

Abstract:

Reliance on international commercial arbitration as a mechanism for settling investment disputes is linked to foreign investors' fear of resorting to the host country's judiciary, and their lack of confidence in the fairness of its courts. It is also considered a procedural guarantee for the state as it is one of the means of attracting foreign investments, so it constitutes one of the aspects of legal security to guarantee foreign investments, and this results in the waiver of its judicial immunity, and therefore its executive immunity. With the attempt to expand the scope of disputes that are presented to arbitration bodies, in light of the imbalance between the parties to international commercial transactions and the existence of misleading agreements, the issue of the state's international responsibility for breaching its obligations arises, in addition to the application of rules that serve the interest of the strong party, which is usually foreign companies controlling global technologies.

Keywords: international commercial arbitration, foreign investment, legal security, umbrella agreements.

مقدمة:

أدت الحاجة إلى إقامة المشاريع التنموية للنهوض باقتصاديات العديد من البلدان إلى فتح مجال للقطاع الخاص الأجنبي، الذي يتحكم في التكنولوجيات العالمية المطلوبة في مثل هذه المشاريع، لتشكل بذلك الاستثمارات الأجنبية عاملاً مهماً لدفع عجلة النمو الاقتصادي.

لما كانت الاستثمارات الأجنبية تجمع بين أطراف تخضع لأنظمة قانونية مختلفة، من جهة، واختلاف القوى الاقتصادية بينها من جهة أخرى، يحرص المستثمر الذي يواجه الدولة صاحبة السيادة، في ممارسة سلطاتها العامة، على التمسك بضرورة تأمين نفسه بمختلف الضمانات القانونية لحماية حقوقه، ولو كان ذلك بالحد من الصلاحيات السيادية لها.

تتضمن الاستثمارات الأجنبية عادة شرط الدولة المضيفة بتوفير الحماية المناسبة، والخاصة لهذا النوع من المعاملات على أراضيها، بل إن الدولة عادة تُضمن القوانين الخاصة المتعلقة بتشجيع الاستثمارات نصوصاً تعزز تلك الحماية، فالاهتمام بتشريعات الاستثمار أمر ضروري، باعتباره أداة الدولة في التعبير عن سياستها نحو المستثمر، وضمان الأمن والأمان القانوني له.

يرتبط اللجوء إلى التحكيم بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار، واستعمالها لسيادتها بتطبيق قوانينها الوطنية عند النظر في المنازعات أمام محاكمها، لذلك يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم في معاملاته، لعدم ثقته في نزاهة وعدالة محاكم الدولة المضيفة، وعدم توقعه أن موقفها سيكون حيادياً بشكل كامل بشأن النزاع.

حرصا من البلدان -لاسيما النامية منها- على جلب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت بالتحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار، من أجل الحصول على المصدقية الضرورية في العلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية، وهو الاتجاه الذي سلكته الجزائر، وقد دعمته بأوجه للحماية تضمن امتيازات و ضمانات عدة لتعزيز ثقة المستثمر، وإن كان ذلك يعكس التنازل عن اختصاص القضاء الوطني في تسوية المنازعات التي تثيرها هذه المعاملات، وما يمكن أن يترتب عليها من آثار.

تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على خصوصيات التحكيم التجاري الدولي باعتباره وسيلة بديلة لتسوية منازعات الاستثمار، وقضاء خاص في هذا النوع من المعاملات، والذي من شأنه توفير وتعزيز الثقة لدى المستثمر الأجنبي، بإبعاد منازعاته عن اختصاص القضاء الوطني، بالتالي توفير له ال أمان القانوني، باعتباره أحد الضمانات القانونية الممنوحة لجلب الاستثمارات الأجنبية.

تكشف الورقة البحثية الآثار المترتبة عن تبني التحكيم التجاري الدولي في ظل تطور المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، بالأخص مع زيادة اللجوء إلى مراكز التحكيم الدولية.

هذه الاعتبارات وأخرى دفعتنا للاهتمام بالموضوع بالتالي معالجته من خلال الإشكالية التالية: إلى أي مدى يساهم الاعتماد على التحكيم التجاري الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في تجسيد الأمن القانوني من منظور المستثمر الأجنبي؟

تقتضي الإجابة على الإشكالية التعريف بالتحكيم التجاري، باعتباره قضاء خاص في مجال المعاملات التجارية الدولية، ووسيلة بديلة لفض المنازعات الناجمة عن عقود أو معاملات الاستثمار، وسبيلا فعالا لجلب المستثمرين الأجانب، بمنحهم الثقة والأمان القانوني، لما يتمتع به من

مزايا تتناسب مع خصوصيات الاستثمارات الأجنبية، لذلك تسارعت أغلب الدول بما فيها الجزائر بتكريسه في قوانينها الوطنية (المبحث الأول).

وكنتيجة حتمية للاعتماد على هذه الآلية في تسوية منازعات الاستثمار، فإن ذلك يفرض على الدولة التنازل عن اختصاص قضائها الوطني، وعن حصانتها ضد تنفيذ قرارات التحكيم من جهة، ومن جهة أخرى أظهرت الممارسات العملية الطابع التحكيمي الذي تسعى هيئات التحكيم فرضه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض منازعات الاستثمار

يعتبر التحكيم التجاري وسيلة بديلة لفض منازعات الاستثمار، ينبع أساسا من اتفاق أطراف المعاملة المثيرة للنزاع على حل يتميز بطابع الإلزامية (المطلب الأول)، يتسم بطابع "الدولية" إذا كانت المعاملة التي يدخل لفصل منازعاتها ذات طابع دولي وفقا لمعايير محددة، وقد تبنى المشرع الجزائري موقف في هذا الخصوص، تترتب عليه آثار قانونية تتناسب مع موقفه (المطلب الثاني).

المطلب الأول - التحكيم التجاري: بين الطابع القضائي والطابع الاتفاقي:

يتفق المتعاملون في حقل التجارة الدولية على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كقضاء خاص لتسوية منازعاتهم (الفرع الأول) بالنظر إلى خصوصياته في توفير الأمن القانوني لهم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بالتحكيم التجاري الدولي

يعرف التحكيم التجاري أنه قضاء خاص، لا يخضع في تنظيمه وعمله للقوانين الوطنية، فقضاته لا يسهرون على خدمة وتطبيق قانون وطني

معين بالذات، وإنما يستمد وجوده من اتفاق الأطراف أنفسهم، الذين يختارون قضاتهم، ويعهدون إليه بمقتضى اتفاق أو شرط خاص بمهمة تسوية المنازعات التي تنشأ، أو نشأت بالفعل بينهم¹.

قد يتفق الأطراف على التحكيم قبل حدوث النزاع في صورة اتفاق مستقل، أو كبند أو شرط ضمن بنود العقد المبرم بينهم ويسمى بشرط التحكيم (La clause compromissoire). ويجوز الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، ويسمى هذا الاتفاق بمشارطة التحكيم (Le compromis)².

يمكن أن يتولى المحكم الفصل في النزاع وفقا لإرادة الأطراف طبقا لقواعد القانون الموضوعي لدولة معينة، وهو ما يسمى بالتحكيم وفقا للقانون (Arbitrage de droit)، أو يفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون، ما يسمى بالتحكيم مع التفويض بالصلح (L'arbitrage amiable composition).

ينصرف التحكيم في معاملات أو عقود الاستثمار إلى اتفاق طرفيه على فض المنازعات الناشئة بينهم عن طريق التحكيم، سواء كان ذلك عن طريق مراكز التحكيم المتخصصة، أو عن طريق أفراد عادين يتفق طرفا العقد على اختيارهم لاحقا، أو تجسيدهم عند إبرام العقد لإصدار قرار ملزم في شأن المنازعة المطروحة³، ولما كان هذا القرار يصدر بأغلبية الأصوات، فإنه من الضروري مراعاة أن يكون عدد المحكمين الذين يتم تعيينهم عددا وترا أي فرديا.

وبذلك، يعتبر اللجوء إلى التحكيم تعبيرا عن رفض الأطراف عرض النزاع على المحاكم الوطنية للدولة، واتفاقهم على إقامة محكمة خاصة تتشكل من محكمين مؤهلين، يختارونهم بأنفسهم ويعملون وفقا للإجراءات التي تم الاتفاق عليها لهذا الغرض- وهو ما يسمى بالتحكيم

الخاص أو الحر أو تحكيم Ad hoc-، أو باللجوء إلى هيئات تحكيم تعمل وفق إجراءات وأحكام مسبقا، وذلك سواء على المستوى الوطني أو الجهوي أو الدولي، وتعمل هذه الهيئات طبقا لقواعد إجرائية وموضوعية تسمح بحل النزاع في إطار الاحترام التام لحقوق الأطراف، كما تتضمن قواعد للاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها- وهو ما يسمى بالتحكيم المؤسساتي-، ومن أهم هذه المؤسسات نجد هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) والمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار (CIRDI)⁴.

يتضح من هذا، أن للتحكيم وجهين⁵: الوجه الأول: هو الطابع الاتفاقي: حيث أن الإرادة الحرة هي الركيزة الأساسية للتحكيم، والوجه الثاني هو الطابع القضائي، ويبدو ذلك من خلال الإلزام الذي يرد في قرار المحكم، أو من خلال استبدال القاضي العادي المختص أصلا بنظر المنازعة، بالقاضي المحكم الذي تتوافق إرادة الأطراف على اختياره ليصبح قاضيا للخصومة.

قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بوضع قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985⁶ من أجل وضع إطار قانوني موحد لتسوية المنازعات الناجمة عن العقود الاقتصادية الدولية، بصورة منصفة وفعالة، وقد جاء ثمرة للجهود المتواصلة للجنة منذ وضعها لقواعد التحكيم عام 1976⁷، أين اعترفت بقيمة التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة في إطار العلاقات التجارية الدولية.

الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار

يلعب التحكيم دورا مهما في حسم المنازعات التي تثيرها الاستثمارات، إلى درجة أن البعض يعتبره أمرا حتميا بشأن هذه الطائفة من المعاملات،

وأنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب تتعلق أساسا بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات هذا النوع من المعاملات⁸، والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

- طابع السرية الذي تتميز به هذه الآلية، خلافا للقضاء العادي القائم على مبدأ العلانية.

- السرعة التي يمتاز بها التحكيم وبساطة إجراءاته، على عكس ما تتسم به طرق التقاضي العادية من بطء وتعقيد ومماطلة.

- ميزة التخصص التي تتوفر لدى المحكم أو المحكمين، باعتبار أنهم يكونون غالبا من أصحاب الاختصاص في المجال محل النزاع.

- الحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل التحكيم من عدة جوانب، مثل اختيار نوع التحكيم والمحكم أو المحكمين، والقانون الواجب التطبيق ومكان انعقاده وزمانه.

- استقلال اتفاق التحكيم، بمعنى أن وجود اتفاق التحكيم أو صحته أو نفاذه لا يتوقف على مصير العقد الأصلي، وتبعاً لذلك يظل الاختصاص معقوداً لهيئة التحكيم للفصل في حقوق والتزامات أطراف النزاع، والحكم في الطلبات والدفع، حتى إذا كان العقد ذاته غير نافذ أو كان باطلاً ولا أثر له⁹.

كما يؤدي استقلالية اتفاق التحكيم إلى قبول عدم خضوعه بالضرورة إلى ذات القواعد القانونية التي تحكم العقد الأصلي، فإذا اقتصرنا على استقلال الاتفاق عما يصيب العقد الأصلي من بطلان، لكان معنى ذلك أنه إذا ورد العقد صحيحاً لا بطلان فيه، وكان القانون الواجب التطبيق عليه يحظر شرط التحكيم أو يجعله باطلاً لسبب أو لآخر، فإن هذا الاستقلال لن يحول دون أن يقع اتفاق التحكيم باطلاً، وبذلك مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم في

هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي، ومن مبادئ هذا النظام أنه لا يجوز للسلطة العامة التمسك بأحكام قانونها الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم الذي أبرمته، فمجرد وجود هذا الاتفاق يكفي لقابلية النزاع للتحكيم¹⁰، وهو الأمر الذي من شأنه أن يزيل مخاوف المتعاملين ويحصن شرط التحكيم من كل أساس البطلان¹¹.

والجدير بالذكر، أن المشرع الجزائري أكد على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم لمسيرة متطلبات التجارة الدولية، فقد جاء في نص المادة 1040 ف4 من ق.إ.م.إ. أنه: «لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي»، وهو الأمر ذاته الذي تضمنته المادة 458 مكرر 1/ف4 من المرسوم التشريعي 93-09 (الملغى).

هذا، ويرتبط اللجوء إلى التحكيم بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار واستعمالها لسيادتها، بتطبيق قوانينها الوطنية عند النظر في المنازعات أمام محاكمها، كما يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم في مختلف معاملاته لعدم ثقته في نزاهة وعدالة محاكم الدولة المضيفة، وعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل بشأن النزاع.

فضلا عن ذلك، يعد التحكيم ضمانا إجرائية لكونه إحدى وسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي، بل أكثر من ذلك فقد أصبح بند التحكيم شرط يقف عليه إتمام أي عقد أو صفقة¹².

وحرصا من البلدان -لاسيما النامية منها- على جلب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت بالتحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار من أجل الحصول على المصدقية الضرورية في العلاقات الاقتصادية الدولية، وهو الاتجاه الذي سلكته الجزائر، فالتحكيم يحقق الأمن القانوني الذي يحوي على أمرين: أولهما قابلية القانون للتوقع، والثاني وضوح القاعدة

القانونية المطبقة؛ فضلا عن ذلك إبراز الطابع الحمائي للقضاء بتنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم التجاري الدولي.

المطلب الثاني: دولية التحكيم التجاري

تعتمد الدولة عادة على الشركات الأجنبية ذات المؤهلات العالمية في مجال الاستثمار، لتحكمها في التكنولوجيات العالمية لإنشاء وتشغيل مشاريع البنية التحتية وغيرها من المشاريع التنموية، ليكتسب بذلك التحكيم التجاري للطابع الدولي.

ترتبط دولية التحكيم بمعايير تبناها الفقه والقضاء للقول بدولية العقد أو النزاع، وتتمثل في:

الفرع الأول: المعيار القانوني لدولية التحكيم التجاري

يرتكز المعيار القانوني لدولية التحكيم التجاري الدولي على منهج كفي، يقوم على طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية، فهو يقوم على فكرة أساسية مؤداها أن العقد يعد دوليا فيما لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، من خلال الاعتداد بنقاط التركيز الموضوعية، مثل محل إبرامه أو مكان تنفيذه، أو موطن طرفيه، فكلما كانت هذه النقاط أو غيرها مرتبطة بأنظمة قانونية مغايرة يكون العقد دوليا¹³ يستتبعه الأمر أن التحكيم يكون دوليا.

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي

يرتكز المعيار الاقتصادي لدولية التحكيم التجاري على التحليل الاقتصادي لموضوع العقد، ودراسة أثاره الاقتصادية على مختلف الدول المعنية وعلى مصالح التجارة الدولية، بصرف النظر عن جنسية المتعاملين أو غير ذلك من عناصر الصفة الأجنبية في العلاقة سواء بالارتكاز على معيار فرعي مرتبط برؤوس الأموال أو بمصالح التجارة الدولية.

وقد ارتبط هذا المعيار بمسألة التحكيم في العقود الدولية حيث يتم

بموجبه إخضاع المنازعات الناجمة عنه على التحكيم، وهو ما ذهبت إليه محكمة باريس عندما صرحت بأن: ⁽¹⁴⁾ " الطابع الدولي للتحكيم لا يرتبط لا بمكان التحكيم ولا بجنسية المحكمين، وإنما بمجرد ان النزاع المطروح على المحكمين نزاع دولي، أي أن الصفة محل النزاع تدخل في مصالح الاقتصاد الدولي".

وبين هاذين المعيارين حاول القضاء الفرنسي الحديث إيجاد حل ملائم للنقائص والعيوب التي عرفها كلا من المعيارين -القانوني والاقتصادي-، عن طريق الجمع بينهما عند التصدي لمسألة مدى دولية العقد، فلا يكفي بالتحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية، إنما يحرص على التأكد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية ¹⁵. ما يشكل المعيار المزدوج لدولية التحكيم.

الفرع الثالث: التحكيم التجاري الدولي في نطاق التشريع الجزائري

تظهر دراسة موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي تحول في موقفه سواء بالنسبة لمعايير الدولية (أولا) أو بتبنيها له (ثانيا).
أولا: موقف المشرع الجزائري من معايير دولية التحكيم التجاري: من التضييق إلى التوسيع

نص المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية (الملغى) والذي أقرت بموجبه الدولة بالتحكيم التجاري الدولي لأول مرة بموجب المرسوم 09-93 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ¹⁶ على: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

يتضح من نص المادة، أن المشرع الجزائري تبني معيار "مصالح التجارة الدولية"، الذي يعد من المعايير المعتمدة عليها لإضفاء صفة الدولية على

العقد أو المعاملة طبقا للمعيار الاقتصادي، كما أخذ فضلا عن ذلك بالمعيار القانوني، الذي يعتمد على العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية والمتعلق بمقر أو موطن أحد الأطراف، وهذا من خلال الشرط الثاني من المادة ذاتها.

هكذا، نجد أن المشرع الجزائري في ظل هذا المرسوم جمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي لتحديد دولية النزاع، وبالتالي دولية التحكيم، وهو ما يضيق من مجال التحكيم في معاملات الاستثمار، وبالتالي المنازعات التي تعرض على التحكيم، وذلك لاشتراطه توفر المعيارين معا.

فالمشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم، عندما اشترط أن يخص النزاع مصالح التجارة الدولية، وفي الوقت ذاته اشترط بأن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج للقول بقابلية خضوع النزاع للتحكيم، -وهو ما جاء في نص المادة 458 مكرر-، فإن ذلك قد يطرح مشاكل قانونية في العديد من المعاملات التي تتضمن إنشاء وتشغيل مشاريع البنية التحتية التي تدخل أصلا في إطار الاستثمار الأجنبي أين يتم فيها إنشاء شركة المشروع في الدولة المضيفة للاستثمار¹⁷، والتي لا يمكن أن تخضع للتحكيم التجاري الدولي وفقا لهذا القانون، وذلك لوجود الشرط الثاني في المادة، رغم أن موضوع المعاملة مرتبط بتمويل مشروع يخص مباشرة مصالح التجارة الدولية¹⁸.

استدرك المشرع الجزائري الموقف بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد¹⁹، عندما تبني معيارا جديدا لتحديد دولية التحكيم لا يعتمد على موطن أو مقر الأطراف كما كان عليه الوضع قبل صدوره، إذ يعد دوليا متى كان محله نزاعا يتعلق بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، وهو ما جاء في نص المادة 1039 التي تنص على أنه: "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة

بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"، ما يفيد بأن المشرع الجزائري تبنى المعيار الاقتصادي باستغنائه عن المعيار القانوني، عندما اشترط أن يتعلق النزاع بالمصالح الاقتصادية لدولتين، وذلك اقتداء بالمشرع الفرنسي والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي²⁰. وهو ما يفتح مجال واسع للدخول العديد من منازعات الاستثمار في هذا المجال.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي

كان موقف الجزائر من التحكيم حذرا في بداية عهدها بالاستقلال، والذي تطور وأصبح موقفا عدائيا، بعد صدور قانون الإجراءات المدنية عام 1966 أين جاءت المادة 442 ف3 منه بمنع الدولة والأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم²¹.

وعلى الرغم من هذا الرفض القانوني للتحكيم، فإن الجزائر لجأت إليه في منازعاتها مع الشركات الأجنبية بموجب التزاماتها الناجمة عن اتفاقيات "إيفيان" (IVIAN)، بالإضافة إلى الاتفاقيات الاقتصادية الأخرى منها الاتفاقية المبرمة مع الشركة الأمريكية "GETTY" في أكتوبر 1968²².

وحقيقة الأمر، أن رفض السلطات الوطنية لفكرة التحكيم التجاري الدولي يرتبط بمبدأ السيادة، الذي يقتضي عدم إخضاع أي منازع تكون الدولة أو إحدى هيئاتها طرفا فيها، لأي جهة أخرى غير قضائها الداخلي، الذي يضمن لها تطبيق القانون الوطني، وهو الأمر الذي لا يمكن للتحكيم أن يوفره.

وقد أقرت بالتحكيم التجاري الدولي لأول مرة بموجب المرسوم 09-93 المتضمن قانون الإجراءات المدنية²³ (الملغى بموجب الأمر 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، الذي أحدث بموجب المادة الثانية منه فصلا رابعا ضمن الكتاب الثامن من الأمر رقم 66-154 بعنوان: "الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي"، واتبعته بإقرار هذا المبدأ في

قوانين الاستثمار، حيث نصت عليه المادة 41 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار²⁴، والمادة 17 من الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار²⁵، الملغى بموجب القانون رقم 16-09²⁶ الذي كرس بدوره وسيلة التحكيم التجاري كآلية لتسوية منازعات الاستثمار وإن كان ذلك بشكل استثنائي، إلا أن الواقع فرضه كقاعدة عامة حيث تنص المادة 24 منه على: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي ودولة جزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص"، وذلك في إطار السياسة الهادفة إلى جلب الاستثمارات الأجنبية، بإصدار قوانين تحفيزية تمنح حماية ضمانات وامتيازات متنوعة، استناداً للاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات²⁷، أو للاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف التي انضمت إليها²⁸.

المبحث الثاني: الآثار القانونية لتبني التحكيم التجاري الدولي كآلية

لتسوية منازعات الاستثمار

يترتب على الاعتماد على التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية منازعات الاستثمار آثاراً على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة (المطلب الأول) ومع تزايد الممارسات العملية لهذا النهج بالأخص مع مركز القوة الذي يتمتع به المستثمر الأجنبي ترتب عن ذلك إثارة المسؤولية الدولية للدولة عن إخلالها بالتزاماتها التعاقدية وفرض المستثمر الأجنبي لتطبيق القواعد القانونية التي تحقق مصالحه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أثر التحكيم على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة

يعتبر إقرار وقبول الدولة بالتحكيم التجاري الدولي كآلية لفض المنازعات الاستثمار الأجنبية تعبيراً عن تراجع الاختصاص القضائي الداخلي، وتنازلاً عن حصانتها القضائية (الفرع الأول)، وبذلك تصبح ملتزمة بما سيصدر عن هيئات التحكيم من قرارات، وتسعى إلى تنفيذها احتراماً لتعهداتها التعاقدية، والتزاماتها الدولية لتعتبر بذلك متنازلة عن حصانتها التنفيذية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر التحكيم على الحصانة القضائية للدولة

قد تدفع الدولة الطرف في عقود الاستثمار عموماً، وفي سعيها للتخلص من قبولها عملية التحكيم مع المستثمر الأجنبي بما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة من الخضوع لقضاء دولة أجنبية، للقول بعدم جواز خضوعها للتحكيم، فمن المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام أنه تأسيساً على فكرة السيادة والمساواة بين الدول، فإن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية²⁹. وهو الأمر الذي جعل مجلس الشورى اللبناني يبطل بند التحكيم في عقدي الهاتف المحمول FTMI و Libacil، المبرمين بنظام البوت بتاريخ 17 جويلية 2001، ولكن بعدها أدخل المشرع اللبناني تعديلاً على قانون المرافعات في 20 أوت 2002، تبنى فيه إمكانية التحكيم في العقود التي تبرم مع الدولة، أو مع إحدى مؤسساتها من أجل تشجيع الاستثمار الأجنبي³⁰.

ولما كان التحكيم له طابع خاص حيث يجد أساسه في إرادة الأطراف، تلجأ الدولة إلى إدراج شرط التحكيم بالعقد بإرادتها الحرة، ورغم ما ذهب إليه الفقه التقليدي من أن إدراج هذا الشرط في العقد لا يعني تنازل الدولة عن الحصانة القضائية³¹، فقد ذهب الاتجاه الغالب في

الفقه الحديث³²، إلى أن الدولة تعتبر متنازلة ضمنيا عن حصانتها القضائية إذا قبلت بشرط التحكيم، حيث أن اتفاق الدولة على هذا الأخير يعني تنازلها عن سيادتها بالنسبة للموضوع الذي جرى الاتفاق بشأنه على التحكيم، خاصة وأن المحكم لا يصدر حكمه باسم الدولة، إنما ينفذ مهمة عهدها بها الأطراف، حيث يمكن اعتباره كما يرى البعض مهماشا أو مضعفا لحصانة الدولة، فاتفاق التحكيم يتعارض وبشكل مباشر مع الحصانة ضد القضاء.

ذهب المحكم بدوره في قضية Liamco ضد الحكومة الليبية، إلى رفض أي تدرج بأن هذا التحكيم ضد سيادة الدولة، وتوصل إلى القول بأن الدولة يمكنها دائما أن تتنازل عن حقوقها السيادية بتوقيعها على اتفاق التحكيم وتظل ملزمة به³³.

والملاحظ حاليا هو لجوء بعض الدول بغرض تشجيع الأجانب للاستثمار في دولهم، إلى حد النص على التنازل عن حصانتها القضائية³⁴.

الفرع الثاني: أثر التحكيم على الحصانة التنفيذية للدولة

قد تتمسك الدولة المتعاقدة أو المستضيفة للاستثمار في سعيها لعرقلة عملية التحكيم وبعد صدور حكم التحكيم في مواجهتها، بحصانتها لمواجهة إجراءات تنفيذه، مما يثير التساؤل عن أثر اتفاق التحكيم الذي أبرمته الدولة بإرادتها على هذه الحصانة، فهل لها أن تتمسك بها في مواجهة إجراءات التنفيذ، أم أن مجرد موافقتها على التحكيم يعتبر تنازلا ضمنيا عن حصانتها هذه؟

يذهب جانب كبير من الفقه³⁵، إلى أن اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة يجب أن يمتد في آثاره ليشمل تنفيذ حكم التحكيم، بمعنى أن وجود هاذ الاتفاق في ذاته يعتبر تنازلا منها عن حصانتها التنفيذية، وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وتجسيذا لفعالية اتفاق التحكيم، إذ أن قبول

الدولة باللجوء إلى التحكيم سيكون فارغا من أي معنى إذا استطاعت أن تدفع بحصانتها لتعيق تنفيذ التحكيم، لذلك فإن تنازل الدولة عن الحصانة القضائية يستتبعه بالضرورة تنازلها عن الحصانة التنفيذية، ما يوافق بالمقابل أن إدراج المستثمر الأجنبي لبند أو شرط التنازل عن الحصانة القضائية سيمتد على الحصانة التنفيذية، وهو ما تم تأكيده في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في جوان 1998 في قضية (CREIGHTON). لذلك صادقت الدول بما فيها الجزائر على اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية³⁶ تجسيدا للطابع الحمائي للقضاء في سهره على حماية الحقوق تحقيقا للأمن القانوني والقضائي. والجدير بالذكر أن الجزائر صادقت على هذه الاتفاقية (اتفاقية نيويورك) سنة 1988 قبل الإقرار بالتحكيم التجاري الدولي قانونا في 1993.

المطلب الثاني: فرض الطابع التحكيمي للتحكيم التجاري الدولي

تظهر الممارسات العملية محاولات توسيع نطاق المنازعات التي تعرض أمام هيئات التحكيم، وذلك بغض النظر عن الاتفاق أو الإرادة الذي يميزه (الفرع الأول)، وإثارة المسؤولية الدولية للدولة عن إخلالها بالتزاماتها بوجود اتفاقيات الثنائية للحماية المتبادلة للاستثمارات الأجنبية (الفرع الثاني)، فضلا عن ذلك وإمكانية استبعاد قانون الإرادة، وتطبيق القواعد التي تخدم مصلحة الطرف القوي، الذي عادة ما يكون الشركات الأجنبية المتحكمة في التكنولوجيات العالمية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: توسيع نطاق قابلية منازعات الاستثمار للتحكيم

إذا كانت إرادة الأطراف هي أساس اللجوء إلى التحكيم، وهو ما أكدته المادة 25 ف1 من اتفاقية واشنطن (المرسوم الرئاسي رقم 95- 346) عندما رسمت حدود اختصاص المركز الذي أنشأته، باشتراطها للموافقة

الكتابية للأطراف والمتمثلة في شرط أو مشاركة التحكيم³⁷، فإنه في السنوات الأخيرة لوحظ اتجاه هذه الهيئة إلى التوسع في تفسير السمة الاختيارية التي نصت عليها المادة السابقة، حيث اكتفت لتقرير اختصاصها في نظر هذه القضايا، وجود نص يشير إلى تحكيم المركز، إما في تشريع وطني للاستثمار في الدولة المضيفة، أو في اتفاقية استثمار ثنائية أو متعددة الأطراف، وذلك إذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى طلب التحكيم أمام المركز.

يعتبر الحكم الصادر في النزاع بين شركة المنتجات الزراعية المحددة AAPL وجمهورية سريلانكا، أول حكم يؤسس اختصاص هيئة التحكيم استنادا إلى وجود نص في اتفاقية استثمارية يحيل إلى تحكيم المركز³⁸.

هذا، وفي مجال عقود البوت، قررت الهيئة اختصاصها في النزاع الدائر بين شركة أمريكية وتركيا حول تفسير بنود عقد البوت المبرم بينهما لإنشاء وتشغيل محطة كهربائية، استنادا إلى الاتفاقية الثنائية للاستثمار المبرمة بين الولايات المتحدة وتركيا، وكان ذلك في جوان عام 2004³⁹.

الفرع الثاني: إثارة المسؤولية الدولية للدولة عن إخلالها بالتزاماتها الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية

أدت التطورات التي عرفت العلاقات الاقتصادية الدولية، إلى اهتمام الدول المصنعة بإبرام الاتفاقيات الثنائية مع البلدان النامية لحماية مصالح رعايتها، وبشكل أساسي تهدف من ورائها إلى تحريك المسؤولية الدولية للدولة عن كل إخلالها بالتزاماتها التعاقدية (أولا)، كما ذهبت هيئات التحكيم بدورها إلى توسيع نطاق هذه المسؤولية (ثانيا)، فبفضل إمكانية وقوف المستثمر ند بند مع الدولة أمام هيئات التحكيم، لاستفاء حقوقه تراجعت مسألة الحماية الدبلوماسية في هذا المجال (ثالثا).

أولاً: دور الاتفاقيات الثنائية للحماية المتبادلة في إثارة المسؤولية الدولية للدولة

إذا كانت النظرية التقليدية قد اتجهت إلى أن المساس بالعقد أو الاستثمار لا يمثل عملاً غير مشروع دولياً، وأن مسؤولية الدولة لا تتحقق إلا بخرق معاهدة دولية، ذلك لأن الإخلال بالتزام عقدي لا يعد عنصراً موضوعياً لعمل غير مشروع دولية، كما أن العقد يخضع لنظام قانوني متميز عن النظام القانوني الحاكم للعلاقات بين الدول أو للعلاقات الدولية، فإنه ومع اتساع دائرة المعاملات بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب ورغبتهم في حماية وضمن استثماراتهم ضد مختلف المخاطر، لاسيما مع اتساع شبكة الاتفاقيات الثنائية والجهوية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ذهب البعض⁴⁰ إلى أنه وبوجود مثل هذه الاتفاقيات تتحول الالتزامات التعاقدية بين الدول إلى التزامات دولية من منظور القانون الدولية، وبالتالي فإن خرق الدولة لالتزاماتها التعاقدية، يعد خرقاً مباشراً للقانون الدولي العام.

تزايدت بفضل هذه الاتفاقيات جوانب الحماية المكرسة للمستثمر الأجنبي، لاحتوائها على بعض الأحكام التي تضمن احترام الدولة المضيفة لالتزاماتها التعاقدية، التي جاءت بصيغة التزام دولي، ك شروط الاستقرار وشرط التحكيم، وعلى إثر ذلك سميت بمعاهدات الغطاء أو اتفاقيات المظلة (Traités Couverture- Traité des umbrella) التي تمنح حقوقاً خاصة للمستثمر الأجنبي، تهدف إلى تحريك المسؤولية الدولية للدولة نتيجة تعديلها للعقد، وعدم احترامها لتعهداتها التعاقدية، وإلزامها بالتعويض طبقاً لقواعد القانون الدولي في مجال الاستثمارات وبمقتضى قانون داخلي⁴¹، وبالأخص هيئة تحكيم CIRDI إلى قبول إجراء التحكيم

المعتمد عليه بصفة أساسية لتسوية منازعات عقود الاستثمار، استنادا على أساس تعهد أو التزام مصدره هذه الاتفاقيات.

هذا، وإذا كان أساس المسؤولية الدولية هو التصرف غير المشروع المنسوب لدولة في إطار العلاقات بين الدول، فإن يمكن استبعاد مسؤولية الدولة بسبب تصرفاتها المخالفة لالتزاماتها الدولية، إذا توفرت بعض الشروط في حالات معينة حددتها لجنة القانون الدولي "CDI" التابعة للأمم المتحدة في مشروع حول مسؤولية الدولة عن تصرفاتها غير المشروعة دولية، الذي صادقت عليه في دروتها الثالثة والخمسين، المنعقدة بجنيف عام 2001⁴²، وهي: القوة القاهرة (Force majeure) أو الخطر (Détresse) أو حالة الضرورة (Etat de nécessité)⁴³.

ثانيا- دور هيئات التحكيم في توسيع نطاق المسؤولية الدولية للدولة عن إخلالها بالتزاماتها المترتبة عن الاستثمارات الأجنبية

أثبت الواقع العملي بالرغم المعطيات -الواردة أعلاه- إعطاء نظرة مغايرة للمسؤولية الدولية، بالأخص مع ما جاءت به بعض أحكام التحكيم الدولية.

فإذا كانت هيئات التحكيم تشترط بصفة عامة قيام الدولة بتصرف غير مشروع لقيام مسؤوليتها في الاستثمارات الأجنبية، فإن بعض الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم الدولية لا تشترط ذلك، فقد اكتفت بالطابع التحكيمي لبعض التصرفات الصادرة عن الدولة كأساس لقيام مسؤوليتها. ففي قضية Valontine Petroleum، أكدت لجنة التحكيم بأن الإجراء الذي اتخذته الدولة المضيفة بإلغاء عقد الامتياز إجراء تحكيميا، ولم تهتم المحكمة بمدى شرعية مثل هذا الإجراء استنادا إلى القانون الداخلي أو مبادئ القانون الدولي⁴⁴.

فضلا عن ذلك، ورغم ما أكدته لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة حول استبعاد المسؤولية الدولية للدولة بسبب تصرفاتها غير المشروعة في حالات القوة القاهرة أو الخطر أو حالة الضرورة، إلا أن بعض هيئات التحكيم رفضت الصعوبات التي تمر بها بعض الدول، وحالة الضرورة التي دفعتها لاتخاذ بعض الإجراءات المخالفة لالتزاماتها الدولية الواردة في الاتفاقات الثنائية، وهو ما حدث في قضية الأرجنتين وشركة CMS الأمريكية⁴⁵، التي تعد أبرز مثال في تحديد المسؤولية الدولية للدولة عن انتهاكها أو إخلالها لالتزاماتها، فقد رفضت محكمة التحكيم حالة الضرورة الناتجة عن الأزمة التي واجهتها الأرجنتين، والتي دفعها إلى مخالفة بعض التزاماتها الدولية الواردة في الاتفاقيات الثنائية والخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية، دون أن تأخذ في الاعتبار ما آلت إليه الوضعية الاجتماعية في هذه الدولة.

تؤكد هذه الاعتبارات المساعي الجدية لتوسيع مجال هذه المسؤولية، لتشمل كل ما له صلة بعملية الاستثمار من جهة، ومن جهة أخرى فهي تؤكد جليا مسألة محاولات تدويل العقد وإخراجه من السلطان الطبيعي لقانون الدولة المضيفة للاستثمار.

ثالثا- دور التحكيم التجاري الدولي في تراجع فكرة الحماية الدبلوماسية بتطور المركز القانوني للمستثمر الأجنبي

يؤدي التصرف غير المشروع إلى قيام المسؤولية الدولية للدولة، الأمر الذي يترتب عليه حق المستثمر الأجنبي في التعويض، وكذا في الحماية الدبلوماسية التي تمارسها الدولة الأصلية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيب رعاياها، بسبب تصرفات الدولة المخالفة للقانون الدولي⁴⁶، إذ أن لكل دولة حق ثابت ومصلحة مؤكدة في أن ترى مصالح وحقوق رعاياها محترمة من جانب الدول الأخرى.

ولما كانت مسألة الحماية الدبلوماسية لا تخلو من المساوئ، كونها لا تتم إلا باستنفاذ المستثمر لكافة طرق التسوية في الدولة المضيفة، كما أنه مسألة نسبية للدولة فلها حرية قبول أو رفض النهوض بعبء الحماية وفقا لسلطاتها التقديرية، التي تحددها في الغالب مصالحها السياسية، ومع تطور المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، بالأخص مع ما جاءت به اتفاقية واشنطن المنشئة لمركز CIRDI، التي رخصت للفرد عرض النزاع مباشرة أمام المركز والمطالبة بصفته الشخصية فصل دعواه ضد الدولة المتعاقدة دون حاجة لأي تدخل من جانب دولة جنسية، تراجعت بذلك فكرة الحماية الدبلوماسية⁴⁷.

أدى هذا التطور الحاصل في مجال الاستثمارات الدولية إلى تحسن في المركز القانوني للفرد. كيف لا وقد جعلته يستقيل عن دولته في مباشرة وسائل الحماية القضائية لأمواله وحقوقه، وهو الأمر الذي جعل البعض يذهب إلى حد الاعتراف الجزئي للفرد بالشخصية القانونية الدولية⁴⁸.

وحقيقة الأمر، أنه ولما كان التحكيم يتمتع بمزايا جعلته من أهم وسائل تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، -إن لم نقل الوسيلة الوحيدة-، فإنه لا يخفي أنه أصبح وسيلة في يد البلدان المتقدمة التي تفرض سيطرتها على مراكز التحكيم التجاري الدولي لتحقيق مصالحها، وذلك بجعل نفقاته باهظة، ما يجعل البلدان النامية تتخوف من اللجوء إليه من جهة، ومن جهة أخرى تحكمها في مسألة القانون الواجب التطبيق.

الفرع الثالث: استبعاد هيئات التحكيم لقانون الإرادة الواجب التطبيق على معاملات التجارة الدولية

مع فتح مجال لإمكانية استبعاد القانون الوطني واجب التطبيق على معاملات الاستثمارات وفقا لنظرية الإدماج التي يعتبر بموجبها القانون

واجب التطبيق على العقد شرط من شروطه بالتالي التعامل معه وفقا لهذا الأساس ذهبت بعض هيئات التحكيم إلى استبعاد قواعد قانون الدولة المضيفة على أساس تخلف هذا القانون وعدم ملائمة لمعاملات التجارة الدولية، فقد ذهب المحكم Lord Asquith في قضية "الشيخ أبو ظبي" إلى عدم تطبيق القانون المختار، على أساس أنه غير ملائم لحكم المعاملات الدولية الحديثة، استخفافا بقدر الشريعة الإسلامية ومكانتها كنظام قانوني قابل للتطبيق في مجال المعاملات التجارية الحديثة، ليخضع بذلك العقد للمبادئ العامة المتعارف عليها في الأمم المتقدمة، وينتهي إلى تطبيق القانون الانجليزي باعتباره انعكاسا لهذه المبادئ⁴⁹. ذهبت بدورها محكمة التحكيم في قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Gold Filds الانجليزية إلى استبعاد القانون الروسي على أساس أنه يصلح فقط لحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي، وما عدا ذلك من مسائل فإنه يخضع للمبادئ العامة للقانون؛ هذا وقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى استبعاد قواعد القانون الداخلي بحجة النقص الذي يتواجد في قواعد ذلك القانون واللجوء إلى قواعد القانون الدولي لتكملة هذا النقص، فقد ذهبت هيئة التحكيم في قضية Spp ضد مصر أن كل قانون داخلي ناقص بطبيعته، وعند وجود مثل هذا النقص فإن هيئة التحكيم تتمتع بسلطة تطبيق قواعد القانون الدولي⁵⁰،

تفيد الممارسات العملية توجه هيئات التحكيم إلى تطبيق المبادئ العامة للأمم المتقدمة، كخطوة للتدويل الاستثمار، بالرغم من وجود اتفاق على تطبيق القانون الوطني، وهي المسألة التي تفرض نطاق أوسع في حالة عدم الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، الأمر الذي تتعمده العديد من الدول خوفا من عدم الوصول إلى اتفاق بشأن المعاملات التي تجمعها مع الشركات الأجنبية، حيث تعد مسألة القانون

الواجب التطبيق من المسائل الشائكة في نطاق تتمتع فيه الدولة بخاصية السيادة؛ والشركة الأجنبية بالتحكم في التكنولوجيات والرساميل التي أكسبتها مكانة اقتصادية وقدرات تفوق تلك التي تتمتع بها الدولة.

هذا وبالرغم من كون المحكم لا يتمتع بقانون قاضي، إلا أنه يعمل على تطبيق ما يسمى بالقواعد عبر الدولية بشكل يخدم فيه مصالح التجارة الدولية، التي تكون عادة مصالح الشركات الأجنبية.

خاتمة:

نستخلص من خلال الدراسة أن اللجوء إلى التحكيم يرتبط بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار، واستعمالها لسيادتها، وذلك بتطبيق قوانينها الوطنية عند النظر في المنازعات أمام محاكمها، كما يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم في العقد أو المعاملة لعدم ثقته في نزاهة وعدالة محاكم الدولة المضيفة، وعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل بشأن النزاع.

يعد التحكيم ضمانا إجرائية لكونه إحدى وسائل جذب الاستثمار الأجنبي، فحرصا من الدولة على جلب هذا النوع من المعاملات، أقرت به كوسيلة لفض منازعات الاستثمار، من أجل الحصول على المصادقية الضرورية في العلاقات الاقتصادية الدولية، كونه يشكل أحد أوجه الأمن قانوني لضمان الاستثمارات، وقد تضمنته مختلف الاتفاقيات الثنائية لتشجيع الاستثمارات الأجنبية، التي تشكل مضلة حماية للمستثمر الأجنبي، فالتحكيم التجاري الدولي يحقق الأمن القانوني الذي يحوي على أمرين: أولهما قابلية القانون للتوقع، والثاني وضوح القاعدة القانونية المطبقة؛ فضلا عن ذلك إبراز الطابع الحمائي للقضاء بتنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم التجاري الدولي.

يعتبر إقرار وقبول الدولة بالتحكيم التجاري الدولي كآلية لفض المنازعات الاستثمار الأجنبية تعبيراً عن تراجع الاختصاص القضائي الداخلي، وتنازلاً عن حصانتها القضائية، وبذلك تصبح ملتزمة بما سيصدر عن هيئات التحكيم من قرارات، وتسعى إلى تنفيذها احتراماً لتعهداتها التعاقدية، والتزاماتها الدولية لتعتبر بذلك متنازلة عن حصانتها التنفيذية.

تظهر الممارسات العملية محاولات توسيع نطاق المنازعات التي تعرض أمام هيئات التحكيم، وذلك بغض النظر عن الاتفاق أو الإرادة الذي يميزه، وإثارة المسؤولية الدولية للدولة عن إخلالها بالتزاماتها بوجود الاتفاقيات الثنائية للحماية المتبادلة للاستثمارات الأجنبية، فضلاً عن ذلك وإمكانية استبعاد قانون الإرادة، وتطبيق القواعد التي تخدم مصلحة الطرف القوي، الذي عادة ما يكون الشركات الأجنبية المتحكمة في التكنولوجيات العالمية.

لما كانت الاستثمارات الأجنبية تجمع بين أطراف تخضع لأنظمة قانونية مختلفة من جهة، واختلاف القوى الاقتصادية بينها من جهة أخرى، يعمل المستثمر الذي يواجه الدولة صاحبة السيادة في ممارسة سلطاتها العامة، على تأمين نفسه بمختلف الضمانات القانونية لحماية حقوقه، ولو كان ذلك بالحد من الصلاحيات السيادية للدولة، وقد ساهم الاعتماد على التحكيم التجاري الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في تقوية مركز المستثمر الأجنبي إلى أبعد الحدود، كيف لا وقد تمكن من الوقوف ندباً أمام مراكز التحكيم في مواجهة الدولة ذات السيادة، وهي المراكز التي تعمل على توسيع نطاق قابلية عرض النزاع عليها، في إطار كثيراً ما يتم فيه سلخ استثمارات عدة من حكم القانون الوطني إلى حكم المبادئ العامة للأمم المتحدة، في إطار ما يسمى بنظرية التدويل.

الهوامش

- ¹ - ياقوت محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000 ص343.
- ² - منصور محمود حسين، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص476.
- ³ - المهجي عصام أحمد، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 33-34.
- ⁴ - عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص302-303.
- ⁵ - المهجي عصام أحمد، التحكيم في عقود البوت، مرجع سابق، 2008، ص34.
- FOUCHARD (Ph), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), Traité de l'arbitrage commercial international, Edition Letc, 1996, p. 14-15.
- ⁶ - قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، الأمم المتحدة، فيينا 2008. على الموقع:
- <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texte/arbitration/ml-arb/07-86996- Ebook.pdf>
- ⁷ - قواعد الأونسترال للتحكيم التجاري الدولي، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، القرار 98/31، 15 ديسمبر 1976، على:
- <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-ar.pdf>.
- ⁸ - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي، بيروت، 2006، ص350.
- ⁹ - HAROUN (M) "Arbitrage et financement de projets BOT", op. cit, p30.
- FOUCHARD (Ph), GAILLARD (B), Traité de l'arbitrage... op. cit, p213.
- أنظر أيضا: حصايم سميرة، عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2008.
- ¹⁰ - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار.. مرجع سابق، ص378 وص. 393 وما بعدها.
- ¹¹ - وقد أصبح مبدأ استقلال اتفاق التحكيم من المبادئ العامة للتحكيم التجاري الدولي، الذي كرسته مختلف التشريعات الداخلية، كما أقرت به الجهات القضائية، مثل ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها المؤرخ في 7 مايو 1963 في قضية GOSSET. وهو الأمر الذي تبنته كذلك قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 21 ف2، وأكدت المادة 16 ف1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، أما الاتفاقات الدولية المنظمة للتحكيم لم تشر إلى ذلك صراحة، خلافا للهيئات التحكيمية الدولية كغرفة التجارة الدولية. أنظر:
- FOUCHARD (Ph), GAILLARD (E), GOLDMAN (B) Traité de l'arbitrage... op.cit, p214 et s.
- ¹² - وخير دليل على ذلك رفض الولايات المتحدة الأمريكية إتمام إبرام عقد Euro Disney land مع فرنسا إلا بعد قبولها بشرط التحكيم في العقد. ولما كان مجلس الدولة الفرنسي يقرب عدم صحة البند التحكيمي في العقود الإدارية، فقد أصدرت فرنسا قانون Euro Disney land، والذي أصبح بموجب يجوز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة، أن تقبل بشرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية بعد موافقة مجلس الوزراء. أنظر:
- HAROUN (M) "Arbitrage et financement de projets BOT" op. cit, p30
- ¹³ - هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص72-73.

- ¹⁴ - معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص.53.
- ¹⁵ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.116.
- ¹⁶ - المرسوم التشريعي رقم 09-93 المؤرخ في 25 أبريل المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1993.
- ¹⁷ - HAROUN (M) "Arbitrage et financement de projets BOT », Revue mutation, N 44, Février 2003, p29-30.
- ¹⁸ - وهو ما أكدته "CCI" في قضية الشركة الألمانية Walter bau ضد مجلس الإنماء والإعمار اللبناني: القيسي معي الدين، "إمكانية التحكيم لحسم منازعات مشروعات البنية الأساسية BOT"، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني، بيروت، 2003، ص.250-251.
- أنظر في تفاصيل ذلك: حصايم سميرة، عقود البوت BOT: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مرجع سابق.
- ¹⁹ - القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008
- ²⁰ - ISSAD (M), « La nouvelle loi Algérienne relative à l'arbitrage international », R. Arb, N° 3, 2008, p. 421.
- ²¹ - MAHIOU (A), « Evolution de droit de l'arbitrage », Revue Mutation, N° 44, février 2003, p.16, in : https://www.caci.dz/fileadmin/template/pdf_mutation/positions_Algerie.pdf.
- طبقا للمادة 442 ف3 من الأمر 154-66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.، عدد47، الصادر في 9 يونيو 1966، المعدل والمتمم، والملغى بموجب القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «لا يجوز للدولة ولا الأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطالبوا التحكيم».
- ²² - MAHIOU (A), « Evolution de droit de l'arbitrage », op. cit, pp. 12-16.
- ²³ - مرسوم تشريعي رقم 09-93 مؤرخ في 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-54 المؤرخ في 08 يونيو المتضمن قانون الإجراءات المدنية ج ر ج عدد 27 الصادر في 27 أبريل 1993.
- ²⁴ - مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.، عدد 64 الصادر في 10 أكتوبر 1993.
- ²⁵ - أمر رقم 03-01 مؤرخ في 20 أوت 2001 يتضمن تطوير الاستثمارات، المعدل والمتمم، ج.ر.، عدد 47 الصادر في 22 أوت 2001.
- ²⁶ - قانون رقم 09-16 مؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.، عدد 46 الصادر بتاريخ 03 أوت 2016.
- ²⁷ - بلغ عددها في جوان 2010 43 اتفاقية، أنظر ذلك: على موقع الوكالة الجزائرية لتطوير الاستثمار: <https://www.andi.dz/AR/index.php?fc=accords>: "ANDI "
- ²⁸ - مرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر.ج.، عدد 48 الصادر في 23 نوفمبر 1988.
- مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30 أكتوبر يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج.ر.ج.، عدد 66، الصادر في 5 نوفمبر 1995.

- المرسوم الرئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66 الصادر بتاريخ 05 نوفمبر 1995. (اتفاقية واشنطن).²⁹
- الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار....، مرجع سابق، ص.325.
- ³⁰ - محي الدين القيسي، "إمكانية التحكيم..."، مرجع سابق، ص.250 وما بعدها.
- ³¹ - ZEYEN (G), « Les immunités des Etats dans le contrat d'investissement : Du nouveau avec l'arrêt CREIGHTON ? RDIA, N°3, 2006, pp. 336-334.
- ³² - السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص.278.
- ³³ - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار....، مرجع سابق، ص.386.
- ³⁴ - « Tout clause d'arbitrage institutionnel peut être stipulée l'Etat relançant par la présente loi à toute immunité de juridiction » ; Voir : L'Art 13.2/2 de la loi BOT Guinéenne. op. cit.
- ³⁵ - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار....، مرجع سابق، ص.388.
- ZEYEN (G), « Les immunités des Etats dans le contrat d'investissement .. » , op. cit, p.336-337.
- ³⁶ - مرسوم رقم 88-233 المتضمن المصادقة على اتفاقية نيويورك، مرجع سابق.
- ³⁷ - الوارد في عقد البوت المبرم بين شركة أمريكية للإنشاءات الدولية وحكومة فنزويلا، طالبت الشركة الحصول على تعويض أمام تحكيم CIRDI، جراء تمكثها من تشغيل المشروع، أنظر:
- KAUFMAN-KOHLER (G), « L'Arbitrage d'investissement : Entre contrat et traité : Entre intérêt privés et intérêt public ». In : <http://www.lk-k.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contrat--traite-entre-interets-privés-interet-i.e.pdf>.
- ³⁸ - إقلولي محمد، محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص.217
- JACQUET (J-M) « Contrat d'Etat ». In : Droit international commercial, édition Juris classeur, 1998, p.23.
- ³⁹ - KAUFMAN-KOHLER (G), « L'Arbitrage d'investissement : op.cit,p03.
- راجع في تفاصيل ذلك: حصايم سميرة، عقود البوت BOT : إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مرجع سابق
- ⁴⁰ - إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة....، مرجع سابق، ص.269 وما بعدها..
- LANKARANI EL-ZEIN (L), Les Contrats d'Etat à l'épreuve de droit international, édition Bruylant, Bruxelles, 2001, p.523.
- ⁴¹ - عبد الحفيظ صفوت أحمد، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص.454.
- ⁴² - عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ...، مرجع سابق، ص.153.
- ⁴³ - L'Art 23, 24, 25 du projet sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adopté lors de la cinquante-troisième session de la commission du droit international (C.D.I) Genève, 2011 In : www.uñ.edu/humanrts/urstrree/fwrongfulacts.pdf.

⁴⁴ - عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 157.

⁴⁵ - إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة...، مرجع سابق، ص 269 وما بعدها، كذلك: عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية...، مرجع سابق، ص 157.

- BACHAND (R), CMS contre Argentine : Première réflexion sur une sentence arbitrale qui deviendra célèbre, Notes de recherche, Institut d'Etudes Internationales de Montréal (IEIM), Centre Etude Internationales et Mondialisation (CEIM), juillet 2005, PP, 1-17, In : www.ceim.uqam.ca.

⁴⁶ - عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية...، مرجع سابق، ص 158-159.

⁴⁷ - فقد نصت المادة 27 ف 1 من المرسوم الرئاسي 95-346 على: "لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية أو ترفع قضية دولية في خصوص أي نزاع متى اتفق بشأنه أحد رعاياها مع الدولة الأخرى على طرحه على التحكيم أو تم طرحه بالفعل على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية إلا إذا رفضت الدولة المتعاقدة الأخرى تنفيذ الحكم الصادر في النزاع".

⁴⁸ - عبد الحفيظ صفوت أحمد، دور الاستثمار الأجنبي...، مرجع سابق، ص ص 468-470.

⁴⁹ - معاشو عمار، مرجع سابق، ص. 40 وما بعدها؛

⁵⁰ - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص. 125.