

أثر التحكيم في عقود الإستثمار الدولي

الدكتور: حسين فريجه

أستاذ محاضر-جامعة المسيلة

مستشار بالمحكمة العليا ومجلس الدولة

مقدمة

إن الاستثمار يتطلب فهم معانيه في ظل ما يسمى بعصر العولمة، فنشاطات الاستثمار الدولية المتعلقة بحركة رؤوس الأموال والبضائع والخدمات والأشخاص عبر الحدود الوطنية لدول مختلفة، وهذا على عكس الاستثمار الوطني حيث يكون المستثمر على معرفة بالقوانين، فإن المستثمر الأجنبي لا يكون مطلعاً بشكل كامل على هذه القوانين. وعادة ما يتخذ الاستثمار الأجنبي شكل الاستثمار المباشر (F.D.I) والذي يعتبر أساس العولمة أو يتخذ شكل الاستثمار غير المباشر (Portfolio).

وكثيراً ما تثار نزاعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب مما يتم اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة ودية لفض النزاعات.

وهكذا أصبحت الدول تلجأ إلى إدراج شرط التحكيم في مجال عقود الاستثمار وفي غياب تشريعات وطنية خاصة بالاستثمار وباستغلال الموارد الطبيعية درج أطراف عقود الامتياز البترولية وعقود الأشغال العامة على قبول شرط التحكيم .

وسنحاول أن نتعرض إلى العلاقة التي تقوم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، والخصوصية التي تتمتع بها عقود الاستثمار بكونها تبرم بين طرف عام يتمثل في الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها، وطرف خاص أجنبي، ومن ثم فإن المشكلة الأساسية التي تلازم هذه العقود تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والمصالح والأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي.

يهدف هذا الموضوع إلى توضيح منازعات عقود الاستثمار وعلاقته بالتحكيم كأسلوب لحل المنازعات بحيث أن منازعات الاستثمار الأجنبي تنشأ لأسباب مختلفة، فإن كان مشروع المستثمر الأجنبي يحقق منافع اقتصادية للدولة المضيفة فإنها تحاول الحفاظ على جميع مكاسب المشروع وإذا كان سلبيا بحيث تنشأ تغيرات في النتائج والتقديرية المرجوة من الاستثمار الأجنبي وهنا تثور منازعات نتيجة التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي قد ينتج عنها تضارب في المصالح تؤدي إلى تدخلات إدارية في الاستثمارات الأمر الذي قد يؤدي بدوره حتما إلى نشوء المنازعات كأن تهدف الدولة إلى حماية البيئة أو مصالحها الاقتصادية وبطبيعة الحال فإن تدخل الإدارة في بعض القطاعات من أجل حماية مصالحها قد يؤدي بدوره حتما إلى نشوء منازعات وقد تفشل الاستثمارات الأجنبية نتيجة وقوع ضغوط خارجية أو اختلافات.

وأمام هذا كله فإنه كان لابد من إيجاد وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود بما يتلاءم مع طبيعتها ومن هذه الوسائل نتناول التحكيم.

أهداف التحكيم في عقود الاستثمار

تعددت الوسائل التي من الممكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها فقد ظلت هناك خاصية ثابتة لهذه العقود وهي تتعلق على وجه الدقة بالتحكيم كطريقة مقبولة لحل المنازعات.¹ ويعتبر التحكيم الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها.² بحيث

¹ د بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، - دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى، بيروت 2009 ص10.

² أخذ المشرع الجزائري لتحديد دولية التحكيم بمعيارين:1- المعيار الاقتصادي، لأن التحكيم يتعلق بخلافات ناتجة عن عقود الاستثمار في إطار العلاقات بين الدول.2- المعيار القانوني : نص القانون الجزائري في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون 09/08 بتاريخ 1 أفريل 2008 على أن تتم إتفاقية التحكيم في وثيقة مكتوبة أو أية وسيلة أخرى تجيز الإثبات كالتوقيع الإلكتروني أو الاتصال السريع عن طريق الفاكس، ... إلخ .

أن وجود الدولة في العقد يجعل المستثمر في حاجة إلى ضمانات قضائية لحماية استثماراته ، وعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال . إذ أن التحكيم³ في منازعات الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في المنازعات الأخرى.

ولقد ارتأيت أن أتناول هذه الدراسة في المباحث التالية :

المبحث الأول: التحكيم وعقود الاستثمار الدولي

المبحث الثاني: خصائص التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

المبحث الثالث: المشاكل التي تواجه التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

المبحث الأول : التحكيم وعقود الاستثمار الدولي

يتسم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بخصوصية تميزه عن الوسائل البديلة الأخرى لفض المنازعات كالتوسط والتوفيق. بحيث يمثل ملاذا لحسم المنازعات وذلك بسبب اتفاق الأطراف على مؤسسات التحكيم التي باتت منتشرة وبسبب التخصص الفني والمالي المتوفر لهذه الهيئات مما يجعلها أقدر على فهم مسائل النزاع المعروض عليها والفصل فيها.⁴ وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بعقود الاستثمار.

وعلى هذا فإنه من الضروري لاستيعاب فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار أن نتعرض إلى المبررات التي جعلت منه الوسيلة الطبيعية لحسم المنازعات، وكذلك خصائص التحكيم في

³ التحكيم هو نظام لفض المنازعات ينظمه القانون ويترك لأطراف النزاع الحق في الاتفاق على إخراج منازعاتهم الخاصة والمستقبلية من ولاية قضاء الدولة وطرحها على أشخاص يختارونهم بأنفسهم للفصل في هذه المنازعات بحكم ملزم. وقد اهتمت التشريعات الحديثة بالتحكيم مع تشابك العلاقات الاقتصادية وانتقال رؤوس الأموال والاستثمارات الاقتصادية بين دول العالم، بحيث بات وسيلة مقنعة من وجهة نظر الاستثمار الأجنبي لتسوية وفض منازعاته.

⁴ هاني محمد اليولماني، الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية - مداخل ورشة العمل الوطنية الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بانفاذ العقود التجارية، واسترداد الديون في الجمهورية اليمنية (صنعاء)، 20 ديسمبر 2009.

تسوية هذه المنازعات، والمشاكل التي يثيرها التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

المطلب الأول: مبررات التحكيم في عقود الاستثمار الدولي

يلعب التحكيم دوراً فعالاً في فض المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار إلى درجة أن البعض يرى فيه أمراً حتمياً.⁵ وهو القضاء الطبيعي في هذا المجال.⁶ حيث يلجأ الأطراف في عقود الاستثمار إلى التحكيم في حل منازعاتهم، ويعود ذلك إلى أسباب منها ما يتعلق بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، ومنها ما يتصل بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار، كما يتعلق التحكيم بكونه ضماناً لاجتذاب الاستثمار الأجنبي. وهذا ما سنتعرض له في الفروع التالية:

الفرع الأول: مزايا التحكيم تتماشى مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار الدولي

تتميز عقود الاستثمار بطبيعة ناتجة عن أطراف هذه العقود، وهم الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي والعمليّة موضوع العقد، حيث أن العقد يتعلق بمشروع يكلف أموالاً باهضة ويتطلب خبرات عالية، وعلى هذا فإن التحكيم يمثل المجال الخصب لفض المنازعات التي قد تثور في هذا المجال، وتتميز هذه المزايا فيما يلي:

1- سرعة الإجراءات للفصل في النزاع

يتميز التحكيم بمرونة تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت، بحيث أن هذه السرعة لا تتوافر في النظم التقليدية التي تتنافى مع سرعة الفصل وبالتالي تبقى الاستثمارات والمبالغ النقدية الكبيرة مجمدة في انتظار صدور حكم القضاء، ومن ثم تكون الخسارة نتيجة

⁵ د. حفيظة الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2001 ص 5.

⁶ د. عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية - الأوروبية في بيروت من 13 - 15 فيفري 2001 - منشور في : (آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية)، إعداد مركز الدراسات العربي - ط 1، 2001 ص 58.

تعطل تلك المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في النزاع المتعلق بها.⁷

فالأطراف في عقود الاستثمار تحبذ التحكيم لما يقدمه من سرعة بالفصل في المنازعة المعروضة في زمن معين فقوانين التحكيم تحدد مدة لا يتجاوزها المحكم عند إصداره قراره في النزاع المعروض عليه.⁸ كما أن حكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه، مع مراعاة أن الطعن لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام.⁹ كما أن سرعة تسوية المنازعات هي سمات تتميز بها عقود الاستثمار.¹⁰

2- سرية التحكيم

من أهم المزايا التي تجذب المحكّمين في عقود الاستثمار الدولية هي سرية الإجراءات، حقيقة أن مبدأ العلانية يعد من أسس التقاضي العادية ومن ضمانات تحقيق العدالة إلا أنها قد تمس بعقود الاستثمار إذا كان من شأنها إذاعة أسرار صناعية أو تكنولوجية أو اتفاقات خاصة يحرصون على إبقائها سرية.¹¹

والواقع أن طابع السرية وبخاصة في عقود الاستثمار الدولية مثل عقود التنقيب وعقود الأشغال العامة تقتضي مصالح أطرافها عدم الإعلان عن عقودهم، الأمر الذي يفسر ندرة الأحكام الصادرة والمنشورة مما يعوق الجانب العملي للدراسات النظرية في التحكيم.

3- حرية المحكّمين في ظل التحكيم

المنازعات في مجال عقود الاستثمار الدولية كثيرا ما تثير صعوبات قانونية، الأمر الذي يثير قلق المتعاملين، ولعل في مقدمة

⁷ Paulsson (J): Arbitration without privity, I C S I D Review- F.I.L.J, Vol 10, N°2, 1995, p 05.

⁸ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار " مركز حقوق عين شمس للتحكيم " مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، جويلية 2001، ص 127، د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 250.

⁹ د. حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 19.

¹⁰ د. مهدي أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت 2005، ص 43.

¹¹ د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية 1999 ص 21، د. خالد ممدوح إبراهيم مرجع سابق ص 252.

هذه الصعوبات تعيين القانون الواجب التطبيق على منازعات هذه العقود والمحكمة المختصة، كما توجد اتفاقيات دولية تعين القانون واجب التطبيق، لذلك فإن التحكيم هو وسيلة مناسبة للخصوم تمكنهم من اختيار مكان التحكيم وزمانه.¹²

4-التحكيم يتطلب تخصصا

التحكيم في مجال عقود الاستثمار الدولية يتطلب معرفة وخبرة قانونية متخصصة لتسوية منازعات الاستثمار، لأن فض هذه المنازعات يتطلب معارف اقتصادية وخبرة تتلاءم مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي، حيث يكون المحكمون يتمتعون بكفاءة علمية وقانونية وخبرة تجعلهم يمتازون بالإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع، وكذلك اللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات بين الأطراف في عقود الاستثمار.

5-حياد وعدالة التحكيم

يمتاز التحكيم بعدم خضوعه لأية جهة رسمية، فضلا عن عدم خضوعه لأي قانون غير الذي يختاره المحكمون، وهذا بعكس القضاة في المحاكم الذين يجب أن يلتزموا بنصوص القانون الذي يتبعونه.

فالتحكيم أكثر قدرة على تحقيق العدالة وهو الهدف الذي يجب أن يسعى إليه المحكم للوصول إلى حكم عادل.¹³ كما أن التحكيم من شأنه أن يحقق عدالة يهدف إليها الأطراف ولعل ما يساعد على ذلك هو أن الأطراف هم الذين يختارون المحكمين.¹⁴ ونوع التحكيم الذي يرغبون في اتباعه سواء أكان تحكيم مؤسسي أو تحكيم حر، تحكيم بالقانون أو تحكيم بالصلح.

¹² د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 20.

¹³ د . إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 9.

¹⁴ Boisard (M.A): Settling Foreign Investment Disputes: Unitar Training Programmes on Foreign Economic Relations, UNITAR, Document No 04, Module VIII- Revised, 2001, p 07.

الفرع الثاني: تمسك المستثمر الأجنبي بالتحكيم

بما أن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين هما الدولة والمستثمر الأجنبي فإن قضاء الدولة لا يقبله المستثمر الأجنبي بسبب نظرته إليه أن لا يكون حيادي بصدد نظر النزاع.

لذلك يحرص المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار، خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم.

حيث أن ما تتمتع به الدولة من استقلال وسيادة يجعل من الصعوبة الفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها أمام القضاء الوطني دون إهدار الحقوق الخاصة بالمستثمر من أجل تحقيق اعتبارات سياسية واقتصادية لفائدتها على حساب المستثمر الأجنبي.

لذلك يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم لعدم ثقته بنزاهة وعدالة قضاء الدولة المضيفة. فالقضاء الداخلي للدولة المضيفة 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 الاقتصادية أو الاجتماعية بسيادة الدولة.¹⁵

لذلك نجد المستثمر الأجنبي حريص على إدراج شرط التحكيم في عقده الاستثماري مع الدولة المضيفة ولو على حساب عدم إتمام العقد.

لكن المشكلة التي تثور أحيانا هو عندما يحكم قضاء الدولة المضيفة بعدم اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها.¹⁶ ففي فرنسا اشترط المستثمر الأمريكي حتى يمكنه الموافقة

¹⁵ يقوم التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أن اللجوء إليه يتم باختيار طرفي النزاع، وبمحض إرادتهما الحرة وغالبا ما يلجأ المستثمر في عقد الاستثمار إلى التحكيم المؤسسي باعتباره يملك إمكانات علمية وفنية ومادية مثل نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية (ICC) الساري المفعول ابتداء من 1998/1/1 وهيئة التحكيم الأمريكية (A.A.A) أصبح ضير التنفيذ في 1992/5/1 ومحكمة لندن للتحكيم الدولي (أنظر د. مهند أحمد الصانوري، مرجع سابق ص 46 وما بعدها).

¹⁶ د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 22.

على الاستثمار الذي يجري بضواحي باريس أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار إلى التحكيم. غير أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هو رأي مجلس الدولة في شأن العقود المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها نزولا على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية. ورغم تأخر توقيع العقد فإن فرنسا قبلت بشرط التحكيم.¹⁷ كما أن القانون الجزائري نص على أنه: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".¹⁸

الفرع الثالث: التحكيم وسيلة لتشجيع وحماية الاستثمار الدولي

لكي يثق المستثمر، لابد من توفر حماية كافية لتأمين استثماراته، فرأس المال جبان يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق وخائف ويحتاج إلى طمأننته فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر وينزع القلق عن نفسه.¹⁹ ذلك أن عقود الاستثمار الدولية غالبا ما تربط دولة معينة بمستثمر أجنبي لا يثق في قضاء الدولة المتعاقدة، حيث يسهل أن يتأثر القاضي بالدوافع الوطنية التي تخالف مصالح المستثمر، كما أن القوانين في الدول النامية سهلة التعديل والإلغاء وتتسم بعدم الاستقرار.²⁰

فتشجيع الاستثمار الأجنبي يحتاج إلى ضمانات لحماية استثماراته، ومن هذه الضمانات قضاء التحكيم الذي من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفعات رؤوس الأموال. فقد صار التحكيم أحد وسائل حماية الاستثمار الأجنبي كضمانة يؤمن ويحمي الاستثمارات.²¹ وحرصا من

¹⁷ د. عبد الحميد الأحذب : آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية - الأوروبية - مركز الدراسات العربي الأوروبي - بيروت 13 - 2001/2/15 منشور ضمن مؤلف (آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية) إعداد مركز الدراسات العربي - الأوروبي، الطبعة الأولى، 2001، ص 73 .

¹⁸ المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

¹⁹ د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 23.

²⁰ هاني محمد البوعاني، مرجع سابق، ص 11.

²¹ د. عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 59 .

الدول، وخاصة منها الدول النامية، على جلب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.

وفي هذا الاتجاه فقد جاء قانون الاستثمار في دولة الإمارات العربية المتحدة ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، حيث نص عليه من المادة 203 إلى 218 من قانون الإجراءات المدنية. كما اعتمد المشرع الجزائري أيضا التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في عقود الاستثمار وعلى هذا الأساس فإن الدول لجأت إلى جذب الاستثمارات الأجنبية وذلك بجواز إلى مبدأ عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثل أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية.²²

المبحث الثاني: خصائص التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي
إن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات، نظرا لاختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات التحكيم التصدي لها، والتي تتمثل حقيقة أن أحد الأطراف هو شخص عام يتعامل مع شخص خاص وأن موضوع هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة. لذلك فإنه يتعين في تحكيم منازعات عقود الاستثمار اختيار نوع التحكيم، وكذلك اختيار المحكمين الذي تتوافر فيهم الخبرة الفنية والتكوين للفصل في مثل هذه المنازعات، والمحافظة على سرية إجراءات التحكيم في هذه العقود.

المطلب الأول: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي

التحكيم وسيلة خاصة لحسم المنازعات تعتمد على اتفاق الأطراف، وأمام هذا الطابع التعاقدي للتحكيم فإنه يمكن للأطراف عند الموافقة على اللجوء إليه لتسوية منازعاتهم الاتفاق على أن يستقلوا في إدارة العملية التحكيمية وهو ما يسمى (التحكيم الخاص)

²² د . عبد الحميد الأحديب: آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية - الأوروبية، مرجع سابق، ص 72.

أو مؤسسة تحكيمية دائمة تتولى إدارة هذه العملية وهو ما يسمى (التحكيم المؤسسي).

وأمام خصوصية منازعات الاستثمار فإن التساؤل الذي يمكن طرحه: هل من الأحسن تسوية منازعات الاستثمار عن طريق اللجوء إلى التحكيم الخاص،²³ أو المؤسسي ؟

الفرع الأول: التحكيم الخاص

ويسمى التحكيم الحر²⁴ وهذا النوع من التحكيم يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم وتحديد القواعد والإجراءات الخاصة بهم أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع لأجل هذا الغرض، كما هو الحال في قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لعام 1976.²⁵

والتحكيم الخاص هو تحكيم أعد لحالة خاصة بذاتها من حيث تشكيل هيئة التحكيم أو من حيث القواعد والإجراءات.²⁶ وكمثال على اللجوء إلى التحكيم الخاص في اتفاقيات تحكيم منازعات عقود الاستثمار في العقد المبرم بتاريخ 1994/11/18 بين الحكومة اللبنانية وبعض الشركات الفرنسية الخاصة من أجل تنفيذ ما يسمى "الأوتوستراد العربي" من أجل فض هذه المنازعات يكون خاضعا للتحكيم وفقا للشروط، على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية.²⁷

وتوجد بعض المؤسسات تذهب بسهولة إلى تحكيم مراكز التحكيم، ولكن بعض المؤسسات الإدارية كالوزارات لا تقبل إلا

²³ د. فادر محمد محمد إبراهيم " دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم في إطار واقع التحكيم الاقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المفصلة به "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 50.

²⁴ أنظر استخدام هذا المصطلح، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 122.

²⁵ هذه القواعد منشورة على شبكة الانترنت: <http://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.rules.1976/doc.html>

²⁶ د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008، ص 27.

²⁷ د. محي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان، التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة، سلسلة إصدارات المركز اليميني للتوفيق والتحكيم، الطبعة الأولى، 2003، ص 104.

التحكيم الذي تساهم في تنظيمه وتشكيل محكمته بحيث يختار محكميه ويختار هو وخصمه المحكم الثالث بحيث إذا لم يتوصل هو وخصمه إلى هذا الخيار يوقف التحكيم. وينظم هو وخصمه إجراءات التحكيم وتتولى المحكمة التحكيمية حل المنازعات في عقود الاستثمار، من هنا فإن تحكيم مراكز التحكيم "Institutional" وتحكيم المحكمة التحكيمية التي ينشئها الأطراف خصيصا لحل النزاع "Adhoc" ويسمى تحكيم الحالات الخاصة كلاهما له مكانته ومنازعاته. ويمكن القول أن تحكيم الحالات الخاصة هو تحكيم على القياس، وتحكيم مراكز التحكيم هو تحكيم جاهز في مقاييسه ومعايره.²⁸

الفرع الثاني: التحكيم المؤسسي "Insitutional Arbitration"
التحكيم المؤسسي²⁹ أو تحكيم هيئات التحكيم الدائمة، هو أن يختار الأطراف إدارة إجراءات التحكيم وفقا لقواعد تحكيمية معينة بمساعدتها، وتكون أمام تحكيم مؤسسي: متى جرى في ظل منظمة لم تكتف بوضع لوائحها وقواعدها التنظيمية أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لوائحها المذكورة، ولا يهم أن تكون المنظمة تتناول مهمة النظر في النزاع.³⁰ ويجب على الأطراف الاتفاق صراحة على المؤسسة التحكيمية التي يتم اللجوء إليها وقد ازداد عدد المؤسسات الدائمة بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولا في حسم منازعات عقود الاستثمار وخاصة بعد إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.³¹

²⁸ أحمد يوسف خلاوي، ورقة عمل مقدمة لورشة العمل التي تنظمها الهيئة العامة للملكية والاستثمار لمناقشة مواضيع المتعددة بصالة غرفة التجارة والصناعة بمدينة طرابلس يوم 2009/12/8.

²⁹ أنظر استخدام هذا المصطلح: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار "مركز حقوق عين شمس للتحكيم" مرجع سابق ص 122.

³⁰ د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية .

³¹ تم التوقيع على اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 18 مارس 1965 وأصبحت هذه الاتفاقية نافذة بتاريخ 14 أكتوبر 1966.

ومن أمثلة تحكيم منازعات عقود الاستثمار التي تحيل إلى التحكيم المؤسسي، ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة 21 من عقد امتياز البحث عن البترول المبرم سنة 1987 بين الشركة الألمانية "Deutsch-schachtbau" وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول "Rakoil" من أن: "جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها ستتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد.³²

وقد يتم إحالة النزاعات إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) إذا اتفق الأطراف على ذلك. ويظهر بأن القضايا المفصول فيها عن طريق المركز هي أربع قضايا بأطراف عربية هي المغرب ومصر وتونس قد فصلت فيها بعد عرضها على المركز، أما القضايا التي لازالت منظورة أمامه حالياً بأطراف عربية وهي: المغرب ودولة الإمارات ومصر.

إن وضع التحكيم الدولي وتوظيفه في خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية لا يجب أن يقتصر على تشجيع الاستثمار الأجنبي، وإنما يجب أن يتم من منظور المصلحة المتبادلة للطرفين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وهو ما يقتضي الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار، وأمام التطورات الكبيرة للاستثمار وزيادة المنازعات فقد اتجهت المؤسسات التحكيمية الدائمة إلى تطوير قواعدها لمواكبة التطورات.³³ وقد زادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي³⁴ نظراً لما يحققه من مزايا كما يلي:

1- توجد قوائم بأسماء المحكمين لدى مؤسسات التحكيم الدائمة في مختلف التخصصات مما يمكنها من اختيار المحكم المناسب في الوقت المناسب إذا تعلق الأمر بمسألة تحتاج إلى خبرة خاصة.

³² Y.B.Com.Arb.Vol 14, 1989, p 112.

³³ د . محمد أبو العينين، الخصائص المميزة في منازعات البترول والغاز، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للطاقة (البترول والغاز) ووسائل حسم المنازعات الناتجة عنها 9 -10 مارس 2002 شرم الشيخ ص 3.

³⁴ د . خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 29.

- 2- إن التحكيم المؤسسي يلبي التوقعات المشروعة للأطراف في ظل سوابق التحكيم الصادرة تحت سلطة هيئة التحكيم.
- 3- إن التحكيم المؤسسي يضمن للمحكّمين ممارسة اختصاصاتهم ويوفر لهم المساعدة الدائمة التي يحتاجونها، كما يساعد على تنفيذ حكم التحكيم لفائدة من صدر لصالحه.

المطلب الثاني: اختيار المحكمين في منازعات عقود الاستثمار

تتميز عقود الاستثمار الدولية بخصوصية ناتجة عن طبيعة هذه العقود والعملية محل العقد، إذ تثير هذه العقود مشاكل متعددة الأوجه منها القانونية ومنها الفنية لذلك فهي تتطلب في المحكم الذي يفصل في هذه المنازعات مؤهلات عالية.

فقد تتعلق منازعات هذه العقود بالبيئة أو بنقل التكنولوجيا، لذلك فإن هيئة التحكيم تتطلب أن تضم محام أو رجل قانون على دراية بأحكام القانون الدولي العام أو الخاص أو أحكام قانون البيئة أو أحكام عقود خاصة بنقل التكنولوجيا، حيث كثيرا ما يجد المحكم نفسه مطالبا بالبحث في الفروع المختلفة للقانون لتنوع المشاكل التي تثيرها عقود الاستثمار وما تتطلبه من دراية فنية بالغة التعقيد، كأن تتعلق بالنواحي الخاصة باستغلال الحقل أو معدل الإنتاج في عقود البترول. أو بمشاكل هندسية تتعلق بكفاءة المنشآت في عقود الأشغال، أو تقنيات المحاسبة المالية، ومن ثم يكون من اللازم أن تضم هيئة التحكيم خبراء ومهندسين.³⁵

كما يجب توافر العنصر القانوني في تشكيل هيئة التحكيم بل من الأفضل أن يتراأس هيئة التحكيم أحد رجال القانون حتى يضمن سلامة الإجراءات وسلامة حكم التحكيم من ناحية الإجراءات القانونية.

³⁵ د . محمد أبو العينين، الطبيعة الخاصة والتميز لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات، مجلة التحكيم العربي، العدد 5 سبتمبر 2002، ص 136.

وعلى هذا فإنه يجب عدم التسرع في وضع الشروط التي يجب توافرها في المحكمين في اتفاق التحكيم قبل قيام المنازعة، لكي يتسنى اختيار المحكمين ذوي الخبرة العالية والدراية الكاملة.

المطلب الثالث: ضرورة الالتزام بسرية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

يمثل الحفاظ على سرية إجراءات التحكيم مبدأ جوهريا، فميزة سرية التحكيم تعد عنصرا أساسيا وهذه الميزة هي التي تدفع المستثمرين إلى اختياره كوسيلة لحل المنازعات فالتحكيم يتميز بالسرية.

وتزداد أهمية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، لما يترتب على هذه العقود من آثار سياسية واقتصادية كبيرة تؤثر في مصالح الدول وكذلك الشركات الكبرى القائمة بالاستثمار، نظرا لحساسية المعلومات والوثائق والأسرار المتعلقة بهذه العقود.³⁶ لذلك نرى أطراف عقود الاستثمار تحاول الحفاظ على سريتها. وأن الالتزام بالسرية يقوم على طبيعة التحكيم باعتباره وسيلة خاصة لحسم المنازعات، وأنه عبارة عن التزام ضمني بين الأطراف، حيث تفرض أخلاقيات التحكيم على المحكم الالتزام بالسرية. ويعتبر عنصر السرية سببا من أهم الأسباب لاختيار المحكمين للتحكيم لتسوية منازعاتهم. وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 18 فيفري 1986 بقولها: "يتماشى مع طبيعة التحكيم وإجراءاته ضمان سرية حل المنازعات ذات الطابع الخاص وهو ما يستجيب لأطراف المنازعة".³⁷

ويتضح بأن سرية التحكيم تعتبر أمرا هاما في منازعات عقود الاستثمار، وهذا ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة وضمنته قوانينها.³⁸

³⁶ د . حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 22.

³⁷ Arrêt Cour d'appel- Paris-, 18/02/1986, Revue Arbitrage, 1986, p 583, note Flecheux.

³⁸ نصت المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "تكون مداوالات المحكمين سرية".

المبحث الثالث: المشاكل التي تواجه التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

يصادف التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الكثير من المشاكل باعتبار أن أحد أطراف العقد وهو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة يتمتع بوضع مميز يسعى للحفاظ عليه سواء قبل إجراءات التحقيق أو بعد صدور الحكم إذ أن وجود الدولة كأحد أطراف النزاع يصيب عملية التحكيم بصبغة خاصة.³⁹ ويواجه التحكيم عدة مشاكل خاصة عندما تتمسك الدولة بحصانتها سواء في مواجهة القضاء أو في مواجهة حكم التحكيم الصادر في مواجهتها.

وتربط بعض التشريعات إقرارها بالحكم التحكيمي بشرط عدم خرقه للنظام العام الدولي والمقصود بالنظام العام الدولي، ليس النظام العام الوطني الذي لا يتم إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا بحتا، وإنما المقصود به هو تلك الصورة المخففة من النظام الذي يتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية.⁴⁰ سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية، وبذلك يقع على عاتق الجهة القضائية المكلفة بتنفيذ الحكم فحصه للتأكد من عدم خرق الهيئة التحكيمية قواعد ومبادئ النظام العام الدولي، ومن ثم الاعتراف به والأمر بتنفيذه أو رفض تنفيذه دون الامتداد لمراجعة الحكم.⁴¹

والدولة تنظر إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات وتفقد فيه حريتها وتقبل بقيود هي متحررة منها.

وستعرض في هذا المبحث إلى المشاكل التي قد يثيرها التحكيم في منازعات عقود الاستثمار من خلال المطلبين التاليين.

³⁹ Delaume (G.R), State Contracts and Transnational Arbitration, A.J.I.L, Vol 75, No 04, 1981, p686.

⁴⁰ د . حسين فريجه، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 485.

⁴¹ حسين نواره، تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول " التحكيم الدولي في الجزائر، أيام 14-15 جوان 2006 جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية - الجزائر - 2006.

المطلب الأول: المشاكل الناتجة عن التحكيم في عقود الاستثمار الدولي

إن الطرف الذي ليس من مصلحته اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يحاول أن يثير مشاكل حول بنود الاتفاق على التحكيم، عملاً على إعاقة هيئة التحكيم أن تصدر حكمها، وتقوم هذه المحاولات في الغالب على التشكيك في صحة اتفاق التحكيم، فهناك بعض الأشخاص يثور بصددهم مدى جواز خضوعهم للتحكيم، وهناك بعض الموضوعات لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم.⁴²

وقد تستند الدولة أو الحكومة إلى القانون الوطني باعتبار أن القانون لا يعطي للدولة الحق في الدخول في اتفاق التحكيم. أو أن الموضوع محل النزاع لا يمكن النظر فيه أمام التحكيم.

الفرع الأول: عدم قدرة الدولة من اللجوء إلى التحكيم

تلجأ بعض الدول أو الحكومات إلى التخلص من اللجوء إلى التحكيم متذرعة بعدم أهليتها أو عدم توافر القدرة الكافية لها من اللجوء إلى التحكيم في عقود منازعات الاستثمار، مستندة في ذلك إما إلى قانونها الوطني الذي لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود، أو أن أحكام القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في مثل هذه العقود.

أولاً: القانون الوطني يحظر على الدولة أو هيئاتها اللجوء إلى التحكيم

توجد لدى العديد من الأنظمة القانونية نصوصاً تقيد المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أو مؤسسة عامة طرفاً فيها من الخضوع للتحكيم إلا إذا وافقت عليه الجهة المختصة.⁴³ وتجعل الاختصاص

⁴² د. حسام الدين الأهواني، المسائل القابلة للتحكيم، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم لتي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس من 15 إلى 20 مارس - 2003، ص 38.

⁴³ تنص المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "عندما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو ممثل السلطة الوصية التي يتبعها".

بنظر المنازعات التي تكون هذه الأشخاص طرفا فيها للقضاء الوطني، وقد أثبت العمل الدولي في عدد غير قليل من إنكار الدولة إلى شرط التحكيم الذي سبق قبوله بحجة عدم جواز التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية وهو ما جعل المحاكم وكذلك هيئات التحكيم ترفضه.⁴⁴ وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 ماي 1966 في قضية "San Carlo" إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة والوحدات العامة في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية.⁴⁵ كما أكد القضاء الفرنسي أن الحظر الوارد على الدولة ومؤسساتها في قبول شرط التحكيم يعمل به في إطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية.

كما ذهب القضاء الفرنسي بشأن المنازعة بين الشركة الإيطالية "Icori Estero" والشركة الكويتية للتجارة والاستثمار والذي يقضي بصحة شروط التحكيم فيما يتعلق باتفاق التحكيم المتعلق بالنظام العام الدولي وبالتالي يمتنع على الدولة أن تستفيد من أحكام قانونها الوطني للتخلص فيما بعد من اتفاق التحكيم فما دام الاتفاق قد تم في إطار عقد دولي فهو صحيح.⁴⁶

وقد يتمسك الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بعدم أهليتها في اللجوء إلى التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة.

ولقد تعرضت محكمة استئناف باريس لمثل هذه الحالة في حكمها الصادر في 17 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة "CATOIL" ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإيرانية.⁴⁷ وعلى هذا فإن

⁴⁴ د. هاني صلاح سري الدين ، التحكيم في العقود الإدارية بين الحظر والإجازة ، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ، الطبعة الأولى ، ص 114.

⁴⁵ Cass.02/05/1966, Rev, Crim, 1967, p 553, Note Goldman.

⁴⁶ Cour d'appel -Paris-, 13/06/1996, Rev.Arb.1997.p 251.Note E.Gaillard.

⁴⁷ Cour d'appel -Paris-, 17/12/1991, Rev Arb.1993, p 281, Note Herve Synvet.

حيث جاء حكم استئناف محكمة باريس : " أن العقود الدولية المبصرة لحاجة المعاملات الدولية وطبقا لشروطها ومقتضياتها يعد الاتفاق على التحكيم متمشيا مع النظام العام الدولي الذي يحظر على المشروع العام أن يتمسك

المحكمة لا تعترف بالحظر الوارد على التحكيم في عقود الاستثمار سواء تمسكت به الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي.

ثانياً: القانون الجديد بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيزه
وهنا يمكن للدولة أن تنهز من شرط التحكيم في عقود الاستثمار، وتتمسك بأن قانونها الوطني الذي تم تعديله أصبح لا يجيز التحكيم فقد توصلت هيئة التحكيم إلى عدم تأثير اتفاق التحكيم بما يطرأ على قوانين الدولة، فلا يجوز للدولة أو إحدى هيئاتها التخلص من التزاماتها عن طريق تعديل قوانينها الوطنية.⁴⁸

وهكذا يتضح أن الدولة بعد موافقتها على التحكيم في عقود الاستثمار لا يمكنها التهرب منه بحجة أن قانونها الوطني لا يعترف بالتحكيم، باعتبار أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم خاضعاً للنظام العام الدولي، ومن مبادئ هذا النظام العام أنه لا يجوز للمشرع الوطني التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم، كما لا يجوز التخلص من اتفاق التحكيم بحجة صدور قانون جديد يبطل التحكيم صدر بعد توقيع عقد الاستثمار. فالقيود التي تصدر تكون مشوبة بالغش بقصد التهرب من مخطر التحكيم لسبب أو لآخر ارتأتها الدولة، وقامت بإصدار التعديل لخدمة مصلحتها في الدعاوى القائمة.⁴⁹

وعلى هذا فإن مجرد وجود اتفاق التحكيم يكفي لقابلية النزاع للتحكيم، حتى ولو كان القانون الوطني الذي تم الاتفاق على التحكيم في ظله لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في هذا النوع من العقود، أو أن أحكام القانون الذي تم تعديله لا يجيز ذلك، حيث لا يمكن للدولة الاحتجاج بقانونها للتخلص من اتفاقياتها.

بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من أجل التنصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقاً 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".

⁴⁸ Bruno Oppetit: Arbitrage et Contrats d'Etat, L'Arbitrage Framatone et Autres. c/ Atomic Energy Organization of Iran. J.D.I, 1984, p 37.

⁴⁹ د . بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 55 .

وقد اتجهت عدة تشريعات إلى الاعتراف صراحة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاقيات التحكيم.⁵⁰

الفرع الثاني: عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم

قد تسعى الدولة لوضع العقوبات أمام التحكيم يجعل عدم قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقود الاستثمار للفصل فيه بواسطة المحكمين، باعتبار المنازعة تتعلق بأعمال صادرة عن الدولة بصفتها سلطة عامة سيادية. غير أنه يمكن الرد أن الآثار المالية المترتبة عن عقود الاستثمار تقبل الفصل فيها بواسطة التحكيم، طالما أنه لا توجد قاعدة أمرة في النظام العام الدولي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار.⁵¹ فبدون شك أنه يجوز التحكيم بشأن طلب التعويض عن اتخاذ الدولة لإجراء من إجراءات نزع الملكية للمشروع الاستثماري، إذا تم ذلك وفقا للقانون أو الدستور، فإذا كانت اعتبارات السيادة لا تحول دون تأميم المشروع الاستثماري، فإنها لا تقف عائقا أمام التحكيم بشأن طلب التعويض.⁵²

ففي قضية "Framatone" وهيئة الطاقة الإيرانية، تمسكت إيران بعدم خضوع المسائل المتنازع عليها للتحكيم، حيث دفعت بعدم اختصاص محكمة التحكيم، لأن النظر في النزاع سيؤدي بالمحكمة إلى المساس بالسيادة الوطنية الإيرانية غير أن هذا الدفع لم تلتفت إليه المحكمة، واعتبرت أن الآثار المالية في حد ذاتها قابلة للفصل فيها بواسطة التحكيم.⁵³

⁵⁰ نصت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم في علاقاتها الاقتصادية وفي إطار الصفقات العمومية"، كما نص قانون التحكيم في فرنسا الصادر بتاريخ 19 أوت 1986 على أنه يجوز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية".

⁵¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، (تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001، ص 89.

⁵² د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القابلة للتحكيم، مرجع سابق، ص 56.

⁵³ Bruno Oppetit, op-cit, p 38.

وهكذا فإنه لا يحق للدولة المضيفة التنصل من التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم.

المطلب الثاني: أثر مبدأ سيادة الدولة على اتفاق التحكيم

تستغل الدولة مبدأ السيادة لعرقله عملية التحكيم، بحيث تلجأ الدولة المضيفة في منازعات الاستثمار إلى سيادتها كدرع واق، وستعرض فيما يلي، إلى أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة على حصانتها القضائية وحصانتها ضد التنفيذ بعد صدور حكم التحكيم.

الفرع الأول: حصانة الدولة القضائية في منازعات عقود الاستثمار الدولي

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة الدول الأجنبية الأمر الذي يعني عدم اختصاص قضاء دولة أجنبية بنظر المنازعات.

غير أن اتفاق التحكيم له طابع خاص يتمثل في أنه يجد أساسه في إرادة الأطراف الحرة، حيث تلجأ الدولة إلى إدراج شرط التحكيم بعقد الاستثمار بإرادتها الحرة، وهنا فإن الدولة ارتضت مبدأ التحكيم وبالتالي فهي تعتبر متنازلة ضمناً عن حصانتها القضائية إذا قبلت بشرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في عقود الاستثمار.⁵⁴ وخاصة إذا ما عرفنا بأن المحكم لا يصدر حكمه باسم الدولة، وإنما ينفذ مهمة عهد بها الأطراف إليه وبالتالي لا يمثل التحكيم اعتداءً على سيادة الدولة، كما أن الدولة تدخل في علاقة التحكيم بإرادتها الحرة وبرضاء مسبق منها، كما أن مبدأ تمسك الدولة بحصانتها القضائية لا يتماشى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الدولة لالتزاماتها، ذلك أن قبول الدولة باتفاق التحكيم يفرض عليها تسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار أمام التحكيم. ولو أن الدولة أحجمت عن مبدأ التحكيم لكان المستثمر الأجنبي قد نأى بنفسه وخاصة إذا كان يشك في قضاء الدولة وحياده.

⁵⁴ د . إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 122، القاهرة 1993، ص 101.

د . عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية.

فالدولة بقبولها التحكيم تكون قد قبلت بإرادتها الحرة والمطلقة المثل أمام هيئة التحكيم.⁵⁵ فالدولة عندما تقبل بالتحكيم إنما تحقق القبول بإجراء خاص بذاته هو التحكيم، ومن ثم فلا أثر له خارج نطاق التحكيم.

الفرع الثاني: الحصانة ضد تنفيذ أحكام التحكيم

اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة في مجال منازعات عقود الاستثمار يجب تنفيذه وبالتالي فإن هذا التنفيذ يمثل تحقيقاً لاستقرار المعاملات وتحقيقاً لقبول الدولة بشرط التحكيم، وتنفيذ حكم التحكيم لا يمثل اعتداء على حصانة الدولة القضائية وإنما يمثل خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي.

كما يعتبر اتفاق التحكيم الذي تورده الدول في عقودها مع المستثمرين الأجانب يفيد تنازلها عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم.

ففي قضية ترتبط بمسألة الحصانة ضد التنفيذ، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن دخول الدولة في اتفاق التحكيم يعتبر تنازلاً ضمناً عن حصانتها ضد التنفيذ.

ففي قضية "Creighton" أن عقداً قد أبرم بين الشركة المذكورة والحكومة القطرية تقوم بمقتضاه الشركة الأمريكية ببناء مستشفى لحساب دولة قطر. ونشأ نزاع بين الطرفين حول أداء الشركة الأمر الذي دفع بالحكومة القطرية إلى طلب وقف العمل، وقد رفضت الشركة ولجأت إلى التحكيم وفقاً لاتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين. والذي يقضي أن يتم التحكيم وفقاً لقواعد التجارة الدولية، وتم التحكيم ببافيس وانتهى الحكم لصالح شركة "Creighton" حصلت بمقتضاه على تعويض ثمانية ملايين دولار.⁵⁶

⁵⁵ د . حفيدة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 278.

⁵⁶ Boivin(R), International Arbitration With States, An Overview of the Risks, J.I.A, Vol, 19 N° 04, 2002, p 296.

وقد أعلنت محكمة النقض الفرنسية أنه: "استنادا إلى توقيع دولة قطر على اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام إلى قواعد غرفة التجارة الدولية، فإنها بذلك تكون قد تنازلت ضمنا عن حصانتها ضد التنفيذ هذا هو ما تنص عليه المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية والتي تجري على أنه: "

(أ- تكون أحكام التحكيم نهائية، ب-) قبول الأطراف التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون تأخير، ويعدون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل عنها قانونا".⁵⁷

ويعتبر هذا الحكم أن موافقة الدولة على التحكيم وتنفيذه يمثل خطوة كبيرة نحو تطور التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية.

الخاتمة

إن نجاح أسلوب التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية منوطا بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبي وضمناناته وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، ومن هنا بات من الضروري تطوير التحكيم الدولي بما يتماشى مع طبيعة عقود الاستثمار وخصوصية ما تفرزه من منازعات. ولا زال البحث قائما لتطوير التحكيم الدولي في مجال منازعات الاستثمار وإيجاد صيغة دولية قادرة على تقنين القواعد الكفيلة بحماية رأس المال الأجنبي وإقامة العدالة المتوازنة التي تتطلع إليها الدول.

إن المرونة التي يقدمها التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار، والمستثمرين سيبقى آلية ضرورية وفاعلة تحقق المصلحة والفائدة المرتقبة منه. وسيبقى بالتأكيد الوسيلة المثلى لفض منازعات عقود الاستثمار خصوصا في ظل ما يشهده العالم من تغيرات متتابة.

⁵⁷ حكم محكمة النقض الفرنسية، مشار إليه في د. بشار محمد الأسعد، ص 70.

النتائج والتوصيات

- (1)- يجب على الدول العربية وضع تشريعات واتفاقيات لحماية الاستثمار وجلبه والمحافظة عليه، وتشجيع اللجوء إلى التحكيم كوسيلة مثلى من أجل حماية عقود الاستثمار.
- (2)- يجب أن ينص في اتفاق التحكيم على القانون واجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار، بعبارة واضحة ودقيقة سواء أكان القانون المختار قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو أي قانون آخر، بدلا من ترك هذه المسألة للتعسف أو للتحكم فيها من قبل المحكمين.
- (3)- أن يتم توضيح سلطات المحكمين بصورة جلية قبل قيام النزاع، وأن يتم توضيحها بصورة جد دقيقة، حتى لا تجابه المحكم أية مصاعب أثناء سير العملية التحكيمية بالإضافة إلى تحديد مكان التحكيم لما له من أهمية في التنفيذ.
- (4)- يجب على الدولة بعد موافقتها على التحكيم أن لا تتنصل منه بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم أو أن التحكيم يمس بسيادتها.
- (5)- إن التحكيم علم قائم بذاته، وبالتالي يجب أن يدرس في الجامعات العربية كمادة فرضتها ضرورة العصر كما يجب تشجيع الشركات والمؤسسات الكبرى على ضرورة اللجوء إلى التحكيم وتعميمه والتعريف به وجعله في متناول الجميع.