارة خاصة لأحكام القانون المصري و أحكام التجاري الدولي،التحكيم العربي في أفاق الألفية الثالثة سلسلةإصدارات المركز اليمني للتوفيق و التحكيم، ط1 ،2003.

رابعا- االقوانين و المراسيم :

- القانون رقم09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 ،و المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، المنشور بالجريد الرسمية2008/21 للجمهورة الجزائرية ، 2008.
- أمر رقم 01-03 مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق لعشرون غشت 2001 و المتعلق بتطوير الاستثمار.
- المرسوم الرئاسي رقم 91-346 مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1412 الموافق 05 أكتوبر سنة1991 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية الديموقراطية الشعبية والجمهورية الايطالية ،حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات .
- المرسوم الرئاسي رقم 94-01 ، المؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 02 يناير سنة 1994 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية الديموقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع و الحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات و تبادل الرسائل المتعلق بها .
- المرسوم الرئاسي رقم95- 346 ، المؤرخ في 6 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى .

- Arechaga (jimenezde) :State Responsibility For The Nationalization of Foreign-Owned Property, New York University, Journal of international law and Politics, Vol 11, 1978.
- Asante(S.K.B): Stability of Contractual Relations in The Transnational Investment Process International and.Comparative.Law.Quarterly.Vol28, part3,1972.
- Bernardini(P) : The Renegotiation of the Investment contracts International Center of Statement of Investement Disputes Rev , Foreign Investement Law Journal, Vol13 N02.1998.
- Boisard (M.A.) : setting Foreign Investment Disputes : unitary Training Programmes on Foreign Economic Relations, UNITAR, Document No.4,Module VIII-Revised, 2001.
- Boivin(R) :International Arbitration with States: An Overview of the Risks, Journal of Internationa Arbitrationl,vol19,No4,2002.
- Bouchez (l.j) The Prospects For international Arbitration : Disputes Between States Private Enterprises,Journal International Arbitration Vol 8, 1991.
- Brownile (I): Principles of Public International law, third edition, oxford University, press ,,London , 1979.
- Bruno Oppetit :Arbitrage et contrats d'Etat,L'arbitrage Framatome et autrse C/Atomic Energy Organization of Iran,Journal de Droit International , 1984.
- Disputes settlement .International Center of Settlement of investement Disputes, 2.1 Overview , Unite Nations Conference Trade And Development , United Nations , New York and Geneva,2003
- Disputes settlement , International Center of Settlement of investement Disputes.2.2 Selecting the Appropriate Forum Unite Nations Conference Trade And Development, UN, New York and Geneva , 2003.
- Disputes Settlment International Center for Settlement of InvestmentDisputes,2.3Consent to Arbitration, United Nations Conference on Trade and Development,UN ,New York Geneva,2003
- DISPUTES SETTLEMENT , International Center for Settlement of InvestmentDisputes,2.6 Applicable Law, United Nations Conference on Trade and Development,United Nationsm,New York and Geneva,2003.
- Disputes settlement. International Commercial Arbitration, 5.7 Rrcognition and Enforcement of Arbital Awards :The New York Convention, United Nations Conference on Trade and Development,United Nations,2003.

- El.Kosheri (A.S) The Particularity of The Conflict Avoidance Methods Pertaining to Petroleum Agreements, International Center of Settlement of investement Disputes.Rev – Foreign Investement Law Journal,Vol11,V02 1996.
- El.Kosheri (A.S), Riad (T.F) The Settlement of International Investment Disputes: An Over View.International Center of Statement of investement Disputes Rev – Foreign Investment Law Journal,VOL11.No,1996
- Fox(H) :States and the Undertaking to Arbitrate, International and Comparative Law Quarterly,vol37,part1,1988
- Lastenouse (P.):Why Setting Aside an Arbiteral Award Is Not Enough toRemove It From the International Scene, Journal .International . Arbitration., vol 16,1999
- Parra(A.R.) :ICSID and Bilateral Investment Traties ,ICSID News,vol 17,No1,2000.
- Passivity(E) : Inter antinationalization and stabilization of contracts verses state sovereignty, British.Year.Book of .International.Law vol 60,London ,1989.
- Paulsson (j) and others : The Freshfields Guide to Arbitration and ADR clauses in international contracts 2nd ed The Hague Kluwer 1999.
- Peter (w): Arbitration and renegotiation of international investment agreements .clawer law international the Hague/Boston/London, 1995.
- Raid (I.F)M The Applicable Law Governing Transnational Development Agreements HARVARD University-Cambridge-Massachusetts, London, 1985.
- Toope(S.J.)MMixed International Arbitration(Studies in Arbitration between State and Private Persons,CAMBRIDGE,Grotius Publications Limited,1990.
- United Nations Center On Trans National Corporations- Report of The secretariat on The outstanding issues in the draft code of conduct on transnational corporations 29 May 1984.ILM,vol23, 1984.
- World Investment R eport 2003 , FDI Policies for Development :National and International Perspectives(Overview) : United Nations Conference on Trade and Development, United Nations ,New York and Geneva,2003.

الفهرس

إهداء 01

تشكرات 02

مقدمة 03

الفصل الأول: الوسائل المختلفة لتجنب وحسم منازعات عقود الاستثمار. 06

المبحث الأول: وسائل تجنب منازعات عقود الاستثمار. 07

المطلب الأول: شروط الثبات . 08

الفرع الأول: المقصود بشروط الثبات في تجنب المنازعة. 08

الفرع الثاني: تقييم دور شروط الثبات في تجنب المنازعة. 14

المطلب الثاني: شروط إعادة التفاوض. 16

الفرع الأول: المقصود بشروط إعادة التفاوض. 17

الفرع الثاني: الإشكاليات المتعلقة بعملية إعادة التفاوض. 19

المبحث الثاني: وسائل حسم المنازعات عقود الاستثمار. 23

المطلب الأول: الوسائل غير القضائية (الوسائل البديلة) لحسم منازعات عقود الاستثمار. 24

الفرع الأول: ماهية الوسائل البديلة لحسم المنازعات. 24

أولا: الوساطة. 26

ثانيا: التوفيق. 29

الفرع الثاني: دور الوسائل البديلة في حسم منازعات الاستثمار. 34

أولا:مزايا الوسائل البديلة في حسم منازعات عقود الاستثمار. 34

ثانيا: مثالب الوسائل البديلة في حسم منازعات عقود الاستثمار. 35

المطلب الثاني: الوسائل القضائية لحسم منازعات عقود الاستثمار. 36

الفرع الأول: القضاء الوطني كوسيلة لحسم منازعات عقود الاستثمار. 37

أولا: اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة بحسم المنازعات عقود الاستثمار. 39

ثانيا:تقييم دور القضاء الوطني للدولة المضيفة بحسم المنازعات عقود الاستثمار. 42

الفرع الثاني: القضاء الدولي كوسيلة لحسم المنازعات عقود الاستثمار. 44

أولا: مدى المسئولية الدولية الناجمة عن الإخلال الدولة بالتزاماتها الناشئة عن عقود الاستثمار. 44

ثانيا: الحماية الدبلوماسية وسيلة لتحريك مسئولية الدولة المضيفة عن عملها غير المشروع دوليا اتجاه المستثمر الأجنبي. 48

الفصل الثاني:التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الإستثمار. 57

المبحث الأول: فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار. 59

المطلب الأول: مبررات اللجو إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار. 60

الفرع الأول: مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار . 60

الفرع الثاني:تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم. 63

الفرع الثالث: التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار. 65

المطلب الثاني: الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات الاستثمار. 67

الفرع الأول: الإختيار بين التحكيم الخاص و التحكيم المؤسسي . 67

أولا- ماهية التحكيم الخاص و التحكيم المؤسسي . 68

أ- التحكيم الخاص Ad Hoc Arbitration 68

ب-التحكيم المؤسسي Institutional Arbitration 69

ثانيا - المفاضلة بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي بشأن منازعات عقود الاستثمار. 71

أ- مرحلة العمل بالتحكيم الخاص . 71

ب- مرحلة العمل بالتحكيم المؤسسي. 71

الفرع الثاني:العوامل التي يجب الإعتداد بها في اختيار المحكمين في منازعات الاستثمار. 72

أولا- العوامل القانونية 73

ثانيا- العوامل الفنية . 73

الفرع الثالث: أهمية الالتزام بسرية إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار. 74

أولا- أهمية الالتزام بسرية إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار. 75

ثانيا- موقف القضاء المتقدم من قاعدة السرية . 75

المطلب الثالث:المشاكل الخاصة بالتحكيم في منازعات الاستثمار. 76

الفرع الأول: المشاكل الناجمة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم . 77

أولا:التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها الكافية على اللجوءإلى التحكيم. 77

ثانيا: التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم . 82

الفرع الثاني:. المشاكل الناجمة عن تمسك الدول بحصانتها. 84

أولا:الحصانة ضد القضاء. 84

ثانيا: الحصانة ضد التنفيذ. 86

المبحث الثاني:المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار. 89

المطلب الأول:المبادئ ذات العلاقة بإتفاق التحكيم و أثاره. 89

الفرع الأول: استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. 90

أولا- عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي. 90

ثانيا- الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. 91

الفرع الثاني : ضمان الفعالية للحكم التحكيمي. 93

أولا- الإعتراف والتنفيذ الدولي لأحكام التحكيم. 94

ثانيا- الطعن في أحكام التحكيم. 96

المطلب الثاني:المبادئ المتعلقة بهيئة التحكيم. 99

الفرع الأول: الاختصاص بالاختصاص. 100

أولا-الأثر الايجابي. 100

ثانيا-الأثر السلبي. 100

الفرع الثاني: استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع. 102

أولا- تكريس مبدأ إستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع . 103

ثانيا- نطاق سريان مبدأ إستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع. 104

المطلب الثالث: المبادئ المتعلقة بالأطراف. 106

الفرع الأول: تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة. 106

أولا-عدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته بلا موافقته على اللجوء إلى التحكيم. 106

ثانيا- عدم جواز دفع الدولة بمركزها السيا دي للتحلل من الاتفاق على التحكيم . 108

الفرع الثاني: عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف. 109

أولا- الالتزام بتعيين المحكمين. 109

ثانيا-عدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف. 111

المطلب الرابع :امتداد أثار إتفاق التحكيم. 112

الفرع الأول: امتداد اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات الوليدة المستقلة إ لى الشركة الأم والتي لم تكن طرفا فيها. 112

الفرع الثاني: عدم المسئولية المباشرة للدولة عند لجوء مشروعاتها إلى التحكيم 114

المبحث الثالث: الاتجاه نحو قبول التحكيم بدون اتفاق في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. 117

المطلب الأول:دور المركز الدولي في تسوية منازعات الاستثمار. 119

الفرع الأول: الغرض من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. 120

ولا- التنمية الاقتصادية**.** 121

ثانيا- تشجيع الاستثمار. 121

ثالثا- الموازنة بين مصالح المستثمر والدولة المضيفة. 122

الفرع الثاني: خصائص اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. 123

أولا- اختيار طرق تسوية النزاع. 123

ثانيا- التخصص في منازعات الاستثمار. 124

ثالثا- القانون الواجب التطبيق. 125

رابعا- أطراف التقاضي. 126

خامسا- قبول الولاية القضا ئية للمركز. 127

سادسا- الدعم المؤسساتي. 127

سابعا- خاصية الاحتواء الذاتي واستقلالية إجراءات التحكيم سادسا- الدعم المؤسساتي. 128

ثامنا- فاعلية التنظيم. 129

المطلب الثاني: التحكيم بدون اتفاق في منازعات عقود الاستثمار. 130

الفرع الأول:التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بناء على تشريعات الاستثمارالوطنية. 133

الفرع الثاني:التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بناء على اتفاقيات الاستثمارالثنائية. 136

الفرع الثالث:التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بناء على اتفاقيات الاستثمارالمتعددة الأطراف.140

الخاتمة 143

المراجع 148

الفهرس 158