

خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار

الدكتور حسن طالبي

أستاذ محاضر

كلية الحقوق، بن عكنون -

مقدمة :

درجت الدول النامية التي تحتاج إلى رؤوس أموال بفعل متطلبات التنمية على انتهاج سياسة تشريعية من شأنها العمل على تحفيز وتشجيع الاستثمارات الأجنبية و تقديم الضمانات اللازمة لها و كذا كل الحماية القانونية ضد أي إجراء يمكن أن تتخذه إزاءها. و يعد شرط التحكيم الدولي الذي يرمي إلى تجنب النزاعات الناشئة عن الاستثمار الأجنبي الخضوع إلى المحاكم الرسمية للدولة عنصر حماية مهم في عقود الاستثمار إلى جانب الضمانات المالية والجبائية التي تقدمها الدولة من أجل جلب المستثمرين الأجانب. و في الواقع، فإن هذا الشرط ليس وليد اليوم و لا الظروف الاقتصادية الحالية و لا هو وليد العولمة التي نشهدها الآن. فقد تعودت عقود الاستثمار البترولية الأولى و عقود الأشغال العمومية على قبوله كأحد البنود الهامة لتي تجري عادة بشأنه مفاوضات عسيرة و طويلة لا تقل شأنًا عن البنود الأخرى كبند السعر والقوة القاهرة...إلخ. و مما زاد الحاجة إلى هذا التحكيم في ظل وتيرة التنمية المتزايدة في القرن الماضي، هو غياب قضاء وطني متخصص في النزاعات المتعلقة بالاستثمار، و نقص الخبرة لدى القضاة و هي كلها حجج جعلت من التحكيم التجاري الدولي في مجال الاستثمار الوسيلة الوحيدة و المقنعة من وجهة نظر المستثمر الأجنبي لفض منازعاته مع الدول المضيفة.

ولكل هذه الاعتبارات فقد اجتهد المجتهدون من الفقهاء على البحث والتنقيب في طبيعة التحكيم وخصائصه وأهدافه⁽¹⁾.

وقد ساعدت على هذا البحث قرارات تحكيمية و اتفاقيات دولية ثنائية و أخرى متعددة الأطراف، ترمي كلها إلى وضع قواعد تضمن للتحكيم باعتباره الوسيلة القضائية الخاصة النجاح. إلا أن هذا التحكيم قد يصطدم ببعض العراقيل التي يمكن أن تقف حائلا دون وضعه حيز التطبيق بسهولة و يسر.

و من بين هذه العراقيل إن لم نقل أهمها هو وجود الدولة أو أشخاص القانون العام الاعتبارية الأخرى كطرف في اتفاقية التحكيم. (الفصل الأول).

ولما كان و لا يزال للتحكيم من خصوصية تستمد جذورها من طبيعة التحكيم في حد ذاته و من عدم انتمائه إلى أية دولة و عدم تمثيله لأي جهة رسمية، فقد كانت النتيجة الحتمية لهذه الخصوصية هو تميز هذا النوع من التحكيم بقواعد خاصة مست أيضا كيفية تنظيمه. (الفصل الثاني).

1 - حول التحكيم في مجال الاستثمار بوجه عام، انظر د. عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة - مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية- 1990.

الفصل الأول : اتفاقية التحكيم ومشكلة وجود الأشخاص الاعتبارية طرفا فيها .

سواء في ظل النظام الاشتراكي الذي انقضى وولى بدون رجعة أو في ظل الأنظمة الليبرالية الحالية أو شبه الليبرالية، فإن تدخل الدولة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية مازال قائما. ولا شك أن هذا الحضور المستمر للدولة كطرف في عقود الاستثمار قد أثار و مازال يثير مسألة مدى فعالية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام الاعتبارية سواء الدولة في حد ذاتها ممثلة بالوزير أو رئيس الحكومة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى بصفتها طرفا في النزاع، و هو ما يضيف على هذا التحكيم طابعا خاصا.

و هذا الطابع الخاص في الحقيقة يستمد أساسه من عدم توافر القدرة لدى الشخص الاعتباري العام على أن يكون طرفا في اتفاقية تحكيمية Convention arbitrale (المبحث الأول).

وقد يكون مرجع هذا الطابع الخاص من جهة أخرى هو تخفي هذه الأشخاص وراء ما يسمى بالحصانة القضائية، و ما قد يكون لهذه الحصانة بالنتيجة من أثر مباشر على اتفاقية التحكيم (المبحث الثاني). و لكن ما يميز التحكيم في مجال الاستثمار أيضا هو هذه القدرة التي لدى الدولة في اتخاذ إجراءات انفرادية و هي طرف في عقد للاستثمار يحمل في طياته كل خصوصيات العقد الدولي (المبحث الثالث).

المبحث الأول: قدرة أشخاص القانون العام الاعتبارية على الدخول طرفا في اتفاق التحكيم .

في الحقيقة يصعب تحديد ما المقصود بأشخاص القانون العام الاعتبارية خلافا لفكرة الدولة التي لا تثير أية مشكلة. و مع ذلك يمكن القول بوجه عام أن أشخاص القانون العام الاعتبارية تشمل الدولة و الدوائر التابعة لها ذات الطابع الإداري، إلى جانب المؤسسات

العمومية الاقتصادية. و كل هذه الكيانات القانونية يمكن أن تقوم بإبرام عقد مع المستثمر الأجنبي في إطار النشاطا التي تقوم بها.

وقد نشأت في الواقع هذه الفئة الأخيرة و نعني بها المؤسسات الاقتصادية على إثر احتكار الدولة لبعض أوجه النشاط الاقتصادي في مجالات استراتيجية، كالشركات التي يكون نشاطها موجه نحو استغلال الثروات الطبيعية، مثل الشركات البترولية أو تلك التي تقوم بإدارة مرفق عام حيوي من مرافق الدولة كشركات الكهرباء، و المياه، و النقل البري و البحري، و الجوي... إلخ.

وهذه الشركات غالبا ما تحل محل الدولة في مجال العلاقات الاقتصادية في حدود القطاعات التي تعهد بها إليها لإدارتها و الإشراف عليها⁽²⁾. و يبرز دورها خاصة في مجال عقود الامتياز و المشروعات المشتركة، و اتفاقيات البيوع الدولية، و اتفاقيات المساعدة الفنية، و اتفاقيات الترخيص بالتصنيع أو التسويق... إلخ.

و هكذا تطور دور الدولة في ظل تعدد علاقاتها الاقتصادية و تناميها مع الدول المصنعة.

و نستطيع أن نقول أنه حتى الدول الأكثر ليبرالية، أو تلك التي اختارت نهجا اقتصاديا وسطيا كالجزائر، فلم تعد تكتفي بمهمة الدولة الحارس L'Etat gendarme التي تقف عند حدود مراقبة و تنظيم الأنشطة الاقتصادية العمومية و الخاصة و إنما صارت سواء بنفسها أو عن طريق الأشخاص الاعتبارية الأخرى طرفا في هذه الأنشطة⁽³⁾.

و و اكب هذا التدخل المتعاضم للدولة في مجالات المعاملات الاقتصادية انتشار أسلوب الأخذ بالتحكيم كوسيلة قضائية خاصة لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

2 - Leboulagre.PH: ' Etat politique et arbitrage à L'affaire du plateau des pyramides 'a. Rev. Arbitrage, 1986, p. 20.

3 - Fouchard.PH : « L'arbitrage commercial international » . L. G. D. J. Paris 1965, p. 13.

ومع ذلك فلم يلق هذا الأسلوب القضائي رواجاً في البداية، لأن الدول النامية و التي من بينها الجزائر التي رزحت طويلاً تحت نير الاستعمار، لم تكن لتتنظر إلى التحكيم باعتباره قضاء خاصاً الوسيلة الأفضل بل كانت تعتقد أن هذه الوسيلة إنما هي سيطرة استعمارية جاءت لتحل محل الاستعمار التقليدي القديم في ثوب جديد⁽⁴⁾.

وهو ما يفسر الموقف المتردد لدى هذه الدول إزاء التحكيم الذي لا يمكن أن يمثل في نظرها ضماناً حقيقياً لها كدولة مضيضة، وأنه ليس إلا وسيلة لحماية المستثمرين الجانب، وتضمن لهم تطبيق نظم قانونية دولية⁽⁵⁾.

ولكن ماذا عن موقف المشرع الجزائري تحديداً من التحكيم في علاقة الجزائر مع المستثمر الأجنبي خاصة عندما يكون الشخص الاعتباري أحد أطرافه؟
مر الموقف الجزائري بمراحل قبل أن ينتهي إلى ما هو عليه الآن من تفتح على التحكيم في مجال الاستثمار بوجه عام و التحكيم في مجال الاستثمار بوجه خاص.

إن اللجوء المبدئي طوال فترة السبعينات، وبداية الثمانينات كان في اتجاه اختصاص المحاكم المحلية، غير أن الإجراء التحكيمي كان يعمل به أيضاً عندما تشارك المؤسسة الأجنبية في رأسمال الشركة المختلطة الاقتصاد. بالإضافة إلى أن الشركات الوطنية غالباً ما كانت تقبل بإخضاع نزاعاتها مع المؤسسات الأجنبية إلى هيئة تحكيم خاصة⁽⁶⁾. في حين كان يعتبر هذا النوع من التحكيم في نفس الفترة غير قانوني لأنه ببساطة يتناقض والمادة 442 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية.

4 - Bencheikh. M: ' Les instruments juridiques de la politique Algérienne des hydrocarbures

^a. L. G. D. J. Paris 1972, p. 129.

5 - Paulsson. J : ' Le tiers- monde dans L'arbitrage international ^a. Rev. Arbitrage, 1983, p.03.

6 - Terki. N , les sociétés étrangères en Algérie , OPU Alger ,1976, p 252et s.

و يجب الاعتراف من جهة أخرى، أنه منذ التصديق على الأمر 71 - 80 المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1971، فإن النزاعات التي توضع وجها لوجه المؤسسات الاشتراكية⁽⁷⁾ فيما بينها كانت تخضع وجوبا إلى اختصاص محكمة تحكيمية. ثم جاء الأمر رقم 75-44 المؤرخ في 17 جوان سنة 1975 الذي لم يرقم فقط بتعديل نظام التحكيم بل و أيضا بتوسيع نطاقه على النزاعات الناشئة عن نشاط الشركة المختلطة الاقتصاد. ثم في سنة 1982 وطبقا للمادة 53 من القانون المؤرخ في 28 أوت سنة 1982 و المتعلق بالشركات المختلطة الاقتصاد و المؤسسات الاشتراكية إلى التحكيم مثلما هو منصوص عليه في الممر المؤرخ في 17 جوان سنة 1975.⁽⁸⁾ أما النزاعات التي قد تثور بين الأعضاء المؤسسين أي بين المؤسسة الاشتراكية و الطرف الأجنبي، فإنها تعد من اختصاص المحاكم الوطنية «تطبيقا للقانون الجزائري»⁽⁹⁾.

ونفي نفس السنة أي 1982، ظهر عنصر جديد ألا و هو المنشور الصادر عن الوزير الأول في 18 نوفمبر سنة 1982 الذي أجب فيه بشأن إمكانية أن يلجأ إلى التحكيم على «أن المؤسسات العمومية الوطنية أو المحلية يمكن لها أن تلجأ إلى التحكيم ما دام لا تعتبر هذه المؤسسات من الأشخاص المعنوية للقانون العام».

إن هذه النزعة الإيجابية نحو الأخذ بالإجراء التحكيمي قد تأكدت أكثر مع لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 27 ماي سنة 1983⁽¹⁰⁾. و بمقتضى هذه اللائحة،

7 - C'est la solution qui avait été consacrée par le protocole d'accord conclu entre la société nationale des matériaux de construction et la firme américaine Inter Kilin Fritz Corporation en vue de la construction d'une entreprise d'économie mixte, cité par Terki. N, op. cit, p.255.

8 - Boussoumah. M, l'entreprise socialiste en Algérie, OPU et Economica, 1982.

9 - Voir Issad. M, ' La loi du 27 août 1982 sur les sociétés d'économie mixte ', in R.A.S.J.E.P, 1984, n°2, pp 263-278.

10 - Sur ce règlement, voir Mebroukine. A, ' le règlement d'arbitrage algéro-fançais du 27 mai 1983', Rev. arb, 1986, pp 191-232.

فقد أصبح بإمكان المستثمرين الفرنسيين في علاقاتهم مع المؤسسات الجزائرية أن يستندوا في دعاويهم إلى هذه اللائحة لتجنب إخضاع نزاعاتهم مع الطرف الوطني إلى اختصاص المحاكم الوطنية.

ولكن و منذ سنة 1986 على إثر التدهور الذي عرفه سعر البترول و بروز البوادر الأولى لاقتصاد دولي معولم بعد تفكك الاتحاد السوفياتي، شرعت السلطات العمومية في الجزائر في التفكير في وضع إصلاحات اقتصادية تؤدي إلى التخلي وبصفة مطلقة عن تدخل الدولة عن ممارسة احتكار لا حدود له على كل القطاعات و عن تردها إزاء الاستثمار الأجنبي⁽¹¹⁾. و هذا التمشي الجديد للسلطات العمومية برز خاصة في قانون النقد والقرض. و هكذا فطبقا لأحكام المادتين 183 و 185 من هذا القانون، فإن مجلس النقد والقرض الذي أنشأ بمقتضاه هو الذي يحدد طرق تمويل الاستثمارات و هو الوحيد المخول منح « رأي في المطابقة قبل أي إنجاز للاستثمار » بالنسبة للأشخاص الغير مقيمين باعتباره جهازا إداريا يتمتع بالشخصية المعنوية⁽¹²⁾.

و لكن و بقطع النظر عن مدى اختصاص هذا الجهاز (مراقبة المشروعية أو تقدير ملائمة الاستثمار بالنظر إلى الحوافز المقدمة)، فإن الأعمال التي يتخذها هذا المجلس كانت تعد من الأعمال الإدارية أحادية الجانب. و مثل هذا التكييف كان له انعكاس على مستوى مشروعية هذه الأعمال.

فمثلا، نصت المادة 50 من نفس القانون على أن قرارات الرفض تكون قابلة للطعن عن طريق الإبطال أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا خلال 60 يوما ابتداء من تاريخ التبليغ. وهو ما شكل ضمانا يمنحه القانون السالف الذكر لفائدة المستثمر الأجنبي.

11 Voir Bekhechi.M.A, « L'investissement et le droit en Algérie, lecture d'une mutation vers le libéralisme économique », in lettre juridique n° 26, 1995, pp, 3-10.

12 - راجع القانون رقم 90 - 11 المتعلق بالنقد و القرض و الذي كما سبق و ان أشرنا، قد ألغي بمقتضى الأمر رقم 03 - 11 هذا الأخير كرس نفس الاتجاه بالنسبة للتراخيص التي تعود لمجلس النقد و القرض كفاءة البنوك التي تريد فتح مكاتب لها في الجزائر في إطار تمويل الاستثمارات.

ثم حتى تلقى الجزائر دعواتها لدى المستثمرين الأجانب صدى لها، فقد توج المشرع حركة الإصلاح القانوني الذي شرع فيها منذ سنة 1988 أي منذ القانون المتعلق بتوجيه المؤسسات⁽¹³⁾ بإصداره سنة 1993 مرسوما تشريعيا يتعلق بترقية الاستثمار.

و هو المرسوم الذي - كما قلنا - قد ألغي سنة 2001 بمقتضى الأمر 01 - 03 السالف الذكر، و الذي أصبح يحمل عنوانا جديدا «تطوير الاستثمار». و هذا الأمر قد نزع كل شك حول مسألة تسوية النزاعات فيما يتعلق بالاستثمارات ثم تأكد انفتاح الدولة بقوة على الاستثمار الأجنبي من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنية. فقد جاء هذا القانون ليكرس بصفة واضحة و جلية التحكيم التجاري الدولي، لا سيما و أن هؤلاء المستثمرين لا يقبلون و بسهولة اللجوء إلى المحاكم الوطنية لدولة مضيفة مثل الدولة الجزائرية. و لكن ماذا عن قدرة الأشخاص الاعتبارية على اللجوء للتحكيم في الاتفاقيات الدولية والإقليمية العربية التي صادقت عليها الجزائر؟

في الحقيقة، توجد على المستوى الدولي اتفاقيتان أساسيتان: اتفاقية واشنطن لسنة 1965، و اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

وبالنسبة لهذه الأخيرة فإن موضوعها الأساسي هو الاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، غير أنها تناولت بطريقة غير مباشرة مسألة قدرة أشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء إلى التحكيم في المادة 5 فقرة 1 منها. و ذهب جانب من الفقه إلى أن معيار البحث في هذه الاتفاقية عن مدى قدرة الأشخاص الاعتبارية على اللجوء إلى التحكيم هو القانون الشخصي لهذه الأشخاص.

وهكذا فبمقتضى هذه المادة فإنه يجوز للخصم الذي يحتج عليه بحكم التحكيم الصادر ضده أن لا يقبله و يرفض تنفيذه، إذا قدم للسلطة المختصة في البلد المطلوب فيها

13 - انظر القانون رقم 88 - 01 المؤرخ في 12 جانفي سنة 1988 والمتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية. ج ر عدد 1، ل 13 جانفي سنة 1988.

الاعتراف أو التنفيذ الدليل على أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في الفصل الثاني كانوا طبقا للقانون الذي يطبق عليهم عديمي الأهلية .

وهذا معناه أن تطبيق نص المادة 5/1 يقوم على افتراض أن قدرة الأشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء إلى التحكيم تعد من المسائل التي تتعلق بالأهلية و أن تخضع للقانون الشخصي.

أما فيما يتعلق باتفاقية واشنطن، فإن قدرة الأشخاص الاعتبارية على اللجوء إلى التحكيم تختلف بحسب الشخص الاعتباري العام، إذا كان هذا الشخص يتعلق بالدولة أو بالأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى.

بالنسبة للدولة، فإن مجرد قبولها أو انضمامها أو تصديقها على الاتفاقية، و من باب أولى إذا ارتضت هذه الدولة كتابة اختصاص المركز، فإن ذلك يعد من جانبها اعترافا لا يمكن دحضه بقدرتها على الدخول طرفا في التحكيم و لو كان قانونها الوطني يحظر عليها ذلك.

أما فيما يتعلق بأشخاص القانون العام الاعتبارية الأخرى، فإن الاتفاقية لا تلقي على عاتق الدول الأعضاء أي إلزام بالإعتراف لهذه الأشخاص بالقدرة على اللجوء للتحكيم. فقد تركت الاتفاقية للدول الأعضاء مهمة إخطار المركز بقائمة الأجهزة التابعة لها، وبالطبع لا يحمل هذا الإجراء أي دلالة على قدرة هذه الأشخاص الدخول طرفا في اتفاقية للتحكيم أو إمكانية قبولها باختصاص المركز.

وعلى العكس من ذلك، فالمادة 25-3 من نظم لائحة تحكيم المركز يجعل قبول الشخص الاعتباري العام باختصاصه متوقفا على موافقة الدولة المتعاقدة التابع لها « ما لم تخطر هذه الدول المركز بأن الموافقة غير ضرورية ».

تجدر الإشارة إلى أن هذا الرضا كان قد أثير في القضية التي جمعت على سبيل المثال الدولة التونسية بالمستثمر السعودي فرعون⁽¹⁴⁾، فقد طعنت الدولة التونسية في اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بعد أن كان وقع التماسه لوجود شرط تحكيمي مبرم بين المستثمر السعودي والديوان الوطني للسياسة التونسية.

وقد استندت الدولة التونسية في معارضتها لهذا الاختصاص إلى غياب الموافقة المسبقة للدولة التونسية على رضا الديوان باختصاص المركز و التي يتطلبها الفصل 25 فقرة 03 من اتفاقية واشنطن.

ولكن ماذا يعني الرضا باختصاص المركز بالنظر إلى الطعون الداخلية أمام المحاكم الوطنية للدولة المضيفة؟

إن الرضا بتحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات يعني شيئا وحيدا هو عدم السماح للأطراف في اتفاقية التحكيم أن يمارسوا أي طعن داخلي آخر، وهذا يعني بطبيعة الحال أن المركز يبقى هو الوحيد المختص. إلا أن استبعاد الطعون الداخلية الأخرى يبقى نسبيا لأن الدولة يمكن أن تشترط مقابل قبولها باختصاص المركز استنفاد طرق الطعن الداخلية لها.

إلا أن الرضا باختصاص المركز بالرغم من كونه ضروريا، إلا أن محتوى ذات الرضا لا بد وأن يكون دقيقا. ولهذا الغرض، فالبنسبة لاتفاقية التحكيم التي تربط الدولة بالمستثمر الأجنبي، فيجب توخي الحذر و الدقة في صياغة مثل هذه الاتفاقيات وتحريرها قصد تفادي البنود المرضية Les clauses pathologiques لأنه في الحالة العكسية، أي في

14 - Sur les données de contentieux, voir Gara. N « Le consentement de l'Etat à l'arbitrage relatif à l'investissement privé international » (Contribution à l'étude des grandes tendances dégagées de la jurisprudence du CIRDI). Thèse. Fac. Droit Tunis - 2000 -2001. p 195 et s.

حالة شرط تحكيمي غير محرر بصفة جيدة، فقد يؤدي هذا إلى مشاكل في التأويل قد يمس حتى بجوهر الإجراءات.

أما عربيا و طبقا للاتفاقية العربية لسنة 1980⁽¹⁵⁾، فإن الدول العربية أو أحد الأشخاص الاعتبارية التابعة لها يمكن أن تلجأ إلى التحكيم. و يمكن أن يأخذ هذا القبول بالتحكيم Le consentement à l'arbitrage شكل شرط تحكيمي يقع إدراجه في عقد للاستثمار يربط بين الدولة العربية المضيفة للاستثمار و الرعاية العربية التابعة لدولة عربية أخرى. إلا أن السؤال الذي يطرح في العلاقة الاستثمارية بين هذه الدولة و المستثمر العربي التابع لدولة عربية أخرى هو، هل أنه بمجرد مصادقة الدولة العربية على الاتفاقية العربية لاستثمار رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية في إطار ما يسمى تقليديا بالاستثمار العربي العربي يكفي للقول أن الدولة المعنية قد أصبحت ملتزمة بالتحكيم المنصوص عليه في هذه الاتفاقية؟

بالنسبة للأستاذ حرشاني، إن نظام الدولة لاتفاقية 1980 لا يعني البتة القبول بصفة آلية بالتحكيم بل لا بد و أن يتجسد هذا القبول في شكل اتفاق Accord يصرح من خلاله الطرفان و هما الدولة من جهة و المستثمر العربي من جهة أخرى على إرادتهما المشتركة في اللجوء إلى هذا التحكيم تطبيقا لما جاء في الفصل 02 فقرة 01 من ملحق الاتفاقية الذي ينص على انه إذا « ...لم يتفق الأطراف على قبول الحلول المقترحة فيه، جاز للطرفين الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم». و بعبارة أخرى، أنه يجوز للطرفين الاتفاق على اللجوء إلى اتفاقية ثنائية للاستثمار تربط بين الدولة العربية المضيفة للاستثمار و دولة المستثمر العربي الأخرى، أو استعمال الطرفان للتحكيم الحر أو المؤسساتي كاللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار (CIRDI) أو إلى تحكيم الغرفة الدولية للتجارة (CCI) ولكن في جميع الحالات، هل أن القبول بالتحكيم يمكن التراجع عنه، إذا اقتضى الأمر لأي سبب كان من قبل الأطراف خصوصا و نحن نعلم أنه عادة ما

15 - راجع النص الكامل للاتفاقية في المجلة القانونية التونسية لسنة 1981، ص 415 و ما بعدها.

تعتمد الدولة و لأسباب تتعلق بالسيادة إلى التخلي عن هذا القبول لما ترى أن التحكيم سوف يضر بمصالحها؟

إن القبول بالتحكيم في ظل الاتفاقية العربية لسنة 1980 وهو قبول نهائي لا يمكن التراجع عنه و هو من حيث المبدأ يكرس في الحقيقة الحل الذي نجده في اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار⁽¹⁶⁾. إلى جانب كونه يحمل كل صفات الالتزام الدولي من قوة ملزمة...إلخ.

لكن ماذا لو كان العقد الأصلي مشوبا بأحد العيوب، مثل عيوب الرضا، أو لم يقع تنفيذه جزئيا أو كليا، هل أن التصريح بإبطاله يمكن أن يمتد إلى الشرط التحكيمي؟ يجمع الفقهاء و حتى فقه قضاء التحكيم على أن الشرط التحكيمي يتمتع بحياة خاصة مستقلة عن تلك التي لدى العقد الأصلي، و أنه في حال إبطال لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يتعداه إلى الشرط التحكيمي. و هذا يعني أن القبول بالتحكيم الذي يجسده هذا الشرط لا يمكن زعزحته تحت أي ذريعة كانت حتى و عن انتهاء المر بالإعلان عن إبطال العقد الأصلي، وهذا الحل يجسد في الحقيقة مبدأ أصبح تقليديا اليوم و هو ما يعرف بمبدأ « استقلالية اتفاقية التحكيم » عن العقد الأصلي⁽¹⁷⁾.

واخيرا يستنتج مما سبق ذكره، أن موضوع قدرة أشخاص القانون العام الاعتبارية على اللجوء للتحكيم، مازال سواء على مستوى القانون الداخلي أو في ظل القانون الدولي الاتفاقي المعاصر يشكل حجرة عثرة أمام تطور العلاقات الاقتصادية الدولية، خاصة و أن طبيعة العقود الاستثمارية التي تقع في إطار القانون الدولي الخاص نجدها مازالت إلى حد ما مرتبطة باعتبارات السيادة. و قد تكون للدول المضيفة للاستثمار أيضا ذريعتها إذا ما تمسكت في نصوصها بحصانتها القضائية.

16 - راجع الفصل 25 - 12 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

17 - Sur ce principe, voir à titre d'exemple, Ancel.J.P « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire » . Trav.Com. Fr.DIP, 1991, 75-92.

المبحث الثاني : الحصانة القضائية وأثرها في صحة اتفاقية التحكيم .
إن الحصانة السيادية تعد من المسائل التي تقع على الحدود بين القانون والسياسة وبين القانون الداخلي و القانون الدولي. أما الحصانة القضائية، فتستمد وجودها في الواقع من مبادئ قانون الشعوب Jus gentium التي يتصدرها مبدأي السيادة والاستقلال. كما تدور هذه الحصانة حول قاعدة لاتينية معروفة مقتضاها أن « لا سلطان لقاء نظير على نظيره ». ومعناه، أنه لا يجوز إخضاع المنازعات التي تكون فيها دولة ما أو تابعها من أشخاص القانون العام طرفا لغير قضاء هذه الدولة و هو ما يعني في الوجه المقابل عدم اختصاص أي قضاء آخر، سواء كان قضاء رسميا في دولة أجنبية أو قضاء تحكيميا بالنظر في مثل هذه المنازعات.

ولكن التحكيم في الواقع له خصوصيته، فالتحكيم ذو طابع عقدي أساسه إرادة الأطراف، و من ثمة فإن اتفاقية التحكيم La convention arbitrale تمثل حجر الزاوية في هذا الأسلوب القضائي المتميز. إذن كيف يمكن للدولة أو احد أشخاص القانون العام الاعتبارية التابعة لها أن ترتضي في اتفاق تحكيمي بمبدأ فض النزاعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بينها و بين أحد أشخاص القانون الخاص بطريق التحكيم، ثم عندما تبدأ إجراءات هذا التحكيم أو عندما يعرض الحكم الذي جاء نتيجة له على القضاء بغية الاعتراف به أو تنفيذه، يدفع الشخص الاعتباري العام باعتبارات السيادة مناقضا بذلك اتفاقه السابق و ملوفا بحصانته القضائية؟

إن هذا الأمر لفي غاية الخطورة فيما يتعلق بالاستثمارات الأجنبية. ألم يكن هذا الاتفاق التحكيمي في يوم من الأيام جزءا لا يتجزأ من الضمانات التي عول عليها المستثمر في تعاقد مع الدولة المضيفة أو من يمثلها، ألا يعد ذلك إخلالا بالشروط الجوهرية التي قامت عليها العلاقة التعاقدية مما يستوجب معه مساءلة الدولة؟

للحد في الحقيقة من حدة الآثار السلبية لهذه الحصانة في علاقة المستثمر الأجنبي، فقد سعى الفقه من ناحية، إلى تضيق نطاق الحالات التي يجوز فيها لأشخاص القانون

العام الاعتبارية التمسك فيها بالحصانة و من ناحية أخرى، إلى تقرير قاعدة قانونية مقتضاه أن لجوء هذه الأشخاص لأسلوب التحكيم الدولي يعد تنازلا ضمنيا من جانبها عن حصانتها القضائية.

بالنسبة للعنصر الأول من المسألة، فقد حاول الفقه وكذا القضاء في فرنسا خاصة أن يربط التمسك بالحصانة القضائية بطبيعة النشاط التي تمارسه أشخاص القانون العام الاعتبارية. و من أجل ذلك فقد اتجهت بعض المحاكم الفرنسية إلى معيار يعتمد على الصفة القانونية للشخص و مدى تبعيته للدولة. أي أنه بمفهوم المخالفة لا يجوز للشخص الاعتباري العام التمسك بالحصانة القضائية طالما أنه يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة ذاتها.

إلا أن معيار وجود أو عدم وجود الشخصية المعنوية المستقلة هو معيار غامض و لا يعطي ضمانا للشخص المتعامل مع الطرف الوطني. و تأكيدا على هذه الفكرة، فقد رفضت محكمة السين المدنية الأخذ بالدفع الذي أثاره البنك العقاري النرويجي (المدعى عليه) والذي يتمسك فيه بعدم اختصاصها استنادا إلى حصانته القضائية مؤكدة على انه بالرغم من أن هذا البنك قد أنشئ بقانون خاص و أن رأسماله ملك للدولة و أن مجلس إرادته يعين من قبل الهيئة التشريعية، فقد ثبت للمحكمة من أوراق القضية تتمتع هذا لبنك بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة⁽¹⁸⁾.

ثم إلى جانب هذا المعيار، هناك معيار ثان أخذ به القضاء الفرنسي و يتعلق بمعيار التصرف أو النشاط ذاته. يعني أنه يمكن التمسك بالحصانة القضائية إذا تصرف هذا الشخص بالرغم من تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة، بناء على أمر من الدولة أو لحسابها. و يكون الشخص بذلك قد مارس عملا من أعمال السيادة مفوضا فيه عن الدولة ذاتها. فقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية بناء على هذا المعيار لبنك إسبانيا بالحصانة

18 - Trib.civi, Sein , 16 juin 1955, Gazette du Palais, 1955.2p61.Concl. Blondeau.

القضائية بالرغم من أن لهذا البنك حق ممارسة أعمال تجارية كالتي يمارسها التاجر العادي، وذلك لكونه يعمل في إطار الشروط التي تفرضها الدولة الإسبانية. وعلى أساس تمثيله لهذه الأخيرة بوضع خاتمه على المعاملات المالية. كما يقوم باستبدال أوراق البنوك و من ثمة فإنه يقوم بهذا العمل بصفته تابعا للدولة. وعليه فإنه يفلت في معاملاته الدولية من كل رقابة قضائية أجنبية⁽¹⁹⁾.

و في الحقيقة، إن ارتباط الحصانة القضائية بطبيعة النشاط بصرف النظر عن القائم به قد أثار جدلا حول التفرقة التي يجب أن نقوم بها بين العمل الذي تمارسه الدولة بموجب حق السيادة Jus Imperii وأنشطة الإدارة التي تباشرها الدولة بموجب حق الإدارة Jus gestions أي الأعمال ذات الطابع التجاري البحت.

ففي قضية Sapphire International Petroleum LTD c/ National Iranien Oil co (N.I.O.C) ذهب محكمة استئناف لاهاي إلى انه على فرض أن شركة nioح تمتلكها و تشرف عليها الحكومة الإيرانية، فإن تصرفات هذه الشركة ككيان قانوني مستقل بما في ذلك اتفاقها محل النزاع، لا يمكن إدراجها ضمن أعمال السيادة Jus Imperii وإنما يتعين النظر إليها باعتبارها من الأعمال التجارية العادية كعمل من أعمال الإدارة Jus gestions.

ولكن من جهة أخرى، فلا يمكن القول أن الدولة أو أشخاص القانون العام الاعتبارية التابعة لها التي تقبل اللجوء إلى التحكيم تكون بذلك قد تنازلت ضمنا عن حصانتها القضائية؟

لا شك أن التنازل الصريح من جانب الدولة عن اختصاص محاكمها الوطنية، سواء أكان ذلك في الاتفاق المبرم مع المستثمر الأجنبي أو مكرس في قانون خاص كقانون الاستثمارات، أو من خلال مرسوم خاص يعتمد اتفاقا من اتفاقيات الاستثمار، إنما يعبر عن ممارستها لسلطانها السيادي.

19 - Cass. Civi. 3nov 1952, rev. Crit dr. Int. Pr , 1953. p . 425 note freyra.

Clunet 1953 , p.634 . note B .GOLDMAN ET CIVI.19 MAI 1976. CLUNET 1976 .

NOTE. PH . KHOME.

لكن في غياب أي تنازل صريح من جانب الدولة، فإن الاتجاه الحديث الرامي إلى تقييد الحالات التي يجوز التمسك فيها بالحصانة يرى أن مجرد الاتفاق على حل المنازعات بطريقة التحكيم يعد تنازلاً ضمناً عن الحصانة.

مثلاً، بالرجوع لاتفاقية واشنطن 1965 حتى وإن لم تتناول نصوصها مسألة التنازل الضمني عن الحصانات السيادية، فإن أغلب الفقهاء يرون أن مجرد الاتفاق على حل النزاعات بطريقة التحكيم يعد تنازلاً ضمناً عن هذه الحصانة.

أما من ناحية اجتهاد القضاء التحكيمي، فتعتبر قضية الأهرام تجسيدا لاستخلاص إرادة الدولة في تخليها الضمني عن الحصانة القضائية التي اعتادت التمسك بها في السابق.

وتدور وقائع هذه القضية حول قيام الهيئة المصرية العامة للسياحة و الفنادق (E.G.O.T.H) و وزير السياحة المصري في 23 سبتمبر سنة 1974 بالتوقيع على اتفاق مبدئي مع شركة Southern Pacific Proprieties (S.P.P) ويدخل هذا الاتفاق في إطار القانون المصري المتعلق باستثمار الرأسمال العربي و الأجنبي رقم 43 لسنة 1974. ثم أنه في 12 ديسمبر من نفس السنة أبرم عقد بين شركة (E.G.O.T.H) وشركة (S.P.P) لتنمية مشروعين سياحيين، أحدهما في هضبة الأهرام و الآخر في منطقة رأس الحكمة في مصر. هذا العقد، اشتمل على شرط تحكيمي مقتضاه إحالة أي منازعات خاصة بهذا العقد إلى غرفة التجارة الدولية بباريس¹ و قد قام بالتوقيع عليه علاوة على طرفيه وزير السياحة المصري في ذلك الحين مضيفاً توقيع عبارات 'أعتمد و ووفق و صودق عليه، (et ratifié, Approuvé agréé,). و لكن و تحت تأثير الرأي العام المصري و العالمي الذي انتقد بشدة هذا المشروع قامت الحكومة المصرية بسحب موافقتها على مشروع هضبة الأهرام و ألغته. و على إثر ذلك و إعمالاً للشرط التحكيمي الوارد في العقد المبرم في 12 ديسمبر 1974، لجأ الطرف الأجنبي إلى غرفة التجارة الدولية بباريس مختصماً الحكومة المصرية وشركة (E.G.O.T.H) مطالباً التعويض عما لحقه من خسارة و ما فاتته من كسب نتيجة انتهاك كافة الاتفاقيات التي أبرمها مع المتعاقد الآخر، و الذي يعيننا هنا حصراً هو تحديد مدى

التزام الدولة بالدخول طرفا في التحكيم حتى يمكن القول بوجود تنازل ضمني عن الحصانة القضائية؟

لقد قضت محكمة التحكيم التابعة للغرفة الدولية للتجارة بأن اعتماد الوزير المصري للعقد الذي يتضمن شرطا تحكيميا من شأنه أن يدخل الحكومة المصرية طرفا في العقد. و انتهت إلى التأكيد لا إلى الترجيح على أن الحكومة المصرية لا يبدو أنها أرادت أن تخضع منازعاتها للنظام القضائي المصري.

«Il ne semble pas de toute manière invraisemblable ou improbable que le gouvernement ait voulu que Bus «les conflits relatifs au même projet aillent devant le même tribunal entièrement différent lie au système judiciaire égyptien».⁽²⁰⁾

إلا أن محكمة استئناف باريس كان لها موقف مغاير، فقد خلصت بعد دراستها لعناصر القضية إلى أن إرادة الدولة المصرية في الخضوع للتحكيم غير ثابتة في هذه القضية. و مما يعزز غياب هذه الإرادة هو اعتراض الدولة الصريح على اختصاص محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية و الذي تم تسجيله على سبيل الإشارة en termes de référence مما ترتب عن ذلك انعدام إرادة التنازل عن الحصانة و من ثم إبطال حكم التحكيم الصادر في هذا الشأن.

و يستفاد من كل ما سبق، أن التنازل عن الحصانة القضائية و هذه وجهة نظر المدافعين عن التنازل في النية المحتملة أو المفترضة للطرف الذي يحق له التمسك بالحصانة، و لكن بناء على وقائع محددة و في حدود ما ورد في الشرط التحكيمي. و لكن خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي في البلدان النامية كالجرائم لا تقف عند حدود قدرة الدولة على الدخول طرفا في اتفاقية للتحكيم أو تشبثها بالحصانة القضائية التي تعود إليها بل أن هذه الخصوصية قد تتعدى جميع هذه المظاهر لتشمل أيضا قدرة الدولة في اتخاذ إجراءات إنفرادية.

20 - Voir sentence rendu dans cette affaire le 16 février 1983, in Revue arbitrage, 1986, p. 105.

المبحث الثالث : التحكيم والإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة
يجري عادة التمييز بين نوعين من الإجراءات الانفرادية التي يمكن للدولة المضيفة للاستثمار أن تقدم عليها لإبطال أو فسخ عقد الاستثمار أو إحداث تغييرات جوهرية في تشريعاتها الوطنية .

و سوف يقتصر تحليلنا على الاجراء الأخير لأنه الأكثر شيوعا في نظرنا و الذي يثير إشكاليات عديدة.

لنفترض مثلا أن النظام القانوني للدولة لم يتضمن عند توقيع التحكيم أي نص يحظر على الدولة أو الجهة التابعة للدولة اللجوء على هذا الأسلوب القضائي الخاص، إلا أنه خلال حياة هذا الاتفاق أو خلال إجراءات التحكيم القائمة صدر تشريع جديد يتضمن هذا الحظر، فما مدى تأثير هذا التشريع على اتفاقيات التحكيم القائمة، و مدى إخلاله بالضمانات التي يكون المستثمر قد عول عليها عند إبرامه العقد المتنازع في شأنه؟

من القضايا الهامة التي تعد تجسيدا حيا لهذه المشكلة Société de travaux Marseille

C/République populaire de Bangladesh

وتدور وقائع هذه القضية حول قيام هيئة التنمية الصناعية لباكستان الشرقية (E.P.I.D.C) و هي شركة مملوكة للحكومة الباكستانية بإبرام عقد في العام 1965 مع شركة (S.G.I.M) الفرنسية لمد خط أنابيب غاز في باكستان الشرقية (و التي تعرف الآن ببנגلادش) . و قد تضمن هذا العقد الاتفاق على خضوعه لأحكام القانون الباكستاني. كما تضمن شرطا تحكيميا بمقتضاه يتعين فض المنازعات التي تنشأ بسبب هذا العقد أو بمناسبة تنفيذه بطريق التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، على أن يتم التحكيم في جنيف بسويسرا.

و في عام 1960 و على إثر منازعة الطرف الباكستاني في مطالبة الشركة الفرنسية له بمبلغ إثنا عشرة مليون فرنك فرنسي، لجأ الطرفان للتحكيم و ثم تعيين كل طرف لمحكمة، إلا أنه بعد يومين فقط، أصدر رئيس جمهورية بنغلادش مرسوما ينص فيه على ان : كل

إجراءات التحكيم التي تكون هيئة التنمية الصناعية الباكستانية قد ارتبطت بها قبل سريان هذا المرسوم لاجية و أن أي سلطة تمت ممارستها بالنيابة عن الهيئة الباكستانية في إجراءات التحكيم تعد باطلة و لاجية من تاريخ 26 مارس 1971، و ان أي نص في العقد خاص بتسوية المنازعات بطريق التحكيم و التي شرع في إجراءات التحكيم وفقا له يعتبر لاجيا و معدوم الأثر.

لا شك أن مثل هذه التغييرات التشريعية التي أقدمت عليها بنغلادش و التي من الممكن أن تقدم عليها أي دولة أخرى تثير مخاوف لدى المستثمرين الأجانب، مما يدفع هؤلاء المطالبة بتضمين صلب عقود الاستثمار شرطا خاصا بالثبات التشريعي الذي يقضي باخضاع الاتفاق بما في ذلك شرط التحكيم لقانون الدولة المضيفة الساري لحظة إبرامه⁽²¹⁾.

و لكن من جهة أخرى تجدر الإشارة إلى أن مشكلة التغييرات التشريعية و أثرها على اتفاق التحكيم لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كان قانون الدولة التي أقدمت على التغييرات هو القانون الواجب التطبيق على العقد وقت إبرامه. ففي هذه الحالة يصعب على المحكم أن يتغافل عن مثل هذه التغييرات.

و لكن بما ان المستثمر لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يمنع استخدام الدولة لسلطاتها السيادية في الإقدام على تغيير التشريعات، من أجل ذلك كان اللجوء إلى تدويل هذه العقود من قبل المحكم ضروريا رغبة منه في تحرير هذه العقود من سيطرة القوانين الوطنية للدولة المضيفة و درءا للتغييرات التي تقدم عليها الدولة، فطبق قواعد بديلة مثل المبادئ القانونية العامة و القواعد المشتركة للتجار Lex mercatoria . و قد شهدت

21 - Pour une étude globale de ce type de clauses, voir, Weil.p : « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité inversées dans les d'accords de développement économique ” in Mélanges Roussaeu, 1982, p 301.

العديد من القضايا تطبيقات لهذه المبادئ من بينها قضية Texaco et Calasatic ضد الحكومة الليبية وقضية شيخ أبوظبي ضد Petroleum Developpement Oil cy⁽²²⁾. إلا أن مثل هذا التدويل في النهاية كان ولا يزال محل جدل خاصة وأن عديد العناصر المادية تدعوا في الواقع إلى العمل بالقانون الوطني للدولة المضيفة كإنجاز الاستثمار على ترابها، وكذا إمكانية التحقيق الذي قد يأذن به المحكم، إلى جانب تنفيذ القرار التحكيمي على إقليم الدولة بعد صدور القرار لوجود الأملاك بها. بقي أن نشير إلى أن البحث عن خصوصيات التحكيم في مجال الاستثمار قد نجدها أيضا ضمن القواعد التي تحكم هذا النوع من التحكيم.

22- Sur ces affaires, voir à titre d'exemple Zahi.A : L'Etat et l'arbitrage, OPU-Publisud, Alger- Paris, 1984 p 218 et s.

Aussi, Stern.B. « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions » Rev arbitrage , 1980 pp 3-43.

الفصل الثاني: القواعد الضابطة للتحكيم في مجال الاستثمار

تستدعي دراسة القواعد الضابطة للتحكيم في مجال الاستثمار إلقاء الضوء على جانبين من هذه القواعد. الجانب الأول والمتعلق بإجراءات التحكيم (المبحث الأول). أما الجانب الثاني، فهو يخص القواعد التي تحكم أصل النزاع (المبحث الثاني).

المبحث الأول: القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم.

قبل التطرق إلى إجراءات التحكيم بالتفصيل، تجدر الإشارة إلى أن هناك مرحلة تسبق مرحلة التحكيم وتسمى المرحلة الودية وهي تشمل المصالحة والتفاوض.

لنقف عند المصالحة أولاً، إن الميزة التي تتميز بها المصالحة هي حونها تحمل طابعاً اختيارياً Aspect volontaire ou volontariste وقد نصت على هذا الطابع الاختياري أغلب نظم التحكيم المؤسسية، سواء التابعة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار (CIRDI) أو إلى نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية لسنة 1988.

فقد ورد في تمهيد نظام هذه الخيرة «أن المصالحة هي إجراء مستقل عن التحكيم، وهي تبقى إجراء اختيارياً محضاً إلا إذا قرر الأطراف خلاف ذلك....» .

أما على المستوى الإقليمي وبالضبط فيما يتعلق بالاستثمار العربي، فقد جاء في الفصل الأول من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، أنه في حال اتفاق المتنازعين على التوفيق يجب أن يتضمن هذا الاتفاق وصفاً للنزاع إلى آخر الفقرة المتعلقة بهذا التوفيق. ونفس الأسلوب ينسحب على الاتفاقيتين العربية والدولية المتعلقة بضمان الاستثمار وسبل تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن هذا الضمان⁽²³⁾.

23- ونقصد هنا بالاتفاقيتين، اتفاقية سيول لضمان الاستثمار (A.M.G.I) والاتفاقية العربية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار (C.A.G.I).

وقد تكون أحيانا مرحلة المصالحة وجوبية Obligatoire في بعض العقود الاستثمارية، ولكن حتى في هذه الحالة، فإنه يشترط أن يتفق الطرفان على ذلك إذا كانت نيتهم فعلا هو الاتجاه نحو تفادي تعقيدات الإجراء التحكيمي و عدم الوصول بعلاقتهم إلى قطيعة في عنى عنها، خاصة و أن الأمر يتعلق بعقود طويلة الأجل. غير أن المحكمين يفضلون تلافي القيام بمحاولات صلحية بين الطرفين خشية أن يؤثر ذلك على قناعتهم و وجه الفصل المصالحة إن كانت وجوبية عن التحكيم لتجنب ما يدلي به في طور المصالحة عند التحكيم. فنظام تحكيم (CIRDI) مثلا يمنع أن يستعمل ما يصدر عن الطرفين من مواقف سواء شفاهة أو كتابة من قبل أحد الطرفين أما المحكمين.

من جهة أخرى، يجب التنبيه إلى المصالحة ليست الوسيلة الودية الوحيدة في مجال منازعات الاستثمار، إذ يمكن أن يمر الحل بمرحلة تفاوض، علما أن التفاوض موجود أصلا في العلاقات بين الدول و في مجال وحيد، في خصوص تأويل و تطبيق الاتفاقيات الدولية Interpretation et application des convention internationales ففي الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمار التي أبرمتها الجزائر نجد أن البنود التي تأتي تحت عنوان 'تفسير و تطبيق الاتفاقية' تنص على أن الطرفين أي الدولتان الجزائرية و الأجنبية يسعيان إلى التوصل إلى حل المنازعات سواء ما تعلق منها بتفسير المعاهدة أو تطبيقها عن طريق المفاوضات في أجل لا يتجاوز ستة أشهر، و هي مدة - كما يبدو - معقولة لتقديم مقترحات حلول في أسرع وقت ممكن. و نعتقد أن مدة أطول من هذه قد تؤدي بالمتعاقدين إلى أن يصبحوا في 'وضعية واقعية' Situation de fait هما لم يختاراهما.

أما على الصعيد الاتفاقي، فإن أسلوب التفاوض قد كرسه أيضا الاتفاقيات المتعلقة بضمان الاستثمار كالاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار (الملحق II ، الفصل 2). وقد نصت هاتان الاتفاقيتان كغيرها من الاتفاقيات الثنائية الأخرى التي

تعرضنا إليها على مدة معينة للتفاوض. و تختلف هذه المدة من اتفاقية إلى أخرى. فإذا كانت الاتفاقية العربية لضمان الاستثمار قد حددت هذه المدة بـ 180 يوما الموالية لانطلاق المفاوضات بناء على رغبة أحد الطرفين، فإن اتفاقية سيول الدولية قد اكتفت بأجل لا يتجاوز 120 يوما.

أما عن النتيجة التي يمكن أن تؤول إليها المفاوضات فإن الاتفاقيتين تنصان على أنه إذا فشلت محاولات التفاوض في إيجاد حل للنزاع المطروح، فإنه يمكن الذهاب إلى مرحلة التحكيم ما لم يتفق الأطراف على لزوم المرور قبل ذلك بطور المصالحة.

و خلافا للاتفاقيتين العربيتين، فقد أقرت اتفاقية عمان العربية لسنة 1980 إمكانية إتباع أسلوب المصالحة قبل المرور إلى التحكيم، و لم تتعرض إطلاقا إلى إجراءات التفاوض (الفصل 1 من الملحق المتعلق بالمصالحة و التحكيم).

و الحقيقة أن الإجراءات الودية واجهت نقدا يتراوح بين القبول و الرفض، فهناك من الفقهاء من يعتقد أن اعتماد مرحلة التفاوض قبل المرور إلى التحكيم إطالة في الإجراءات ليس إلا خصوصا إذا اتفق الأطراف على ضرورة المرور بطور المصالحة أيضا، و هو ما يجعل الإجراءات ثقيلة قبل الوصول إلى التحكيم.

بينما هناك جانب آخر من الفقهاء يعتقد أن المرور بالمرحلة الودية (تفاوض ثم تحكيم أو تفاوض و مصالحة ثم تحكيم) يعطي فرصة أكبر للمتنازعين في أن يجد حلا وديا قبل المرور إلى التحكيم لأن الوصول إلى التحكيم معناه القطيعة بين الطرفين. وهو ما يفسر ندرة القضايا في مجال الاستثمار التي التجأ فيها الطرفان إلى التحكيم.

و هذا التحليل يؤكد - بدون منازع - تكريس الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الجزائر و بلدان أخرى لمبدأ التفاوض كمرحلة مسبقة و ضرورة قبل الذهاب إلى التحكيم. ويكفي أن نذكر على سبيل المثال لا الحصر بالاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1994 المادة 08، و الجزائرية القطرية لسنة 1997 المادة 07.

أما بخصوص الصياغة التي جاءت بها هذه الاتفاقيات فتكاد تكون واحدة: كل نزاع بين أحد الطرفين و مستثمر الطرف المتعاقد الآخر يسوي بقدر المستطاع بالتراضي بين الطرفين المعنيين¹.

مما يعني أنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بصفة آلية و إنما يجب المرور بمرحلة التفاوض، مع الحرص على أن يتم هذا التفاوض بصفة مباشرة بدون وسيط مثلما هو الحال عليه في المصالحة.

ولكن ماذا الآن عن سير إجراءات التحكيم و القواعد التي تحكمها بعد أن يكون الطرفان قد تجاوزا المرحلة الودية؟

قبل الخوض في التفاصيل، يجب أن نقول أن ما يميز إجراءات التحكيم بوجه عام هي الحرية الممنوحة للأطراف من أجل تقديم ما لديهم من مؤيدات تساند ادعاءاتهم مع عرض للطلبات التي يؤدون تقديمها. ولكن و نحن نتكلم عن مجال خاص ألا و هو مجال الاستثمار فالخاصية التي تطبع الإجراءات هنا أيضا هو احتمال أن تتمسك الدولة أثناء سير الإجراءات بصفتها مدعى عليها بعدم اختصاص محكمة التحكيم للنظر في النزاع تحت عنوان السيادة القضائية و أن لا وجود لقضاء دون قضائها الرسمي. إلا أن بعضا من الفقهاء و حتى المحكمين من ينعون على الدولة هذا التصرف باعتباره يتنافى والالتزامات التعاقدية التي وافقت عليها و من بينها رضائها بالتحكيم، أما و قد تأكد الاختصاص لهيئة التحكيم المتفق عليه، و من بين هذه الإجراءات و لما لا، الإذن بإجراء تحقيق أو اتخاذ إجراءات مؤقتة أو تحفظية Des mesures provisoires ou conservatoires دون المساس بأصل النزاع. و من أجل ذلك فإن المحكمة التحكيمية سوف تصبح مضطرة للاستعانة بمحاكم الدول عند مباشرتها لهذه الإجراءات⁽²⁴⁾، فمثلا يقضي الفصل 47 من

24 - Fouchard , PH: " La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage " Revue arbitrage , 1985 , p5 et s.

نظام التحكيم التابع للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بأنه 'يجوز للمحكمة إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك في حالة ما إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن توصي بأن إجراءات مؤقتة يجب اتخاذها للمحافظة على حقوق أي من الطرفين⁽²⁵⁾ ولكن إذا قلنا أن تدخل قضاء الدولة مطلوب في مثل هذه الحالات، إلا أنه بالرغم من ذلك كله، جاز لأي محكمة وطنية أن ترفض طلب المساعدة المقدم من المركز إذا رأت أن ما يتمتع به من اختصاص عام *Compétence générale* يجعله ينفرد بالفصل في جميع جوانب النزاع بما فيها الجوانب المتعلقة بالأصل والمؤقتة⁽²⁶⁾.

من جهة أخرى، يجب أن نذكر أنه في خصوص إجراءات تشكيل المحكمة، فإن النظام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات يتميز عن غيره من الأنظمة الأخرى وهو اعتماده على مبدأ حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم. والدليل على ذلك أنه حتى في حالة عدم اتفاق الأطراف على المحكم الثالث باعتبار أن المحكمة تتشكل بالضرورة من ثلاثة محكمين، فإنه يقع الرجوع إلى رئيس مجلس إدارة المركز الذي يتولى تعيينه بشرط أن يتم ذلك بعد استشارة الأطراف.

و لكن بالرغم من أن الاتفاقية قد خولت الأطراف قدرا كبيرا من الحرية فيما يتعلق بتشكيل محكمة التحكيم إلا أنها قد أكدت أن عدم الاتفاق على عدد المحكمين أو عدم رغبة أي منهما في التعاون لن يؤدي ذلك إلى توقيف الإجراءات. فيما أوجبت الاتفاقية من جانب آخر على أن تكون النسبة الغالبة من المحكمين من جنسيات أخرى غير جنسية الأطراف وإلا تحول هؤلاء إلى وكلاء عنهم. والغرض المنشود من ذلك هو ضمان حياد المحكمين،

25 - Sur ces mesures, voir à titre d'exemple, Marchais, B.P : " Mesures provisoires et autonomie du système d'arbitrage CIRDI " in D.P.C.I, 1988, p 275 -304.

26 - Cour d'appel de rennes, 26 oct 1984, Clunet 1985, p 925, note Emmanuel Gaillard . Voir aussi in Revue arbitrage, 1985, p 439.

إضافة إلى أنه يجب على المحكم أن يتصف بصفات الاستقلالية و عدم التحيز⁽²⁷⁾. وفي هذا المجال يتميز تحكيم المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار عن غيره من مراكز التحكيم الأخرى، بأن أبطلت إحدى لجان الإبطال التابعة له قرارا تحكيميا على أساس أن غياب صفة الحياد بشكل جلي De façon manifeste يعد خرقا لقاعدة إجرائية أساسية تستوجب معه مثل هذا الإبطال.

نلاحظ أخيرا أن أغلب القواعد الإجرائية تخضع إلى إدارة الأطراف إلا أنه يطغى عليها صبغة التدويل. فهل يمكن أن نشهد مثل هذا التدويل على مستوى القانون المنطبق على موضوع النزاع النزاع؟

المبحث الثاني : القواعد المنطبقة على موضوع النزاع

بالنسبة لموضوع القواعد المنطبقة على أصل النزاع هنالك حالتان، الحالة التي تختار فيها الأطراف هذا القانون والحالة التي لا يوجد فيها أي اختيار. يرجع في الحقيقة جانب من الفقه تطبيق المحكمين للقانون الذي يختاره الأطراف لكونه يعتمد في جوهره على مبدأ سلطان الإدارة. بينما يرى آخرون أن مرد ذلك هو الطابع الإلزامي للعقد.

و لكن هل يمكن تطبيق مبدأ حرية الأطراف على عقود الاستثمار في اختيار القانون الواجب التطبيق على أصل النزاع؟

إن حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق على أصل النزاع هو السائد اليوم خاصة على مستوى العقود الاقتصادية الدولية العادية، فإن تطبيق مثل هذا المبدأ على عقود الاستثمار قد يلقي مصاعب، ذلك أن ما تتميز به العقود ؟ كما أشرنا ؟ هو وجود الدولة كطرف في العقد.

27- انظر حميد الأندلسي: 'استقلالية المحكم' مجلة المحامون المغربية العدد 09 لعام 1992. ص 517 وما يليها.

وبما أن سلطة التشريع ترجع للدولة فغالبا ما تتمسك هذه الخيرة بضرورة التنصيص صلب عقد الاستثمار الذي يربطها بالمستثمر على العقد درءا لاحتمالات تغيير الدولة لتشريعاتها في أي مرحلة من حياة العقد. ولهذا السبب فإنه عادة ما يشترط المستثمر إدراج بند في العقد يسمى بند ثبات القانون المنطبق على العقد يوم إبرامه و ليس بعد. وكان لهذا الصدام بين تمسك الدولة بسلطانها التشريعية و حرص المستثمر على أن يحمي نفسه من هذه السلطة أثر على اختيار المستثمر فكان من المنطقي جدا أن يحرص المستثمر على إدراج بند الثبات التشريعي في العقد الاستثماري الذي يربطه بالدولة. ولكن مثل هذا البند قد أثار جدلا فقهيًا بين مؤيد له على أساس مبدأ القوة الملزمة La force obligatoire du contrat أولا، و ثانيا على أساس أنه بطبيعته هو عقد بلا قانون Contrat sans loi ، وعليه فإن جاز تغييره فلا يمكن إلا بإرادة المتعاقدين.

أما الموقف المناوئ لشرط ثبات القانون الواجب التطبيق على العقد، فيعتقد أصحابه أن مثل هذا البند هو ضد سيادة الدولة في إصدار التشريع الذي تراه ملائما و ي الوقت الذي تشاء حفاظا على مصالحها. و يساند هذا الرأي رأي آخر للفقهاء Khan. Pn الذي يعتبر أن تجميد القانون هو مناف للحركية التي هي لصيقة بطبيعة الأشياء و الكون. أما عن موقف فقه القضاء التحكيمي من المسألة، فهو مع صحة بنود الثبات. أما في حالة غياب هذه البنود، فيرى أنه يجب تطبيق القانون المعمول به وقت إبرام العقد.

و لكن أين موقف اتفاقية واشنطن من هذه المواقف جميعها؟

جاء في الفصل 42 من هذه الاتفاقية أن « هيئة التحكيم تقضي في النزاع طبقا لقواعد القانون التي يعينها الأطراف، فإن لم يوجد اتفاق، فإن الهيئة تطبق قانون الدولة المتعاقدة التي تكون طرفا في النزاع، بما فيها قواعد القانون الدولي المنظمة للمسألة»⁽²⁸⁾ و هو

28 - Med. L . hachem: " Le droit applicable au contrat d'investissement selon l'article 42 de convention B.I.R.D " in Revue Tunisienne de droit , 1992 , pp 121 -136.

موقف في الحقيقة وسطي، بما أنه يأخذ من جهة بالقانون الواجب التطبيق الذي اختاره الأطراف و من جهة أخرى بالقانون الدولي. ولكن إذا كان مبدئيا قانون الدولة المتعاقدة هو المؤهل طبيعيا لأن يكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إلا أنه في الواقع، كثيرا ما يجري استبعاده من طرف المحكم لصالح القانون الدولي بدعوى أن هذا الأخير لا يمكن له أن يصدر أحكاما باسم أي دولة. *Il n'a pas de for*. و بالنتيجة، فعليه فقط حماية نظام واحدة نظام واحد وحيد ألا وهو النظام العام الدولي حتى وإن يقع التنصيب على هذا القانون في العقد. وقد يلجأ أيضا المحكم إلى استبعاد قانون الدولة المتعاقدة، الطرف في النزاع حتى وإن كان اختبر بصفة صريحة من قبل الطرفين تحت حجج مختلفة، إما لأنه في نظره هو ناقص أو لأنه غير ملائم لأن يحكم موضوع النزاع و بالتالي وجب التعويض عنه بفكرة «القانون الدولي» أو ما يسمى أيضا بقانون التجار *Lex mercatoria* مع العلم أن هذا القانون هو عرفي منذ الولادة و هو محايد و غامض. و أكثر من هذا و ذاك فهو قانون جاء ليكرس عدم التوازن الموجود بين الدولة و المستثمر، بل و تغليب المستثمر على الدولة بكل ما تملك من سيادة⁽²⁹⁾.

و لكن هل يمكن أن نعثر على نفس المشهد حتى في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون ينطبق على أصل النزاع؟ تثير هذه الوضعية مسألة في غاية الأهمية و هي أنه في حال غياب أي اختيار صريح أو ضمنى للقانون الواجب التطبيق على أصل النزاع، فأي حل يمكن الاعتماد عليه في الفصل في النزاع، هل يجب أن يطبق القانون الوطني لأحد الطرفين في العقد أم اختيار قانون آخر يكون بمثابة قانون محايد؟

في الحقيقة استقر الرأي منذ أن مدة و تحديدا منذ أن أقرت محكمة العدل الدولية في قضية القروض البرازيلية و الصربية على أن «كل عقد عدا العقود المبرمة بين الدول

29 - La garde. P " Approche critique de la lex mercatoria " Etudes offertes à Goldman , Litec , Paris , 1982.p125.

باعتبارها من أشخاص القانون العام، تجد أساسها في قانون داخلي». وهو نفس الاتجاه الذي ذهبت إليه محكمة التعقيب الفرنسية في قرار لها سنة 1929. ومن ثمة، يمكن اعتبار هذين القرارين منذ ذلك التاريخ بمثابة رد صريح على الرأي الذي يقول بوجود عقد بلا قانون. إلا أن المشكلة في تحديد هذا القانون تبقى قائمة، فهناك نظريتان تتنازعان المرجعية التي يجب أن يستند إليها المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على أصل النزاع.

الأولى فرنسية والتي تعتبر أن تطبيق نظرية تنازع القوانين والتي تؤدي إلى تطبيق قانون داخلي لدولة ما عبر استعمال معيار الإسناد هو الذي يجب سلوكه لتحديد مثل هذا القانون. إلا أن هذه النظرية قد لقيت انتقادات لأن استعمالها لمعيار الإسناد L'indice de rattachement يؤدي إلى اختيار قانون وطني سوف لن يتطابق مع الطابع الدولي الذي يطبع المعاملات الدولية موضوع النزاع.

أما الثانية والتي يقودها الأستاذ Goldman فهي تعتمد أساسا على مقولة أن القانون الدولي للتجار أو ما يعرف الآن بـ La Lex mercatoria هو وحده الجدير بالتطبيق على موضوع النزاع وهو بدوره يشكل وحدة قانونية متكاملة ومتجانسة تملو كل القوانين الوطنية للدول.

لا شك أن هذا القانون أصبح الآن جزءا مما يسمى "بقواعد القانون"، وقد يقصد به الأعراف التجارية الممارسة من طرف التجار الدوليين. وهي ذات العبارة التي استعملتها المادة 72 من مجلة التحكيم التونسية لـ 26 أفريل 1993 حيث جاء في الفقرة 4 منه على أنه "في جميع الأحوال تبنت هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد مع الأخذ بعين الاعتبار العرف التجاري المنطبق على المعاملة".

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فهناك الاتفاقيتان اللتان أشرت إليهما وهما اتفاقية واشنطن لسنة 1965، والاتفاقية العربية المعلقة بالاستثمار (1971 - 1974 - 1980).

في البدء، تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية واشنطن تثير مسألة في غاية الأهمية وهو ما إذا يمكن إيجاد ترتيب في تطبيق كل من القانون الدولي والداخلي.

فهنا يوجد في الواقع اتجاهان، اتجاه يقول بالتساوي بين القانونيين، أما الاتجاه الآخر فيرتب القانون الدولي في الصنف الأول من السلم ثم يليه القانون الداخلي. وهذا يعني إعطاء الأولوية للقانون الدولي على حساب القانون الداخلي للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

ومن بين انعكاسات هذا الترتيب هو إما تكملة القانون الداخلي أو استبعاده مرة واحدة في مواجهة القانون الدولي إذا تبين أن هذا القانون يخالف النظام العام الدولي.

أما الاتفاقيات العربية وإن وضعت مبدئياً أحكام الاتفاقية وأحكام العقد في وضع متساو من حيث القيمة، فإنها تفضل بالرغم من ذلك كله القواعد المشتركة للدول العربية وبدرجة أقل قواعد القانون الدولي، وهي بذلك لا تبتعد - في نظرنا - عن الاتفاقيات الدولية إلاّ من حيث الصفة العربية لها.

ولكن في جميع الحالات، يتفق الفقهاء على أنه لا يجوز لمحكمة التحكيم أن تغفل في حكمها الفصل في أي موضوع من موضوعات النزاع استناداً إلى عدم وجود قاعدة قانونية تحكم هذا الموضوع أو لغموض في القاعدة القانونية الموجودة⁽³⁰⁾.

ونعتقد أنه بخصوص هذه النقطة الأخيرة فهي شبيهة بنظرية إنكار العدالة المكرسة في القانون الداخلي.

وعلى إثر الانتهاء من الإجراءات وفحص القانون الواجب التطبيق من حيث الأصل، لن يبقى لهيئة التحكيم سوى إصدار قرارها في القضية المعروضة عليها.

30 - د. سامية راشد: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية"، دار النهضة، 1974، ص 56.

البحث الثالث: القرار التحكيمي

يشكل إصدار القرار وما بعد هذا الإصدار مرحلتان مهمتان بالنسبة للقرار. ويخضع القرار التحكيمي في إصداره إلى قاعدة الأغلبية أو الإجماع، وهذا يعني بطبيعة الحال أنه في حالة تعدد المحكمين فإن القرار يجب أن يكون موضوع مداولة من طرف هؤلاء المحكمين جميعاً وأن يمضى من قبل أغلبية المحكمين. كما يجب أن يحمل القرار تاريخ ومكان الإصدار، وأن يشتمل عند إصداره جميع الموضوعات التي أثير بشأنها النزاع.

إلى جانب هذه العناصر التي يجب أن يتضمنها القرار التحكيمي، فإن موضوع تسبيب القرار التحكيمي يعتبر من أهم الموضوعات التي أثارت جدلاً حول ضرورة تعليل القرار التحكيمي من عدمه. وفي هذا الإطار يمكن لنا أن نميز بين مدرستين، المدرسة اللاتينية التي تلزم المحكمين تعليل القرارات التحكيمية لأنها تعتبر أن مناقشة دفوعات وطلبات الخصوم، وتبيان كيفية توصل المحكم إلى قراره يعد من باب احترام محكمة التحكيم لحق الدفاع. أمّا المدرسة الأنجلوسكسونية فهي لا تقر بوجوب تعليل القرارات التحكيمية. فالمحكمون الإنجليز مثلاً درجوا على عدم تعليل القرارات التحكيمية التي تصدر عنهم. ولكن ماذا عن موقف الاتفاقيات الدولية وكذلك الإقليمية العربية من مسألة التعليل وهي اتفاقيات - كما نعلم - تعني خاصة الاستثمارات؟

بالنسبة لاتفاقية واشنطن فإن المسألة محسومة ولا تحتاج إلى تأويل، فالفصل 48 فقرة 3 صريح في هذا الجانب، فهو ينص على أنه "يجب أن يتناول الحكم كل مسألة طرحت على المحكمة وأن يبين الأسباب التي بني عليها". وكأثر مباشر لهذه القاعدة فقد اعتبرت لجنة الإبطال في قرار صدر بتاريخ 22 ديسمبر 1989 في قضية شركة Mine ضد جمهورية غينيا أن عدم التعليل يستوجب معه إبطال القرار التحكيمي. وهذا يعني أن التعليل من المسائل التي تتعلق بالنظام العام حتى ولو لم تنص عليه اتفاقية التحكيم. وبالتالي يمكن طلب إبطال القرار التحكيمي غير المعلل لعلاقته بهذا النظام.

إن وجوب تسبيب القرار التحكيمي قد أخذت به أيضا الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة 1971 في الفصل 4 من ملحقاتها والذي يقضي بأن تكون قرارات هيئة التحكيم معللة بصفة جلية.

ويختلف الحل المعتمد من قبل الاتفاقيتين الدولية والعربية عن ذاك الذي كرسه المشرع التونسي الذي أباح للأطراف فيه عدم لتعليل القرار التحكيمي (الفصل 75 فقرة 2 من مجلة التحكيم) وإن كان المبدأ هو التعليل⁽³¹⁾.

ويتعارض هذا الموقف مع المشرع الفرنسي الذي أكد في الفصل 1471 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد على وجوب تعليل القرار التحكيمي. وإن كان لفقه القضاء الفرنسي رأي آخر وهو أنه يجوز عدم تعليل بشرط ألا يمس ذلك بقواعد النظام العام.

وبعد صدور القرار التحكيمي تأتي مرحلة التنفيذ وهي تعد مرحلة حاسمة، وكثيرا ما يقع قياس فعالية أي قرار تحكيمي بدرجة تنفيذه. مع العلم أن إمكانية الطعن في هذا القرار تبقى مفتوحة للأطراف. وهذه كلها خصوصيات ترتبط بقرارات التحكيم التي تكون قد فصلت في منازعات تتعلق بالاستثمارات.

وفيما يتعلق أولا بتنفيذ قرارات التحكيم بوجه عام فإنه يطلب من أجهزة الدولة المراد تنفيذ القرار التحكيم على إقليمها الإذن بإكساء هذا القرار بالصيغة التنفيذية *revetir la sentence arbitrale la formule exécutoire*، ولكن هذه القاعدة يقع التخلي عنها إذا ما رجعنا إلى ميدان الاستثمار.

وينص الفصل 54 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على أنه "تعتبر كل دولة متعاقدة حكم المحكمين الصادر طبقا لهذه الاتفاقية ملا لها، وتنفذ الالتزامات المالية التي يقضي بها الحكم في أراضيها كما لو كان حكما نهائيا وصادرا من إحدى محاكم تلك الدولة".

31- ينص الفصل 75 فقرة 2 على ما يلي: "يجب أن يكون حكم التحكيم معللا، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك..".

ويستفاد من هذا الفصل أن العمل بإجراءات الإكساء بالصيغة التنفيذية قد ألغي، مما يعني أيضاً أن اللجوء إلى التنفيذ الطوعي *exécution spontanée* للقرار التحكيمي هو المبدأ. إلا أن الفقرة 2 من نفس الفصل تنص من جهة أخرى على إلزام الطرف الذي يسعى للاعتراف بالحكم أو لتنفيذه أن يقدم للمحكمة المختصة أو للجهة الأخرى التي قد تكون الدولة قد عينتها لهذا الغرض صورة من الحكم مصدقا عليها من السكرتير العام بتعيين محكمة مختصة أو جهة أخرى لهذا الغرض، وبكل تغيير لاحق في مثل هذا التعيين.

أما عربياً، فقد قضت المادة 25 من الاتفاقية العربية لسنة 1974 المتعلقة بتسوية نزاعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار العربي ومواطني الدول العربية الأخرى بما قضت به اتفاقية واشنطن من أن القرارات التحكيمية تكون ملزمة لأطرافها، وتنفذ الدول التي تكون طرفاً في النزاع أو يكون أحد رعاياها طرفاً فيه، كما لو تعلق الأمر بأحكام نهائية صادرة عن محاكمها الوطنية ذات الصبغة الملزمة. ويتمتع القرار التحكيمي بجميع ضمانات التنفيذ التي تتمتع بها الأحكام القضائية الوطنية.

أما في الاتفاقية المنشأة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، واتفاقية عمان لسنة 1980، فإن القرار التحكيمي تكون له صبغة النفاذ والإلزام إلا إذا حددت هيئة التحكيم أجلاً لتنفيذه⁽³²⁾.

ولكن عند التنفيذ تطرح مسألة في غاية الأهمية ألا وهي إشكالية التمسك بحصانة التنفيذ *Immunité d'exécution*، وبمعنى آخر هل أن حصانة التنفيذ التي تتمتع بها الدولة هي شاملة لجميع أموالها ومكاسبها أو أنها مقتصرة على صنف من الأموال دون الآخر؟

32 - وإن كان الأستاذ حرشاني يؤكد أن ذلك لا يعني أن القرارات التحكيمية المنصوص عليها من قبل الاتفاقيتين هي ليست بحاجة إلى الإكساء بالصيغة التنفيذية Voir Horchani: " L'investissement interarabe " C.E.R.P Tunis 1992,p.388

يجري عادة التمييز بين الأموال المخصصة Les biens affectés لممارسة الدولة نشاطها كسلطة سيادة، والأموال المخصصة لممارسة أنشطة اقتصادية. وهل يقصد هنا بالأموال الأموال الموجودة على إقليم الدولة الصادر ضدها القرار التحكيمي أم المقصود بها أيضا أموال الدولة الموجودة في الخارج؟. نعتقد أن التخلي عن حصانة التنفيذ من قبل الدولة لا يمكن أن تتجزأ، فهي إما أن تكون شاملة ومطلقة أو لا تكون. بمعنى أن التنفيذ يجب أن يقع على الأموال سواء أكانت موجودة في الداخل أو الخارج.

يبقى أن نشير في النهاية إلى أن القرار التحكيمي وكأي قرار آخر، هو قابل للطعن وتسري أحكام المادة 458 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية وهي تنص على أن القرار التحكيمي يجوز الطعن فيه بطريق الإبطال annulation ويكون ذلك بواسطة طلب يرفعه أحد الأطراف إلى المحكمة المختصة.

إلا أن الوضع يختلف في هذا الإطار عندما يتعلق الأمر بالاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار، فالمادة 52 مثلا من اتفاقية واشنطن تقضي بأن يقدم طلب إبطال القرار التحكيمي إلى السكرتير العام للمركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار⁽³³⁾.

إلا أنه لا يمكن أن يؤسس الطلب على أحد الأمور التالية:

- إذا لم تكن المحكمة مكونة تكويننا سليما.
- إذا تجاوزت المحكمة سلطتها بشكل جليّ.
- إذا وقع تأثير غير مشروع على أحد أعضاء المحكمة.
- إذا أخفق الحكم في بيان الأسباب التي بني عليها.

33 - Sur cet article, voir De Berranger.T: « L'article 52 de la convention de Washington du 18 mars 1965 et les premiers enseignement de sa pratique». Rev Arbitrage, 1988, p 93 et s.

إلا أن مثل هذه الحالات قد لا نجدها في المادة 458 من قانون الإجراءات المدنية إذ قلصت المادة في بعضها، ووسعت في حالات أخرى، فاعتبرت على سبيل المثال أن مجرد خرق إحدى القواعد الأساسية للإجراءات يعد سببا كافيا لطلب الإبطال، حتى ولو لم يكن هذا الخرق على درجة كبيرة من الخطورة من شأنه أن يمس بجوهر الإجراءات.

أما من حيث الجهة القضائية المختصة بالنظر في الإبطال، فإذا كان القرار التحكيمي التجاري العادي يرجع بالنظر إلى رئيس المحكمة، فإن إبطال قرارات المركز لتسوية منازعات الاستثمار يكون من أنظار أحد هياكل المركز ذاته، أي "لجنة الإبطال". وهو ذات الأسلوب الذي أخذت به الاتفاقية العربية لسنة 1974، إذ تنص هذه الأخيرة على إمكانية الرجوع إلى لجنة خاصة تعهد إليها صلاحية النظر في مسألة إبطال القرار التحكيمي.

كما أجازت الاتفاقيتين طلب مراجعة القرار التحكيمي الذي هو شبيه بما يسمى في القانون التونسي بـ "التماس إعادة النظر" الذي اعتمده المشرع التونسي ضمينا بالنسبة للقرارات التحكيمية الداخلية وأقصاه صراحة بالنسبة للتحكيم الدولي.

أما الاتفاقية العربية لسنة 1971 والمحدثه للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، فقد أقصت كل إمكانية للطعن في القرار التحكيمي بالمراجعة أو بالاستئناف.

ويبقى التساؤل مطروحا فيما يخص الإبطال، فهل يمكن إبطال القرار طبقا للقانون الداخلي مع العلم أن الإبطال ليس له إلا رقابة شكلية على القرار التحكيمي، عكس الاستئناف الذي يقضي بتسليط رقابة شاملة على القرار؟

نعتقد من جهتنا أن عدم التعرض للإبطال هو تمسك بل وتعويل الاتفاقية خاصة على نية الأطراف في تنفيذ القرار بصفة طوعية، الشيء الذي يلغي معه أي شكل من أشكال الطعون التي يمكن أن يتعرض لها القرار التحكيمي أصلا.

وفي الأخير فإن الاستنتاج العام الذي يمكن أن نخلص إليه من كل ما سبق عرضه وتحليله هو أن الاعتراف للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة التابعة لها بسلطة اللجوء

للتحكيم في مجال الاستثمار يعد من جهة تقييدا لسيادة هذه الدولة. إلا أنه من جهة أخرى يعتبر ضرورة تمليها العولمة والحاجة الملحة للرأسمال الأجنبي. إلا أن المخاوف من التحكيم التي كانت تبديه الدول النامية ومن بينها تونس إزاء التحكيم، فإنه يعود وبشهادة العديد من الفقهاء إلى انشغال القضاء التحكيمي في العديد من المنازعات بالدفاع عن المستثمر الأجنبي مسقطا من اهتماماته انشغالات الدول النامية.

يبقى أن نسبة نجاح التحكيم الدولي في إطار منازعات الاستثمار سيظل مرهونا بالدرجة الأولى - حسب رأينا - بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر من جهة ومتطلبات السيادة للبلدان النامية من جهة أخرى.

المصادر والمراجع

النصوص القانونية والاتفاقيات :

- مرسوم تشريعي 1993 المتعلق بترقية الاستثمارات، الجريدة الرسمية عدد 64 المؤرخ في 10 أكتوبر 1993.
- الأمر رقم 03.01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخ في 22 أوت 2001.
- اتفاقية واشنطن المؤرخة في 18 مارس 1965 والمحدثه للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.
- اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1958 والخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين.
- الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في البلدان العربية لسنة 1980.
- الاتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الاستثمار لسنة 1971.

الفقه :

- المراجع بالعربية :

- د. عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية 1990.
- عبد الحميد الأندلسي: استقلالية المحكم، مجلة المحامون المغربية، العدد 09 لعام 1992.
- سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة القاهرة، 1974.

المراجع بالأجنبية :

- Abed .A : L'encadrement juridique des investissements à travers le code d'incitation aux investissements, thèse, Fac. Droit Tunis, 1997
- Ben Cheikh .M: Les instruments juridiques de la politique algérienne des hydrocarbures L.G.D.J, Paris, 1972
- Ben Letaief .M: L'Etat et les entreprises publiques en Tunisie, thèse Fac. Droit Tunis, 1997
- De Barranger .T: L'article 52 de la convention de Washington du 18 Mars 1965 et les premiers enseignements de sa pratique in Rev. Arbitrage, 1988
- Fouchard Ph.: L'arbitrage commercial international, L.G.D.J, Paris, 1965
- Fouchard Ph.: La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage Rev. Arbitrage, 1985.
- Hachem M.L.: Le droit applicable au contrat d'investissement selon l'article 42 de la convention BIRD m T.T.D m 1992
- Hachem M.L.: L'arbitrage international dans le nouveau code de l'arbitrage, R.T.D, 1993
- Horchani F.: L'investissement interarabe, C.E.R.P, Tunis, 1992
- Lagarde P.: Approche critique de la lex. Mercatoria, Études offertes à Goldman, Litec, Paris, 1982
- Leboulanger Ph.: Etat politique et arbitrage- l'affaire du plateau des pyramides, Rev. Arbitrage, 1986
- Marchais B.P.: Mesures provisoires et autonomie du système de l'arbitrage, CIRDI, D.P.C.I, 1988
- Paulsson P.: Le tiers-monde dans l'arbitrage international, Rev. Arbitrage, 1980

Stern B.: Trois arbitrages, un même problème, trois solutions, Rev. Arbitrage, 1980

Weil P.: Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, in Mélanges Rousseau, 1982

Zahi A., L'Etat et l'arbitrage, OPU-Publisud. Alger, Paris, 1982