جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم قانون الأعمال

تكوين التراضي على اللجوء إلى التحكيم في نزاعات الاستثمار

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

فرع قانون الأعمال

تخصص: القانون العام للأعمال

من إعداد الطالب:

غانم أكلي

تحت إشراف الأستاذ:

د/ قبايلي طيب

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ: د/ تعويلت كريم، أستاذ محاضر "ب"، جامعة بجاية،.....رئيساً

الأستاذ: د/ قبايلي طيب. أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية،.....مشرفاً ومقرراً

الأستاذة: مولوج لامية أستاذة مساعدة "أ"، جامعة بجاية،.....ممتحنا

تاريخ المناقشة 2017/09/18

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر

الحمد لله أولا، وأخرا، وبعد

يسعدني أن أتقدم بأسمى عبارات الإمتنان والإخلاص

إلى الذي رسخ في ذهني معاني العلم والمعرفة وأودعني

نصائحه الثمينة والقيمة التي أنارت مساري، إلى الذي

أكن له على الدوام تقديري.....

إلى الأستاذ المحترم الدكتور"قبايلي طيب"

لا أنسى في هذا المقام أن أتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة

أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مهمة تقييم هذه المذكرة

الإهداء

أهدي هذا العمل العلمي

إلى من ربتني وأنارت دربي و أعانتني بالصلوات و الدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا الوجود، أمي الحبيبة.

إلى من عمل بكد في سبيلي و علمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه أبي الكريم.

إلى أعز الناس إخوتي صالح ياقوت ويسمينة .

إلى كل زملائي وزميلاتي الذين رافقوني طوال مساري الدراسي إلى كل من أقاربي وكل أصدقائي المقربين إلى كل من ساندوني بوقوفهم معي دون تردد وكل من مد لي يد المساعدة في إنجاز هذا البحث.

أكلي

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية.

ج.ر: جريدة رسمية.

د.س.ن: دون سنة نشر.

ص: الصفحة.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ط: الطبعة.

ف: الفقرة.

ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.إ.م.ف: قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

م: المادة.

ثانيا: باللغة الأجنبية:

ALENA: Accord de Libre Echange Nord- Américain.

CIRDI: Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements.

CNPF: Clause de la Nation la plus Favorisée.

N°: Numéro.

Op.cit : opus citotum : « référence précédemment citée ».

P: Page.

TCE: Traité de la comunité européene.

مقدمة

تلعب الاستثمارات الأجنبية دورًا أساسيًا في عملية تنمية الدول المضيفة ، إذ يمَكنها من إستغلال مواردها الطبيعية، كما يساهم في تنمية بنيتها التحتية وتطوير وتنمية مختلف الصناعات من خلال ما يقدمه المستثمرون من أصول متنوعة.

تسعى هذه الدول، خاصة النامية منها، إلى مساهمة رأسمال الأجنبي في تمويل تنميتها الاقتصادية وذلك في صورة استثمارات أجنبية، إذ تلجأ الدول لأجل هذا الغرض إلى إبرام عقود مع أصحاب رؤوس الأموال الأجانب بحسب ما تقتضيه خططها التنموية كعقود نقل التكنولوجيا وعقود إستغلال ثرواتها الطبيعية أو عقود بناء مصانع....

بالرغم من أن العلاقة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي تبدو حسنة في بدايتها إلى أنها، في بعض الأحيان، سرعان ما تتعقد نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين، خاصة وأن أحد الأطراف ذات سيادة مما يضفي نوع من الخصوصية كون أن أحد الأطراف وهي الدولة المضيفة التي تتمتع بمزايا سيادية واستثنائية لا يتمتع بها المتعاقد معها، أي هو المستثمر الأجنبي الذي وإن كان يتمتع بمركز إقتصادي قوي الذي يعمل جاهدا للوقوف على نفس قدم المساواة مع الدولة المضيفة للإستثمار حماية لمصالحة وحقوقه، وعلى هذا فالمشكلة الأساسية التي تلازم هذه العقود هي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والمصالح التي ينشدها المستثمر الأجنبي[1].

لأجل هذا الغرض سعت الدول لتقديم ضمانات ومزايا متعددة لتشجيع المستثمرين الأجانب لإقامة مشروعاتهم على أراضي تلك الدول، حيث تمنح هذا الأخير المزايا والحصانات التي تبعث في نفسه الطمأنينة على إستثماره، حيث سعت إلى إصدار تشريعات توضح فيها معايير معاملة المستثمر الأجنبي، كما تحدد وسائل تسوية المنازعات المتعلقة به[2].

بالرغم من كل الضمانات التي توفرها الدول المضيفة للاستثمارات للمستثمرين الأجانب من خلال عقودهم معها أو من خلال تشريعاتها الداخلية أو اتفاقيات خاصة بالاستثمار مع الدول

[1] - بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.ص 7-8.
[2] - صفوت أحمد عبد الحفيظ، **دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 445.

الأخرى، يبقى المستثمر الأجنبي دائما يشك في الإلتجاء إلى القضاء الداخلي للدولة المضيفة في حالة نشوب نزاعات بينهما نظرًا لتخوفه من حياد المحاكم الوطنية للدول المضيفة ويخشى من تأثر القاضي من الإيديولوجية السائدة في بلده، إذ يرى أن القضاء الداخلي ليس بالوسيلة المثلى لحل النزاعات لما يحمل ذلك من معاني التحَيز والسيطرة خاصة وأن الدولة تتمَتع بنوع من السيادة التي لا يتمتع بها الطرف الأجنبي[3].

على الرغم من تعدَد الوسائل التي من الممكن أن يلجأ إليها الأطراف لتسوية منازعاتهم إلا أنه من الضروري توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي من الممكن أن تنشأ عن هذه العقود بما يتلائم مع طبيعتها الخاصة، فقد ضلت خاصية ثابتة لهذه العقود التي تتمثل في التحكيم كطريقة مقبولة لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات، اذ يعتبر الحل الأمثل لفض النزاعات التي تكون الدولة طرفًا فيها، نظرًا لاعتباره ضمانة قضائية لحماية الاستثمارات ، فعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، ضف إلى ذلك السرية التي يتمتع بها وسرعة الإجراءات التي تناسب طبيعة عقود الاستثمار[4].

للجوء إلى هذا القضاء فهو يقوم على تلاقي إرادة الأطراف المتنازعة، وعرض النزاع الذي يتم بإرادة الأطراف في صورة إتفاق إنما يكون عند نشوء النزاع أو بمناسبته، وقد يأخذ هذا الاتفاق، صورة بند مدرج في العقد المبرم بين الأطراف ويوقعون عليه عند توقيعهم هذا العقد وهو ما يطلق عليه شرط التحكيم أو يأخذ صورة إتفاق مستقل عن العقد وهو ما يطلق عليه مشارطة التحكيم.

من خلال ما سبق نصل بالقول أن أساس اللجوء إلى التحكيم هو توافق إرادة الأطراف

لكن ما مدى توافق هذه الطريقة في تكوين التراضي على اللجوء الى التحكيم في مجال فض نزاعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاخرى وفقا لاتفاقية واشنطن و اجتهاد تحكيم المركز الدولي ؟

[3]- قادري عبد العزيز،الاستثمارات الدولية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2004،ص 10 .

[4] - حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و اثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001،ص.ص 6-7 .

للإجابة على هذه الإشكالية، سيتم التَطرق إلى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في نزاعات الاستثمار (الفصل الأول) و سنقوم ببيان وتحليل آثار تكوين التراضي خلافًا للطرق التقليدية(الفصل الثاني).

الفصل الأول

الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم في نزاعات الإستثمار

بالرغم من تعدد الوسائل التي من الممكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها، فقد ظلت هناك خاصية ثابتة لهذه العقود وهي تتعلق على وجه الدقة بالتحكيم كطريقة ووسيلة مقبولة لتسوية منازعاتها، ولا شك أن اللجوء إلى التحكيم يعد طريقة مناسبة في هذه الحالة، حيث يعد ضمانة إجرائية للمستثمرين لحسم منازعاتهم مع الدولة المضيفة[5].

إذ أن وجود الدولة طرفا في العقد يجعل المستثمر في حاجة ماسة إلى ضمانات قضائية لحماية استثماراته[6]، لذا يسعى المستثمر الأجنبي للحصول على هذه الضمانات والتي تتمثل في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهما وذلك عن طريق إتفاق الأطراف على إدراج شرط اللجوء إلى التحكيم في بند من بنود العقد المبرم بينهما أو في إتفاق مستقل[7].

على هذا فإن اللجوء إلى التحكيم يقوم على إرادة الأطراف المتنازعة، وعرض النزاع الذي يتم بإرادة الأطراف في صورة إتفاقإنما يكون عند نشوء النزاع وبمناسبته[8] بحيث شاع اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة طرفًا فيها حتى في ظل غياب علاقة عقدية تربط بينهما وبين الطرف الآخر في النزاع وخاصة أمام هيئات التحكيم المشكلة تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار الذي أنشأ بموجب إتفاقيةواشنطن[9] إلا أن واقع التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخربقد

[5] - د- إبراهيم أحمد إبراهيم، "إختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين الشمس للتحكيم"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، تموز (يوليو)، 2011، ص123.

[6] - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 6-7.

[7]- جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مضلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة للتوزيع والنشر، الإسكندرية، 1995،ص 9- 10 .

[8] - د الياعبد المعطي حسين علي، التراضي كأساس لإتفاق التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة، ص 10، دس.

[9] - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في المنازعات عقود الإستثمار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 444.

أفرز صور حديثة للتراضي على اختصاص المركز CIRDI وهو تراضي يختلف في شروطه ونتائجه عن التراضي في إطار إبرام تحكيم تقليدي[10].

وعلى هذا الأساس سيتم التطرق إلى قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم (المبحث الأول) و الصور المستحدثة للتراضي (المبحث الثاني).

[10] - قبايلي طيب، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 106-107.

المبحث الأول

قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم الدولي

يتمثل قبول الدولة على اللجوء إلى التحكيم في إنعدام الثقة لدى المستثمر الأجنبي بالمحاكم الوطنية في الدول المضيفة، لهذا يحرص المستثمر الأجنبي على تضمين عقد الإستثمار بنود تضمن له حماية أكبر، وهذا بسبب ضعف مركزه القانوني في مواجهة الدولة المضيفة للإستثمار، ولا شك أن التحكيم يوفر له هذه الحماية بتمكينه من اللجوء إلى هيئة محايدة لسماع دعواه[11]هذا من جهة.من جهة أخرى فالدولة الراغبة في الجذب الأكبر للإستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة، فإنه لابد من توفير الحماية الكافية لتأمين إستثمارات الطرف الأجنبي الخاص[12].

على هذا فإن قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم يعد ضمانة قضائية لتشجيع الإستثمارات على إقليمها، الشيء الذي أدى بأغلب الدول خاصة النامية منها إلى إصدار قوانين الإستثمار لتشجيع وجذب المستثمرين الأجانب التي تنص على إمكانية الإتفاق على التحكيم لفض منازعات الإستثمار[13].وهكذا أصبح التحكيم الوسيلة الأمثل والأنجع لحسم منازعات عقود الإستثمار عن طريق إتفاق الأطراف اللجوء إليه، بحيث يعد إتفاق التحكيم حجر الزاوية للجوء إلى هذا النظام القضائي الخاص.

[11] - قبايلي طيب، المرجع السابق، ص 108.
[12] - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 23.
[13] - محمد أبو العينين، "التحكيم الدولي ودوره في فض منازعات التجارة والإستثمار من واقع تجربة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارة الدولي"، بحث مقدم في مؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، الكويت، 1997، ص 121.

المطلب الأول

الشروط العامة للجوء إلى التحكيم

يعتبر إتفاق التحكيم عقد كسائر العقود، يتطلب لصحته توافر شروط عامة موضوعية والمتمثلة في الرضا المتبادل بين الأطراف وقابلية النزاع للتحكيم إضافة إلى المحل (الفرع الأول) والكتابة كشرط شكلي المتمثلة في موقف بعض الإتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم وموقف بعض التشريعات الداخلية بالإضافة إلى موقف المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط الموضوعية

يستوجب لوجود وصحة إتفاق التحكيم لتسوية منازعات عقود الإستثمار ما يلزم من أركان وشروط في كافة العقود من تراضي بين الأطراف المعينة وأهليتهم لإبرام مثل هذا الإتفاق حول محل يتمثل في المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم، بغية تحقيق سبب من وراء ذلك[14]. ولما كان التراضي وإرتباطه بالأهلية وكذا محل الإتفاق على التحكيم أهم شروط هذا الإتفاق فسنستعرض كل شرط على حدى.

أولا: التراضي

تعتبر موافقة الأطراف على رفع النزاع إلى المركز حجر الزاوية لإنعقاد اختصاص هذا الاخير، وقد أكدت محكمة العدل الدولية اعتناقها لهذا المبدأ حيث أوردت بقضائها الصادر في 1953/05/19 في قضية أمباتيليوس أن مبدأ عدم إمكان إلزام الدولة بإحالة منازعاتها

[14] - قبايلي طيب، مرجع سابق، ص109.

للتحكيم دون رضاها هو أحد المبادئ المستقرة في القانون الدولي، وعلى ذلك يستمد الحكم الصادر من محكمة التحكيم قوته الإلزامية من إتفاق الطرفين[15].

لقيام هذا الإتفاق أي إتفاق التحكيم لابد من توافر التراضي والذي يقصد به تطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني وإنشاء الإلتزام[16].

تجدر الإشارة هنا أنه حتى يقع الإيجاب صحيحا يجب أن يتضمن صراحة أن الهدف من وراء عقد إتفاق التحكيم هو تنحية النزاع عن ولاية القضاء، وأن يتم تحديد النزاع بكل وضوح ودقة، بمعنى ضرورة أن يكون الإيجاب باتًا وجازمًا من مقصود صاحبه. أما القبول الذي ينعقد بموجبه إتفاق التحكيم فهو القبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب، ويشترط فيه أن يكون مطابقا لهذا الأخير تطابقًا تامًا في كل ما تضمنه من مسائل، فضلاً عن ضرورة صدوره قبل إنقضاء الأجل المحدد في الإيجاب الملزم[17].

لكي ينعقد العقد يجب أن يطابق القبول الإيجاب تمام المطابقة أي لا يزيد ولا يعدل من الإيجاب، لأنه يعتبر في هذه الحالة إيجابًا جديدًا[18] وهذا ما نصت عليه المادة 66 من القانون المدني الجزائري هكذا لا يثير عنصر الرضا من إيجاب وقبول أي إشكال يذكر مادام إنتهالطرفان إلى التعبير عن إرادتهما المتطابقتان بشأن اللجوء إلى التحكيم في وثيقة مكتوبة سواء كان ذلك ضمن العقد الأصلي المبرم بينهما أو في وثيقة مستقلة أو وثائق منفصلة ضمن المراسلات المتبادلة بينهما.

[15] - طه أحمد على قاسم، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص340.
- ناصر ناجي محمد جمعان، شروط التحكيم في العقود التجارية، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة عدن، 2006، ص 75.

[17] - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزام، ج 1، ط 4، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 87- 88.

[18] - جلال على العدوي، أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص75.

يبقي في الأخير أن نشير إلى ضرورة صحة إتفاق التحكيم وخلوه من العيوب التي تشوب الإرادة من غلط، تدليس، إكراه وإستغلال تبعًا لما هو منصوص عليه في القانون الذي يخضع له إتفاق التحكيم[19].

ثانيا: الأهلية.

يقصد بالأهلية في مجال العلاقات الدوليةالصلاحية للقيام بالأعمال القانونية الدولية، وهذه الصلاحية لا تتمتع بها الوحدات القانونية الطبيعية في المجتمع الدولي كافة على حدَ سواء، فهذه الصلاحية قد تتمتع بها بعض الوحدات بصورة كاملة وبعضها يتمتع بصلاحية ناقصة والبعض الأخر لا يتمتع بأية صلاحية[20].

يعد التعبير عن الإرادة باللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات الحالية أو المستقبلية تعبيرًا صادرًا من أشخاص معينين هم أطراف الإتفاق على التحكيم، لذا يجب التأكد من أهليتهم لإبرامه في هذا الإطار، تجدر الملاحظة أن أول المشاكل التي يثيرها إتفاق التحكيم في العقود المبرمة بين الدول ورعايا الدول الأخرى هي أهلية الدولة أو قدرتها على القيام بهذا التصرف[21].

قد اثيرت هذه المشكلة (الأهلية) بسبب أن هناك تشريعات غير قليلة في العالم تحظر على الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم.

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه: من الصعب أن نسلم بعدم تمتع الدولة بالأهلية لإبرامالإتفاق،و يرجع السبب في ذلك إلى أن الدولة تقوم بإدارة مشروعات اقتصادية عملاقة

---

[19] - قبايلي طيب، المرجع السابق، ص 110.
كذلك راجع المواد من 81 إلى 91 من الأمر رقم 58/75مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، ج ر عدد 78 سنة 1878.

[20] - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحداث أحكام القضاء المصري، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص280.

[21] - قبايلي طيب، المرجع السابق، ص110.

ومؤسسات كبيرة ذات نفع عام، فإن كانت تفتقر إلى الأهلية لما كان لها أن تدير مثل هذه المشروعات.

إذا فالواقع يشهد بأن الدولة تتمتع بالأهلية الكاملة في إدارة أموالها الخاصة والعامة وهو الأمر الذي يعطيها الحرية التعاقدية في أن تبرم اتفاقيات التحكيم المتعلقة بتلك الأموال وتكون هذه الاتفاقيات صحيحة وعلى هذا يكون اتفاق التحكيم الذي قامت به الدولة صحيح وهي متمتعة بالأهلية الكاملة[22].

ما أثار مشكلة الدول (أشخاص القانون العام) في إبرام إتفاق التحكيم هو وجود بعض التشريعات التي تحظر عليها اللجوء إلى التحكيم أو تضع قيودًا لذلك وفقا لشروط معينة[23].

فعلى سبيل المثال نجد المشرع السعودي الذي إشترط بموجب قانون 25/ 04/ 1983 على الجهات العامة الحصول على موافقة رئيس الوزراء للجوء إلى التحكيم.

بالتالي لا تتمتع الدولة والهيئات العامة في المملكة العربية السعودية بالأهلية الكاملة لإبرام إتفاقية التحكيم.

كما قرر المشرع الليبي بموجب قانون 76 سنة 1970 وقانون 1986/11/30 خطر اللجوء إلى التحكيم من قبل الأشخاص العامة حظرًا مطلقاً[24].

أما موقف المشرع الجزائري من أهلية الدولة وهيئاتها العامة للجوء إلى التحكيم فكان موقفاً عدائيا في المراحل الأولى من الاستقلال حرصا على المحافظة على السيادة من جميع

[22] - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 300.

[23] - السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص130.

[24] - قبايلي طيب، المرجع السابق، ص111.

الأصعدة خاصة ما يتعلق بالسلطة القضائية مما جعل المشرع الجزائري يتجنب التحكيم الدولي[25].

حيث وضع المشرع الجزائري الأساس القانوني لإستبعاد التحكيم بموجب وضع المادة 442 من الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، إذ تنص المادة على حضر ومنع الدولة والمؤسسات العامة من اللجوء إلى التحكيم. إضافة إلى قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، جسد المشرع الجزائري هذا المبدأ في القوانين المتعلقة بالاستثمارات والصفقات العمومية الصادرة في الستينيات[26].

لكن بالرغم من المنع الذي أقره المشرع الجزائري إلا أن الواقع العملي أثبت عكس ذلك حيث كانت الشركات الجزائرية تبرم عقود اقتصادية تضمنها عقود التحكيم، كما نجد بعض النصوص التي تطرقت ضمنيا إلى التحكيم كالمرسوم رقم 145/82 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي والذي أشار إلى ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق، يفهم من هذا إمكانية اللجوء إلى التحكيم خلافا لما هو مقرر في المادة 442 ق إ م[27].

بعد هذا عرفت الجزائر في الثمانينات مرحلة التفتح على التحكيم الدولي خاصة بصدور التعليمة الوزارية سنة 1982 التي تجيز للمؤسسات العامة التوجه إلى الخارج لإبرام عقود بنفس النظام الذي يحكم الشركات الخاصة[28]إضافة إلى إبرام الدولة الجزائرية للاتفاقية

---

[25] - BEDJAOUI Mohamed,« L'évolutions des conceptions et de la pratique algérienne en matiére d'arbitrage international : nécessité ou fatalité , Revue mutation N° 3, Alger ,1994 , P59.

[26] - ISSAD Mouhand, Arbitrage international: le nouveau droit algérien,Revue mutation N°5, Alger, 1995, P 8.

[27] - مرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/16، يتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج.ر عدد 15، لسنة 1982 (ملغى).

وكذلك : -ISSAD.Mouhand, op,cit.P 8.

[28] - معاشو عمار، الضمانات في العقود الإقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد) رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1998، ص 329.

الجزائرية – الفرنسية سنة 1983 والتي تتضمن نظام كامل للتحكيم في المنازعات التي تثور بشأن علاقتهما الإقتصادية وذلك باللجوء إلى محكمة تحكيم خاصة[29].

بعد شروع الجزائر في الإصلاحات الإقتصادية تغير موقف المشرع الجزائري، حيث دخلتالبلاد مرحلة تقبل التحكيم، وأول مؤشر على ذلك صدور قانون رقم 01/88 الذي منح للمؤسسات العمومية الاقتصادية حرية التصرف في أملاكها والذي أشار إلى إمكانية أن تكون هذه الأموال موضوع "مصالحة" طبقا للمادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها"

إن المقصود بالمصالحة الواردة في القانون 01/88 هو التحكيم بإعتبار أن هذا القانون يحيل بصراحة إلى نص المادة 1/442 من ق إ م[30]، كما استتبع ذلك ودعم هذا الموقف إنظمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك[31]. بعد ذلك تم إبرام اتفاقيات ثنائية أخرى مع المتعاملين الأجانب مع الجزائر نصت على اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي CIRDI عندما تصبح كل دولة عضو فيها، وهذا ما يدل على الانضمام المرتقب للجزائر إلى هذه الاتفاقية و هذا ما تم عام 1995[32].

أخيرا حسم المشرع الجزائري موقفه اتجاه التحكيم في عقود الأشخاص العامة بموجب تعديل قانون الإجراءات المدنية لسنة 1993[33].

[29] - قبايلي طيب، المرجع السابق، ص113.

[30] - TERKI Nour-Eddine, L'arbitrage commercial international enalgerie,office des publications universitaire,alger 1999, P17.

[31] - المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05، يتضمن إنظمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادقعليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 1958/06/18 والخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، ج ر عدد 48 لسنة 1988.

[32] - BENCHNEB Ali, Droit conventionnel des investissements revu mutation, N°4, 1994, P15.

[33] - المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08، يتضمن قانون الإجراءتت المدنية، ج.ر عدد 27 سنة 1993.

حيث نصت المادة 3/442 بعد تعديلها بموجب المادة الأولى من المرسوم التشريعي 09/93 على ما يلي:

يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها... ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية وبتحليل نص المادة نجد أن الدولة تنازلت عن جزء من سيادتها القضائية أمام الضغوطات التي مارستها الشركات الأجنبية، مما يجعل قرار الاستثماررهينتكريس التحكيم الدولي[34].

كما تم الإعتراف باللجوء إلى التحكيم بموجب الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار[35]، وكذا بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ق إ م إ)[36].

إذ تنص المادة 3/1006 منه على أن:

"لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية" وهكذا يكون المشرع الجزائري قد كرس نظام التحكيم وأكد على إمكانية لجوء الدولة والمؤسسات التابعة لها إلى التحكيم وهذا لمسايرة نصوص القانون الداخلي مع ما إلتزمت به الجزائر في الإطار الإتفاقي سواء كان في إطار القانون الإتفاقي الثنائي أو متعدد الأطراف.

[34] - حسين نوارة، "تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للإستثمارات الأجنبية، أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، أيام 15 و2006/06/16، ص 189.

[35] - أمر رقم 03/01 المؤرخ في 2011/08/20، يتعلق بتطور الاستثمار، ج ر عدد 47، لسنة 2003(ملغى) .

[36] - قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، لسنة 2008.

ثالثا: المحل.

إن إتفاق التحكيم كأي عقدلا يكفي أن يكون وليدًا لرضا صحيح بين أطراف تتمتع بالأهلية ولا يشوبه أي عيب من العيوب، إنما يجب كذلك تحديد محل هذا الإتفاق حتى يمكن مراقبة مدى مشروعيته[37].

باعتبار إتفاق التحكيم عقد كسائر العقود، فمحل إتفاق التحكيم هو موضوع النزاع المراد تسويته وبطريق التحكيم، ويشترط أن يكون محل إتفاق التحكيم غير مخالف للنظام العام وأن يكون ممكن وغير مستحيل وأن يكون المحل مشروع[38].

يستلزم على محل إتفاق التحكيم أن يكون غير مخالف للنظام العام وأن يكون مشروعا، حيث نص المشرع الجزائري في نص المادة 1006 من ق إ م إ على عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والمتعلقة أيضا بحالة الأشخاص وأهليتهم، كما منع الأشخاص المعنوية من طلب التحكيم ماعدا في علاقاتهم الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية[39].

على هذا فإن المنازعات الغير قابلة للتحكيم أي التي لا يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم هي تلك المتصلة بالنظام العام والمتعلقة بالأحوال الشخصية.

إن تحديد فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى، باعتبارها تلك القواعد التي تتعلق بتحقيق مصلحة عامة لارتباطها بالمبادئ والأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تقوم عليها الدولة، بالتالي فإن فكرة النظام العام فكرة نسبية يصعب تحديدها، وعلى هذا رفض مؤتمر الأمم المتحدة الذي تولى وضع اتفاقية نيويورك حول الاعتراف بالقرارات

---

[37] - محمد فرحات، "قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود للتحكيم في عقود التجارة الدولية"، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، جامعة عين الشمس، عدد 1، القاهرة، 2001، ص 265 وما بعدها.

[38] - راجع المادة 93 من ق.م.ج.

[39] - نص المادة 1006 من ق إ م إ على ما يلي: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، تحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم، حيث إكتفتالإتفاقية بالإشارة في م 2/5 إلى قانون الدولة المطلوب تنفيذ الحكم في إقليمها للتأكد من قابلية النزاع للتحكيم[40].

بالنظر إلى واقع التحكيم الدولي فإن فكرة النظام العام تعتبر الأسلوب المتبع في تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي والتي تعمل على إقرار سمو المصالح الدولية على حساب المصالح الداخلية للدول، إذ نجد تطبيقات هذا المبدأ في بعض أحكام التحكيم نذكر منها قضية الوسيط الإيراني والمشروع الفرنسي الذي تتلخص وقائع هذا النزاع في تعاقد إحدى المشروعات الفرنسية مع وسيط في إيران لكي يشغل سلطته لتمكينه من القيام بإحدى عقود الأشغال العامة في إيران.

إتفق الطرفان على عمولة مقابل خدمات الوسيط إلا أن المشروع الفرنسي أخل في دفع العمولة وبسبب هذا الخلاف رفع الوسيط هذا النزاع على هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية (CCI)بباريس[41].

هكذا كيفت المحكمة العمولة محل النزاع على أنها رشوة و اكد المحكم أن الحكومة الإيرانية صدرت تشريعات متعاقبة تجرم ظاهرة الرشوة واستغلال النفوذ، توصل المحكم في الأخير إلى أن العقد محل النزاع يخالف مبادئ المعاملات التجارية الدولية، وبالتالي فهو مخالف للنظام العام الدولي، مما أدى إلى الحكم ببطلان الاتفاق ورفض طلبات المدعي[42].

إضافة إلى اتفاقية نيويورك نجد اتفاقية واشنطن في إطار تحديد شروط اختصاص المركز (CIRDI)التي نصت عليها المادة 25 من الإتفاقية، أوجبت أن تكون المنازعة القانونية وذات علاقة بإحدى الإستثمارات القائمة بين الطرفين، ذلك يعني إختصاص المركز

[40] - قبايلي طيب، المرجع السابق، ص 115.
[41] - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 298.
[42] - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط 3، القاهرة، 2000، ص 332- 333.

بموضوع المنازعة لا يتوقف على إرادة الأطراف المتنازعة، وإنما يجب الإلتزام بالمعايير الواردة في الإتفاقية بهذا الشأن وليس وفقا لإرادة الأطراف[43].

الفرع الثاني

الكتابة كشرط شكلي

يشترط في إتفاق التحكيم الكتابة، وهو من الشروط الشائعة في مختلف التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم[44]، فإتفاق التحكيم فضلاً عن الشروط الموضوعية اللازمة لقيامه، فيتعين أن تتوفر فيه شروط شكلية وهي كتابة الإتفاق على التحكيم نظرا للأثار الجوهرية التي تترتب عنه غير أن الواقع أثبت تباين موقف الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية حول مدى إعتبار الكتابة شرطًا للإثبات أو شرطًا للإنعقاد والوجود[45].

أولا: موقف بعض التشريعات الداخلية من كتابة إتفاق التحكيم

بإعتبار إتفاق التحكيم عقد ليس كالعقود الأخرى، فأطرافه يلتزمون مسبقا بالخضوع للحكم التحكيمي الذي يصدره الغير، فمن الطبيعي أن يلتزم الأطراف بالتعبير عن إرادتهم بصفة واضحة لا تدع مجال للشك، هذا ما دفع بعض التشريعات الداخلية إلى فرض بعض الشروط الصارمة على الشكل وإثبات اتفاق التحكيم[46] ، نجد هذه التشريعات كانت تشترط

[43] - جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 44- 45- 46.
[44] - تعويلت كريم، إستقلالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي (دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 09/93 والقانون المقارن)، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2004، ص 24.
[45] - قبايلي طيب، المرجع السابق، ص 117.
[46] - تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 24.

معضمها الكتابة إلا أنها إختلفت في مدى إعتبارها شرطًا لوجود الإتفاقالتحكيمي أو مجرد شرط لإثباته[47].

على سبيل المثال فإن التشريعات الأنجلوسكسونية لم ترى مانعاً لإخراجه من نطاق الشكلية، وتعتبر كتابته شرطًا للإثبات فقط، إذ يجوز الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم، ولو في غياب شرط الكتابة.

على عكس ذلك فإن التشريعات الأجنبية تريد إحاطة إتفاق التحكيم بضمانات معينة وإخراجه من دائرة التصرفات الرضائية حيث جعلته تصرف شكليًا يتوقف وجوده وإنعدامه على عنصر آخر غير توافق إرادة الأطراف وهذا العنصر هو الكتابة مما يعني هذا العنصر هو شرط للإنعقاد وليس شرط للإثبات[48].

إن التشريعات التي أخذت بنظام كتابة إتفاق التحكيم كثيرة إلى أننا نكتفي بإيراد بعض الأمثلة. لقد أخذ المشرع المصري في هذا الشأن بشرط كتابة إتفاق التحكيم في نص المادة 12 من القانون رقم 27 لسنة 1994 التي تنص على أنه:

"يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"[49].

[47] - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي للحقوقية، بيروت، 1998، ص 25.

[48] -أنظر كل من:- قبايلي طيب، المرجع السابق، ص 119.
- تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 25.

[49] - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص379.
وكذلك: قبايلي طيب، المرجع السابق، 119 - 120.

تجدر الإشارة إلى أن القانون القانون المصري إعتبر البطلان الناشئ من تخلف الكتابة بطلاناً مطلقاً متعلقا بالنظام العام[50].

أما المشرع الفرنسي اتخذ نفس الموقف بشأن كتابة شرط التحكيم إذ اعتبر في المادة 1443 من ق إ م ف أن شرط التحكيم الغير مكتوب يعد شرطاً باطلا.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي ميز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، حيث اشترط الكتابة كشرط لصحة شرط التحكيم ومخالفتهايعتبر شرط التحكيم باطلاً، أما في مشارطة التحكيم اعتبر الكتابة وسيلة للإثبات وليس لإنعقاد وهذا وفقاً لما نصت عليه المادة 1449 من ق إ م[51].

لكن استثني المشرع الفرنسي التحكيم التجاري الدولي من الشكلية حيث نصت المادة 1507 في صيغتها الجديدة على عدم إعتبار كتابة إتفاق التحكيم شرطاً لصحة ولا لإثباته وبالتالي لا يخضع لأي قاعدة شكلية[52].

إضافة إلى المشرع الفرنسي والمصري، نجدالمشرع المغربي نص على وجوب كتابة إتفاق التحكيم في الفصل 313 من قانون المسطرة المدنية 05-08، إذ إعتبر الكتابة شرط إنعقاد وأن يكون المكتوب إما في شكل عقد رسمي أو عرفي أو محضر محرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة، حيث توسع المشرع المغربي في فهم الكتابة ونص على أنه " يعتبر

[50] - عاطف شهاب، إتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، القاهرة، 2002، ص 229.

[51] - قبايلي طيب، المرجع السابق، ص 120.
كذلك: نص المادة1443 من ق إ م ف بالصيغة التالية: « la clause compromissoiredoit,à peine de nullité,etrestipulée parecrit dans la convontion principale ou dans un document auquelle celle-ci référe »

[52] - تنص المادة 1507 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على « la convention d'arbitrage n’est soumise à aucune condition de forme »

إتفاق التحكيم مبرماً كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في رسائل متبادلة أو إتصال بالتلكس، أو في برقيات أو وسيلة أخرى من وسائل الأتصال....."[53]

ثانيا: موقف بعض الإتفاقيات الدولية

بعد التسهيلات التي اضفاها كل من بروتوكول وإتفاقية جنيف لعام 1923و1927، التي اكتفت بالإحالة البالتشريعات الداخلية ما أدى إلى عدم إستقرار مواقف الدول وتباينها[54].

لذلك تناولت الإتفاقية الدولية المتعلقة بالتحكيم مسألة الشكلية الواجب توافرها في إتفاق التحكيم، حيث حاولت عدة اتفاقيات النظر في هذا الموضوع، فعلى سبيل المثال نصت إتفاقية نيويورك لسنة 1958 في نص م 2 ف 1 على أنه: " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم..."

كما أضافت الفقرة 2 من نفس المادة المقصود بالكتابة أي الإتفاق المكتوب إذ تنص: "يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم المدرج في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات أو البرقيات المتبادلة" وعلى هذا يتضح من نص الاتفاقية أعلاه أن اتفاقية نيويورك إشترطت أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا، إلا أنها تركت بعض المرونة إذ لم تشترط شكل معين[55].

وعلى هذا تكون الكتابة في اتفاقية نيويورك شرط وجود وليس شرط إثبات[56]، لكن الفقه إختلف في شرح أحكام هذه الاتفاقية، حيث اعتبر البعض أن الكتابة ركن أساسي يجب

[53] - بن علي سليمة، بن كرو حسينة، خصوصية التراضي على التحكيم في منازعات الإستثمار، مذكرة ماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص 15- 16.

[54] - عاطف شهاب، المرجع السابق، ص 224.

[55] - سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة،2000، ص 276.

[56]-Traritani Moustapha, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, 1ére édition,bertiEditions Alger, 2007, p 70 .

توافره للقول بوجود اتفاق التحكيم، وليس عنصر خارجي مشترطاً للإثبات فقط، أما البعض الأخر اعتبر الكتابة وسيلة اثبات وليس شرط للوجود حيث فسروا موقفهم هذا بعدم إحتواء نص المادة لعبارة بطلان في حالة الاتفاق الغير مكتوب، إضافة إلى إستناد هذا الجانب من الفقه إلى نص المادة 7 من اتفاقية نيويورك، يمكن التمسك بتشريع الدولة الأكثر تحرراً عندما لا يستجيب اتفاق التحكيم للشروط الشكلية المنصوص عليها في اتفاقية نيويورك.

أما الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961 قد نصت على نفس المبدأ في المادة الأولى الفقرة الثانية إذ تنص: " يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو المتضمن في رسائل متبادلة بينهم أو برقيات أو تلكسات، وفي العلاقات بين الدول التي لا تفرض قوانينها بشكل مكتوب كل اتفاق مبرم في الأشكال التي تقرها هذه القوانين[57].

تجيزالاتفاقيةالإعتراف باتفاق التحكيم غير مكتوب في شأن المعاملات التي يتم في إيطار الدولة التي لا تتطلب قوانينها كتابة اتفاق التحكيم[58].

إضافة إلى الاتفاقيتان السابقتان، فإن اتفاقية واشنطن لعام 1965 والمتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى توجب الكتابة في اتفاق التحكيم في نص المادة 1/25 منها وتؤكده المادة 2 فقرة 3 من الملحق الثاني لهذه الاتفاقية والتي تنص على أن تاريخ التراضي هو التاريخ الذي أفرغ فيه أطراف النزاع تراضيها في وثيقة مكتوبة لطرح

[57] - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 83.
كذلك: قبايلي طيب، المرجع السابق، ص 117- 118.
[58] - تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 28.

نزاعهما أمام المركز يجب أن يتم في شكل موافقة كتابية وعلى هذا فإن الكتابة شرط لإنعقادإختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[59].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

يستخلص موقف المشرع الجزائري من خلال المادة 2/1040 من ق إ م إ ونضيره الفرنسي فيما يخص اتفاقية التحكيم، إذ تنص المادة على أنّه: "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة" حيث من جهة رتب المشرع الجزائري البطلان على شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم عند تخلف شرط الكتابة فيهما وهذا حسب المادة 1040 ف1 التي تنص: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية"

ومن جهة أخرى قرر المشرع الإعتداد بوسائل أخرى تجيز الكتابة على وجود اتفاق التحكيم حسب نص المادة 1040 ف 2 فهذه العبارة التي اعتمدها المشرع تتسع لتشمل ما يذكره النص وسائل عديدة وحديثة كالفاكس والبريد الإلكتروني وعقود الواب والتلكس...[60]

المطلب الثاني

خصوصية التراضي على التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يعتبر التراضي أمام المركز الدوليCIRDIحجر الأساسلإختصاص المركز، إذ يعني أن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يعتمد على اتفاق الأطراف وصدور

[59] - أنظر المادة 25فقرة 1و2 من اتفاقية واشنطن المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 346/95 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66، لسنة 1995.
وكذلك: تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 29.

[60] - راجع المادة 1040 فقرة 1 و2 من قانون 09/08.
وكذلك: بن علي سليمة، بن كرو حسينة، المرجع السابق، ص 17.

موافقة صريحة لعرض نزاعهم على هذه الجهة القضائية المتخصصة، وهو ما نصت عليه المادة 25 من اتفاقية واشنطن(الفرع الأول) إضافة إلى حالة رضا الدولة بإحالة بعض النزعات على اختصاص المركز (الفرع الثاني) وعدم جواز دفع الدولة أو الاشخاص العامة بإنعدام الأهلية بعد الاتفاق على التحكيم (الفرع الثالث)

الفرع الأول

التراضي وفقاً للمادة 25فقرة 1 من إتفاقية واشنطن

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التراضي كشرط أساسي لاختصاص المركز وهذا وفقا لاتفاقية واشنطن المادة 25 ف 1 إذ لابد من موافقة مشتركة بين الطرفين لعرض النزاع أمام المركز فلا يكفي التصديق أو الانضمام إلى الاتفاقية أو كون المستثمر رعية دولة عضوه في الاتفاقية لقيام اختصاص المركز والبث في النزاع بل لابد من موافقة صريحة حيث اشترطت الاتفاقية أن تكون الموافقة بالكتابة دون تحديد شكلها[61].

يفهم من اشتراط الاتفاقية للكتابة أن هذا الشرط في غاية الأهمية التي تكمن في لفت إنتباه الدولة لخطورة اتفاق التحكيم الذي تبرمه نظرًا للنتائج المترتبة عنه كعدم إمكانيتها سحب موافقتها بإرادتها المنفردة وكذلك التنازل عن الحصانة القضائية.

إن الشكل الكتابي مشترط لصحة الرضا ولذلك فإن على السكريتر العام التأكد من وجود تراضي كتابي عند قيامه بفحص طلبات التحكيم قصد تسجيلها وإلا رفض تسجيل الطلب في حالة غياب التراضي الكتابي[62].

[61] - حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 44.

[62] - راجع المادة 2/36 و3.
وكذلك: بن علي سليمة،بن كرو حسينة، المرجع السابق، ص 19.

لتجسيد شرط الموافقة الكتابية، وضع المركز شرطين نموذجيين لتمكين الأطراف من ذلك وهما على التوالي في نص المادة 1/25[63].

الشرط النموذجي الأول:

يمكن إدرجه في مرسوم يتعلق بالموافقة على عقد الاستثمار أو في قانون الاستثمار بحيث تتحقق بموجب إرادة الدولة في الخضوع لاختصاص المركز وفقا لما يتضمنه من شروط كما يلي: "إن حكومة (اسم الدولة المتعاقدة) ترتضي الخضوع للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بهدف التسوية بطريقة التوفيق او التحكيم ... وذلك لكافة المنازعات التي تثور بمناسبة استثمار يقوم به أحد رعايا دولة متعاقدة طبقا لهذا القانون المرسوم شريطة أن يودع المستثمر وثيقة رضائه الكتابية لدى (اسم الجهة) وأن يستوفي الشروط الإضافية الآتية...."

الشرط النموذجي الثاني:

هنا يدرج شرط الموافقة الكتابية في وثيقة مستقلة يقوم المستثمر بإيداعها لدى المصالح المحددة ويتحقق بالقبول على اختصاص المركز كما يلي:

"تطبيقا لأحكام (القانون / المرسوم) فإن (اسم المستثمر) يرتضي الخضوع لمركز تسوية منازعات الاستثمار بهدف تسوية المنازعات القانونية الناشئة بمناسبة كل استثمار طبقا لـ(إدراج عقد الاستثمار أو المرسوم المصادق عليه)

من خلال الاتفاقية يتضح أنه لم تتطلب أن تكون التراضي بنفس الأداة القانونية، فيمكن التعبير عن الإيجاب والقبول حول مسألة الاختصاص سواء بشرط التحكيم أو مشارطة التحكيم من خلال تبادل الخطابات أو تطابق إرادتيهما أو وسيلة أخرى كتابية[64].

[63] - يمكن الإطلاع على الشروط النموذجية في موقع المركز على شبكة الانترنت:Hhp://www.worldbank.org .icsid

الفرع الثاني

التراضي وفقا للمادة 25 فقرة 4 من اتفاقية واشنطن

المقصود بالتراضي وفقا للمادة 4/25 من اتفاقية واشنطن هو حالة رضا الدولة بإحالة بعض النزاعات على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث أتاحت اتفاقية واشنطن حرية تقديم بعض منازعات الاستثمار التي ترتضي الدولة المضيفة بمقتضاها بإختصاص المركز في حالة نشوء النزاع المتعلق بهذه المنازعة، ويعد هذا التراضي المنصوص عليه كموافقة مبدئية صادرة عن الدولة على اختصاص المركز في النزاعات المتعلقة ببعض الاستثمارات وفي قطاعات نشاط معينة، وهو ما نصت عليه المادة 4/25 من الاتفاقية: "تستطيع كل دولة متعاقدة عند تصديقها أو انضمامها إلى هذه الاتفاقية أو في أي وقت لاحق أن تبلغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات التي تقدر أنه يمكنها أول لا يمكنها أن تطرحها على المركز لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم وعلى السكريتر العام أن ينقل فورًا هذا التبليغ إلى جميع الدول المتعاقدة، ولا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة طبقا للفقرة الأولى"

وطبقا لنص المادة 4/25 فالتبليغ الذي تقوم به الدولة لا يعتبر تراضي بالمعنى الوارد في الفقرة الأولى بنص المادة 25، إذ هو مجرد إعلان من الدولة المتعاقدة تحدد فيه أنواع المنازعات التي ترتضي الدولة إحالتها إلى المركز، فالتراضي الثنائي الذي ينعقد بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي هو وحده الملزم للطرفين[65].

وعلى هذا نجد بعض التطبيقات من طرف الدول للحق المخول لها بموجب الفقرة 4 من المادة 25، حيث أخطرت وقامت بتبليغ المركز بالنزاعات التي يمكن أو لا يمكن طرحها عليه فنجد مثلا إسرائيل التي أخطرت المركز أن اختصاص هذا الأخير يمتد فقط إلى

---

[64] - قبايلي طيب، المرجع السابق، ص 128، 129.
وكذلك: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص459.

[65] - جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 47.

المنازعات المتعلقة بالاستثمار الموافق عليها في ظل قانونها الخاص بتشجيع استثمار رؤوس الأموال، أما المملكة العربية السعودية استبعدت منازعات النفط، إضافة إلى غينيا التي استبعدت أيضا منازعات الاستثمار الخاص بالموارد الطبيعية والمعادن، بناءا على ما تقدم نقول أن التبليغ الذي تقوم به الدولة المتعاقدة بشأن النزاعات التي يمكن عرضها أولا على اختصاص المركز لا يمكن اعتباره وتكييفه أنه تراضي نظرا لإمكانية الدولة العدول عنه فما هو إلا مجرد إعلام عن إمكانية أو عدم إمكانية الدولة اللجوء إلى المركز طبقا لما تقرره الدولة فيما بعد[66].

الفرع الثالث

عدم جوز الطرف العام الدفع بعدم الأهلية بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم.

تشكل قدرة الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم عقبة أمام نمو وتطور العلاقات الاقتصادية، وهذا ناتج عن إبرام أحد الأشخاص المعنوية عقد مع طرف أجنبي يتفقان على اللجوء إلى التحكيم، بعد ذلك يقوم الشخص العام بالدفع بانعدام أهليته لإبرام هذا الاتفاق نظرًا لما هو منصوص في القانون الداخلي[67].

على هذا اتفق الفقهاء على مبدأ قدرة الأطراف العامة أي الدولة والأشخاص التابعة لها في الاتفاق على التحكيم في عقودها مع الأشخاص الأجنبية أي الطرف الأجنبي الخاص،

---

[66] - قبايلي طيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزوزو، 2002، ص 66.
كذلك: قبايليطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص 130- 131.

[67] - راجع المادة 5 من اتفاقية نيويورك التي صادقت عليها الجزائر سنة 1988، التي تنص: "لا يجوز رفض الاعتراض وتنفيذ الحكم على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ الدليل على:
أن أطراف الإتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم".
وكذلك: قبايلي طيب،التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص 132.

لكن لا يمكن أن تحتج الدولة أو أحد أشخاصها العامة وتدفع بإنعدام أهليتها من أجل إبطال اتفاق التحكيم وعلى هذا أصبح عدم جواز تمسك الدولة بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم من المبادئ المستقرة في التحكيم الدولي، حيث قامت بعض الدول بصياغة هذا المبدأ في تشريعاتها وأبرز مثال على ذلك هو القانون السويسري الدولي الخاص لسنة 1987 الذي نص في المادة 177/ب على أنه: " إذا كانت الدولة أو أحد المشروعات الخاضعة لرقابتها طرفًا في اتفاق التحكيم، فإنها لا تستطيع أن تستند إلى قانونها الوطني لتثبت أن النزاع غير قابل للتحكيم أو عدم أهليتها كطرف في التحكيم".

إضافة الى هذا كرست هذا المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية جنيف عام 1961 التي تنص في مادتها الثانية على قدرة وتمتع الأشخاص المعنوية العامة بأهلية إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة كما أكدت على هذا المبدأ محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في 1997/03/19 أن الدفع والإدعاء لبطلان اتفاق التحكيم استنادًا إلى عدم أهلية الأشخاص العامة لإبرام اتفاق التحكيم بمقتضى قانونها الوطني يتنافى مع مبدأ تنفيذ الالتزامات بحسن نية، وهو مبدأ عام لا يميز بين عقود مدنية وإدارية وذلك كان بمناسبة الطعن بمدى صحة حكم التحكيم الصادر تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي التحكيم التجاري الدولي لصالح شركة جلستيرسلفرنايت ضد المجلس الأعلى للآثار في مصر حول تسوية مقابل أعمال هندسية تتعلق بأعمال تنسيق الموقع الخارجي لمتحف آثار التوبة[68].

كما لم يغفل واضعوا اتفاقية واشنطن على النص صراحة في الجملة الأخيرة من المادة 1/25 على عدم جواز إنهاء إجراءات التسوية بالإرادة المنفردة لأي طرف من أطراف النزاع، بمعنى أنه لو اتفق الأطراف على انعقاد اختصاص المركز بمنازعاتهم فإنه لا يحق لآي واحد منهم التراجع عن هذا القبول بالانسحاب من الإجراءات التي تتخذ أمام هيئة التحكيم التي يشكلها المركز.

[68] - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 91-92.

من خلال هذا فخلاصة القول أن الأطراف العامة لا يحق لها ولا تستطيع التمسك ببطلان اتفاق التحكيم بحجة الدفع بإنعدام الأهلية بموجب قانونها الوطني لإبرام هذا الاتفاق[69].

[69] - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 94.
وكذلك: بن على سليمة، بن كرو حسينة، المرجع السابق، ص 23-24.

المبحث الثاني

الصور المستحدثة للتراضي

قبل سنة 1997 كانت الدول المضيفة للاستثمار تتفق مع المستثمر الأجنبي على اللجوء إلى التحكيم وكانت تستند إلى اتفاقيات التحكيم التقليدية سواء من خلال شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم[70].

لكن بعد سنة 1997 ونظرًا للخصوصية التي تتميز بها منازعات الاستثمار سعت العديد من الدول والبلدان إلى إيجاد تنظيم قانوني يسمح بالتوفيق بين المستثمر الأجنبي ودولته ومصالح الدولة المضيفة للاستثمار، وهذا ما دفع بهذه الدول إلى إبرام اتفاقيات دولية ثنائية منها ومتعددة الأطراف إضافة إلى تعبير هذه الدول من خلال قوانينها الداخلية قبولها اللجوء إلى التحكيم وجعله الوسيلة الأنجع لحل المنازعات التي تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي وهذا في إيطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار و بناءًا على هذا إستحدثت صوَر جديدة لتراضي الدولة على اللجوء إلى تحكيم المركز الدوليلم يتم الإعتماد عليها سابقاً[71] وهذه الصورة المستحدثة للتراضي تتمثل في تشريعات الدولة الداخلية (المطلب الأول) والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعبير عن الرضا في القوانين الداخلية

بالرغم من كل الضمانات التي تتيحها الدول للمستثمرين الأجانب لجلب وتفعيل الاستثمارات، إلا أنها لا تبدو كافية في نظر المستثمر الأجنبي وهذا خاصة في حالة نشوب

[70] - قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص 135.

[71] - صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 443-444.

نزاع يبنه وبين الدولة المضيفة للاستثمار، هذا ما أدى بالدول إلى السعي لتضمين المستثمر الأجنبي من خلال تقديمه لضمانات إجرائية لإستفاء حقه وقت نشوب النزاع وهذا ما أدىبالدول المضيفة للاستثمارات إعطاء موافقتها على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارات من خلال نص صريح يرد في قانونها الداخلي المتعلق بالاستثمار تعبر عن رضاها على اختصاص المركز الدولي للفصل في منازعاتها، بحيث يتميز هذا الرضا بانفصال التعبير عن إرادة كل طرف، فالدولة تعبر عن رضاها بموجب قانون داخلي بينما يعبر المستثمر قبوله كتابة بعد نشوب النزاع.

لقد عرفت هذه الصورة الجديدة قبول الدول إليها، حيث إتبعتها العديد من الدول لتوفير ضمانة إضافية للمستثمرين بهدف جذب الاستثمار الأجنبي إليها لكن في المقابل لم تنظر الدول الى النتائج الخطيرة التي ستترتب جراء نصوصها الداخلية والمثال على ذلك قضية الاهرام التي سنتناولها في الفرع الأول ثم سنتطرق المدى اعتبار عرض الدولة إيجابا من خلال (الفرع الثاني)[72].

الفرع الأول

موقف التشريعات الداخلية من الرضى (قضية SPPضد جمهورية مصر العربية)

تتلخص وقائع هذه القضية في قيام جمهورية مصر العربية بإبرام اتفاق بين شركة جنوب الباسفيك SPP(middleeast) وانضمت إليها الشركة الأم بهدف إنشاء مجمعين سياحيين ولما ثار نزاع بينهما حول تعويض الأضرار التي لحقت بالشركة قامت الشركة الأم بتقديم طلب تحكيم أمام المركز الدولي CIRDI ضد جمهورية مصر لطلب التعويض رغم عدم وجود نص في العقد يشير إلى عرض النزاع على تحكيم المركز، حيث أسست شركة SPP اختصاص المركز على المادة 8 من القانون المصري رقم 43 لسنة 1974 المتعلق

[72] - قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدولالأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص 136.

باستثمار المال العربي والأجنبي والتي تنص: "تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها مصر بموجب القانون رقم 90 لسنة1971 في الأحوال التي تسري فيها.

ويجوز الاتفاق على أن تتم تسوية المنازعات بطريق التحكيم...."[73].

تقدمت مصر بالدفع بعدم اختصاص المركز الدولي لتسوية هذا النزاع نظراً لعدم وجود ما يلزم مصر اللجوء إليه[74].

حيث قدمت عدت دفوع ومجموعة من الأسس نستخلصها فيما يلي:

أولها غياب اتفاق كتابي بين الطرفين حسب ما اشترطته المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن.

إضافة إلى أن الدولة المصرية قد سحبت ترخيص من الشركة الأجنبية SPP وعلى هذا هي لم تعد خاضعة لأحكام القانون رقم 43 لسنة 1974، إلا أنه يشترط حصول المستثمر على ترخيص من الدولة لممارسة نشاطه.

والدفع الآخر يتمثل في اعتبار أن نص المادة 8 لا يكفي بمجرد إشارته إلى حل النزاع وفقا لإجراءات التحكيم لانعقاد اختصاص المركز لأن نص المادة 8 من القانون المصري أشار إلى عدة وسائل لتسوية النزاع ومن بينها التحكيم وعلى هذا فالنص لا يعبر عن رضا الدولة للجوء إلى تحكيم المركز,بل لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وفقا إلى اتفاق محدد.

---

[73] -راجع كل من :
د الياعيد المعطي حسين على، المرجع السابق، ص 359.
وكذلك : صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 445-446.
[74] - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 291.

قررت هيئة التحكم بالتمسك باختصاصها للنظر في النزاع لثبوت رضا الدولة على ذلك في نص المادة 8 من قانون الاستثمار ورفضت جميع الأسس المستند إليها من طرف الدولة المصرية بعدم اختصاص المركز حيث قررت هيئة التحكيم أنه مادام أنه لا يوجد اتفاق بين الأطراف ولا يوجد اتفاقية بين مصر ودولة المستثمرين الوسيلة المختارة لتسوية النزاع فإن نص المادة 8 من قانون الاستثمار المصري يشكل قبول صريح للجوء إلى التحكيم أمام المركز وفقا لما تشترطه م 1/25 من اتفاقية واشنطن[75].

الفرع الثاني

مدى اعتبار عرض الدولة إيجاباً

تسعى العديد من الدول المضيفة للاستثمار إلى جذب المستثمرين الأجانب لتطوير اقتصادهم، وعلى هذا تقوم الدول بالنص على قوانينها الداخلية للاستثمار على اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI بنص صريح وجازم تعبر عن رضاها للجوء إلى تحكيم المركز، وتعد هذه النصوص إيجابا موجه للمستثمرين الأجانب الذين إن قبلوه انعقد الاختصاص للمركز لتسوية منازعاتهم[76]ومن بين أبرز الأمثلة التي عرضت على إحدى محاكم تحكيم المركز الدولي ما نصت عليه المادة 8 من القانون الخاص بالاستثمار الألباني لعام 1993 التي تنص على ما يلي:

" توقع دولة ألبانيا بمقتضى هذا القانون على تقديم المنازعات إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في واشنطن في 18 مارس 1965"

[75] - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 117.

[76] - راجع في هذا الشأن:

جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 42.

و كذلك : قبايلي طيب،التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدولالأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص 140.

وطبقا لنص المادة أعلاه تمسكت محكمة التحكيم باختصاصها في قضية TRADEX HELLAS C/ALBANIE. (ARB94/02)، حيث أقرت أنه يمكن الموافقة على التحكيم بإجراء إنفرادي من قبل الدولة المتعاقدة بموجب قانونها الداخلي وأن هذه الموافقة ترتب أثارها بمجرد طلب المستثمر الأجنبي التحكيم أمام المركز[77] هذا من جهة ومن جهة أخرى فهناك بعض الدول المضيفة للاستثمار التي تتضمن نصوص أقل صراحة للتعبير عن اختصاص المركز الدولي أي إيجاب غير صريح من قبل الدولة،إلا أن محاكم تحكيم هذا الأخير تتوسع في تفسيرها لتقرير رضا الدولة على التحكيم المركز وهذا كما رأينا سابقا في قضية مصر ضد شركة SPP إذ تمسكت الدولة المصرية بعدم اختصاص المركز للفصل في النزاع إلا أن محكمة التحكيم أقرت باختصاص المركز بعد توسعها في تحليل ودراسة نص المادة 8 من قانون الاستثمار المصري، فهو يمثل قبول صريح وكتابي باختصاص المركز نظراً لغياب اتفاق بين الطرفين على اختيار وسيلة معينة لفض النزاع وغياب اتفاقية ثنائية بينهما[78].

كما نجد أيضا قوانين داخلية أخرى للدول تشترط وجود اتفاق لاحق بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي للجوء إلى التحكيم، حيث لم تكتفي هذه الدول بالنص القانوني الداخلي للقول بوجود إيجاب الدولة للجوء إلى التحكيم والمثال على ذلك القانون المصري للاستثمار رقم 230 لسنة 1989 في نص المادة 55 منه الذي عدلت بموجبه الدولة المصرية المادة 8 من القانون السابق التي تنص: "دون الإخلال بالحق في اللجوء إلى القضاء المصري يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في إيطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إيطار اتفاقية

[77] - غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة، 2004، ص446.
[78] - طه أحمد على قاسم، المرجع السابق، ص 28.

تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 90 لسنة 1971، وذلك بالشروط والأوضاع وفي الأحوال التي تسري فيها هذه الاتفاقية)وهكذا اقتصر النَص الجديد على جواز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لكن لا يعتبر ذلك إيجابا ملزماً حيث يفترض النص وجود علاقة عقدية بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة للاستثمار أي جمهورية مصر العربية بموجبها يتم الاتفاق على تحكيم المركز الدولي[79].

من خلال ما سبق نصل بالقول أن محاكم تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، اعتبرت النصوص التشريعية والداخلية للدول المضيفة للاستثمارات الخاصة باللجوء إلى التحكيم مع المستثمرين الأجانب بمثابة إيجاب ملزم.

المطلب الثاني

التعبير عن الرضا بموجب الاتفاقيات الدولية

تعد اتفاقيات الاستثمار الوسيلة الأمثل لتشجيع المستثمرين الأجانب للاستثمار في الدول المضيفة فهي تقوم بتنظيم الاستثمار من جهة ومن جهة أخرى تجرمها الدول المضيفة مع الدول الكبرى قصد الاستفادة من تكنولوجياتها ورأسمالها.

تتضمن معظم هذه الاتفاقيات نصوصاً خاصة بتسوية النزاعات التي يمكن أن تثور بين الأطراف وتقديم الضمانات اللازمة للمستثمرالأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار باتخاذ التحكيم الدولي كاختصاص لفض النزاعات واستبعاد اللجوء إلى القضاء الداخلي للدولة، وهذا ما أدى إلى ظهور هذا النوع الجديد من التحكيم على أساس الاتفاقيات[80].

[79] - داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص 363.

[80] - حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 90.وكذلك: بن علي سليمة، بن كرو حسينة، المرجع السابق، ص 28.

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى دراسة هذه الاتفاقيات التي تتنوع من اتفاقيات ثنائية (الفرع الأول) واتفاقيات متعددة الأطراف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعبير عن الرضا في إطار الاتفاقيات الثنائية.

تهدف اتفاقيات الاستثمار إلى استقطاب العديد من المستثمرين وذلك عن طريق تحديد إطار قانوني واضح حول عقود الاستثمار وتحديد كافة الامتيازات والحقوق والتي يتمتع بها المستثمرين المنتمين للدول المتعاقدة، وهذا ما أدى بالدول المضيفة للاستثمارات إلى إبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات[81].

تشمل معظم الاتفاقيات الثنائية نصوص وبنود لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الدولتين فأغلب هذه الاتفاقيات تجيز اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث تبدي الدولتان المتعاقدان موافقتهما الخضوع لتحكيم المركز الدولي (CIRDI) من خلال هذا البند لتسوية ما يثور من نزاع بين الدولة والمستثمر الأجنبي.

لم تقم اتفاقية واشنطن بالإشارة إلى هذا النوع من رضا الدولة قصد تسوية نزاعاتها، بل تم الاعتداد بهده الإمكانية من خلال موافقة الدولة على اختصاص المركز المعبر عنه في قانون الاتفاقية الثنائية وعلى هذا فإلى أي مدى يمكن إعتبار بنود تسوية النزاعات الواردة في الاتفاقيات الثنائية إيجاباً ملزمًا صادرًا من الدولة تعلن عن إرادتها إحالة نزاع الاستثمار إلى تحكيم المركز؟ وما هو موقف الاجتهاد التحكيمي من الاتفاقيات؟

[81] - حسيني يمينة، المرجع السابق، ص 91.

أولا: بنود تسوية المنازعات في الاتفاقيات الثنائية

تختلف الإرادة الواردة في بنود تسوية المنازعات في الاتفاقيات الثنائية من إرادة صريحة إلى إرادة ضمنية وأحيانا تحتاج إلى اتخاذ إجراء لاحق من طرف الأطراف المعنية، فمن الأمثلة التي تعبر الدولة عن الاتفاقية التي تبرمها صراحة عن إرادتها الخضوع لإجراءات التحكيم أمام المركز نخص بالذكر الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات في نص المادة 8 ف 2 التي تنص على توافق كل طرف متعاقد على رفع هذا النزاع وفقا لخيار المستثمر إلى التحكيم الدولي لتسويته أمام إحدى الهيئات التالية:

أ) المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات للتسوية بالتحكيم، بموجب اتفاقية واشنطن .... على أن يكون انظم إليها الطرفان المتعاقدان.

ب) تسهيلات المركز الإضافية.

ج) محكمة خاصة يتم تكوينها طبقا لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(....).

أما البنود التي يشترط فيها إبرام اتفاق لاحق بين الأطراف قصد اللجوء إلى التحكيم، لا تعتبر إيجاباً من الدولة إضافة إلى هذه البنود نجد التعبير عن الإرادة ضمنياً حيث تتيح الدولة عدة خيارات يلجأ المستثمر لإحداها فإن لم يكن تعبير عن تراضي صريح إلا أن ذلك يستفاد ضمنياً[82].

[82] - قبايلي طيب،التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدولالأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص 144- 146.
ومن الأمثلة عن هذه الاتفاقيات نخص بالذكر الجزائر على الصعيد الوطني وفرنسا حول تشجيع وحماية الاستثمارات في المادة 8 منها أن النزاع إذا لم يستوفي مدة 6 أشهر يرفع النزاع للمحكمة المختصة وهي المحكمة الجزائرية وإما أمام المركز الدولي لتسوية منازعات.

ثانيا: تأسيس اختصاص المركز بناء على نصوص الاتفاقية الثنائية

لقد أظهرت وتوصلت محاكم التحكيم إلى اجتهاد تحكيمي جديد حيث أسست محكمة التحكيم اختصاصها لأول مرة على الاتفاقية الثنائية بصدد قضية عرضت على المركز والتي تتمثل في قضية AAPL ضد سريلانكا التي تتلخص وقائع هذه القضية باتفاق شركة آسيا للمنتوجات الزراعية مع الحكومة السريلانكية لإنشاء مشروع مشترك (مزرعة جمبري) وبالتالي قامت القوات المسلحة السريلانكية بتدمير المزرعة إثر عمليات عسكرية، قامت شركة AAPL بتأسيس طلبها في اللجوء إلى التحكيم بموجب الاتفاقية المبرمة بين دولة سريلانكا والمملكة المتحدة عام 1980 مدعمة طلبها بنص المادة 8 فقرة 1 التي تنص: "على كل دولة متعاقدة الموافقة على إحالة أي نزاع قانوني ينشأ بين أي طرف متعاقد ورعيته أو شركة تابعة للطرف المتعاقد الأخر بشأن استثمار الأخير في إقليم الطرف الأول إلى التحكيم وفقاً لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار".

وعلى هذا تمسكت محكمة التحكيم باختصاصها وإستخلصت من الإتفاقية الثنائية أن لجوء الأطراف إلى التحكيم جزء من النظام القانوني لدولة سريلانكا، كما أن المادة 1/8 تشير إلى تحكيم المركز[83].

وبوقائع هذه القضية عرف نظام التحكيم في منازعات الاستثمار تحول ومنعرج كبير إذ لم تبقى إرادة الأطراف باللجوء الى التحكيم كما هي قائمة في إطار الاتفاقيات التحكيمية التقليدية أي معنى، فيمكن اللجوء إلى التحكيم بشكل إنفرادي وهذا متوقف على إرادة المستثمر لقبوله اللجوء إلى محاكم التحكيم متى شاء دون توفر شرط أو مشارطة التحكيم أو دون علاقة عقدية.

[83] - قبايلي طيب،التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدولالأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق، ص 147.
وكذلك: وقائع النزاع في:
صلاح الدين جمال الدين، نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 1/42 من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 80 وما بعدها.

وعلى هذا فإن محكمة التحكيم قد جسدت الإجتهادالتحكيمي بتوافر ركن التراضي في أغلب القضايا المعروضة على المركز نذكر منها:

– قضية الشركة اليونانية ضد الحكومة المصرية[84] ،قضية الشركة الهولندية Fedexnvضد حكومة قنزويلا ضف إلى ذلك قضية شركةwenahotelsltd الإنجليزية ضد الحكومة المصرية وأخير نشير أن محاكم التحكيم الدولي لا تستند فقط على الاتفاقيات الثنائية للفصل في النزاع، بل يرتكز كذلك اختصاص المركز على الاتفاقيات المتعددة الأطراف.

الفرع الثاني

التعبير عن الرضا في إطار الاتفاقيات متعددة الأطراف

لم تكتفي الدول في سعيها إلى إيجاد تنظيم دولي شامل للاستثمارات الأجنبية بإبرام الاتفاقيات الثنائية بل تجاوزت ذلك ولجأت إلى إبرام اتفاقيات متعددات الأطراف التي تعد أحد أهم الوسائل باعتبارها تجمع بين عدد كبير من الدول التي تسعى إلى إبرام عدد كبير من الاتفاقيات قصد جذب المزيد من المستثمرين[85].

لقد شهد العقد الأخير من القرن الماضي إبرام العديد من الاتفاقيات المتعددة الأطراف حيث أشارت جل هذه الاتفاقيات إلى التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بصفة خاصة، لحل المنازعات التي تنشأ بين المستثمرين وإحدى دول الأطراف في الاتفاقية وهذا من خلال تعبير الدولة عن إيجابها وقبول التحكيم الذي يتحقق بمجرد التصديق على الإتفاقية[86]. ويكون على المستثمر التعبير عن قبوله عن طريق تقديم موافقة الكتابة بتقديمه طلب التحكيم لدى المركز الدولي[87].

[84] - يمكن الإطلاع على وقائع القضية في : www.worldbank.org/icisid/cases
[85] - حسيني يمينة، المرجع السابق، ص 109.
[86] - داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص 383.
[87] - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 477.

ومن أهم هذه الاتفاقيات المتعددة الأطراف نخص بالذكر الاتفاقية حول ميثاق الطاقة (tce) واتفاق التبادل الحر لشمال أمريكا (ALENA).

أولا: الاتفاقية حول ميثاق الطاقة TCE

تعتبر أول اتفاقية متعددة الأطراف تتعلق بالاستثمار في مجال وقطاع معين وهو قطاع الطاقة أبرمت في لشبونة بتاريخ 1994/12/17 وقع عليها دول المجموعة الأوربية ومجموعة الدول الأعضاء في المنطقة من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية، دخلت حيز النفاذ في سنة 1998 بعد التصديق عليها من طرف ثلاثون دولة[88].

تهدف هذه الاتفاقية إلى تنمية التعاون في مجال الطاقة عن طريق السعي لجذب الاستثمارات التي تشمل كل أنشطة الطاقة سواء الإنتاج، الاستغلال، التوزيع أو التخزين أي كان نوعها ومصدرها كالطاقة النووية والكهربائية، البترول والغاز.

تضمنت الاتفاقية نصوص لتسوية المنازعات بين المستثمرين ودول الأعضاء في الاتفاقية في نص المادة 26 وكيفية تسوية المنازعات في المادة27 [89].

نصت المادة 26 من هذه الاتفاقية عن آلية تسوية النزاعات بين المستثمر ودول أحد الأعضاء في الفقرة الأولى أن التسوية ستكون بالطريقة الودية، فإن لم يتم حل النزاع خلال 3أشهر من تاريخ طلب أحد الطرفين الحل الودي، يكون للمستثمر وفقا لنص المادة 26فقرة 2 خيار اللجوء إلى المحاكم الوطنية للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو أي إجراءات التسوية المتفق عليها بصفة مسبقة أو الطرف المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من نفس المادة حيث تتعلق الفقرة الثالثة برضا الدولة الغير مشروط لإخضاع أي نزاع بين الطرفين إلى إجراءات التحكيم.

[88]-BeNHamidaWalid, l'arbitrage transnational unilatéral thèse de doctorat ,université panthéon,assas2,Paris, 2003, p 54.

[89] - حسيني يمنة، المرجع السابق، ص 114-115.

وعلى هذا يكتمل ركن التراضي على اللجوء إلى التحكيم بعد تعبير المستثمر كتابة عن الإيجاب الصادر من الدولة المتعاقدة سواء في العقد المبرم بين الطرفين أو أي وثيقة أخرى مستقلة[90].

ثانيا: اتفاق التبادل الحر لشمال أمريكا ALENA

أبرمت هذه الاتفاقية بهدف تحرير التجارة وتوسيع التعاون المتعدد الأطراف لتحرير التجارة وتسهيل المبادلات عبر الحدود بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك وكندا في 1992 ودخلت حيز النفاذ في عام 1994 تضمن اتفاق النافتا النصوص الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار، حيث نصت المادة 1116 من الاتفاق الوارد ضمن أحكام الفصل 11 على حق المستثمر في اللجوء إلى التحكيم بعد محاولة حل النزاع بالتسوية الودية ونصت المادة 1122 ف 1 على موافقة كل طرف بتقديم الدعوى إلى التحكيم مما يدل على رضا الأطراف بالتحكيم المعبر عنه في الإيجاب الوارد في المادة 1122 من الاتفاق.

ويتلخص قبول المستثمر اللجوء إلى التحكيم فقد نصت المادة 1121 من الاتفاقية عن ضرورة تخلي المستثمر عن طرق أخرى للتسوية الودية ضد الدولة المضيفة وتعبيره عن قبول التحكيم ضف إلى ذلك في نص المادة 1120 منحت الحق للمستثمر اختيار التحكيم إما أمام المركز الدولي أو بموجب قواعد التحكيم لهيئة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هكذا أعطوا واضعوا اتفاق التبادل الحرALENA الحق للمستثمر وحده المبادرة بإتخاذ إجراءات التحكيم دون منح نفس الحق للدولة المضيفة[91].

[90] - قبايلي طيب،التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدولالأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، المرجع السابق،ص 150- 151.

[91] - قبايلي طيب، المرجع نفسه، ص 152- 153.

وكذلك: حسيني يمينة، المرجع السابق، ص 111- 112.

الفصل الثاني

آثار تكوين التراضي خلافًا للطرق التقليدية

سعت الدول خاصة النامية، منذ أن دخلت اتفاقية واشنطن حيز التنفيذ بهدف تشجيع وترقية الاستثمارات على إقليمها، إلى تضمين عقودها بنود يلخصون فيها إرادتهم باللجوء إلى التحكيم سواء عن طريق شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم هذا من جهة، ومن جهة أخرى فبعد التوسع من تفسير السمة الإختيارية التي نصت عليها المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن، حيث إكتفت بتقرير اختصاص الهيئات التحكيمية للنظر في هذه القضايا بمجرد نص يشير إلى تحكيم المركز إما في تشريع وطني أو في الاتفاقيات الدولية للاستثمار سواء اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف[92].

أدى تفسير المحاكم التحكيمية للنصوص القانونية والاتفاقيات الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار إلى تقرير رضا الدولة بالتحكيم إذا اقترن به قبول المستثمر من خلال لجوئه المنفرد إلى هيئات تحكيم المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار دون وجود أي إتفاق تحكيم أو علاقة تعاقدية. عملت هذه الهيئات إلى ابتكار وسيلة غير مألوفة للتراضي التي تتمثل في إعتبار قبول إختصاص المركز بناءًا على نص داخلي أو اتفاقي[93].

لقد أفرزت الصور المستحدثة للتراضي وفقًا لمحاكم التحكيم إلى ظهور عدة آثار قانونية التي تتمثل في المشاكل الناجمة عن الصور المستحدثة للتراضي (المبحث الأول) والنتائج القانونية المترتبة عن هذه الصور (المبحث الثاني).

[92] - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.ص 171- 172.

[93] - محمد أبو العينين، **"الإتجاهات الدولية الحديثة في التحكيم والوسائل السليمة الأخرى لحسم المنازعات**، بحث مقدم في الملتقى الدولي حول "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر: بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية"، يومي 15/14 جوان 2006، جامعة بجاية، كلية الحقوق، ص 24.

المبحث الأول

الإشكالات الناجمة عن الصور المستحدثة للتراضي.

يصادف التحكيم في منازعات عقود الاستثمار العديد من المشاكل القانونية الناجمة عن كون أحد أطراف العقد هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها، إذ يتمتع بوضع ومركز مميز يسعى للحفاظ عليه، إذ أن وجود الدولة كأحد أطراف النزاع يصبغ عملية التحكيم بصبغة خاصة، ويرجع ذلك إلى أن الدولة لها مفهوم مختلف للتحكيم كوسيلة لحل النزاعات، فهي تنظر إلى التحكيم على أنه فقدان لحريتها وتقبل قيود هي متحررة منها، عكس الطرف الخاص الذي يرى التحكيم على أنه مهرب من المتطلبات المتشددة للتقاضي[94].

ترتبط المشاكل التي يواجهها التحكيم الدولي عند اللجوء إليه في منازعات الاستثمار، سواء في المشاكل الناتجة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم (المطلب الأول) والمشاكل الناتجة عن تمسك الدولة بحصانتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المشاكل الناجمة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم

يتعرض التحكيم في منازعات الاستثمار إلى عدة مشاكل التي تصادفه من طرف أحد الأطراف التي تكون مصلحته عدم اللجوء إلى التحكيم، بحيث يحاول هذا الطرف إثارة العقبات والمشاكل حول بنود الاتفاق على التحكيم من أجل إفشال عملية التحكيم[95]، وتتمثل هذه المشاكل في الغالب في التشكيك في صحة اتفاق التحكيم أو من ناحية موضوع النزاع فهناك مواضيع لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم[96].

---

[94] - منى بوحتالة، **التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2014، ص. 101.
وكذلك: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.ص. 46- 47.

[95] - بشار محمد الأسعد، المرجع نفسه، ص 48.

[96] - حسام الدين الأهواني، **المسائل القابلة للتحكيم**، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمها مركز تحكيم عين الشمس من 15 إلى 20مارس 2002، ص. 37.

وإذا تمت محاولات إحباط عملية التحكيم من طرف الدولة أو حكومة ما، فإنها تستدل وقتئذ وتستند إلى أن:

الدولة لا تملك الأهلية والقدرة الكافية على اللجوء إلى التحكيم بموجب قانونها الوطني (الفرع الأول) أو أن موضوع محل النزاع لا يجوز النظر فيه بموجب قانونها الوطني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التشكيك في أهلية الدولة الكاملة للجوء إلى التحكيم

الأصل أن مسألة التشكيك في أهلية الدولة وقدرتها على اللجوء إلى التحكيم لا تثور لَمِا كان التحكيم إختياري يتم برضاء الأطراف، كإستثناء لهذه القاعدة العامة، فإن هذه المسألة تثور في حالة وجود اتفاق بين الدولة وإحدى الهيئات التابعة لها على اللجوء إلى التحكيم بصدد عقد من العقود التي أبرمتها تلك الجهات.

حيث تسعى الدولة أو أحد هيئاتها التخلص من التزامها المتمثل في اللجوء إلى التحكيم بدفعها بعدم أهليتها أو عدم توافر القدرة الكافية لها من أجل اللجوء إلى التحكيم، مؤسسة ذلك إما في أن قانونها الوطني لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود أو إما في أن أحكام القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في مثل هذه العقود[97].

أولا: حجة أن القانون الوطني للدولة الطرف في الاستثمار لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود.

معظم الأنظمة القانونية تتضمن نصوصًا تستبعد التي تكون الدولة أو المؤسسة العامة أو هيئة طرفًا فيها من الخضوع إلى التحكيم وتجعل الإختصاص بالنظر في المنازعات التي تكون هذه الأشخاص طرف فيها إلى القضاء الوطني، بل يحدد بعض هذه الأنظمة الإختصاص إلى القضاء الإداري للنظر في هذه المنازعات.

[97] - حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2004، ص 363.

ثبتت العديد من الحالات على الصعيد الدولي، لجوء الدولة المعنية إلى إنكار شرط التحكيم التي سبق لها قبوله بدعوى عدم جواز إتفاقها على التحكيم وفقًا لقوانينها الداخلية[98]. وهو ما رفضته أحكام المحاكم وهيئات التحكيم.

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قضية calakis إلى أن محكمة إستئناف باريس كان عليها فقط الفصل في مسألة ما إذا كانت القاعدة المصاغة لحكم العقود الداخلية يجب أن تطبق أيضا على العقد الدولي المبرم من أجل احتياجات التجارة، الأمر الذي أجابت عليه المحكمة العليا بالنفي، إذ قضت بأن الحظر المذكور لا يعمل به بصدد العقود الدولية.

وهو ما يفيد أن الدولة الفرنسية تلتزم بترتيب كافة الآثار المترتبة على شرط التحكيم الذي قبلته، دون أن تحتج وتدفع بالحظر القائم في القانون الفرنسي الذي يمنع الدولة من قبول شرط التحكيم في العقود التي تبرمها.

كذلك في قضية san carlo إنتهت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2ماي1966 إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة والهيئات العامة في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية[99].

ففي الحكم الصادر في 13جوان1996 ذهبت محكمة استئناف باريس بشأن المنازعة بين الشركة الإيطالية Icori Estero والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار، بعد أن تمسكت الشركة الكويتية بأن المبدأ المستخلص من النظام العام الدولي الذي يقضي بصحة شروط التحكيم في العقود التجارية المبرمة من قبل الدولة من أجل حاجة المعاملات الدولية لا يعمل به في العقد المبرم بين الشركة الكويتية والذي أبرمته بصفتها ممثلة لدولة الكويت وبين الشركة الإيطالية نظرًا لأن القانون الجزائري الذي إختاره الأطراف ليحكم عقدهم يحظر في المادة 442 منه على الأشخاص الاعتبارية العامة قبول التحكيم وهو ما يؤدي إلى بطلان التحكيم موضوع المنازعة إلى أنه:

---

[98] - هاني صلاح سري الدين، **التحكيم في العقود الإدارية بين الحظر والإجازة مع إشارة خاصة لأحكام القانون المصري وأحكام التحكيم التجاري الدولي، التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة**، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ط1، 2003، ص 114.

[99] - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.ص 50- 51.

"أيا ما كان أساس الحظر المفروض على الدولة لإبرام اتفاق التحكيم، فإن هذا الحظر يبقى قاصرًا على العقود التي تتم وفقا للنظام الداخلي، وبين تلك التي تتعلق بالنظام العام الدولي، فوفقًا لهذا الأخير يمتنع على الدولة أن تستفيد من أحكام قانونها الوطني أو من قانون العقد للتخلص فيما بعد من اتفاق التحكيم، فما دام هذا الاتفاق قد ورد في إطار عقد دولي وتم إبرامه وفقًا للحاجات والشروط التي تتفق مع عادات التجارة الدولية والنظام العام الدولي فهو اتفاق صحيح وله الفاعلية الكاملة[100].

مما سبق نخلص أن مبدأ استقلال شرط التحكيم في العلاقات الدولية، يجعل اتفاق التحكيم في هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي، فالدولة إذ قبلت اللجوء إلى التحكيم مقدمًا، فإنها لا تستطيع أن تتمسك بقانونها الوطني لتقضي ببطلانه.

هذا في حالة إنكار الدولة لشرط التحكيم التي سبق وأن قبلته متذرعة بقانونها الوطني، لكن السؤال الذي يثور هو كيف سيكون عليه الحال لو تمسك الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بعدم أهليتها في اللجوء إلى التحكيم وفقًا لقانون هذه الدولة؟

تعرضت محكمة إستئناف باريس لمثل هذه الحالة، في القضية المرفوعة من شركة catoil ضد الشركة الوطنية للبترول في حكمها الصادر في 17ديسمبر1991 ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإيرانية[101].

تتلخص وقائع هذه القضية أن شركة catoil دفعت بعدم إختصاص هيئة التحكيم استنادًا إلى بطلان شرط التحكيم بسبب عدم أهلية الشركة الوطنية الإيرانية للبترول لقبول شرط التحكيم دون الترخيص المسبق من قبل البرلمان الإيراني، وذلك وفقًا للمادة 139 من دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية، إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع وأصدرت حكم جزئي بالنظر في النزاع ثم حكم نهائي يقضي بإلزام رد شركة catoil المبالغ التي إحتجزتها إلى الشركة الإيرانية.

[100] - Cour d'appel de Paris, 13/06/1996 Rev, arb, 1997, p. 251, Note Emmanuel.Gaillard.

[101] - أنظر:

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

طعنت شركة catoil في هذين الحكمين إلى أن المحكمة أكدت على عدم سريان الحظر الوارد في الأنظمة القانونية الداخلية في إطار العقود الدولية وذلك بغض النظر عما إذا كان من يتمسك بالحظر هو الدولة أو أحد أجهزتها أو الطرف المتعاقد معها[102].

ثانيا: حجة أن أحكام القانون الوطني للدولة الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز مثل هذا الإتفاق

في قضية ELF Aquitaine، ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول التي تتلخص وقائعها في أنه بعد قيام الثورة الإسلامية في إيران أصدر المجلس الثوري قانونًا في 8جانفي1980، تم بموجبه إنشاء لجنة خاصة تملك سلطة إبطال كافة عقود البترول التي تراها اللجنة غير متماشية مع القانون الإيراني الصادر عام 1951، الذي بمقتضاه تم تأميم صناعة البترول في إيران.

تطبيقا لهذا القانون قامت اللجنة السالفة الذكر بإبطال العقد المبرم بين شركة ELF Aquitaine والشركة الوطنية الإيرانية للبترول في عام 1966. وهو ما دفع الشركة الفرنسية اللجوء إلى التحكيم، إعمالا بشرط التحكيم المبرم بينها وبين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول الذي تم إبطاله ولقد تمسكت الشركة الإيرانية بعدم إختصاص المحكم إعمالاً بالقانون الإيراني الذي صدر بعد توقيع العقد.

وقد إنتهى المحكم المنفرد Bernhard Gonard إلى الإعتراف بالإختصاص لنفسه: "إذ أنه من المبادئ المعترف بها في قانون التحكيم الدولي أن شروط التحكيم تستمر لتكون نافذة المفعول حتى على الرغم من المعارضة من جانب أحد الأطراف في أن العقد المتضمن شرط التحكيم هو غير شرعي وباطل.

نتيجة لما سبق فإن الدولة في عقود الاستثمار لا تستطيع بعد موافقتها اللجوء إلى التحكيم، أن تتمسك وتدفع ببطلان التحكيم للتهرب من اللجوء إليه، بحجة أن قانونها الوطني لا يعترف بالتحكيم في هذا النوع من العقود، ذلك لأن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل

[102] - منى بوختالة، المرجع السابق، ص.ص 104- 105.

اتفاق التحكيم في هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي وحده، أي أنه لا يجوز للمشروع العام التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم الذي أبرمه إعمالاً بمبادئ النظام العام الدولي، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فالعمل بمبدأ حسن النية في التعاقد يستوجب على الدولة المتعاقدة بإحاطة المتعاقد معها العلم بكل القيود التي يفرضها قانونها الداخلي، ولا تلجأ الدولة أصلاً إلى الموافقة على شرط التحكيم إلا بعد إستفاء الشروط التي يفرضها القانون الداخلي، فإذا لم يحط علمًا بعدم الحصول على هذه الموافقة عند التعاقد فإن النظام العام الدولي يتعارض مع تمكين المشروع التابع للدولة التمسك بهذا العيب، ولهذا لا مفر لحرمانه من التمسك بالبطلان، هذا كله بغرض أن تلك القيود كانت قائمة أثناء تحرير إتفاق التحكيم.

أما إذا صدرت بعد الاتفاق على التحكيم، فإنه لا بد من إعمال المبدأ السابق، فالقيود التي تصدر تكون مشوبة بالغش بقصد التهرب من شرط التحكيم لسبب أو لأخر ارتأته الدولة، وقامت بإصدار التعديل لخدمة مصلحتها في الدعاوى القائمة.

نخلص بالقول أن مجرد وجود إتفاق التحكيم يكفي لقابلية النزاع للتحكيم، حتى ولو كان القانون الوطني الذي تم الاتفاق على التحكيم في ظله لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في هذا النوع من العقود، أو أن أحكام القانون الذي تم تعديله لا يجيز ذلك، حيث لا يجوز للدولة الاحتجاج بقانونها للتخلص من موافقتها.

وقد عمدت العديد من الدول إلى تعديل تشريعاتها بغية الإعتراف صراحة للدولة أو الأشخاص العامة بالأهلية لإبرام اتفاقيات التحكيم نذكر منها على سبيل المثال المشرع الفرنسي الذي قام بإصدار قانون 19أوت1986 الذي أجاز بموجبه للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل بشرط التحكيم في العقود الدولية. إضافة إلى المشرع الفرنسي نجد المشرع المصري الذي

قام هو أيضا بإدخال تعديل على قانون التحكيم رقم 27 لعام 1993 بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997[103].

الفرع الثاني

التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم

تدفع الدولة عند سعيها لإثارة العقبات أمام التحكيم، بعدم قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقود الاستثمار للفصل فيه بواسطة المحكمين، لكون الغالبية من المنازعات الناشئة عن هذه العقود تتعلق عن أعمال صادرة عن الدولة بصفتها سلطة عامة سيادية.

إذا كانت القرارات والأعمال الصادرة عن الحكومة بصفتها سلطة عليا وذات سيادة لا تقبل الخضوع للتحكيم، فإن الآثار المالية المترتبة على هذه القرارات في حد ذاتها تقبل الفصل فيها بواسطة التحكيم، طالما أنه لا توجد أي قاعدة آمرة في النظام العام الدولي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم[104].

مما لا شك فيه أنه يجوز التحكيم بشأن طلب التعويض عن اتخاذ الدولة لإجراء من إجراءات نزع الملكية للمشروع الاستثماري أو تأميمه، إذا تم ذلك وفقا للقانون أو الدستور، فإذا كانت إعتبارات السيادة تحول دون التعرض للإجراء لمحو أثره فإنها لا تحول دون الاتفاق على التحكيم بشأن التعويض العادل الذي يستحق في هذه الحالة[105].

فمثلا في قضية Framatome ضد إيران[106] في 8 سبتمبر 1977 تم إبرام عقد بين المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية وبين ثلاث شركات فرنسية، بغرض إنشاء مفاعل ذري مركزي ولكن نشب خلاف بين الطرفين، وتم اللجوء إلى التحكيم وتشكلت هيئة التحكيم برئاسة pierre lalive وعضوية كل من joe Robert– gold man ولقد دفعت الحكومة الإيرانية في هذه الدعوى

[103] - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.ص 53- 57.

[104] - حفيظة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها ونظامها القانوني لها**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 289.

[105] - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 57.

[106] - OPETIT Bruno, Arbitrage et contrats d'Etat, l'arbitrage framatone et autres c/Atonic Energy organization of IRAN, J.D.I, N° 1984, p.37.

ببطلان العقد الأصلي المبرم في 8سبتمبر1977 إستنادًا إلى أن رئيس المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية قد قام بالتوقيع على العقد دون الحصول على الإذن السابق من البرلمان وإذن سابق من مجلس المنظمة، الأمر الذي يرتب القانون الإيراني الصادر في 11يوليو1974 على تخلفه، بطلان العقد بطلان مطلق غير قابل للإجازة[107].

على هذا الأساس فإن محمكة التحكيم ليست المختصة بالنظر في النوع المعروض عليها، لأن الفصل فيه يؤدي بالمحكمة إلى المساس بالسيادة الوطنية الإيرانية، وهو الدفع الذي لم تلتفت المحكمة إليه، مقررة أنه إذا كان قرار الحكومة الإيرانية يعتبر قرارًا لا يقبل الخضوع للتحكيم بوصفه من قرارات السلطة العليا السياسية ويعبر عن ممارستها لسيادتها الوطنية، وهو ما يغل يد المحكمة ويفيدها عن التعرض إليه بأي وجه من الوجوه، وذلك على عكس الآثار المالية المترتبة على هذا القرار إذ أن هذه الآثار في حد ذاتها قابلة للفصل فيها عن طريق التحكيم.

هكذا فإنه لا يجوز للدولة بعد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم ان تتهرب منه بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه عن الطريق التحكيم، حيث أنه من الجائز التحكيم بشأن التعويض عن عمل من أعمال الإدارة حتى ولو كان مترتبا على عمل لا يجوز التحكيم فيه كقرار إداري غير مشروع.

من خلال ما تقدم نصل بالقول أنه يجب عدم الاعتداد بالدفع بعدم القابلية للتحكيم بعد قبول الدولة شرط التحكيم في منازعة هي طرف فيها، سواء كان ذلك بحجة عدم أهليتها لإبرام إتفاق التحكيم أو لعدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه من قبل المحكمين، لما يكون من شأنه زيادة الثقة في التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمار، حيث إستخدمت فكرة النظام العام الدولي للسماح بقابلية منازعات الدولة للتحكيم، وأصبح ينظر إلى عدم القابلية للتحكيم على أنها مظهر من مظاهر عدم الثقة بالتحكيم الدولي وهو ما يتعارض مع النظام العام الدولي[108].

[107] - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 125.
[108] - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.ص 61- 62.

المطلب الثاني

المشاكل الناجمة عن تمسك الدولة بحصانتها

تتذرع الدولة إذا ما حاولت التخلص من قبولها عملية التحكيم بالقيام بعدد من الأفعال والإجراءات لعرقلة التحكيم، مستغلة في ذلك ما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة، حيث يعتبر مبدأ الحصانة ملازمًا لطبيعة الدولة إذ يمكن أن تستعين الدولة بسيادتها كدرع ضد سلطة هيئة التحكيم.

طغت مسألة الحصانة، وزاد الجدل حولها، لذلك نسعى إلى توضيح أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة سواء على حصانتها القضائية (الفرع الأول) أو حصانتها التنفيذية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الحصانة ضد القضاء

تقوم الدول الطرف في عقود الإستثمار عند سعيها التخلص من قبولها لعملية التحكيم مع المستثمر الأجنبي بالدفع بما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة من الخضوع لقضاء دولة أجنبية للقول بعدم جواز خضوعها للتحكيم.

فكل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، تأسيسًا على فكرة السيادة والمساواة بين الدول باعتباره من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، بمعنى أنه لا يجوز إخضاع المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفًا فيها لغير قضاء هذه الدول، أي عدم إختصاص قضاء دولة أجنبية بالنظر في تلك المنازعات، سواء كان ذلك القضاء رسمي أو قضاء تحكيمي.

لكن بإعتبار التحكيم ذو طابع خاص، يكون بإرادة الأطراف بحيث تلجأ الدولة إلى إخراج شرط التحكيم في العقد بإرادتها الحرة، فإن التساؤل المطروح حول مدى جدوى تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم على الرغم من أنها إرتضت في إتفاق التحكيم على مبدأ

حل المنازعات الناشئة أو التي من الممكن أن تثور بينها وبين الطرف الأجنبي عن طريق التحكيم؟[109].

حسب الأغلبية الفقهية، فإن الدولة تعتبر متنازلة ضمنيا عن حصانتها القضائية إذا قبلت شرط التحكيم، إذ يعتبر إتفاق الدولة على التحكيم تنازل عن سيادتها بالنسبة للموضوع الذي جرى الإتفاق من شأنه، خاصة أن المحكم ينفذ مهمة عهد بها الأطراف إليه ولا يصدر حكم بإسم الدولة.

فقضاء التحكيم هو قضاء خاص، لا ينتمي إلى سلطة أي دولة، وعلى هذا فهو لا يمثل إعتداء على سيادة الدولة الطرف في النزاع، ضف إلى ذلك أن الدولة تدخل في هذه العلاقة القانونية بإرادتها المطلقة وبموجب قانون يسمح لها بذلك وبرضاء مسبق، وبدون هذا الرضا لا يمكن إرغام الدولة على اللجوء إلى المثول أمام هيئات التحكيم.

زيادة على ذلك فإن تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم بعد موافقتها المسبقة عليه يعتبر إخلال لمبدأ حسن النية ويتنافي مع هذا المبدأ، ذلك لأن قبول الدولة لإتفاق التحكيم يفرض عليها الإلتزام بتسوية المنازعات التي تنشأ عن عقودها أمام هذا القضاء وحده، خاصة أن الأغلبية من المستثمرين الأجانب يقبلون التعاقد نظرا لتوافر إتفاق التحكيم في العقد الذي تبرمه الدولة، ولو رفضت الدولة منذ البداية الخضوع للتحكيم فمن الممكن أنَ الطرف الأجنبي يمتنع من التعاقد معها.

على هذا نستعرض بعض القضايا التي ذهبت محكمة التحكيم إلى رفض أي تذرع من الدولة على أن التحكيم يمس السيادة، ففي قضية هضبة الأهرام ذهبت محكمة التحكيم في حكمها الصادر في 20ماي1992 إلى تمسك أنه لا قيمة لتمسك الحكومة المصرية بحصانتها القضائية أمام المركز بعد قبول شرط التحكيم، لأن قبول شرط التحكيم يعني التنازل عن الحصانة القضائية أمام التحكيم الذي قبلت الخضوع له[110].

---

[109] - مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.149.
وكذلك: رقية رياض إسماعيل، **خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص.282.

[110] - راجع دراسة حول هذه القضية في:
إبراهيم أحمد إبراهيم، **التحكيم الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص 105 وما بعدها.

كذلك في قضية liamco ضد الحكومة الليبية، حيث ذهب المحكم Mahmassani إلى رفض أي تذرع بأن هذا التحكيم ضد سيادة الدولة في الحكم الصادر في 12أفريل1977 وخلص إلى أن: "الدولة يمكنها دائما أن تتنازل عن حقوقها السيادية بتوقيعها على إتفاق التحكيم ولتظل ملتزمة به"

عليه يصبح من المقبول به اليوم على نطاق واسع أنه حينما تقبل الدولة التحكيم، فإن من المفترض أن ذلك القبول يتضمن تنازلاً ضمنيًا عن حصانتها ضد القضاء، وبالتالي يمتنع عليها أن تتخلص من قبولها التحكيم بإستغلال سيادتها، فإتفاق التحكيم يتعارض مع الحصانة ضد القضاء حيث يمكن إعتباره مضعفا لحصانة الدولة أو الجهة الحكومية[111].

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو إذا كان قبول الدولة للتحكيم يعتبر تنازل عن حصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم فهذا يعتبر[112] أيضا تنازلا عن هذه الحصانة أمام قضاء الدولة التي يتم فيها التحكيم، أم يقتصر فقط على هيئة التحكيم؟

يذهب جانب من الفقه بالقول أن تنازل الدولة عن حصانتها القضائية يمتد في كل حالة يستلزم فيها قانون التحكيم تدخل قضاء الدولة الأجنبية، فالدولة عند موافقتها على التحكيم كانت على يقين بإحتمال عرض النزاع أمام القضاء عند الطعن على حكم التحكيم أو رفع دعوى على بطلانه[113].

كما يرى الجانب الأخر أنه إذا كان إتفاق التحكيم يسلب من الدولة حقها في التمسك بالحصانة أمام قضاء التحكيم باعتباره قضاء خاص، لا يخشى منه المساس بسيادة الدولة واستقلالها، فإن عرض النزاع المتفق بصدده على التحكيم أمام القضاء الأجنبي من مقتضاه أن تسترد حصانتها القضائية.

---

[111] - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.ص. 64- 66.

[112] - مخلوف أحمد، **إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص. 312.

[113] - حفيظة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، المرجع السابق، ص. 278.

حيث لا يمكن القول بأن الدولة تنازلت عن هذه الميزة ما لم تكن هناك أمور أخرى تدل على رغبة الدولة في التنازل عن حصانتها أمام القضاء، وعليه فإنه لا يعتد بشرط التحكيم ذاته للقول بأن الدولة قد تنازلت عن حصانتها أمام القضاء الخاضع لسيادة دولة أخرى.

أما حسب الدكتور بشار محمد الأسعد، فإن إتفاق التحكيم وحده لا يدل عن تنازل الدولة الطرف فيه عن حصانتها القضائية، لأن تنازل الدولة عن هذه الحصانة لا يفترض بل يكون واضح ومؤكد، والتنازل المقول به هنا هو إجراء خاص بذاته وهو التحكيم وليس القضاء.

فالدولة بقبولها التحكيم تكون قد قبلت المثول أمام هيئة التحكيم فلا يمكن أن تتمسك بحصانتها أمامها، ولكنها لا تكون قد تنازلت عن هذه الحصانة أمام جهة أخرى غير جهة التحكيم وهي القضاء[114].

الفرع الثاني

الحصانة ضد التنفيذ

بعد صدور الحكم التحكيمي في مواجهة الدولة، قد تتمسك بحصانتها في مواجهة إجراءات التنفيذ سعيًا منها لعرقلة عملية التحكيم، وهذا ما يثير التساؤل عن أثر إتفاق التحكيم الذي أبرمته الدولة بإرادتها عن هذه الحصانة.

فهل بمجرد موافقة الدولة على التحكيم يعتبر تنازل ضمني على حصانتها بحيث يستوجب عليها تنفيذ حكم التحكيم، أم لها أن تتمسك بحصانتها في مواجهة إجراءات تنفيذ حكم التحكيم؟[115]

يرى جانب من الفقه أن وجود إتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة يعتبر تنازل منها عن حصانتها ضد التنفيذ، وهذا لتحقيق فاعلية إتفاق التحكيم إذ أنه إذا إستطاعت الدولة أن تدفع

[114] - محمد عبد العزيز على بكر، **فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000، ص. 472.
[115] - مخلوف أحمد، المرجع السابق، ص. 321.

بحصانتها لتعيق تنفيذ حكم التحكيم، فقبول الدولة اللجوء إلى التحكيم بالرغم من حصانتها يكون لا معنى له[116].

أما البعض الأخر، فيرى أن إتفاق التحكيم لا يعني تنازل الدولة عن حصانتها في مواجهة إجراءات التنفيذ، فتنازل الدولة على حصانتها لا يمكن إستخلاصه ولا يفترض من خلال قبولها التحكيم، إنما يجب أن يكون واضح ومؤكد[117].

أما حسب رأي الدكتور بشار محمد الأسعد، فإن موافقة الدولة على التحكيم يعتبر بمثابة تنازل ضمني عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم، وهذا لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول، فلا يمكن أن تتصور وجود حكم تحكيمي بعد إنتهاء عملية التحكيم غير ملزم، فهذا يجرد الدولة من المصداقية اللازمة في المعاهدات الدولية.

فالدولة إن كانت تنوي عدم التنازل عن حصانتها في إتفاق التحكيم يستوجب عليها أن تؤكد عن تمسكها بهذه الحصانة منذ البداية من خلال نصوص واضحة تبين تمسكها عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم[118].

ففي قضية creighton التي أثيرت فيها مسألة الحصانة التنفيذية أقرت محكمة النقض الفرنسية أن دخول الدولة في إتفاق التحكيم يعتبر تنازل ضمني عن حصانتها ضد التنفيذ، دون وجود نص واضح يدل على ذلك.

حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن حكومة قطر أبرمت عقد مع شركة creighton الأمريكية، تقوم بمقتضاه هذه الشركة ببناء مشفى للدولة القطرية، وقد ثار نزاع بين الطرفين مما دفع الحكومة القطرية إلى طرد الشركة الأمريكية من موقع العمل، ورفضت شركة creighton ذلك، وقامت بإتخاذ إجراءات من أجل عرض النزاع على التحكيم وفقا لإتفاق التحكيم بين الطرفين، الذي يقضي بأن يتم التحكيم وفقًا لقواعد غرفة التجارة الدولية، وعلى هذا تم التحكيم في

[116] - حفيظة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، المرجع السابق، ص. 113.
[117] - منى بوختالة، المرجع السابق، ص 113.
[118] - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 70.

باريس وإنتهى بحكم لصالح الشركة الأمريكية بحيث تحصل على تعويض قدره ثمانية ملايين دولار، ووصلت إجراءات تنفيذ الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية التي أقرت أنه: "إستنادًا إلى توقيع دولة قطر على إتفاق التحكيم الذي نص على الإحتكام إلى قواعد غرفة التجارة الدولية، فإنها بذلك تكون قد تنازلت ضمنيا عن حصانتها ضد التنفيذ، فهذا ما تنص عليه المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية والتي تجري على أنه:

أ- تكون أحكام التحكيم نهائية.

ب- قبول الأطراف التحكيم وفقًا لقواعد غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون أي تأخير، ويعدون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل فيها قانونا".

هكذا فقد إعتبرت محكمة النقض الفرنسية موافقة الدولة على التحكيم تنازلاً ضمنيًا عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم، هذا ما يمثل ضمانة لتنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول ويكون له أثر كبير في المساهمة على تطور التحكيم الدولي الذي تكون الدولة أحد أطرافه[119].

[119] - منى بوختالة، المرجع السابق، ص.ص 113- 114.

المبحث الثاني

نتائج تكوين التراضي وفقا للصور الجديدة

منذ أن دخلت إتفاقية واشنطن حيز التنفيذ، سعت الدول إلى إبرام إتفاقيات وإصدار قوانين داخلية خاصة بالاستثمار لحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية على أقاليمها، حيث سعت هذه الدول إلى تضمين هذه القوانين بنصوص تعلن عن نيتها في إحالة النزاعات التي تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي إلى التحكيم أمام المركز الدولي[120].

أدى تفسير محاكم التحكيم إستخلاص وإبتكار وسيلة غير مسبوقة للتوسع في إختصاصها وإستخلاص رضا الدولة لقبولها التحكيم ما أدى إلى إقراز نتائج قانونية ترتبت عن هذه الصور المستحدثة للتراضي من خلال المبالغة في توسيع نطاق اختصاص المركز الدولي بناءًا على الصور المستحدثة للتراضي (المطلب الأول) وتقييم هذه الصور المستحدثة للتراضي من جانب واضعي الاتفاقية وموقف الفقه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

توسيع نطاق اختصاص المركز الدولي بناء على الصور المستحدثة للتراضي

أدي إستخلاص ركن تراضي الأطراف على إختصاص المركز الدولي بناء على التشريعات الداخلية والإتفاقيات الدولية التي تبرمها الدول المضيفة إلى توسيع حالات إختصاص المركز الدولي، حيث برزت عدّة طرق لإسناد الإختصاص للمركز سواء بإنعدام أي علاقة عقدية (الفرع الأول)، أو تمسك المستثمرين بشرط الدولة الأولى بالرعاية لإسناد الاختصاص للمركز (الفرع الثاني) إلى جانب ما تقدم أقرت محاكم التحكيم إلى قبول إختصاصها تأسيسًا على إتفاقية دولية في مجال الاستثمار رغم وجود عقد استثمار بين الطرفين المتنازعين يتضمن بند خاص بتسوية المنازعات، ألا وهو إختصاص المركز رغم الاتفاق على آلية أخرى لتسوية المنازعات (الفرع الثالث).

[120] - أنظر: محمد أبو العينين، **الإتجاهات الدولية الحديثة في التحكيم والوسائل السليمة الأخرى لحسم النزاعات**، مرجع سابق، ص 24.

الفرع الأول

إسناد الاختصاص من غير عقد

أدى الإعتداد بالتراضي المستخلص من النصوص الداخلية للدول والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف إلى شيوع نوع من التحكيم الذي يسمى تحكيم دون إتفاق[121].

بالتالي لم يبقى إلا عدد قليل من القضايا التي تعرض إلى المركز الدولي إستنادًا إلى شرط تحكيم تقليدي أو مشارطة تحكيم, حيث أدى التحليل الذي إعتمدته محاكم التحكيم بشأن التمسك بإختصاصها وفقًا للصور المستحدثة للتراضي إلى إستخلاص نتائج التي سوف نتعرض لها ثم تقيم هذا النوع من التحكيم.

أولا: النتائج المترتبة من إستخلاص التراضي من نص قانوني داخلي أو إتفاقي

يعتبر التراضي المستخلص من نص قانوني داخلي أو إتفاقي لدولة ما أنه عرض عام موّجه إلى كافة المستثمرين الأجانب ، أما قبول المستثمر فيعبر عنه في وقت لاحق على صدور القانون أو إبرام الإتفاقية، أي أن هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، حيث يتم التعبير عن الإرادتين في مرحلتين متعاقبتين زمنيًا وهذا ما يسمى بالتراضي المنفصل.

يترتب عن هذا التراضي المنفصل Le consentement dissocié إمكانية اللجوء إلى التحكيم رغم عدم وجود علاقة عقدية بين الأطراف المتنازعة، فالمستثمر يكتفي برضا الدولة الذي عبرت عنه في قانونها الداخلي أو إتفاقية دولية لطرح النزاع أمام قضاء التحكيم، كما ينتج عن هذا التراضي نظام تحت تسمية التحكيم الإنفرادي الذي يعنى أن الدولة المضيفة لا يمكن لها إعمال نظام التحكيم ضد المستثمر إذا لم يعبر عن قبوله اللجوء إلى هذا النظام لتسوية النزاع فللمستثمر وحده الحق في إتخاذ إجراءات التحكيم[122].

---

[121] - محمد إقلولي، **النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار ، "التجربة الجزائرية نموذجا"**، رسالة دكتوراه، جامعة تيزى وزو، كلية الحقوق، الجزائر، 2007، ص 213 وما بعدها.

[122] - قبايلي طيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 178.

ضف إلى ذلك، فإن إستخلاص التراضي من هذا النظام الجديد يؤدي إلى إختلال التوازن بين الأطراف المتنازعة لصالح المستثمر، إذ لا يحق للدولة المضيفة للإستثمار مقاضاة المستثمر أمام تحكيم المركز الدولي في حالة وجود علاقة عقدية تتضمن شرط اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار لطرح النزاع القائم[123].

ثانيا: تقييم قبول التحكيم دون إتفاق على ضوء إتفاقية واشنطن والإجتهاد التحكيمي

أصبح قبول إختصاص التحكيم دون أي علاقة عقدية أمرًا مستقرًا عليه في إطار تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

إذا أردنا تقييم هذا النظام الجديد لمحاكم التحكيم CIRDI نجده مخالفا للقواعد الأساسية لإسناد الإختصاص التحكيمي والمبادئ التي إستقر عليها الفقه لإلزامه وجود إتفاق سابق بين الأطراف للجوء إلى التحكيم.

بالنظر إلى هذا النظام التحكيمي الجديد نجد أنه يتناقض مع أحكام إتفاقية واشنطن بحد ذاتها، حيث نجد في مقدمة إتفاقية واشنطن ضرورة وجود إتفاق تحكيم لإنعقاد إختصاص المركز الدولي وهو ما أكدته المادة 25 الفقرة الأولى من الإتفاقية، حيث تعتبر هذه الموافقة أساس إنعقاد إختصاص المركز وبدونها لا يمكن للمركز الفصل في النزاع وهو ما لا يتفق مع الذي سلكته محاكم تحكيم المركز.

كما أن إستخلاص التراضي من نصّ قانوني داخلي أو إتفاقي من شأنه أن يخل بمبدأ المساواة بين الأطراف لكون أن المستثمر الأجنبي وحده يملك الحق في رفع دعوى التحكيم على الدولة المضيفة حتى في حالة عدم وجود أي علاقة عقدية أو قانونية سابقة بين الأطراف وإنما يكفي الإستناد إلى رضا الدولة الذي عبرت عنه في تشريعها الداخلي أو الإتفاقي، وعكس ذلك لا يحق للدولة رفع دعوى تحكيم ضد المستثمر لعدم إكتمال التراضي المنصوص عليه في المادة 25 من إتفاقية واشنطن.

[123] - محمد أبو العينين، **الإتجاهات الدولية الحديثة في التحكيم**، المرجع السابق، ص 24.

كما منح للمستثمر حق مقاضاة الدولة المضيفة لإخلالها بإلتزاماتها الواردة في الإتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف ومطالبتها بالتعويض[124].

الفرع الثاني

إختصاص المركز من خلال إعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية

قد يحدث أن تتعهد دولتين عن إبرام إتفاقية بموجب نص خاص، أن تسمح لكلا منهما بالإستفادة من كل إمتياز تمنحه إحدى الدولتين المتعاقدتين لدولة أخرى بشأن مسألة محل الإتفاق، ويطلق على هذا التعاقد شرط الدولى الأولى بالرعاية la clause de la nation la plus favorisée وهذا ما يعني أنه في حالة إتفاق إحدى الدولتين المتعاقدتين مع دولة أخرى على منحها حقوق لم ترد في الإتفاقية الاولى، فللدولة الثانية الحق في الإستفادة من هذه الحقوق إستنادًا إلى شرط (CNPF)، أي أن الدولة الثانية لها الحق في الإستفادة من الإتفاقية التي ليست طرفًا فيها ودون أن تنظم إليها[125].

عرف شرط الدولة الأولى بالرعاية إختلاف مواقف محاكم التحكيم المشكلة تحت رعاية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الأمر الذي يتعين التعرض لهذه المواقف من خلال التطرق إلى حالات قبول وعدم قبول إعمال هذا الشرط.

أولا: حالة قبول الأخذ بشرط الدولة الأولى بالرعاية:

أثيرت لأول مرة مسألة تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية (CNFP) أمام قضاء تحكيم المركز الدولي في قضية E.A–maffezini ضد إسبانيا[126]، أين قبلت محكمة التحكيم تطبيقه على النصوص التي تنظم طرق تسوية النزاعات بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي، الأمر الذي فتح المجال لإعمال هذا الشرط من قبل محاكم التحكيم.

---

[124] - بن كرو حسينة، بن علي سليمة، المرجع السابق، ص 38.

[125] - علي صادق أبو هيف، **القانون الدولي العام**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص. 490.

[126] - صدر القرار في الإختصاص بتاريخ 2000/10/25 ويمكن الإطلاع عليه على الموقع الإلكتروني: www.worldbank.org/icsid

تتلخص وقائع هذه القضية في قيام مواطن أرجنتيني يدعى السيد maffezini بتقديم طلب التحكيم أمام المركز الدولي في تاريخ 30أكتوبر1997 مطالبا تعويض عن خسائر التي لحقت إستثماره نتيجة تصرفات الشركة الإسبانية (SODIGA) نظرًا لعدم وفاء الحكومة الإسبانية بإلتزاماتها المقررة وفقا لأحكام الإتفاقية الثنائية المبرمة بينها وبين الأرجنتين بتاريخ 03أكتوبر1991.

حيث أسس السيد maffezini دعواه إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في الإتفاقية الثنائية القائمة بين دولته و الدولة المضيفة مستندًا في ذلك على الإتفاقية الثنائية المبرمة بين إسبانيا والشيلي، بموجب هذه الإتفاقية منحت إسبانيا إمتيازات خاصة لإستثمارات رعايا الدول الشيلي.

مما يعني منح إسبانيا الإمتيازات لمستثمري الأرجنتين بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية، حيث تنص المادة 10 من الإتفاقية المبرمة بين إسبانيا والأرجنتين على أنه لا يمكن البدء في إجراءات التحكيم إلا بعد عرض النزاع على القضاء الداخلي أولاً وبعد مرور 18 شهرًا دون الفصل فيه، مع ذلك لم يقوم السيد maffezini الإلتزام بالإجراءات الواردة في هذه الإتفاقية مستندًا في ذلك على نص المادة 2/105 من الإتفاقية المبرمة بين إسبانيا والشيلي التي لم تشترط سوى 6 أشهر من قيام النزاع ليتم من خلالها محاولة إيجاد تسوية ودية للنزاع قبل اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي. واعتبر المدعي أن وضعية الاستثمارات الشيلية في إسبانيا أفضل من وضع الإستثمارات الأرجنتينية، مما يسمح له بالإستناد إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية الواردة في إتفاقية إسبانيا مع الأرجنتين بعد مرور 6أشهر من مرور النزاع.

ردت الحكومة الإسبانية على طلبات المدعى التي اعتمد عليها بعدم جواز تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في إتفاقية إسبانيا والارجنتين على نصوص تسوية النزاعات بين الدولة المضيفة والمستثمر الأرجنتيني، معتبرة أنه شرط معلق بأحكام الحماية الموضوعية ولا يشمل الأحكام الإجرائية[127].

[127] - طه أحمد على قاسم، المرجع السابق، ص 288- 289.

رفضت هيئة التحكيم المشكلة في قضية maffezini، الدفع المقدم من طرف الحكومة الإسبانية مستندة إلى بعض القضايا المعروضة على القضاء والتحكيم الدوليين منها قضية Ambatielos، حيث إعتبرت لجنة التحكيم إدارة العدالة تحمي حقوق التجار وهي جزء من مجموعة القواعد المتعلقة بحماية ومعاملة الأجانب.

تمسكت هيئة التحكيم بنفس الحكم السابق حيث أكدت على أهمية إحترام إرادة الدول المتعاقدة والخيار الذي تتمتع به في مجال حصر نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار المزايا الموضوعية أو شموله كذلك المزايا الإجرائية. أما في حالة عدم النص على هذا التحديد، ترى هيئة التحكيم أن هناك أسباب معقولة لإعتبار الأحكام الإجرائية وثيقة الإرتباط بالمسائل الخاصة بحماية المستثمرين.

إنتهت المحكمة إلى جواز إمتداد إعمال النصوص المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار الواردة بإحدى الإتفاقيات إلى المستثمرين المخاطبين بأحكام إتفاقية أخرى إذا كان النص المراد تطبيقه يمنح حماية أفضل للمستثمر من النص الوارد في الإتفاقية التي تربط دولته بالدولة المضيفة، ولتبرير هذا الموقف عملت المحكمة على وضع قيد لإعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية، بحيث ترى أنه يجب أن لا يؤدي تطبيق هذا الشرط إلى الإخلال بإعتبارات النظام العام للدولة المضيفة[128].

ثانيا: حالات عدم قبول الأخذ بشرط الدولة الأولى بالرعاية.

بعد الحكم الصادر بقضية maffezini، أصبح المستثمرون الأجانب يؤسسون عدم إحترامهم للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في الإتفاقيات الدولية على شرط الدولة الأولى بالرعاية، وعلى هذا عرفت محاكم التحكيم المشَكلة في إطار المركز الدولي تطورًا جذريًا حيث رفضت إعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية، ويظهر ذلك من خلال قضية palma consortium limited ضد

[128] - أنظر: قبايلي طيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى**، المرجع السابق، ص 185.
وكذلك: بن كرو حسينة ،بن علي سليمة، المرجع السابق، ص 39.

بلغاريا[129]، إذ تتلخص وقائع هذه القضية في قيام الكونسورسيوم القبرصي palma consortium limited بشراء الأصول المادية والمعنوية لمشروع Nova palma الذي كان يمتلك محطة لتكرير الزيوت، لكن الحكومة البلغاريا إتخذت إجراءات لإعاقة المشروع نظرًا لأهمية هذا القطاع مما أدى الكونسورسيوم القبرصي الدفع باللجوء إلى التحكيم في 2003/08/19 لمطالبة حكومة بلغاريا بالتعويض على أساس الإتفاقية الثنائية المبرمة بين بلغاريا وقبرص وإتفاقية ميثاق الطاقة لسنة 1994[130].

لم تتضمن الإتفاقية الثنائية بين بلغاريا وقبرص ما يفيد رضا بلغاريا اللجوء إلى التحكيم وهذا حسب نص المادة 4 التي أكدت أنه يتم تسوية المنازعات المتعلقة بتقدير التعويض المستحق في حالة نزع الملكية عن طريق هيئة تحكيم بعد فشل المفاوضات حول تحديد قيمة التعويض خلال 3أشهر، لكن رغم هذا أسس الكونسورسيوم رضا الدولة بالتحكيم أمام المركز إستنادًا إلى المادة 26 من إتفاقية ميثاق الطاقة التي تقر بأحقية مواطني دول الأطراف في الميثاق برفع نزاعاتهم على حكومات الدول إلى محاكم التحكيم، كما إستند المدعى إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في إتفاقية بلغاريا وقبرص لإثبات رضا الدولة بالتحكيم معتبرا أنه يترتب من إعمال هذا الشرط إمكانية إستفادته من نصوص تسوية النزاعات الوارد في الإتفاقيات الأخرى التي أبرمتها حكومة بلغاريا.

إعتمد المدعى على الإتفاقية الثنائية التي أبرمتها بلغاريا وفنلندا عام 1997 للمطالبة بإعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية، إذ بموجب هذه الإتفاقية وافقت بلغاريا اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية جميع النزاعات التي تثور أمام مستثمري دولة فنلندا، حيث إعتبر المدعى هذا النص أفضل من الإتفاقية المبرمة بين بلغاريا وقبرص، لأنه يتضمن تسوية كافة الخلافات عن طريق التحكيم أمام المركز وليس نوع معين فقط منها[131].

إعترضت حكومة بلغاريا على إختصاص المركز عن طريق إعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية، حيث دفعت بإستحالة إستخلاص رضائها بالتحكيم أمام المركز الدولي للفصل في طلبات

[129] - صدر القرار في الإختصاص بشأن القضية في 2005/02/08 ويمكن الإطلاع علية في موقع المركز : www.worldbank.org/icsid

[130] - طه أحمد على قاسم، المرجع السابق، ص 387.

[131] - داليا عبد العطي حسين علي، المرجع السابق، ص.ص 433- 434.

الكونسورسيوم القبرصي إنطلاقا من الإرادة التي عبرت عنها في الإتفاقيات الأخرى، كما إعتبرت أن نطاق هذا الشرط لا يشمل نصوص تسوية المنازعات.

ردت هيئة التحكيم على أسانيد المدعى ودفوع المدعى عليه بشأن إعمال شرط الدولى الأولى بالرعاية، بالتأكيد على أن التراضي هو الأساس الذي يقوم عليه التحكيم، حيث يتعين أن يكون التعبير عنه واضحًا، وهذا ما أدى بالمحكمة إلى تحفظها من شرط الدولى الأولى بالرعاية، حيث وضحت أنه لكي يستفيد منه المتمسك به لابد أن تكون الإشارة إلى ذلك صريحة وواضحة وليست ضمنية[132].

هكذا ترى محكمة التحكيم عدم سريان شرط الدولة الأولى بالرعاية على نصوص تسوية النزاعات ما لم يعبر الطرفان عن ذلك صراحة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أكدت أنه في حالة صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية صياغة عامة لا تدل على إستبعاد نصوص تسوية النزاعات، فإن ذلك لا يؤدي إلى إعمال هذا الشرط على تلك النصوص[133].

أسست المحكمة موقفها بشأن عدم جواز إستخلاص الدولة باللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي من خلال إعمال شرط الدولى الأولى بالرعاية على أنه يجب إحترام إرادة الأطراف بشأن مسألة الآلية التي يتم بموجبها تسوية النزاعات والمعبر عنها في إطار الإتفاقيات الثنائية، بحيث لا يمكن إفتراض إرادة أخرى من خلال إعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية[134].

إنتهت المحكمة أخيرًا بالإقرار على عدم جواز تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في الإتفاقية المبرمة بين بلغاريا وقبرص، بمثابة رضا بالتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار إذ لا يمكن للمدعى الإستناد على هذا الشرط للوصول إلى نتيجة أن المدعى عليها قد عبرت عن رضائها بالتحكيم في إطار نصوص إتفاقية أخرى، حيث إستخلصت المحكمة ذلك بعبارت واضحة جاءت في نص الفقرة 227 من القرار السابق[135].

---

[132] - راجع الفقرة 212 من القرار الصادر في الاختصاص في 2005/02/08.

[133] - الفقرة 204 من نفس القرار.

[134] - الفقرة 209 من نفس القرار السابق.

[135]- the tribunal concludes that the MFN provision on the Bulgaria- cyprus BIT cannot be interpreted as providing consent to submit a dispute under the Bulgaria-cyprus BIT to ICSID arbitration and that the claiment

الفرع الثالث

إختصاص المركز رغم الإتفاق على آليات أخرى لتسوية النزاعات

يتم إنعقاد إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار حسب الصورة العادية في تعبير الأطراف المتنازعة عن إرادتها للجوء إلى قضاء تحكيم هذه الجهة في الأداة القانونية التي تربطها، مع الأخذ بالشروط المنصوص في إتفاقية واشنطن.

إلا أنه وبالنظر إلى إستخلاص الإجتهاد التحكيمي للمركز موافقة الأطراف على التحكيم أمامه إنطلاقًا من الصور المستحدثة للتراضي، خاصة بالإستناد إلى الإتفاقيات الثنائية للإستثمار، توسعت دائرة إختصاص المركز الدولي[136]، بحيث إمتدت إلى كل حالات فض المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة سواء في إطار علاقة عقدية أو دونها، فإذا كان إختصاص المركز بناء على إتفاق صريح بين الأطراف لا يثير أي إشكال، فإن الإشكال المطروح يكمن في الحالة التي تتضمن إتفاقية الإستثمار القائمة بين دولة المستثمر والدولة المضيفة نصّا متعلقًا بتسوية المنازعات، من خلاله يستند الإختصاص للمركز الدولي في حين ينص عقد الإستثمار المبرم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها العامة على آلية أخرى لتسوية النزاعات المتعلقة بهذا العقد، فهل يعتد في هذه الحالة على بند تسوية النزاعات الواردة في عقد الإستثمار أم يسري على ذلك نص الإتفاقية.

تعرض قضاء المركز لهذه الإشكالية في عدة قضايا معروضة عليه، وذلك من خلال التفرقة والتمييز بين الحالة التي لا تكون الدولة المضيفة طرفًا مباشرًا في عقد الإستثمار، بل أحد هيئاتها العامة، أو مؤسساتها وبين الحالة التي تكون الدولة المضيفة كطرف مباشر في عقد الإستثمار مع المستثمر الأجنبي.

---

cannot rely on dispute sattlement provision in other BITS to wich bulgaria is a contrating party in the present case.

[136] - نظرًا للعدد الهائل من الإتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الإستثمار المبرمة بين الدول والتي تتضمن إمكانية اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي إستنادًا إلى إيجاب الدولة المعبر عنه في النصوص تسوية المنازعات.

أولا: حالة إبرام عقد الإستثمار مع إحدى الهيئات العامة التابعة للدولة.

ميزت المحاكم المشكلة في إطار قضاء تحكيم المركز الدولي إنطلاقا من القضايا المعروضة عليه بين طلب التحكيم المؤسس على إتفاقية الإستثمار التي تتضمن إحالة تسوية النزاعات على المركز الدولي وبين طلب التحكيم الذي يستند إلى الإخلال بالعقد المبرم بين المستثمر وإحدى هيئات الدولة العامة الذي يتضمن وسيلة أخرى لتسوية نزاعات الإستثمار، وبالتالي يتم التفريق بين منازعات الإتفاقية ومنازعات العقد[137].

من بين القضايا التي عرضت على المركز نجد قضية italstrade spa و salini constructori ضد المملكة المغربية التي تتلخص وقائعها في ابرام عقد بين الشركة المغربية للطرقات (شركة عامة) والشركتين الإيطاليتين italstrade و salini لتشيد الطريق السريع الرابط بين فاس والرباط.

ثار نزاع بين الطرفين حول الحساب الختامي للأشغال مما أدي بالشركتين للجوء إلى تحكيم المركز الدولي للمطالبة بالتعويض على أساس المادة 8 من الإتفاقية الثنائية المبرمة بين إيطاليا والمملكة المغربية الخاصة بتشجيع وحماية الإستثمار التي تتضمن نصّ متعلق بتسوية النزاعات بموجبه وافقت الدولتان المتعاقدتان على اللجوء إلى المركز كأحد الوسائل المتاحة للمستثمر الأجنبي، بعد النظر في حجج الأطراف المتنازعة أصدرت محكمة التحكيم قرارها في الإختصاص في 2001/07/23.

قامت المدعى عليها بإثارة دفع بعدم إختصاص محكمة التحكيم للفصل في النزاع القائم بين الطرفين حيث إستندت في ذلك على سببين أساسين، يتمثل الأول بتنازل المدعى عن تحكيم المركز الدولي بموجب العقد المبرم بين الطرفين على إسناد الإختصاص للفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ أو تفسير العقد للمحاكم الوطنية بالمغرب، أما السبب الثاني يتمثل في كون النزاع لا يتعلق بخرق الإلتزامات الواردة في الإتفاقية وإنما يتعلق بالإخلال بالإلتزامات الواردة في بنود العقد المبرم بينهما.

[137] - قبايلي طيب، **التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى**، المرجع السابق، ص.ص 193- 195.

رفضت المحكمة الأسباب المعتمد عليها من طرف المملكة المغربية للدفع بعدم الإختصاص، حيث ردت على السبب الأول بأن أساس الإختصاص مستمد من التراضي الكتابي، كما إعتبرت أن النص الوارد في الإتفاقيات والذي يمنح إختصاص الفصل في النزاع للمركز الدولي أسمى من النص الوارد في العقد الذي يتضمن إختصاص القضاء الداخلي، الأمر الذي أدى بالمحكمة إلى عدم إعتبار النص الوارد في بنود العقد تنازلاً عن منح الخيار عن تسوية النزاع بمقتضي الإتفاقية.

كما رفضت المحكمة السبب الثاني، حيث ميزت بين الحالة التي تكون فيها الدولة كطرف في عقد الإستثمار أين يطبق نص تسوية النزاع الوارد في الإتفاقية، إذ يختص المركز في جميع الإخلالات المنسوبة للدولة سواء كانت المنازعة متعلقة بالعقد أو الإتفاقية، أما الحالة الثانية فتخص تلك التي لا تكون فيها الدولة طرفًا في العقد، بل أحد هيئاتها العامة ففي هذه الحالة لا يختص المركز بالمنازعات الناشئة عن الإخلال بالعقد إلا إذا شكلت إخلالاً بنصوص الإتفاقية المبرمة مع دولة المستثمر[138].

ثانيا: حالة إبرام عقد الاستثمار مع الدولة المضيفة

تعرضت هيئات التحكيم إلى العديد من القضايا المعروضة عليه في هذا الشأن ولتوضيح موقف محاكم تحكيم المركز الدولي بشأن إختصاصها للفصل في منازعات عقود الإستثمار التي تثور بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة رغم وجود بند تسويتها يحيل الإختصاص بشأنها أمام جهة قضائية أخرى غير المركز الدولي.

من بين هذه القضايا قضية RFCC ضد المملكة المغربية، التي تتلخص وقائعها في إبرام الشركة العامة للطرقات المغربية عقد مع كونسورسيوم إيطالي متكون من 5 شركات بهدف تشييد جزء من طريق سريع بالمغرب، يتضمن هذا العقد بندًا لتسوية النزاعات المتعلقة بتنفيذه أو تفسيره، يسند الإختصاص بشأنها إلى المحاكم الإدارية المغربية بموجب المادة 52 من الشروط العامة.

[138] - داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص 439.

وبعد قيام نزاع حول الحساب الختامي للأشغال، قام الكونسورسيوم الإيطالي بتقديم طلب تحكيم أمام المركز الدولي مستندًا في ذلك على نص المادة 8 من الإتفاقية الثنائية المبرمة بين المغرب وإيطاليا، التي تتيح الخيار للمستثمر الأجنبي الإختيار بين اللجوء إلى القضاء الداخلي أو طلب تحكيم المركز الدولي أو التحكيم الحر,تمسكت محكمة التحكيم بإختصاصها بالنظر في النزاع بموجب قرارها الصادر في 2001/07/17[139].

تقدمت الحكومة المغربية بالدفع بعدم إختصاص المركز للنظر في النزاع لوجود شرط تسوية النزاعات في العقد المبرم بين الطرفين، الذي يتضمن إختصاص القضاء الداخلي للدولة المضيفة، حيث إعتبرت موافقة المدعى على هذا الشرط هو بمثابة تنازل عن إمكانية اللجوء على التحكيم، بينما ذهب الكونسورسيوم الإيطالي إلى التأكيد على إختصاص المركز للفصل في النزاع، لكون إختصاص المركز يمتد إلى المنازعات الناشئة عن العقد وكذا المنازعات الناشئة عن الإتفاقية وأنه في كل الأحوال فإن طلباته مؤسسة على الإخلال ببنود الإتفاقية[140].

أخيرا قررت هيئة التحكيم رفض الدفع المقدم مؤكدة ما توصلت إليه محاكم تحكيم المركز في إجتهادها حول هذه المسألة، حيث أقرت بأن نص المادة 8 من إتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين إيطاليا والمغرب جاء عام يشمل كافة المنازعات المتعلقة بالإستثمارات حيث إعتبرت المحكمة أن عمومية النص لا يستبعد النزاعات الناشئة عن العقد، لكن يستوجب أن تكون الدولة طرف مباشر في العقد، أما إذا كان العقد مبرم بين المستثمر وإحدى الهيئات العامة، فإنه يمتد إختصاص المركز إلى المنازعات الناجمة عن الإخلال بالعقد إذا كان يشكل في ذات الوقت إخلالاً بنصوص الإتفقاقية ويمتد الإختصاص إلى المنازعات الناجمة عن الإخلال بالإتفاقية[141].

[139] - أنظر القرار الصادر في الإختصاص بتاريخ 2001/07/17 في قضية (ARB/00/05) RFCC C/Maroc المنشورة في موقع المركز : www.worldbank.org/icisd/cases

[140] - راجع الفقرة 30 من القرار السابق ذكره.

[141] - راجع الفقرة 68 من نفس القرار.
كذلك: بن كرو حسينة، بن علي سليمة، المرجع السابق، ص. 43.

المطلب الثاني

تقييم نظام تكوين التراضي وفقا للصور المستحدثة

بعد إستحداث صور جديدة للتراضي على اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار CRDI.

يدفعنا إلى التساؤل ما مدى توافق هذه الطرق للتعبير عن الإرادة مع واضعي إتفاقية واشنطن؟ وما هو موقف الفقه من ذلك؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يجب علينا الفصل بين قبول المستثمر وإيجاب الدولة وذلك بالتطرق إلى كل إرادة على حدى.

الفرع الأول

الموقف المتخذ بشأن إيجاب الدولة

لم تتعرض المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن لشروط خاصة بشأن التراضي إلا من خلال النص على شرط الكتابة حيث يختص المركز في المنازعات التي اتفق الاطراف كتابة إحالتها إلى المركز الدولي، إذن فهل يمكن إستخلاص الصور المستحدثة للتراضي بناءًا على نص المادة 1/25 من الإتفاقية.

بما أن المركز الدولي أنشأ على حساب إتفاقية دولية، فيتعين تغير أحكامها على ضوء تفسير الإتفاقيات الدولية وفقًا لما جاء في إتفاقية فينا عام 1969، حيث نصت المادة 31 على تفسير نصوصها بحسن نية، إلا أن المادة 32 من نفس الإتفاقية تسمح باللجوء إلى الأعمال التحضيرية لتأكيد المعنى المتوصل إليه للمادة 31[142] وعلى هذا، فالتأكد من مدى إمكانية

[142] - تنص المادة 32 من إتفاقية فينا بشأن قانون المعاهدات على: "يجوز الإلتجاء إلى وسائل مكملة للتفسير بما في ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدة والظروف الملابسة لعقدها وذلك لتأكيد المعنى الناتج عن تطبيق المادة 31 أو لتحديد المعنى، إذا أدى التفسير وفقا للمادة 31 إلى:
أ) بقاء المعنى غامض أو غير واضح.
ب) أو أدى إلى نتيجة غير منطقية أو غير معقولة".

إستخلاص إيجاب الدولة من النصوص الداخلية والإتفاقية سنتطرق إلى موقف واضعي إتفاقية واشنطن من خلال الأعمال التحضيرية للإتفاقية وموقف بعض المعلقين عليها.

أولا: مناقشة عرض الدولة المنفرد من خلال الأعمال التحضيرية للإتفاقية

خلال المناقشات الدائرة بين الدول حول إعداد إتفاقية واشنطن طرحت حالة رضا الدولة بتحكيم المركز في تشريعها الداخلي والإتفاقيات الدولية التي تبرمها مع الدول، وهذا ما أدى بالقول أنه في الأعمال التحضيرية للإتفاقية لم يكن إستخلاص إيجاب الدولة على اللجوء إلى التحكيم المركز غائب.

على هذا تم التأكيد في تقرير المديرين التنفيذيين للبنك العالمي على إمكانية تعبير الدولة عن موافقتها على التحكيم، حيث أكدوا صراحة عدم إشتراط وثيقة واحدة لكي يعبر الطرفان عن رضائهما بالتحكيم، كما تضمن هذا التقرير إمكانية تعبير الدول عن رضاها في قانونها الداخلي الخاص بالإستثمار[143].

من خلال ما تقدم يتبين أن الاعمال التحضيرية للإتفاقية قد تعرضت لحالة التراضي المنفصل، حيث تم التطرق إلى هذا التراضي منذ المشروع التمهيدي لها، حيث ترى B.STERN في هذا الشأن المشروع التمهيدي لإتفاقية واشنطن هو أساس التطور الحاصل في إستخلاص الصور الحديثة للتراضي.

إضافة إلى هذا نجد المستشار القانوني للبنك الدولي A. Broches يرى أنه لا يمكن إجبار أي دولة موقعة على اللجوء إلى تسهيلات المركز، كما أنه لا يمكن لأي مستثمر أجنبي إتخاذ إجراءات ضد الدولة من غير إتفاق الطرفين على ذلك.

أما عن التراضي المنفصل أي الذي تبديه الدولة بشكل إنفرادي فقد إعتبره المستشار القانوني كحالة إستثنائية لا تعني جميع المستثمرين ولا تخص جميع منازعات الإستثمار، بل تتضمن طائفة

[143] - تم النص على ذلك في المادة 24 من تقرير المديرين التنفيذيين للبنك العالمي المرفق بالإتفاقية.

معينة من المنازعات ومجموعة من المستثمرين الذي تتوافر فيهم الشروط المطلوبة وفقا للقانون الداخلي للدولة.

ثانيا: اعتبار عرض الدولة وسيلة إستثنائية.

يعتبر التراضي المستخلص من نص داخلي أو إتفاقية دولية حسب الأعمال التحضيرية لإتفاقية واشنطن، وسيلة إستثنائية يستند عليها إختصاص المركز[144].

أكد على هذا الطابع الاستثنائي معدي الإتفاقية التي جمعت بين وفود الدول المشاركة في مناقشة مشروعها، حيث يسعى هؤلاء إلى طمأنة الدول خاصة النامية التي تخشى من تحول تعهدها إلى وسيلة ضغط في يد المستثمرين الأجانب، حيث أكدَ A. Broches أنه لم يتم النص على هذه الوسيلة للتعبير عن الرضا لأنها ليست الطريقة التي تتعامل بها الدول مع المستثمرين الأجانب، لكن الواقع أثبت عكس ذلك، حيث أدى الإجتهاد التحكيمي للمركز الدولي إلى قلب الأمور إذ أصبح اللجوء إلى التحكيم بناءًا على القوانين الداخلية للدول المضيفة والإتفاقيات الدولية التي تبرمها هي الأصل وليست الإستثناء.

أما من جانب الفقه فقد تولي الأستاذ M.AMADIO دراسة الرضا الصادر من الدولة تحت تسمية التراضي المنفرد، حيث إعتبر هذه الحالة هي تلك المنصوص عليها في المادة 4/25 من إتفاقية واشنطن، إذ يرى أنها لا تشكل الرضا المنصوص عليه في المادة 1/25 من الإتفاقية، كما إعتبر أن التراضي المنفرد لا يلزم الدولة باللجوء إلى المركز، حيث إعتبر الإعلان المنفرد هو عبارة عن رضا مبدئي إذ تتمتع الدولة بموجبه بالحرية الكاملة باللجوء إلى المركز من عدمه.

كما يرى الأستاذ P.REUTER في مقاله حول إختصاص المركز الدولي أن اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي يكون بموجب إتفاق بين الدولة والمستثمر من خلال شرط أو مشارطة التحكيم، وأما في حالة تعبير الدولة عن إيجابها في تشريع داخلي فقبول المستثمر لهذا الإيجاب

[144] - داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص 410.

يكون بموجب تقديم طلب الحصول على ترخيص بالإستثمار أو إبرام عقد الإستثمار مع الدولة المضيفة وبنفس الوسائل القانونية يتم الإيجاب الوارد في إتفاقية دولية متعلقة بالإستثمار[145].

الفرع الثاني

الموقف المتخذ بشأن قبول المستثمر

ينتج أثر قبول المستثمر للإيجاب الصادر عن الدولة الوارد في التشريع الداخلي أو الإتفاقية الدولية، بمجرد تقديم طلب التحكيم أي إيداع العريضة من غير إشتراط صدور هذا القبول قبل إحالة النزاع أمام المركز.

على هذا فما مدي إتفاق هذا الموقف مع النصوص الواردة في إتفاقية واشنطن؟ وما هو موقف الفقه بشأن قبول المستثمر من حيث الوقت الذي يتعين الإعتداد به للقول بأن المركز مختص؟

أولا: الحل الوارد في نصوص الإتفاقية

حسب المادة 2/28 و2/36، نجد أن المادتين تضمنتا صراحة البيانات الواجب توافرها في الطلب المقدم أمام المركز لتسوية النزاع القائم بين الطرفين، إذ إشترط أن يتضمن الطلب (عريضة التحكيم) معلومات تتعلق بالنزاع، وهوية الأطراف ورضائهم باللجوء للتحكيم أمام المركز الدولي وفقا للنصوص الإجرائية الواردة في لائحة رفع الدعاوى التي تتضمن نصوص خاصة بهذا الشأن.

حسب ما تقدم فإنه تم إشتراط بيان ميعاد التراضي والوثيقة الذي تم التعبير عنه فيه، ضف إلى ذلك فإن التقرير المرفق بالإتفاقية تضمن وجوب تحقيق التراضي على إختصاص المركز صراحة قبل إخطاره بطلب تسوية النزاع حيث نرى في التقرير:

[145] - قبايلي طيب، **التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى**، المرجع السابق، ص.ص 172- 173.

"la consentement des parties doit avoir était donnée avant que le centre ne soit saisi"[146]

يتبين من خلال النصوص السابقة أن الإتفاقية فصلت بين التراضي حسب المادة 1/25 وبين طلب التحكيم كإجراء مستقل للتسوية أمام المركز، وعلى هذا فيجب بنا القول على ضرورة وجود التراضي قبل تقديم طلب التحكيم، لأنه يتضمن هذا الطلب معلومات وبيانات لا يمكن توافرها إلا إذا عبرا عن إرادتهما المتطابقتان على اللجوء إلى المركز قبل إحالة النزاع اليه.

ثانيا: موقف الفقه.

يرى جانب من الفقه عدم إتفاق قبول المستثمر من خلال تقديم طلب التحكيم مع إتفاقية واشنطن.

إذ يرى الأستاذ W.BEN HAMIDA أن هذا القبول هو قبول ضمني، إذ يكفي القول بإكتمال ركن تراضي لجوء المستثمر إلى هيئة التحكيم من غير أن يعبَر عن إرادته صراحة، الشيء الذي يراه الأستاذ مخالف وغريب عن نصوص إتفاقية واشنطن[147].

أما البعض الأخر يرى أنه قد ينص قانون الإستثمار الداخلي على وسيلة معينة لقبول المستثمر، منها قبول إيجاب الدولة في طلب الإعتماد الذي يتقدم به المستثمر، وتم طرح التساؤل حول مدى إعتبار تقديم طلب الحصول على الإعتماد قبولاً من المستثمر أم يستوجب على الدولة الموافقة على تقديم الإعتماد ليكتمل ركن التراضي.

أجاب صاحب الرأي أن الموقف يتخذ من الصياغة المعتمدة في النص القانوني الداخلي، فقد يستخلص منه أن إيجاب الدولة نهائي لا يمكن العدول فيه في حالة تقديم المستثمر بطلب الإعتماد، كما يمكن الإستخلاص أيضا أنه لن يكتمل التراضي إلا بعد موافقة الدولة منح المستثمر الإعتماد[148].

[146] - أنظر الفقرة 24 من تقرير المديرين التنفيذين للبنك العالمي المرفق بالإتفاقية.

[147] - BEN HAMIDA Walid, op.cit, p.166.

[148] - داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص.ص 414، 415.

من خلال ما تقدم نصل بالقول أن رغم اعتبار حالات تأسيس إختصاص المركز الدولي على النصوص التشريعية الداخلية للدول والإتفاقيات الدولية حالات إستثناء لا يمكن لها أن تصبح القاعدة والأصل، إلا أنه لم يجسد ذلك بل الواقع أثبت العكس، إذ أصبح الاختصاص يسند إلى المركز بمجرد توفر إشارة إليه في أية أداة قانونية.

إضافة إلى أنَ الإعتداد بقبول المستثمر الأجنبي من خلال تقديم طلب التحكيم أمام المركز الدولي دون التعبير عنه كتابة قبل إخطاره يخالف مضمون الأحكام التي تضمنتها إتفاقية واشنطن و التقرير المرفق بالإتفاقية المعدة من قبل واضعيها.

خاتمة

خاتمة

من خلال ما سبق، نصل إلى القول أن تسوية نزاعات الإستثمار عن طريق التحكيم الدولي قد شكل حقيقة ثابتة وواقعًا لا يمكن تجاهله، إذ ساهم بشكل كبير في حل منازعات الاستثمار الأجنبي[149] خاصة التحكيم تحت مضَلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي يعد الوسيلة الأمثل لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار نظرًا للمزايا العديدة التي يكفلها لجميع أطراف النزاع[150] وهذا ما يقدر النشاط المكثف الذي يعرفه المركز الدولي حيث إرتفع معدل القضايا المعروضة عليه ضف إلى تعدد قطاعات النشاط التي تدخل المركز لتسوية النزاعات القائمة بشأنها.

لكن نتيجة التطور في توسيع نطاق اختصاص المركز الدولي نتيجة استخلاص قضاء محاكم التحكيم الدولي رضا الدول المتعاقدة باللجوء إلى تحكيم المركز من نصوص قوانينها الداخلية واتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمارات التي تبرمها مع الدول الأخرى، أدى هذا الاجتهاد لقضاء التحكيم إلى إضعاف موقف الدول المضيفة خاصة النامية منها، حيث أصبح الحق في اللجوء إلى المركز الدولي بناء على هذه الصور المستحدثة للتراضي مقتصرًا على المستثمرين الأجانب وحدهم فقط، فلم تعد الدول المضيفة تستطيع مقاضاة المستثمر الأجنبي وفقا لهذه الصور، الأمر الذي يجعلها دائما الحلقة الأضعف وتكون دائما المدعى عليها، حيث تعتبر هذه الطريقة في استخلاص التراضي على التحكيم إجحافًا في حق الدول لما تحمله من عدم التوازن في مصالح الأطراف المتنازعة وانعدام المماثلة في طلب التحكيم.

لقد ترتب عن هذا العديد من المشاكل التي تتمثل في إختلال التوازن بين الدولة والمستثمر الأجنبي الذي أصبح له الحق وحده في إقامة دعوى التحكيم ضد الدولة خلافًا على ما نصت عليه المادة 25 من اتفاقية واشنطن، مما أدى إلى تكييف هذا الأسلوب في اللجوء إلى قضاء التحكيم "بالتحكيم دون اتفاق".

---

[149] - بقة حسان، **الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عام، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص 134.

[150] - حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص. 532.

خاتمة

أدى هذا التطور في استخلاص رضا الطرفين على اللجوء إلى التحكيم سواء في النصوص الداخلية أو الاتفاقيات الدولية إلى عدم التفرقة بين التحكيم والقضاء، حيث أصبح طلب التحكيم مماثل لطلب القضاء أي يتم بمجرد تقديم أحد الأطراف لطلبه بعدما كان هذا الإجراء هو الفاصل بينهم، إذ التحكيم يطلب وفقا لإرادة الطرفين أما القضاء يتم بمجرد طلبه من أحد الأطراف أي إرادة واحدة .

من خلال الأحكام الصادرة من محاكم تحكيم المركز الدولي خاصة في قضيتي SPP وAAPL، يظهر أن محاكم التحكيم مصَرة على قبول اللجوء إلى التحكيم دون اتفاق مسبق أي التحكيم الانفرادي رغم الانتقادات الموجهة لهذا النظام.

في الأخير نقول أن التحكيم الانفرادي يخالف ما هو منصوص عليه في اتفاقية واشنطن، هذا لأن الدول المضيفة من خلال هذا العرض العام الذي تجسده سواء في قوانينها الداخلية أو الاتفاقيات الدولية التي تبرمها تريد فقط تحقيق مناخ من الثقة والاطمئنان للمستثمر الأجنبي، ولا يعني عدم الامتثال للشروط المتطلبة في اتفاقية واشنطن.

نظرًا لهذا الوضع الذي يشهده التحكيم بين الدول ورعايا الدول الأخرى تحت إشراف المركز الدولي، على الدول توخي الحذر عند إعدادها للنصوص التي تتضمن الضمانات القضائية الممنوحة للمستثمرين الأجانب بوضع الضوابط المناسبة بشأن اللجوء إلى التحكيم ومحاولة تحقيق توازن بينها وبين المستثمرين الأجانب.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

I- الكتب:

1- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء1، النظرية العامة للإلتزام، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2008.

2- السيد المراكبي، التحكيم في دور مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية القاهرة، 2001.

3- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 2000.

4- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

5- جلال علي العدوي، أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

6- جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مضلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للتوزيع والنشر، الإسكندرية، 1995.

7- حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

8- حفيظة السيد الحدّاد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2001.

9- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

10- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

11- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحداث أحكام القضاء المصري، دار الشروق القاهرة، 2002.

12- سراج حسين محمد أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

13- صلاح الدين جمال الدين، نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 42 من اتفاقية مركز تسوية منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

14- صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الإستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.

15- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2008.

16- علاء محي الدين مصطفى أبو احمد, التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية، وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007.

17- عاطف شهاب، إتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي، (د.د.ن)، القاهرة، 2000.

18- علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

19- قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004.

20- محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

21- مخلوف أحمد، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

22- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1991.

23- هاني صلاح سري الدين، التحكيم في العقود الإدارية بين الحظر والإجازة مع إشارة خاصة لأحكام القانون المصري وأحكام التحكيم التجاري الدولي، التحكيم العربي وآفاق الألفية الثالثة، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، 2003.

II-الرسائل والمذكرات الجامعية :

1) رسائل الدكتوراه :

1- إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار، التجربة الجزائرية نموذجا رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وز، الجزائر،2007.

2- غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، 2004.

3- قبايلي طيب، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

4- داليا عبد المعطي حسين علي، التراضي كأساس لاتفاق التحكيم، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة، د س .

رقية رياض إسماعيل، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 2001.

5- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية الجزائر، 1999.

2) المذكرات :

أ- مذكرات الماجيستر:

1-بقة حسان، الأمن القانوني للإستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عام، تخصص قانون عام للأعمال كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010.

2-تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي: دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المقارن، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

3-حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

4-قبايلي طيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002.

5-منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، الجزائر، 2014.

6-ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، اليمن، 2006.

3 - مذكرات الماستر:

1-بن علي سليمة، بن كرو حسينة، خصوصية التراضي على التحكيم في منازعات الإستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2013.

III-المقالات و البحوث و المداخلات:

أ- المقالات

1- إبراهيم أحمد إبراهيم، "اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين الشمس للتحكيم، مجلة الدراسات القانونية"، كلية الحقوق، جامعة بيروت، عدد7، تموز يوليو، 2001.ص 123.

2-محمد فرحات،" قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التحكيم في عقود التجارة الدولية مجلة العلوم القانونية والاقتصادية "، جامعة عين الشمس، عدد1، القاهرة، 2001،ص ص 265-267.

ب-البحوث

حسام الدين الأهواني، المسائل القابلة للتحكيم , بحث مقدم في الدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمتها مركز تحكيم عين الشمس , القاهرة من 15 إلى 20 مارس 2002.

ج- المداخلات

1-حسين نوارة، تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للإستثمارات الأجنبية، أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 15-16 جوان، 2006.

2-محمد أبو العينين، الإتجاهات الدولية الحديثة في التحكيم والوسائل السليمة الأخرى لحسم المنازعات، بحث مقدم في الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، يومي 14-15 جوان 2006 جامعة بجاية، كلية الحقوق، غير منشور.

3- محمد أبو العينين، التحكيم الدولي ودوره في فض منازعات التجارة والإستثمار من واقع تجربة مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، بحث مقدم في مؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، الكويت، 1997.

IV-التشريعات الإتفاقية:

أ- الاتفاقيات الدولية :

1- اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والموقع عليها في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965، التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي346/95 ، المؤرخ في أكتوبر 1995،ج ر عدد 66 لسنة 1995.

2- اتفاقية نيويورك المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في1988/11/05 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ج.ر، عدد48 لسنة 1988.

ب- **النصوص الداخلية :**

1-أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني ج ر عدد 78 لسنة 1975 معدل ومتمم.

2-المرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 1982/04/10 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد 15 لسنة 1982(ملغى).

3-مرسوم تشريعي رقم09/93 مؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27 لسنة 1993،(ملغى).

4- أمر رقم 03/01 مؤرخ في 2011/08/20 يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47 لسنة 2003 (ملغى).

5-قانون رقم 09/08 مؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21 لسنة 2008.

V-مواقع الانترنت :

www.worldbank.org/ icsid

ثانيا : باللغة الفرنسية:

a) –Ouvrages :

1- TERKI Nour–Eddine : L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger, 1999.

2- TRARITANI Mostfa : Droit algérien de l'arbitrage commercial international, 1edition, Berti édition, Alger 2007.

b) – Thèses :

1- BEN HAMIDA Walid : L'arbitrage transnational unilatéral, thèse de doctorat, université panthéon Assas 2, Paris, 2003.

c) – Articles :

1- BEJAOUI Mohamed : "L'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international" : nécessité ou fatalité, Revue mutation n°3 Alger, 1994,PP 59-65.

2- BENCHENEB Ali : droit conventionnel des investissements, revue mutation N°4, Alger, 1994,PP 12-15.

3- ISSAD Mohand : arbitrage international : le nouveau droit algérien, revue mutation N°5,Alger,1995,PP 7 et s .

4- Oppetit Bruno : arbitrage et contrat d'état, l'arbitrage Framatome et autre C/Atomic Energy organization of Iran , j.d.i N°1 ,1984,P 37.

الفهرس

الموضوع الصفحة

مقدمة.....1

الفصل الأول: الاتفاق على الجوء إلى التحكيم في نزاعات الإستثمار 4

المبحث الأول: قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم..... 6

المطلب الأول: الشروط العامة للجوء إلى التحكيم 7

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية..... 7

أولا: التراضي..... 7

ثانيا: الأهلية. 9

ثالثا: المحل. 14

الفرع الثاني: الكتابة كشرط شكلي 16

أولا: موقف بعض التشريعات الداخلية من كتابة إتفاق التحكيم. 16

ثانيا: موقف بعض الاتفاقيات الدولية. 19

ثالثا: موقف المشرع الجزائري.....21

المطلب الثاني: خصوصية التراضي على التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار 21

الفرع الأول: التراضي وفقا للمادة 25 فقرة1 من اتفاقية واشنطن. 22

الفرع الثاني: التراضي وفقًا للمادة 25 فقرة4 من اتفاقية واشنطن. 24

الفرع الثالث: عدم جواز الطرف العام الدفع بعدم الأهلية بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم.....25

المبحث الثاني: الصور المستحدثة للتراضي. 28

المطلب الأول: التعبير عن الرضا في القوانين الداخلية.....28

الفرع الأول: قضية spp ضد جمهورية مصر. 29

الفرع الثاني: مدى اعتبار عرض الدولة إيجابًا. 31

المطلب الثاني: التعبير عن الرضا بموجب الاتفاقيات الدولية.....33

الفرع الأول: التعبير عن الرضا في إطار الاتفاقيات الثنائية. 34

أولا: بنود تسوية المنازعات في الاتفاقيات الثنائية. 35

ثانيا: تأسيس إختصاص المركز بناءًا على نصوص الاتفاقيات الثنائية.....36

الفرع الثاني: التعبير عن الرضا في إطار الاتفاقيات متعددة الأطراف.....37

أولا: الاتفاقيات حول ميثاق الطاقة TCE 38

ثانيا: إتفاق التبادل الحر لشمال أمريكاALENA 39

الفصل الثاني: آثار تكوين التراضي خلافا للطرق التقليدية.....40

المبحث الأول: الإشكالات الناجمة عن الصور المستحدثة للتراضي 41

المطلب الأول: المشاكل الناجمة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم.....41

الفرع الأول: التشكيك في أهلية الدولة الكاملة للجوء إلى التحكيم.....42

أولا: حجة أن القانون الوطني للدولة الطرف في الاستثمار لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود.....42

ثانيا: حجة أن أحكام القانون الوطني للدولة الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم لا يجيز مثل هذا الاتفاق.....45

الفرع الثاني: التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم.....47

المطلب الثاني: المشاكل الناتجة عن تمسك الدولة بحصانتها.....49

الفرع الأول: الحصانة ضد القضاء.....49

الفرع الثاني: الحصانة ضد التنفيذ.....52

المبحث الثاني: نتائج تكوين التراضي وفقا للصور الجديدة.....55

المطلب الثاني: توسيع نطاق إختصاص المركز الدولي بناءًا على الصور المستحدثة للتراضي.....55

الفرع الأول: إسناد الإختصاص من غير عقد.....56

أولا: النتائج المترتبة من استخلاص التراضي من نص قانوني داخلي أو اتفاقي.....56

ثانيا: تقييم قبول التحكيم دون اتفاق على ضوء اتفاقية واشنطن والإجتهاد التحكيمي.....57

الفرع الثاني: اختصاص المركز من خلال إعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية.....58

أولا: حالة قبول الأخذ بشرط الدولة الأولى بالرعاية.....58

ثانيا: حالة عدم قبول الأخذ بشرط الدولة الأولى بالرعاية.....60

الفرع الثالث: إختصاص المركز رغم الاتفاق على آليات أخرى لتسوية النزاعات.....63

أولا: حالة إبرام عقد الاستثمار مع إحدى الهيئات العامة التابعة للدولة 64

ثانيا: حالة إبرام عقد الاستثمار مع الدولة المضيفة.....65

المطلب الثاني: تقييم نظام تكوين التراضي وفقا للصور المستحدثة.....67

الفرع الأول: الموقف المتخذ بشأن إيجاب الدولة.....67

أولا: مناقشة عرض الدولة المنفرد من خلال الأعمال التحضيرية للإتفاقية.....68

ثانيا: إعتبار عرض الدولة وسيلة استثنائية.....69

الفرع الثاني: الموقف المتخذ بشأن قبول المستثمر 70

أولا: الحل الوارد في نصوص الاتفاقية.....70

ثانيا: موقف الفقه 71

خاتمة 73

قائمة المراجع.....75

الفهرس.....82

ملخص :

قصد تحسين محيط الإستثمارات الخاصة الأجنبية، أنشأت إتفاقية واشنطن التي أوجدت المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدوّل الأخرى .

في هذا الشأن،أوجدت الإتفاقية نظام مرن و مستقل عن كل نظام قانوني داخلي يسعى إلى تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف المتنازعة،لكن بظهور التحكيم بناءً على الصور المستحدثة للتراضي،خلاف الطرق التقليدية،أخذ التحكيم بين الدول و رعايا الدول الأخرى تطورًا جديدًا في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار،إذ يظهر من إجتهاد قضاء تحكيم المركز الدولي تغير ملحوظ للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات،بحيث يوّسع هذا الإجتهاد التحكيمي من حماية المستثمر يحّد من حقوق الدولة المضيفة،الأمر الذي يتعارض مع التوازن المنشود من قبل واضعي إتفاقية واشنطن.

Résumé **:**

Dans le but d'améliorer l'atmosphère des investissements privés étrangères, cela a mis en place l'accord de Washington, conclue sous les auspices de la banque mondial, crée le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats

A cet égard, la convention à établie un mécanisme d'arbitrage souple et indépendant de chaque système juridique interne qui vise a atteindre un équilibre entre les intérêts des parties aux différends ,mais a l'émergence de l'arbitrage sur la base d'instruments nouveaux , l'arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etas a pris un essor potentiel nouveaux dans le cadre de CIRDI

Il ressort de la jurisprudence d'arbitrage du centre international un changement significatif de l'arbitrage comme un moyen de résoudre les différends, il élargit la protection des investisseurs et limite les droit du pays d'accueil ce qui est contraire à l'équilibre recherché par les rédacteurs de la convention de Washington.