جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية –

كلية الحقوق و العلوم السيا سية

قسم القانون الخاص

خصوصية التراضي على التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق.

تخصص القانون الخاص الشامل

من اعداد الطالبتان:

- بن علي سليمة
- بن كرو حسينة

اشراف الأستاذ :

تعويلت كريم

لجنة المناقشة :

الأستاذ : .....رئيسا.

الأستاذ: .....مشرفا.

الأستاذ:.....ممتحنا.

السنة الجامعية 2012-2013

بسم الله الرحمان الرحيم

"الله نور السموات و الأرض مثل نوره كمشوة فيها مصباح المصباح في زجاجة الزجاجة كأنها كوكب درئ يوقد من شجرة مباركة زيتونة لا شرقية و لا غربية يكاد زيتها يضئ و لو تمسسه نار نور على نور يهدي الله من يشاء و يضرب الله الأمثل للناس و الله بكل شيء عليم"

صدق الله العظيم

"الآية 35من سورة النور"

الإهداء:

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب
إلى من كلّت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة
إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم
إلى القلب الكبير **(والدي العزيز)**

إلى من أرضعتني الحب والحنان
إلى رمز الحب وبلسم الشفاء
إلى القلب الناصع بالبياض **(والدتي الحبيبة)**

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتي **(إخوتي)**

الآن تفتح الأشرعة وترفع المرساة لتنطلق السفينة في عرض بحر واسع مظلم هو بحر الحياة وفي هذه الظلمة لا يضيء إلا قنديل الذكريات ذكريات الإخوة البعيدة إلى الذين أحببتهم وأحبوني **(صديقاتي) :حسينة، ليندة، رشيدة، أسيرم، كنزة، تسعديت، وردة، خليجة، نسيمة، فاطمة، نوال، جميلة،ظريفة،طاووس،كريمة، ليلى.**

سليمة

الإهداء :

إلى كل من في الوجود بعد الله ورسوله **أمي الغالية و أبي**

إلى سندي وقوتي وملاذي بعد الله

إلى من آثروني على نفسهم

إلى من علموني علم الحياة

إلى من أظهروا لي ما هو أجمل من الحياة **إخوتي**

إلى من كانوا ملاذي وملجئي إلى جدّتي **العزيزة**

إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات

إلى من سأفتقدهم ..... وأتمنى أن يفتقدوني

إلى من جعلهم الله أخوتي بالله ..... و من أحببتهم بالله **أصدقائي**

إلى من يجمع بين سعادتي وحزني

إلى من أتمنى أن أذكرهم .....إذا ذكروني

إلى من أتمنى أن تبقى صورهم .....في عيوني

حسينة

كلمة شكر

لابد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة نعود إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين بذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث الأمة من جديد ...

وقبل أن نمضي نقدم أسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة ...

إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة ...

إلى جميع أساتذتنا الأفاضل.....

"**كن عالما .. فإن لم تستطع فكن متعلما ، فإن لم تستطع فأحب *العلماء* ،فإن لم تستطع فلا تبغضهم**"

وأخص بالتقدير والشكر:

الأستاذ الفاضل: تعويلت كريم

الذي نقول له بشراك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"إن الحوت في البحر ، والطير في السماء ، ليصلون على معلم الناس الخير" .

فنتوجه له بخاص الشكر .....إلى من علمنا التفاؤل والمضي إلى الأمام، إلى من رعانا وحافظ علينا، إلى من وقف إلى جانبنا عندما ضللنا الطريق.....

وكذلك نشكر كل من ساعد على إتمام هذا **البحث** وقدم لنا العون ومد لنا يد المساعدة وزودنا بالمعلومات اللازمة لإتمام هذا **البحث** ونخص بالذكر:

الدكتور: قبايلي الطيب

الذي كان عونا لنا في بحثنا هذا ونورا يضيء الظلمة التي كانت تقف أحيانا في طريقنا.

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.إ.م و إ.ج: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

د.س.ن: دون سنة نشر

ص: الصفحة

ج ر: الجريدة الرسمية

ثانيا: باللغة الفرنسية

P: page

C I R D: centre international pour règlement des différends relatifs aux investissements

مقدمة

تعتبر الاستثمارات الأجنبية مصدرا مهما لتدفق رؤوس الأموال بالنسبة للعديد من الدول لاسيما النامية منها، حيث تسعى هذه البلدان وبشكل كبير إلى مساهمة الرأسمال الأجنبي في تمويل تنميتها الاقتصادية سواء أكان ذلك في صورة استثمارات أجنبية أو عامة[1]، حيث تلجأ الدول عادة لأجل هذا الغرض إلى إبرام العقود مع أصحاب رؤوس الأموال الأجانب وكذا السعي لتقديم ضمانات ومزايا متعددة لتشجيعهم على الاستثمار على إقليمها، حيث تمنح هذا الأخير من المزايا والحصانات التي تبعث في نفسه الطمأنينة على استثماره، ومن أجل كفالة هذه الضمانات سعت إلى إصدار تشريعات وطنية توضح فيها قواعد ومعايير معاملة الاستثمار الأجنبي، وتضمن عدم تأميم أو مصادرة أمواله، كما تحدد وسائل تسوية المنازعات المتعلقة به، فضلا عن تضمين دساتيرها نصوصا تقرر احترام الملكية الخاصة أيا كانت جنسية صاحبها، وتكفل عدم المساس بها إلا بقانون ومن أجل مصلحة عامة للدولة ومقابل تعويض عادل[2].

بالرغم من كل الضمانات التي توفرها الدول للمستثمرين الأجانب من خلال عقود هم معهاأو من خلال تشريعاتها الداخلية أو اتفاقيات الاستثمار مع الدول الأخرى، تبقى حقوق وتوقعات المستثمرين الأجانب محل منازعات مع الدول المضيفة للاستثمار، حيث نشأت ومازالت تنشأ العديد من النزاعات بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة للاستثمار، هذه المنازعات تتمتع بخصوصية مستمدة من خصوصية العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له[3]. هذه الخصوصية ناجمة من عدم التساوي في المراكز القانونية بين الطرفين لاعتبارات السيادة التي تتمتع بها الدولة، مما يجعل المستثمرين الأجانب في ريبة من حياد المحاكم الوطنية للدولة المضيفة ويخشون من تأثر القاضي بالإيديولوجية السائدة في دولته[4].

---

[1]– أنظر: بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.8.

[2]– أنظر: صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2005، ص. 445.

[3]- أنظر: جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، ص.9-10.

4– أنظر: قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص.10.

وأمام كل هذا أصبح من الضروري توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن هذه العقود بما يتلاءم مع طبيعتها الخاصة، ولاشك أن اللجوء إلى التحكيم يعد طريقة مناسبة في هذه الحالة، حيث يعد ضمانة إجرائية للمستثمرين لحسم منازعاتهم مع الدولة الجاذبة للاستثمارات، ولأنهم ينظرون إلى قضاء تلك الدولة نظرة شك وريبة، فضلا عن ذلك السرية التي يمتاز بها التحكيم والتي تناسب مع طبيعة عقود الاستثمار فهو يأتي مستجمعا مع رغبة المستثمرين بالابتعاد عن اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المستثمرة[5].

واللجوء إلى التحكيم الدولي يقوم على تلاقي إرادة الأطراف المتنازعة، وعرض النزاع الذي يتم بإرادة الأطراف في صورة اتفاق إنما يكون عند نشوء النزاع وبمناسبته، ومن تم يكون مقصورا على النزاع موضوع الاتفاق فلا يمتد أثره إلى خلافات أخرى وقد يكون الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل وقوع أي خلافات ومن تم يكون شاملا للمنازعات كافة أو لنوع معين منها[6].

مع اتساع حالات تدخل الدولة في معاملات التجارة الدولية من خلال العقود التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب، وخطورة النتائج التي تتحملها الدولة بسبب لجوئها إلى التحكيم من تنازل عن حصانتها القضائية والخضوع إلى محاكم غير محاكمها و إلى قانون غير قانونها، شاع اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها حتى في ظل غياب علاقة عقدية تربط بينها وبين الطرف الآخر في النزاع وخاصة أمام هيئات التحكيم المشكلة تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي أنشأ بموجب اتفاقية واشنطن، ويتمثل الغرض من اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى إلى النهوض بالتنمية الاقتصادية من خلال توفير مناخ استثماري ملائم، فإنشاء هذا النظام الفعال من شأنه دفع عجلة الاستثمار خاصة في الدول النامية، ولتحقيق هذا الغرض تعمل الاتفاقية على تحقيق التوازن بين مصالح المستثمر من خلال منحة فرصة اللجوء إلى التحكيم[7].

---

[5] – أنظر: حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، مصر،الإسكندرية، 2001، ص.6-7.

[6] - أنظر: داليا عبد المعطي حسين علي، التراضي كأساس لاتفاق التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة، ص.10.

[7] _ أنظر:بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.444.

واختصاص المركز بناء على الاتفاق الصريح للأطراف لا يثير أي إشكالية، فإن الصعوبة للقول باختصاصه من عدمه تظهر في الحالة التي تتضمن فيها اتفاقية الاستثمار القائمة بين دولة المستثمر والدولة المضيفة نصا متعلقا بتسوية المنازعات، والذي من خلاله يخول الاختصاص للمركز الدولي، أوفي حالة احتواء الاتفاقية الثنائية أو المتعددة الأطراف على مثل هذا النص[8].

وهكذا أصبح الهدف من نظام التحكيم هو ضمان فاعلية اللجوء إلى التحكيم بغض النظر عن حقيقة ونطاق رضاء الأطراف باللجوء إلى هذه الوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة بينهم، وتناقض هذه النتيجة الأساس الإتفاقي الذي يقوم عليه التحكيم، بوصفة قضاء اتفاقيا لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا اتجهت إلى ذلك إرادة الأطراف المعنية، ولا نقلل من أهمية دور الإرادة القول بأن التحكيم أصبح هو الوسيلة الطبيعية لتسوية منازعات التجارة الدولية، إذ أن التحكيم ليس قضاء دائما تقوم به جهة واحدة محددة ومعروفة سلفا، بل يتوقف اختيار نوع التحكيم والمؤسسة التي ستتم إجراءاته أمامه وغيره من المسائل، وهو ما لا يتسنى معه تجاهل رضاء الأطراف أو التقليل من شأنه، خاصة في تقرير مبدأ اللجوء إلى التحكيم من عدمه.

ومن خلال كل هذا تطرح إشكالية مفادها: ما هي خصوصية التراضي على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار؟

[8] - طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008، ص.343.

الفصل الأول: الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار

على الرغم من كل الضمانات التي توفرها الدول للمستثمرين الأجانب من خلال عقودهم معها أو من خلال تشريعاتها الداخلية أو الاتفاقيات الثنائية التي تبرمها مع الدول الأخرى، إلا أن هذه الضمانات لم تعد كافية في نظر المستثمرين الأجانب، نظرا لخصوصية منازعات الاستثمار لوجود الدولة كطرف في هذه العلاقة. مما يؤدي إلى عدم التساوي في المراكز القانونية بين الطرفين لما تتمتع به الدولة من مزايا سيادية، لذا يسعى المستثمر إلى الحصول على ضمانات قضائية و التي تتمثل في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهما و ذلك عن طريق اتفاق الأطراف على إدراج شرط اللجوء إلى التحكيم في بند في العقد المبرم بينهما أو في صورة اتفاق مستقل عنه[1].

وفي سبيل تفعيل هذا الأسلوب تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي تنشأ بين إحدى الدول الأعضاء في اتفاقية واشنطن و أحد المستثمرين الأجانب سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، غير أن انضمام الدول إلى اتفاقية واشنطن لا يكفي لجعل المركز مختصا بالفصل في النزاع، بل اشترطت المادة 25 من الاتفاقية موافقة صريحة و كتابية من قبل أطراف النزاع بقبول اختصاص المركز[2].

فنتناول هذا الفصل في مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى اتفاق التحكيم و شروطه العامة، و في المبحث الثاني إلى تكوين التراضي في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

[1] - أنظر: _جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلّة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة للنشر و التوزيع، القاهرة، 1995، ص. 9-10 و كذلك:

_ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.11-12.

[2] - أنظر: حبيب بلقنيشي، دور التحكيم التجاري في وضع نظام قانوني دولي لتشجيع الإستثمارات الأجنبية، أعمال الملتقى الدولي في الجزائر(بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية)، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 14 /15/ 2006/06، ص . 191.

المبحث الأول: الشروط العامة لّلجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

يلعب التحكيم دورا هاما في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار، حيث يفضل الأطراف اللجوء إلى هذا النظام القضائي نظرا لما يتمتع به من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار، كما انه يمثل ضمانة إجرائية للمستثمرين الأجانب[3].

تتمثل نقطة البداية في نظام التحكيم في اتفاق الأطراف على اتخاذه وسيلة لحل منازعاتهم التي قد تثيرها عقود الاستثمار و الذي لا يعدو أن يكون سوى عقد كسائر العقود الأخرى يرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه[4] مما يستوجب أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية المتمثلة في الرضا المتبادل من الأطراف، والأهلية اللازمة لإتمام مثل هذا التصرف، بالإضافة إلى المحل (المطلب الأول)، ثم ننتقل إلى موقف بعض التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط الموضوعية

سنتناول في هذا المطلب الشروط الموضوعية لصحة إتفاق التحكيم من تراضي(الفرع الأول)، ثم الأهلية (الفرع الثاني)، ثم المحل (الفرع الثالث).

[3] _ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.63.

[4] _ أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 6-7

الفرع الأول: التراضي

لقيام اتفاق التحكيم لابد من توافر التراضي، و الذي يقصد به تطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني معين و إنشاء الالتزام[5]و يجب أن يكون الرضا متوفرا لدى كل من الطرفي اتفاق التحكيم و ذلك بأن يكون هناك إيجاب صادر من أحد الطرفين يصادفه قبول من الطرف الآخر على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي قد ينشأ بينهما مستقبلا[6]، وقد يحدث ذلك في مجلس واحد و هو مجلس العقد كما قد يحدث ذلك في أكثر من مجلس واحد كما الأمر في التعاقد بين غائبين أو بواسطة المراسلة.

و حتى يقع الإيجاب صحيحا يجب أن يكون باتا و جازما، و أن ينطوي على العناصر الجوهرية للعقد. و يعتبر الإيجاب غير ملزم للموجب و يجوز العدول عنه في أي وقت طالما لم يقترن به قبول إلا في حالة تعيين ميعاد للقبول فإذا ما انقضت هذه المدة المعينة دون صدور قبول كان له حق العدول عن إيجابه[7].

وإذا كان الإيجاب غير ملزم فإنه يسقط إذا عدل عنه الموجب في مجلس العقد دون أن يقترن به قبول ممن وجه إليه الإيجاب [8].

و لكي ينعقد العقد يجب أن يطابق القبول الإيجاب تمام المطابقة أي أن لا يزيد أو يعدل من الإيجاب لأنه يعتبر في هذه الحالة إيجابا جديدا[9] وهو ما أكدته المادة 66 من القانون المدني الجزائري التي نصت:" **لا يعتبر القبول الذي يغير من الإيجاب إلا إيجابا جديدا**".

---

[5] _ ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، 2006، ص.75.

[6] _ أنظر: علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص.271.و كذلك: محمود السيد عمر التحيوي، الرضا بالتحكيم لا يفترض و إنما لابد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص. 40.

[7] _أنظر: السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،(د س ن)، ص.216.

[8] _أنظر:أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات_مصادر الالتزام، دار الثقافة، 2011، ص.72. وراجع كذلك المادة 63 من الق م ج.

[9] _ أنظر: جلال علي العدوي، أصول الالتزامات_ مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص.85.

و الغالب أن يقع التعبير عن الإرادة صريحا، بحيث يبرم الطرفان اتفاقا للتحكيم أو ينصان في العقد المبرم بينهما أو في وثيقة مستقلة على الالتجاء إلى التحكيم في حالة قيام نزاع بينهما و في هذه الحالة لا يوجد أي إشكال باعتبار الاتفاق تم كتابة ولكن يمكن أن لا يقع التعبير عن الإرادة بمثل هذه الصراحة و ذلك في حالة وجود علاقات متصلة بين طرفين و يجري العمل بينهما على النص على التحكيم فيما يبرمانه من عقود، فيجوز الاستناد إلى تواتر العمل بينهما على التحكيم للقول بوجود اتفاق ضمني، و كذلك في حالة العرف التجاري الدولي الذي يحيل إلى تطبيق أحكام معينة على البيوع المتعلقة بهذه التجارة و لو لم ينص العقد على تطبيقها صراحة، فإذا كانت هذه الشروط تتضمن شرطا على التحكيم فيجب البحث عن القصد الحقيقي للطرفين فلا يكون التحكيم ملزما إلا إذا اتضح أنهما يقصدان الإحالة إلى الشروط العامة بأكملها بما تتضمنه من أحكام تتعلق بالبيع و أحكام أخرى تتعلق بمسائل تنظيمية كمسألة التحكيم[10].

و فضلا عن وجود التراضي في التحكيم، فإنه ينبغي أن يكون هذا الرضا صحيحا أي أن يصدر من شخص يتمتع بالأهلية الكاملة لإصداره و أن يكون خاليا من العيوب كالغلط، الإكراه، التدليس و الاستغلال[11].

الفرع الثاني: الأهلية

يصدر التعبير عن الإرادة بقبول التحكيم عن أشخاص معينين و هم أطراف الاتفاق على التحكيم باعتبارهم أطراف النزاع، و قد يكون هذا التعبير صادرا عن ممثليهم، و تتمثل هذه الأهلية في أهلية التصرف[12]، و لأجل معرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل الأهلية يتم الرجوع إلى القانون الشخصي لأطراف الاتفاق و الذي يتحدد بموجب الرابطة بين الشخص و بين الدولة التي يخضع ذلك الشخص لقانونها[13].

---

[10] _أنظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة،1998 ، ص.175.و كذلك: محمد السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية، دار المطبوعات الجامعية، 1996، ص.84-85.

[11] _راجع المواد من 81إلى 91 من الق م ج.

[12] _أنظر: عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي و الاختصاص التحكيمي، القاهرة، 2002، ص.94.

[13] _ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص.115.

و الأشخاص التي تكون طرفا في اتفاق التحكيم، قد تكون أشخاصا طبيعية أو أشخاصا اعتبارية سواء خاصة أو عامة.

فبالنسبة للأشخاص الطبيعية فالقاعدة العامة أنه لا يملك الحق في الالتجاء إلى التحكيم إلا الشخص كامل الأهلية، الذي يملك حرية التصرف في الحق محل النزاع[14]، فالشخص الذي لا يملك أهلية التصرف في حقوقه كالقاصر و المحجور عليه أو السفيه لا يمكن أن يكون طرفا في اتفاق التحكيم، و كذلك الولي أو الوصي أو القيم لا يستطيع أن يبرم اتفاق التحكيم إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة بذلك.

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية و التي يمكن أن تكون أشخاصا عامة و قد تكون أشخاصا خاصة مثل الشركات و غيرها، فتعبر هذه الأشخاص عن إرادتها يتم عن طريق ممثلها القانوني الأمر الذي يستوجب التأكد من أهلية هذا الأخير لإبرام اتفاق التحكيم[15].

لكن الإشكال يثور في حالة اتفاق التحكيم الذي تبرمه الأشخاص الاعتبارية العامة كالدولة و أجهزتها و مؤسساتها العامة التي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة التابعة لها، و الأمر هنا لا يتعلق بالأهلية بقدر ما يتعلق بصلاحية هذه الأشخاص أو سلطتها في إبرام اتفاقيات التحكيم أو عقود تتضمن شرط التحكيم[16].

فقد اختلف الفقه في هذا الخصوص إلا أن الرأي الراجح هو الاعتراف للشخص الاعتباري بأهلية الأداء بالنسبة لحقوقه و التزاماته التي تدخل في الغرض من إنشائه، فنجد مثلا القانون المصري لا يثير أدنى شك حول جواز أن تكون الدولة أو أحد أجهزتها أو هيئاتها و مؤسساتها العامة أطراف في اتفاق التحكيم[17].

---

[14] _ عاطف شهاب، المرجع السابق، ص.94.

[15] _ أنظر: أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص.256-262.

[16] _ أنظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص. 390 .

[17] _أنظر: أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص.262-263.

و نفس الأمر بالنسبة للقانون المغربي فقد أجاز للدولة إبرام عقود تحكيمية بالنسبة للمؤسسات العمومية وفق الإجراءات و الشروط المحددة من مجالس إدارتها، شريطة أن تكون الاتفاقيات المتضمنة لشروط التحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة[18].

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من جواز لجوء الدولة و هيئاتها العامة إلى التحكيم، فكان موقفا رافضا في المراحل الأولى للاستقلال لأنه لا يخدم مصالحها و يتنافى مع مقتضيات السيادة الوطنية، فكانت المنازعات خاضعة لاختصاص المحاكم الوطنية، بالرغم من أن الواقع العملي أثبت عكس ذلك حيث كانت الشركات الجزائرية تبرم عقود اقتصادية تضمنها شروط التحكيم، كما نجد بعض النصوص التي تطرقت ضمنيا إلى التحكيم كالمرسوم 145/82[19]و الذي أشار إلى ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق و شرط تسوية المنازعات[20].

و لكن بعد شروع الجزائر في الإصلاحات الاقتصادية تغير موقف المشرع من اللجوء إلى التحكيم و هو ما أكده صدور القانون 01/88 الذي تناول موضوع التنازل عن أموال المؤسسات العمومية و الذي أشار إلى إمكانية أن تكون هذه الأموال موضوع" مصالحة" طبقا للمادة 442 من قانون الإجراءات المدنية و المقصود بالمصالحة هنا التحكيم باعتبار أن هذا القانون يحيل إلى نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية[21].

---

[18] _ محمد(رافع)، "اتفاق التحكيم في ظل القانون المغربي و الاتفاقيات الدولية"، مجلة المحاكم، الدار البيضاء، المغرب، العدد117، نوفمبر2008، ص.31-32.

[19] _المرسوم رقم145/82 مؤرخ في 1982/04/10 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد15 لسنة1982.

[20] __ أنظر: حسين نوارة،" تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية"، أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر(بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية)، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميره، بجاية ، أيام 2006/06/16/15، ص.189. وكذلك: محند وعلي(عيبوط)، "الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادي"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر، العدد01، جانفي2006، ص.74.

[21] _أنظر:

-TERKI Nour-Eddine: l'arbitrage commercial international en Algérie, office des publications universitaires, Alger, 1999, p.17.

و كذلك: - قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص.114.

كما استتبع ذلك بانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك[22] حيث ظهرت ضرورة وضع أحكام تراعي التحكيم الدولي[23].

و قد توالت المساعي الإيجابية للسلطات الجزائرية لصالح التحكيم الدولي، توجت بصدور المرسوم التشريعي رقم 09/93[24] 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**" و بتحليل نص المادة نجد أن الدولة تنازلت عن جزء من سيادتها القضائية و ذلك أمام الضغوط التي مارستها الشركات الأجنبية، مما يجعل قرار الاستثمار رهين تكريس التحكيم الدولي[25].

كما تم الاعتراف باللجوء إلى التحكيم بموجب الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار[26]، و كذا بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد[27] حيث نصت المادة 3/1006 على أنه:

"لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

---

[22] _ وذلك بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 1958/06/10 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، ج ر عدد 27 لسنة 1988.

[23] _أنظر: 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 ميره، بجاية، 2010، ص.12.

[24] _ المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25، المعدل و المتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27 لسنة 1993.

[25] _حسين نوارة، المرجع السابق، ص. 191.

[26] _ أمر رقم 03/01 المؤرخ في 2011/08/20 متعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد رقم 47 لسنة 2003.

[27] _ قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

و هكذا يكون المشرع الجزائري أكد على إمكانية لجوء الدولة و المؤسسات التابعة لها إلى التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الثالث: المحل

باعتبار اتفاق التحكيم عقدا كسائر العقود، فلا بد أن يكون له محل و يتمثل هذا الأخير في موضوع النزاع المراد تسويته بطريق التحكيم، و يشترط في المحل أن يكون ممكنا و غير مستحيل و أن يكون مشروعا و غير مخالف للنظام العام[28].

فإذا أبرم اتفاق التحكيم و كان محله شيئا مستحيلا فإنه يقع باطلا، و هذه الاستحالة قد تكون مرتبطة بطبيعة المحل كعدم قابليته للتعامل فيه، أو أن تكون مقررة بنص القانون، كأن يتم الاتفاق على بيع أراضي الدولة أو الأموال الموقوفة[29].

و يستلزم في محل اتفاق التحكيم أن يكون مشروعا و غير مخالف للنظام العام، و قد نص المشرع الجزائري في نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام و كذلك في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص و أهليتهم كما منع الأشخاص المعنوية من طلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.[30]و بالتالي فإن المنازعات الغير القابلة للتحكيم هي المتعلقة بالأحوال الشخصية و تلك المتصلة بالنظام العام.

و فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى نظرا لارتباطها بالمبادئ و الأسس الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية التي تقوم عليها الدولة. و لهذا رفض مؤتمر الأمم المتحدة و الذي تولى وضع

---

[28] _ راجع المادة 93 من الق م ج.

[29] _ أنظر: نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون"نظرية الحق– نظرية الالتزام"، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص. 345.

[30] _ تنص المادة 1006 من ق إ م و إ ج 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 و أهليتهم.
و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."

اتفاقية نيويورك تحديد المسائل التي يجوز التحكيم فيها و اكتفت الاتفاقية بالإشارة في المادة 5الفقرة الثالثة إلى قانون التي سينفذ الحكم في إقليمها للتأكد من قابلية النزاع للتحكيم[31].

و فكرة النظام العام تعتبر الأسلوب المتبع في تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي و التي تعمل على إقرار سمو المصالح الدولية على حساب المصالح الداخلية للدول، و نجد تطبيقات هذا المبدأ في بعض أحكام التحكيم منها قضية الوسيط الإيراني و المشروع الفرنسي و التي تتلخص وقائعها في قيام شركة فرنسية بالتعاقد مع وسيط إيراني بهدف تمكينها من الحصول على عقد من عقود الأشغال العامة عن طريق قيامه باستغلال نفوذه لدى الحكومة مقابل دفع عمولة له و بسبب خلاف حول هذه العمولة رفع الوسيط هذا النزاع على غرفة التجارة الدولية.

و قد كيفت المحكمة العمولة محل النزاع على أنها رشوة و أن الحكومة الإيرانية أصدرت عدة قوانين تجرم هذه الظاهرة، كما أن معظم القوانين الداخلية للدول تدين قبض الرشوة و استغلال النفوذ و تعتبرها تصرفات منافية للآداب و الأخلاق، و بالتالي فهي مخالفة للنظام العام الدولي، لذا أصدرت المحكمة حكما ببطلان الاتفاق بين الطرفين[32].

و نجد اتفاقية واشنطن في إطار تحديد شروط اختصاص المركز التي نصت عليها المادة 25 من الاتفاقية، استلزمت أن تكون المنازعة قانونية و ناشئة مباشرة عن استثمار و لم تتضمن الاتفاقية تعريفا واضحا للاستثمار نظرا لاختلاف الدول، لذا تسعى الدول إلى تعريف موضوع الاتفاق و إضفاء وصف الاستثمار عليه و ذلك بهدف استيفاء شروط اختصاص المركز و الابتعاد عن القضاء الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار، لكن لابد أن يتم ذلك وفقا لمقتضيات الاتفاقية و ليس وفقا لإرادة الأطراف[33].

---

[31] _ أنظر: –علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص.294 و كذلك
– قبايلي الطيب، المرجع السابق، ص. 115.

[32] _أنظر: _أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 133–134. و كذلك:
_إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص، 332–333.

[33] _ أنظر: جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص.44–45–46.

المطلب الثاني:الشروط الشكلية

نظرا للآثار الجوهرية التي تترتب على اتفاق التحكيم، و من أهمها سلب اختصاص قضاء الدولة بشأن الفصل في المنازعات المتفق بشأنها على عرضها على التحكيم[34]، و تخويل هيئة التحكيم أو المحكم للفصل فيها، فكان لابد من التأكد من وجوده و ذلك باشتراط الكتابة، غير أن الواقع أثبت تباين موقف الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية حول مدى اعتبار الكتابة شرطا للإثبات أو شرطا للوجود[35].

الفرع الأول:موقف بعض الاتفاقيات الدولية

بعد التيسير الكبير الذي قدّمها كل من برتوكول واتفاقية جنيف لعام 1923 و 1927 ، و التي اكتفت بالإحالة إلى التشريعات الداخلية، و هو ما أدى إلى تباين و عدم استقرار مواقف الدول، لذلك حاولت اتفاقية نيويورك لعام 1958 وضع موقف مرجح يقضي على هذا التناقض، حيث جاءت المادة الثانية منها كما يلي:" تعترف كل دولة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم..."

كما أوضحت الفقرة الثانية من المادة المقصود بالكتابة:" يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم المدرج في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات أو البرقيات المتبادلة".[36]

و بذلك تكون الكتابة وفقا لاتفاقية نيويورك شرط وجود و ليس شرط إثبات[37].لكن الفقه اختلف في تفسير مضمون المادة حيث ذهب البعض إلى اعتبار الكتابة في اتفاق التحكيم حسب اتفاقية نيويورك هو شرط صحة يتعلق بوجود الاتفاق وليس مجرد وسيلة للإثبات.

---

[34]_ عاطف شهاب، المرجع السابق، ص.222.

[35]_ قبايلي الطيب، المرجع السابق، ص. 117.

[36]_ أنظر:_ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص. 261.و كذلك:
_عاطف شهاب، المرجع السابق، ص.224-225.

[37]_TRARITANI Moustafa: droit algérien de l'arbitrage commercial international, 1ére édition, BERTI Editions, Alger, 2007, p. 70.

بينما اعتبر البعض الآخر الكتابة حسب المادة الثانية وسيلة إثبات و ليس شرط للوجود وقد فسروا ذلك بعدم احتواء النص لعبارة البطلان في حالة الاتفاق الغير المكتوب حيث أن الدول الأعضاء لا يمكن لها رفض وجود اتفاق التحكيم أو الاعتراف به إذا كان مكتوبا، وفي نفس الوقت فإن الاتفاقية لم تمنع الدول من الاعتراف باتفاق التحكيم الغير المكتوب[38].

كما نجد الفقرة الثانية من المادة الثانية من الاتفاقية قد أوضحت المقصود بالكتابة بنصها:" يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم المدرج في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمناه الخطابات أو البرقيات المتبادلة"

حيث لم تشترط أن تكون الكتابة في عقد رسمي، بل يمكن أن تكون في وثيقة موقعة بين الأطراف أو عن طريق تبادل البرقيات و المراسلات التي تعبّر عن قبولهم[39].

كما قدمت الاتفاقية الأوربية لعام 1961 نفس التيسير الذي جاء في اتفاقية نيويورك و لم تستوجب شكلا كتابيا معينا لاتفاق التحكيم، إلاّ أنها اعتبرت التحكيم بين الدول التي لا تفرض قوانينها الكتابة صحيحا إذا تم بموجب الشكل الذي تتطلبه تلك القوانين[40]

أما اتفاقية واشنطن لعام 1965 و المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى فقد تطرقت إلى الكتابة كشرط لانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى.فقد تطرقت إلى الكتابة كشرط لانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار و ذلك في نص المادة 2/25 من الاتفاقية و التي أكدت أن التراضي الثنائي على اختصاص المركز يجب أن يتم في شكل موافقة كتابية[41].

---

[38] _أنظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.83.

[39] _ أنظر: منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 108.

[40] _ أنظر: فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص. 125.

[41] _ المادة 2/25 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95، المؤرخ في 1995/10/30، ج ر عدد 66 لسنة 1995.

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات الداخلية

بالرغم من اعتبار اتفاق التحكيم من العقود الرضائية التي تتم بمجرد تراضي أطرافه، إلا أن بعض التشريعات الداخلية للدول ألزمت أطرافه إضفاء شكل معين عليه، و لكن نجد أن هذه التشريعات حتى و هذه التشريعات حتى و إن كانت تشترط معظمها الكتابة إلا أنها اختلفت في مدى اعتبارها شرطا لوجود الاتفاق التحكيمي أم مجرد شرط لإثباته، وهو الموقف الذي جسدته التشريعات الأنجلوسكسونية و التي لم تجد مبررا لإخضاع اتفاق التحكيم لشكل معين يميزه عن سائر التصرفات الرضائية الأخرى و التي تكون الكتابة فيها لمجرد الإثبات، و يرجع أصحاب هذا الإتجاه أساسه إلى نظرة أصحابه للتحكيم باعتباره نظاما للتقاضي يوازي قضاء الدولة و ليس استثناءا عليه[42].

أما بالنسبة للتشريعات اللاتينية فأرادت إحاطته بضمانات معينة و جعلته تصرفا شكليا يتوقف وجوده و انعدامه على توفر الكتابة. و يرجع ذلك بتقدير جانب من الفقه إلى الآثار الخطيرة و الهامة التي تنتج عن هذا الاتفاق في حالة الاعتراف بصحته[43].

و هو ما نص عليه المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث اعتبر كتابة اتفاق التحكيم شرط لإثبات هذا الأخير ، لكن بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في جانفي 2011 تغير موقف المشرع الفرنسي حيث نصت المادة 1507 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في صيغتها الجديدة على عدم اعتبار كتابة اتفاق التحكيم شرطا لصحته و لا لإثباته و بالتالي لا يخضع لأي قاعدة شكلية و لكن ما تجدر الإشارة إليه أن هذه القاعدة التي جاء بها المشرع الفرنسي تخص اتفاق التحكيم التجاري الدولي[44].

أما بالنسبة للتشريعات العربية فنجد المشرع المصري قد أخذ بشرط الكتابة في نص المادة 12 من قانون التحكيم التجاري الجديد التي تنص على:" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و إلاّ كان باطلا".

---

[42] _ أنظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 25.

[43] __ تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي(دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 09/93 و القانون المقارن)، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2004. ص.25.

[44] – تنص المادة 1507من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الفرنسي على:

" La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme"

و على هذا النحو فقد صارت الكتابة مطلوبة لوجود عقد التحكيم لا لمجرد الإثبات[45]، عكس ما كان تنص عليه المادة 501 من قانون المرافعات و التي كانت تعتبرها شرط إثبات، و لا تستلزم الكتابة هنا تحرير عقد بالصورة التقليدية بل يكفي أن يتضمن هذا الاتفاق رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين و ذلك لتيسير الأمر وفقا لمتطلبات التجارة الدولية من السرعة في المعاملات و كذا لتطور وسائل الاتصال [46].

و تجدر الاشارة إلى أن القانون المصري اعتبر البطلان الناشئ عن تخلف الكتابة في اتفاق التحكيم بطلانا متعلقا بالنظام العام[47]

أما المشرع المغربي فقد نص في الفصل 313 من قانون 05_08 على وجوب كتابة اتفاق التحكيم واعتبرها شرط انعقاد و أن يكون المكتوب إما في شكل عقد رسمي أو عرفي، أو محضر محرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة، وقد توسع المشرع المغربي في مفهوم الكتابة و نص على أنه:"يعتبر اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف، أو في وسائل متبادلة أو اتصال بالتيلكس أو برقيات أو وسيلة أخرى من وسائل الاتصال..."[48]

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

لقد اعتبر المشرع الجزائري الكتابة في اتفاق التحكيم شرطا للانعقاد و ليس مجرد وسيلة للإثبات.فقد نصت المادة 2/1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه:

[45]_أنظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.379.

[46]_ أنظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 77.

[47]_أنظر:-عاطف شهاب، المرجع السابق، ص. 229.و كذلك

_ قبايلي الطيب، المرجع السابق، ص. 120.

[48] __محمد(رافع)، "اتفاق التحكيم في ظل القانون المغربي و الاتفاقيات الدولية"، مجلة المحاكم، الدار البيضاء، المغرب، العدد 117، نوفمبر2008، ص.31-32.

"يجب من حيث الشكل، و تحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"[49].

و بهذا يكون المشرع الجزائري قد ساير الموقف الذي يريد إحاطة اتفاق التحكيم بالضمانات اللازمة لوجوده و صحته مرتبا البطلان على شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم عند تخلف شرط الكتابة فيهما،[50]و قد استوجب المشرع الجزائري تقديمها مع أصل القرار التحكيمي لإثبات وجود هذا الأخير و تنفيذه وفقا للمادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

و نحن نرى أن المشرع الجزائري قد أصاب في اعتداده بوسائل الاتصال الحديثة في الإثبات نظرا لكون هذه الوسائل قد فرضت نفسها على مختلف الميادين كالبريد الإلكتروني و عقود الواب و التلكس...الخ.

[49] _قانون رقم 09/08 مؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ج.ج عدد رقم 21 لسنة 2008.

[50] _قبايلي الطيب، المرجع السابق، ص.121.

المبحث الثاني: اللّجوء إلى التحكيم التجاري في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يعتبر وجود نظام محايد و فعال لتسوية منازعات الاستثمار ما بين الدولة المضيفة و المستثمرين الأجانب من أهم عناصر الجذب للاستثمارات الأجنبية الخاصة، نظرا لكون القضاء الوطني في الدولة المضيفة لا يوفر في أغلب الأحيان الحماية و الضمانات الكافية للمستثمرين الأجانب مما يحول دون تحقيق الأهداف المنشودة منها[51].

هذه العوامل و غيرها أدت بالبنك الدولي للإنشاء و التعمير إلى إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات المتعلقة بالاستثمارات الناشئة بين الدول المضيفة للاستثمار و رعايا الدول الأخرى و ذلك بموجب اتفاقية واشنطن[52].

و إن ديباجة هذه الاتفاقية تشير إلى أن الغرض منها هي الأخذ بعين الاعتبار أن الحاجة إلى التعاون بين الدول من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية و الدور الذي تلعبه هذه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال,و التأكيد أن الطرق الدولية لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات هي الأنسب[53].

وقد نصت المادة **28** من الاتفاقية على شروط انعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كما يلي: "**يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة و أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى و التي تتصل مباشرة بإحدى الاستثمارات ,بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز و متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده**".

و ما يهمنا في إطار تحكيم المركز هو شرط موافقة الأطراف على اختصاصه،و هذا ما سنتناوله في المطلب الأول ثم نتطرق إلى آثار التراضي في المطلب الثاني.

---

[51] _ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.143.

[52] _أنظر: داليا عبد المعطي حسين علي، ، المرجع السابق ، ص.214-215 .

[53] _يوا عبد اللّطيف، التحكيم في منازعات الاستثمار، مجلة المحاكم المغربية، غدد 117، ديسمبر، 2008، ص.112.

المطلب الأول:تكوين التراضي على اللّجوء إلى التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

يشترط لانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار صدور موافقة صريحة و كتابية من جانب الطرفين المعنيين بالمنازعة و هو ما أكدته المادة 25 من اتفاقية واشنطن(الفرع الأول)، و لكن نجد الفقرة الرابعة من الاتفاقية أجازت للدول أن تعبر عن رضائها بإحالة بعض المنازعات دون الأخرى لاختصاص المركز لكن لا يشكل هذا التبليغ الموافقة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة25 (الفرع الثاني).

الفرع الأول:التراضي وفقا للمادة 25 الفقرة الأولى من اتفاقية واشنطن

يستند اختصاص المركز إلى اتفاق الأطراف على رفع النزاع أمامه، فقد بنت اتفاقية واشنطن اختصاص المركز على أساس اختياري، وهذا ما أكدته المادة 1/25 من هذه الاتفاقية بنصها:"...يمتد اختصاص المركز...بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز..."

و بالتالي فإن تراضي الأطراف على انعقاد اختصاص المركز هو شرط لازم لاختصاصه، حيث لا يكفي تصديق الدولة على الاتفاقية أو انضمامها إليها و لا أن يكون المستثمر الطرف رعية دولة عضو في الاتفاقية لإلزامها بعرض النزاع أمامه، حيث لا ينطوي على أي التزام بالنسبة لهذه الدول و هو ما أكدته مقدمة الاتفاقية، بل لابد من صدور موافقة مشتركة من الطرفين[54]، و بمجرد صدور هذه الأخيرة ينعقد الاختصاص للمركز و لا يؤثر انسحاب الدولة المضيفة أو الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي في صحة الرضا. والاتفاقية اشترطت أن تتم الموافقة كتابة دون تحديد صيغة محددة لها، فالعبرة بدلالتها الواضحة على رضاء الأطراف، كما لم تحدد وقتا معينا لإبداء هذه الموافقة على انعقاد اختصاص المركز، إلا أنه يجب أن تحصل قبل إخطار المركز، لأنه يشترط أن يكون الرضا موجود عند تقديم الطلب إلى السكرتير العام للمركز[55]

---

[54] _ أنظر: حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، ص44.

[55] _ أنظر: _طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.343-344. و كذلك:

و يترتب على ذلك، إمكان أن تكون هذه الموافقة على شكل بند في اتفاق الاستثمار،أو اتفاق بعرض المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل على المركز[56] .

و من أجل تمكين الأطراف من تجسيد شرط الموافقة الكتابية وضع المركز شرطين نموذجين تطبيقا لنص المادة 25 الفقرة الأولى من الاتفاقية و هما:

_الشرط النموذجي الأول:

يمكن إدراجه في قانون الاستثمار و في أي مرسوم يتعلق بالموافقة على عقد الاستثمار، تحقق بمقتضاه 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 بطريق التوفيق/التحكيم و ذلك بالنسبة لكافة المنازعات التي تثور بمناسبة استثمار يقوم به أحد رعايا دولة طبقا لهذا القانون/المرسوم شريطة أن يودع المستثمر وثيقة رضائه الكتابية لدى(اسم الجهة) و أن يستوفي الشروط الإضافية الآتية..."

_الشرط النموذجي الثاني:

و يمكن إدراجه في وثيقة مستقلة يقوم المستثمر بإيداعها لدى المصالح و يتحقق به القبول على اختصاص المركز كما يلي:"تطبيقا لأحكام (القانون أو المرسوم) فإن (اسم المستثمر) يرتضي الخضوع لمركز تسوية منازعات الاستثمار بهدف تسوية المنازعات القانونية الناشئة بمناسبة كل استثمار يتم طبقا (الإشارة إلى عقد الاستثمار أو المرسوم المصادقة)[57].

الفرع الثاني:حالة رضا الدولة على إحالة بعض النزاعات على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

لقد أتاحت اتفاقية واشنطن للأطراف حرية تقديم بعض منازعات الاستثمار طوائف أخرى، وهو ما نصت عليه المادة 4/25 من الاتفاقية :" **تستطيع كل دولة متعاقدة عند تصديقها أو انضمامها إلى في أي وقت لاحق أن تبلغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات التي تقدر أنه يمكنها طرحها على المركز**

[56] _ راجع المادة 28ف2 و المادة 36ف2 من اتفاقية واشنطن.

[57] _قبايلي طيب،المرجع السابق، ص.128_129.

لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم و على السكرتير العام أن ينقل فورا هذا التبليغ إلى جميع الدول المتعاقدة الأخرى، و لا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة طبقا للفقرة الأولى".

حيث يعتبر هذا التبليغ مجرد إعلان من قبل الدولة المتعاقدة و الذي تحدد فيه أنواع المنازعات التي ترتضي الدولة إحالتها على المركز للنظر فيها حيث لا يلزمها بشيء من الناحية القانونية، و لا يعتبر تراضي بالمفهوم الوارد في الفقرة الأولى من المادة 25 و الذي يعد وحده التراضي الثنائي الذي يلزم الطرفان المتعاقدان حيث يتضمن رضا الدولة المضيفة و كذا المستثمر الأجنبي.

و نجد بعض الدول قد مارست هذا الحق المخول لها بموجب الفقرة الرابعة من المادة 25، فقد استبعدت المملكة العربية السعودية منازعات البترول من نطاق اختصاص المركز، كما قامت كل من جاميكا و غانا باستبعاد المنازعات المتعلقة بالموارد الطبيعية، كما أخطرت إسرائيل المركز أن اختصاص هذا الأخير يمتد فقط إلى المنازعات التي تتعلق بالاستثمار الموافق عليها في ظل قانونها الخاص بتشجيع استثمار رؤوس الأموال[58].

و تجدر الإشارة إلى التبليغ الذي تقوم به الدولة المتعاقدة بشأن النزاعات التي يمكن عرضها على المركز،لا يمكن أن يكيف على أنه تحفظ وارد على الاتفاقية نظرا لإمكانية عدول الدولة عنه لاحقا[59]، و هذا الإعلان لا يتمتع بأي أثر رجعي على الحقوق و الالتزامات التي تقع على عاتق الدولة أو أي من هيئاتها أو جهاتها الإدارية أو أي من رعاياها، و التي تكون قد نشأت وفقا لنصوص هذه الاتفاقية على أساس قبول أحدهم لاختصاص المركز في تاريخ سابق على تسليم هذا الإعلان للمودع لديه[60].

المطلب الثاني:آثار التراضي

قد يحاول الأطراف التهرب من اللجوء إلى التحكيم بعد موافقتهم الصريحة، و لضمان جدية الأطراف المتنازعة في الخضوع لإجراءات التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

---

[58] _أنظر:_ جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص. 47.و كذلك:

_ قبايلي طيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002، ص.66.

[59] _نفس المرجع، ص. 131.

[60] _حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص.

حرصت اتفاقية واشنطن على عدم جواز إلغاء الموافقة على تحكيم المركز بالإرادة المنفردة لأي طرف من الأطراف(الفرع الأول)، كما لم تجز للدولة الدفع بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم (الفرع الثاني)، أو أن تدفع بحصانتها ضد التقاضي (الفرع الثالث).

الفرع الأول:عدم جواز إلغاء الموافقة على تحكيم المركز بالإرادة المنفردة

بمجرد صدور الرضا باللّجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لا يمكن لأي طرف الامتناع عن التقدم للتحكيم أمام المركز حتى ولو كان أحد الأطراف المتنازعين قد انسحب من الاتفاقية نفسها، فلا يؤثر في صحة الرضا انسحاب الدولة المضيفة للاستثمار من الاتفاقية[61]. و لا انسحاب الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي بجنسيته[62]، كما أن الرضا أو قبول التحكيم لدى المركز يعني التنازل عن اللّجوء إلى طريق آخر لفض النزاع[63].و هو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 25 من اتفاقية واشنطن بنصها على:"...و متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده..." وهذا ما أكدته توصيات مجلس المديرين التنفيذيين التابع للسلك الدولي للإنشاء و التعمير.

و عليه يكون رضاء الأطراف بالتحكيم أمام المركز باتا و ملزما و هو بذلك يمثل ضمانة خاصة للمستثمر الأجنبي في مواجهة تعسف الدولة و تعنتها بحيث أنها قد ترفض خضوعها لتحكيم المركز و إنكارها لهذا الالتزام.

لكن ما يمكن الإشارة إليه أنه بالرغم من الطبيعة الملزمة لموافقة الأطراف على عرض النزاع على التحكيم في إطار تسوية المنازعات الدولية للاستثمار إلاّ أنه يمكن و بناء على طلب كتابي من الأطراف، و ذلك قبل صدور حكم التحكيم، أن يطلب الأطراف عدم الاستمرار في إجراءات التحكيم لتسوية النزاع ودّيا، و يجب على المحكمة عند استلامها طلب عدم الاستمرار في الإجراءات من جانب واحد، أن تعلم الطرف الآخر بذلك و تحدد له موعدا زمنيا للتعبير عن اعتراضه عن عدم الاستمرار، و

---

[61]_أنظر:بلحرش سعيد،"المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار و الإجراءات المتبعة أمامه"، أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 15 و 16 جوان، 2006، ص,

[62]_جلال وفاء محمدين،المرجع السابق، ص.36.

[63]_عبد اللطيف بوا، المرجع السابق، ص. 114.

الذي إذا تقدم به خلال هذه المدة فإن طلب الطرف الآخر يعد مرفوضا و تستمر الإجراءات. و إذا ما انتهت تلك المدة الزمنية دون تقديم هذا الاعتراض فإن ذلك يعد بمثابة موافقة منه على عدم استمرار الإجراءات[64].

الفرع الثاني:عدم جواز تمسك الدولة بانعدام الأهلية بعد الاتفاق على التحكيم

لقد أصبح مبدأ عدم جواز تمسك الدولة بعدم جواز تمسك الدولة بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم من اتفاق التحكيم من المبادئ المستقرة في التحكيم التجاري الدولي، بالرغم من اختلاف الأسس التي استند الفقهاء عليها من أجل تقرير ذلك.

وقد حاولت العديد من الاتفاقيات تكريس هذا المبدأ، و من نجد اتفاقية جنيف بشأن التحكيم التجاري الدولي سنة 1961 و التي أكدت في المادة 1/2 منها على تمتع الأشخاص الاعتبارية العامة بأهلية إبرام اتفاق التحكيم، و بهذا لا تملك الدول المنضمة لهذه الاتفاقية، الدفع بانعدام أهليتها وفقا لقانونها الداخلي، بعد إبرامها لاتفاق التحكيم[65].

كما أقرت أحكام التحكيم الصادرة بهذا الشأن نفس المبدأ، حيث ذهبت محكمة الاستئناف بالقاهرة في حكمها الصادر في 1997/03/19 ، أن الادّعاء ببطلان اتفاق التحكيم بمقتضى قانونها الوطني يتنافى مع مبدأ تنفيذ الالتزامات بحسن النية و هو حكم عام لا يميّز بين العقود الإدارية و المدنية.

كما يتناقض مع المستثمر في الفقه و التحكيم الدولي، من عدم جواز تنصل الدولة أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استنادا إلى أي قيود تشريعية حتى و لو كانت حقيقية[66].

كما اعتبرت اتفاقية واشنطن اتفاق الأطراف على انعقاد اختصاص المركز، يسلبهم حتى التراجع عن هذا القبول، سواء بالانسحاب من الإجراءات المتخذة أمام هيئة التحكيم المشكلة من طرف

---

[64]_أنظر:حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص.123.

[65]_أنظر:بشار محمد الأسعد،ص.92_93.

[66]_أنظر: قبايلي طيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، مذكرة ماجستير، المرجع السابق، ص.133.

المركز، أو بالإعلان عن عدم الخضوع لهذا الإجراء. فبمجرد الاتفاق على انعقاد اختصاص هيئة التحكيم فإن إجراءات التحكيم لا تنتهي إلاّ: بصدور حكم منهي للخصومة، أو باتفاق الأطراف على إنهاء الإجراءات و ذلك قبل صدور الحكم[67].

الفرع الثالث:عدم جواز دفع الدولة بحصانتها و التهرب من اتفاق التحكيم

يترتب عن رضاء الدولة بالتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، عدم تمسكها بحصانتها القضائية و إلاّ اعتبر ذلك إخلالا بالتزاماتها بموجب الاتفاقية، و هو نفس الحكم الساري في مواجهة الهيئات التابعة و التي نصت المادة 25 من اتفاقية واشنطن بخضوعها لاختصاص المركز إذا قامت الدولة بتحديدها للمركز[68].

فقبول اختصاص المركز من قبل الدولة يعتبر تنازلا منها عن حصانتها القضائية، لكن لا يترتب عليه تنازلها عن حصانة التنفيذ، بل لا بد من التنازل عن هذه الأخيرة على استقلال، حيث قررت المادة 55 من الاتفاقية أن الأحكام الواردة في المادة 54 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن المركز لا تعتبر استثناء على القانون الساري في أي دولة بشأن حصانة التنفيذ سواء المتعلقة بها أو التي تتمتع بها الدول الأجنبية و بالتالي لا يترتب على قبول اختصاص المركز تنازل الدولة عن حصانة التنفيذ الخاصة بها.

إلاّ أن هذا الحكم لا يحمي الدولة من إمكانية التنفيذ ضدّها، خاصة في حالة اكتساب الدولة لأملاك خارج أراضيها، في هذه الحالة تخضع مسألة حصانة التنفيذ المتعلقة بها إلى قانون الدولة التي يوجد بها الأملاك المراد التنفيذ عليها[69].

---

[67]_ أنظر: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.94 .

[68]_راجع : المادة 25 من اتفاقية واشنطن.

[69]_أنظر: داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص. 327_328.

الفصل الثاني: قبول التحكيم غير الاتفاقي على ضوء اتفاقية واشنطن و القضاء التحكيمي

إن الخصوصية التي تتميز بها منازعات الاستثمار و التي تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفا في هذه المنازعات، أدت بالعديد من البلدان إلى محاولة إيجاد تنظيم قانوني دقيق للمركز القانوني للمستثمر الأجنبي بشكل يسمح بالتوفيق بين مصالح المستثمر و دولته من جهة و مصالح الدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى. كما دفعت بهذه الدول إلى إبرام اتفاقيات ثنائية و متعددة الأطراف و التي عبرت هذه الدول من خلالها عن قبولها باللجوء إلى التحكيم و جعله وسيلة لحل المنازعات التي قد تنشأ بينها و بين المستثمرين الأجانب وخاصة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[78].

و هذه الصور التي استحدثتها اتفاقية واشنطن للتعبير عن رضاء الدولة للجوء إلى التحكيم قد أدت إلى إثارة عدة مشاكل قانونية و ذلك في إطار تفسير محاكم التحكيم للنصوص القانونية أو الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتسوية المنازعات، بالإضافة إلى المبالغة في توسيع اختصاص المركز[79].

المبحث الأول: الصور التي استحدثتها اتفاقية واشنطن

لقد نضم تقرير المديرين التنفيذيين صورا جديدة للتعبير عن رضاء الدولة باللجوء إلى تحكيم المركز الدولي و المتمثلة في رضاء الدولة بالتحكيم من خلال قوانينها الداخلية(المطلب الأول)، و رضائها بالتحكيم من خلال اتفاقيات الاستثمار الثنائية أو المتعددة الأطراف(المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعبير عن الرضا بموجب نص تشريعي

لقد عملت العديد من البلدان النامية على وضع تشريعات خاصة لتنظيم و تفعيل الاستثمارات،حيث نصت فيها على منح العديد من الحوافز و الضمانات للمستثمرين الأجانب مثل: الإعفاءات الضريبية و حرية نقل رؤوس الأموال خارج الدولة و تسهيل إجراءات الحصول على التراخيص اللازمة لممارسة بعض الأنشطة و عدم نزع الملكية إلا لأسباب المصلحة العامة و مقابل تعويض عادل و ذلك لهدف حماية هذه الاستثمارات من جهة و تشجيعها من جهة أخرى، إلا أن هذه الضمانات قد لا تبدو كافية في نظر

[78]– أنظر: صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص.443-444.

[79] – أنظر: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 180.

المستثمر و ذلك في حالة وقوع نزاع بينه و بين الدولة المضيفة للاستثمار لعدم ثقة هذا الأخير في حياد القضاء الداخلي عند نظر المنازعة ، لذا ظهرت ضرورة تضمين هذه النصوص التشريعية بالإضافة إلى الضمانات الموضوعية ضمانات إجرائية تتمثل في تحديد كيفية تسوية النزاعات التي قد تنشأ بين المستثمرين الأجانب و الدولة المضيفة و التي تحيل الفصل فيها في أغلب الأحيان إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار C.I.R.D.I[80].

و في الحقيقة أن قضية هضبة الأهرام تعد من أهم تطبيقات إدراج الدول لشرط التحكيم الدولي في قوانينها الداخلية (الفرع الأول)، و قد اختلفت صور صياغة تشريعات الاستثمار الداخلية التي تشير إلى تحكيم المركز، بحيث لا يمكن القول بأنها تعبر دائما و دون حاجة إلى اتفاق آخر عن رضاء الدولة بالتحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قضيةS.P.P ضد جمهورية مصر العربية

تعود وقائع هذه القضية إلى 1974/09/23 حيث أبرم اتفاق بين شركة جنوب الباسفيك spp و الحكومة المصرية بهدف إنشاء مجمعين سياحيين، و لما ثار نزاع بينهما حول تعويض الأضرار التي لحقت بالشركة، لجأت هذه الأخيرة إلى تحكيم المركز الدولي على الرغم من عدم وجود نص في العقد يشير إلى عرض النزاع إلى تحكيم المركز، و ذلك بالاستناد إلى المادة 8 من قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة1974 و التي تنص على أنه:

"يتعين تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بهذا القانون بأسلوب يتفق عليه مع المستثمر أو بموجب الاتفاقيات السارية بين الدول و مواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها مصر بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971..."

فدفعت الحكومة المصرية بعدم اختصاص المركز نظرا لعدم وجود ما يلزم مصر باللجوء إليه[81]، حيث أنه [82]على الرغم من أن المادة 8 من قانون الاستثمار تعتبر بمثابة رضاء بالمثول أمام المركز من جانب الحكومة المصرية، إلا أن هذا النص يشير فقط إلى إمكانية تقديم النزاع وفقا لأحكام الاتفاقية كأحد

[80] – أنظر: صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص. 445-446.

[81] – خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، 2009. ص. 291-292.

الوسائل المتعددة المذكورة في نص القانون، و أن اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع يتطلب اتفاق آخر بين الأطراف.

وكما قدمت الحكومة المصرية اعتراضا آخر على اختصاص المركز على أساس أن المادة 8 من قانون الاستثمار لا تكفي لتكوين الرضا بالتحكيم في إطار المركز، وذلك لأن نص المادة أشار إلى عدة وسائل لتسوية النزاع و من بينها التحكيم، و اختيار طريق دون الآخر كان يقتضي حصول اتفاق مستقل بين الأطراف و هو ما لم يحدث و بالتالي لا يجوز القول أن الحكومة المصرية قد عبرت عن رضائها على اللجوء إلى التحكيم بمجرد وجود نص في قانون الاستثمار يشير إلى إمكانية تسوية المنازعات وفقا لاتفاقية واشنطن .

فقررت هيئة التحكيم أنه ما دام لا يوجد اتفاق بين الأطراف على الوسيلة التي يمكن من خلالها فض النزاع، و بأنه لا توجد اتفاقية ثنائية بين مصر و دولة المستثمر، و من ثم فإن نص المادة 8 من قانون الاستثمار المصري يشكل قبولا صريحا و مكتوبا من الحكومة المصرية باختصاص هيئة تحكيم المركز، و البند الذي يحتويه قانون الاستثمار الوطني للدولة المضيفة يمثل مجرد إيجاب من جانب الدولة و لا يتحول إلى رضا باللجوء إلى التحكيم أمام المركز إلا إذا أعلن المستثمر الأجنبي عن رغبته بالخضوع إلى هذا الشرط [83].

الفرع الثاني: مدى اعتبار عرض الدولة إيجابا

قد تضمن الدولة المضيفة للاستثمار نصوص قوانينها الداخلية نصا صريحا يشير إلى اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بحيث يعبر هذا الأخير عن إيجاب بات و نهائي من قبل الدولة يؤدي قبوله من جانب المستثمر إلى انعقاد اختصاص المركز[84]. و من أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة الثامنة من قانون الاستثمار الألباني و التي وردت كما يلي: "...توافق دولة ألبانيا بمقتضى هذا القانون على تقديم المنازعات إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ بموجب اتفاقية

[83] – طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 345-346.

[84]– أنظر: جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص. 42.

تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى المبرمة في واشنطن في 1965/03/18"[85].

كما يمكن لنص التشريعي أن يحيل اتخاذ التحكيم أمام المركز الدولي كأحد الوسائل المتاحة أمام المستثمر الأجنبي، حيث تمثل هذه النصوص إيجابا غير صريح من قبل الدولة و قد سبق لنا التعرض لهذه الفرضية في قضية spp ضد الجمهورية المصرية حيث تمسكت مصر بعدم اختصاص المركز للفصل في النزاع لكون نص المادة الثامنة من قانون الاستثمار أشار إلى عدة وسائل مختلفة لتسوية النزاع من بينها التحكيم، لذا لا يوجد ما يجبرها على اللجوء إلى تحكيم المركز، غير أن المحكمة أقرت اختصاص المركز على أساس عدم وجود اتفاق بين الطرفين المعنيين على اختيار وسيلة معينة لفض النزاع، و في غياب اتفاقية ثنائية بينهما، فإن نص المادة 8 يمثل قبولا صريحا و كتابيا باختصاص المركز[86].

نجد بعض التشريعات الداخلية للدول تشترط وجود اتفاق لاحق بين الدولة و المستثمر للجوء إلى التحكيم حيث لم تكتفي هذه الدول بالنص القانوني بل لابد من وجود اتفاق بين الطرفين لاختيار التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع، و نجد في هذا الإطار نص المادة 55 من القانون رقم 230 لسنة 1989 و الذي عدلت فيه الجمهورية المصرية نص المادة 8 من قانون الاستثمار لكي يتم اعتباره رضاء صادرا عن الدولة لانعقاد اختصاص المركز حيث أجازت المادة 55 من القانون رقم 230 تسوية منازعات الاستثمار بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها بين الأطراف، أو في إطار الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف و التي انضمت إليها الجمهورية المصرية[87]، وقد أشارت بعض الدول إلى إمكانية ورود هذا الاتفاق في عقد الاستثمار و في ترخيص لممارسة بعض الأنشطة.

المطلب الثاني: التعبير عن الرضا في إطار الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف

لقد تضمنت معظم اتفاقيات الاستثمار نصوصا خاصة بتسوية النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف و ذلك بغية طمأنة المستثمرين الأجانب و تقديم الضمانات اللازمة في حالة قيام نزاع بين

[85] – أنظر: داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص. 362.

[86] – راجع في ذلك: طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 344–345 و كذلك: جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص. 43.

[87] – أنظر: داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص. 363.

المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار، و تتنوع هذه الاتفاقيات من اتفاقيات ثنائية(الفرع الأول) و اتفاقيات متعددة الأطراف(الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعبير عن الرضا في إطار الاتفاقيات الثنائية

لقد لجأت الدول المضيفة للاستثمارات إلى إبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية لتشجيع و حماية الاستثمارات، و التي تهدف من ورائها إلى استقطاب المزيد من المستثمرين الأجانب عن طريق إرساء قواعد قانونية واضحة حول عقود الاستثمار و تحديد كافة الحقوق و الامتيازات التي يجب أن يتمتع بها المستثمرين المنتمين للدولة المتعاقدة بموجب الاتفاقية الثنائية[88].

و قد اشتملت معظم معاهدات الاستثمار الثنائية على نصوص تقضي باللجوء إلى التحكيم و خاصة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، و تختلف الطريقة التي يرد عليها عرض الدولة باختصاص المركز و ذلك كما يلي:

قد تتضمن المعاهدة تعهدا من جانب الدولتين بقبول اختصاص المركز بالفصل في المنازعات التي قد تنشأ بين الدولتين مستقبلا و ينعقد هذا الاختصاص بمجرد إعلان المستثمر عن قبوله اللجوء إلى التحكيم و في حالة عدم إعلانه لهذا الرضا لا يصبح التعهد ملزما للدولة و يجوز لها سحبه.

لكن الأمر لا يقتصر على ذلك فقد تقضي المعاهدة الثنائية بعدم التزام الدولة المضيفة باللجوء إلى تحكيم المركز إلا عندما يطلب المستثمر ذلك سواء عن طريق تضمين اتفاق الاستثمار شرط التحكيم أمام المركز الدولي، أو إلزام المعاهدة للدولة المضيفة باللجوء إلى المركز إذا ما طلب المستثمر ذلك.

و أخيرا قد تنص المعاهدة الثنائية على جواز تقديم المنازعات الخاصة بالاستثمار بناء على اتفاق لاحق بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الأجنبي، فهذه المعاهدة لا تشكل بذاتها قبولا لاختصاص المركز من جانب الدولة المضيفة للاستثمار[89]و تعتبر قضية AAPL ضد سريلانكا[90] أول

---

[88] – أنظر: صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص. 454.

[89] – أنظر: طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص.355.و كذلك: جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص. 40-41.

[90] – تتلخص وقائع هذه القضية في إبرام اتفاق بين شركة آسيا للمتوجات الزراعية المحدودة مع الحكومة السريلانكية بهدف إنشاء مشروع مشترك، و على إثر عمليات عسكرية قامت بها القوات المسلحة السريلانكية ضد متمردين استهدفت المزرعة

قضية تعرض على المركز استنادا على نص في معاهدة ثنائية، و حيث قررت هيئة التحكيم بناء على هذا النص الذي احتوته المعاهدة بين المملكة المتحدة و سريلانكا يعد بمثابة رضا باللجوء إلى التحكيم.

كما تم تأكيد هذا الاتجاه في قبول اختصاص غير الاتفاقي في قضيةAMT ضد الزائير و التي انتهت فيها هيئة التحكيم إلى تقرير اختصاصها على أساس اتفاقية ثنائية مبرمة بين الولايات المتحدة و جمهورية الزائير و التي يتحقق بمقتضاها التراضي على اختصاص المركز. و بهذا نجد هيئات تحكيم المركز قد أخذت باختصاص المركز بالفصل بالنزاع عن طريق الاتفاقيات الثنائية[91].

الفرع الثاني:التعبير عن الرضا في إطار الاتفاقيات متعددة الأطراف

أدى انتشار اتفاقيات تشجيع و حماية الاستثمارات الثنائية و الضمانات التي اشتملت عليها، و طرق تسوية المنازعات الواردة فيها، إلى النص على ضمانات ووسائل مماثلة لتسوية المنازعات في فصول خاصة بالاستثمار داخل الاتفاقيات المتعددة الأطراف و المتعلقة بالتعاون الاقتصادي و إنشاء مناطق التجارة الحرة[92]، و قد أشارت معظم هذه الاتفاقيات إلى التحكيم بوجه عام، و إلى التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لحل المنازعات التي قد تنشأ بين المستثمرين و إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية. و يتم ذلك من خلال تعبير الدولة عن إيجابها و رضائها بالتحكيم في الاتفاقية[93].

و يكون على المستثمر التعبير عن قبوله عن هذا الإيجاب من خلال إعطاء موافقته الكتابية عن طريق تقديمه طلب التحكيم أمام المركز الدولي.

و قامت بتدميرها. فقدمت شركةAAPL طلب تحكيم ضد دولة سريلانكا بالرغم من عدم وجود شرط اللجوء إلى التحكيم في العقد المبرم بينهما من أجل تعويض الأضرار التي لحقت بها من جراء تدمير ممتلكاتها. و قد استندت في ذلك إلى نص المادة 1/8 من الاتفاقية الثنائية بين حكومة سريلانكا و المملكة المتحدة و التي تضمنت شرطا على اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي. فأقرت محكمة التحكيم باختصاصها و اعتبرت نص المادة1/8 من الاتفاقية الثنائية بمثابة رضاء من الدولة باللجوء إلى التحكيم في أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار و الذي يقابله قبول من طرف المستثمر الأجنبي عن طريق تقديم طلب التحكيم، و بالتالي اكتمال ركن التراضي المشترط لانعقاد اختصاص المركز. نقلا عن قبايلي الطيب، المرجع السابق، ص.130.

[91]- أنظر: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.187.

[92]- حسين نوارة، المرجع السابق، ص.195.

[93]- داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص.383.

و من بين هذه الاتفاقيات متعددة الأطراف في مجال الاستثمار، نجد اتفاقية ميثاق الطاقة TCE و التي تعتبر أول معاهدة دولية متعددة الأطراف تتعلق بالاستثمار في مجال الطاقة، حيث أبرمت في لشبونة بتاريخ 1994/12/17 وقعّت عليها دول المجوعة الأوربية و دول أخرى من خارج المجموعة. ودخلت المعاهدة حيّز النفاذ عام 1998، و كانت معاهدة الطاقة تهدف إلى إيجاد إطار قانوني لتنمية التعاون الطويل الأجل في مجال الطاقة لجذب الاستثمارات في هذا المجال و الذي يشمل كافة الأنشطة المتعلقة باستغلال الطاقة و قد تضمنت الاتفاقية فصلا خاصا بتسوية النزاعات، سواء تعلق بتلك التي قد تنشأ بين الدول الأطراف في الاتفاقية حول تفسيرها أو تطبيقها، أو تلك التي تخص إحدى الدول المتعاقدة مع أحد المستثمرين[94].

ويكتمل ركن التراضي على اللّجوء إلى التحكيم في إطار هذه المعاهدة بتعبير المستثمر عن قبوله للإيجاب الصادر من الدولة الذي تم بتوقيع هذه الأخيرة على المعاهدة، حيث تعتبر مصادقة الدولة على الاتفاقية إيجابا منها.

و نجد كذلك اتفاقية حرية التجارة لشمال أمريكا "النافتا" الذي أبرم بين الولايات المتحدة الأمريكية و كندا والمكسيك في 1992/02/17 يهدف هذا الاتفاق إلى تحرير التجارة و تنمية التعاون الاقتصادي و التبادل التجاري بين الدول الأطراف و زيادة حجم الاستثمارات فيما بينهم من خلال خفض ثم إلغاء الرسوم الجمركية و كافة اللّوائح التجارية التي تعوق حرية التجارة.

و قدم منح اتفاق النافتا للمستثمرين الحق في اللّجوء إلى التحكيم ضد إحدى الدول الأطراف فيها في حالة الإخلال بإحدى الالتزامات الواقعة على عاتقها.

و يعد التراضي حسب هذه الاتفاقية هو أساس اللّجوء إلى التحكيم، حيث يتم بتقديم كل طرف دعوى إلى التحكيم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في هذا الاتفاق[95].

[94]– قبايلي الطيب، المرجع السابق، ص.150.

[95]– داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص.386–387

المبحث الثاني: النتائج المترتبة عن الصور المستحدثة للتراضي في إطار اتفاقية واشنطن

لقد ترتب عن موقف محاكم التحكيم بشأن الصور التي استحدثتها اتفاقية واشنطن مشاكل قانونية متعلقة بتفسير إيجاب الدولة الوارد في نص قانوني أو اتفاقي(المطلب الأول)، و المبالغة في اتساع حالات اختصاص المركز(المطلب الثاني).

المطلب الأول: النتائج القانونية المتعلقة بإيجاب الدولة الوارد في نص داخلي أو اتفاقي

إن إيجاب الدولة على اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي و فقا للصور المستحدثة يفرض علينا البحث عن القواعد المتبعة في تفسيره(الفرع الأول)، وميعاد اكتمال التراضي(الفرع الثاني)، و مدى جواز عدول الدولة عن رضائها الوارد في نص داخلي أو اتفاقي(الفرع الثالث).

الفرع الأول: تفسير إيجاب الدولة على اللّجوء إلى التحكيم

يتوقف وجود التراضي على اتجاه إرادتين متطابقتين إلى التعاقد، وذلك بأن يتفق القبول مع الإيجاب في جميع عناصره، فلا يعتد بالقبول الذي يغيّر في الإيجاب بحيث يعتبر في هذه الحالة إيجابا جديدا [96].

وبالرجوع إلى الصور التي استحدثتها اتفاقية واشنطن للتعبير عن التراضي، و الذي قد يرد في نص قانوني داخلي أو في اتفاقيات الاستثمار فإنه يتعيّن على المستثمر أن يقبل إيجاب الدولة دون تغيير فيه، ومن هنا تظهر أهمية تفسير إيجاب والذي يحدد شروط و نطاق و طبيعة آلية التسوية و هيئة التحكيم.

و يختلف تفسير إيجاب الدولة باختلاف الأداة التي تضمنت تفسير هذا الإيجاب، فالنسبة للإيجاب الوارد في التشريع الداخلي فإن قواعد التفسير الواجبة التطبيق هي القواعد التي تتضمنها النظم القانونية السارية في الدولة، و نجد هيئات تحكيم المركز الدولي في إطار فصلها في المنازعات المعروضة عليها قد اعتمدت على طريقة تسمح بالوصول إلى الإرادة المشتركة للأطراف.

84_ جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية،1997، ص78. وراجع المادة 66 قانون المدني الجزائري.

أما بالنسبة لمناقشة المصادر القانونية لتفسير إرادة الدولة باللجوء إلى التحكيم فإنه ظهر من خلال قضية spp ضد الدولة المصرية و التي انتهت هيئة التحكيم في حكمها إلى التأكيد على اعتماد مصادر متعددة لتفسير الإيجاب و المتمثلة في المبادئ العامة لتفسير القوانين أو بعض مبادئ تفسير الاتفاقيات الدولية أو مبادئ القانون الدولي المطبقة على التصرف القانوني الصادر بالإرادة المنفردة، و هو الموقف الذي انتقده جانب من الفقه و الذي اعتبر أن الأمر هنا يتعلق بتفسير عقد أو تصرف منفرد و المتمثل في إيجاب الدولة باللجوء إلى التحكيم و لا يتعلق بتفسير القوانين أو الاتفاقيات الدولية[97].

أما فيما يخص الإيجاب الوارد في الاتفاقيات الدولية فقد تنوعت القواعد المعتمدة في تفسيره حيث نجد هيئات التحكيم لم تأخذ بالتفسير الضيق و لا بالتفسير الواسع لاتفاقيات التحكيم موضوع النزاع، و قد لجأت إلى تفسيرها بالطريقة التي تسمح بالوصول إلى إرادة الأطراف.

و بالنسبة لتفسير إيجاب الدولة الوارد في اتفاقية دولية خاصة بالاستثمار فإن قضاء تحكيم المركز قد اعتمد على القواعد العامة لتفسير الاتفاقيات و قواعد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات و التي نصت المادة 31 منها على أن تفسير المعاهدة يتم وفقا للمعنى العادي للألفاظ و لا يفسر إلا النص الغامض.[98]

الفرع الثاني: تحديد ميعاد اكتمال التراضي:

استلزمت اتفاقية واشنطن وجود التراضي المكتمل قبل تقديم طلب التحكيم إلى المركز وذلك بموجب المادة 36 الفقرة 2 من الاتفاقية و التي نصت:" يجب أن يتضمن الطلب المعلومات المتعلقة بموضوع النزاع و بهوية الأطراف و موافقتهم على التحكيم وفقا للقواعد الإجرائية الواردة في لائحة رفع الدعوى". كما أكدت المادة 1/2 من لائحة تقديم الدعاوى على تحكيم المركز في البند(ج) على ضرورة تعيين تاريخ الرضاء و الأدوات التي تم تسجيله فيها وقد نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن المقصود بميعاد التراضي هو:" التاريخ الذي يتفق طرفا النزاع على عرضه أمام المركز، و إذا قدم الطرفان موافقتهما في تاريخين مختلفين فيعتد بآخرهما"[99].

---

[97] – أنظر: داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص.397-398. و راجع المواد 111 و 112 من القانون المدني الجزائري.

[98] – أنظر: قبايلي الطيب، المرجع السابق، ص.160-161.

[99]– راجع المادة 1/36 من اتفاقية واشنطن.

ونجد من خلال هذه النصوص أن اتفاقية واشنطن تشترط أن تكون موافقة الأطراف موجودة عند انعقاد اختصاص المركز[100].

و يمكن أن ترد هذه الموافقة في نفس الأداة القانونية، أو أن يعبر الطرفان عن رضائهما في أدوات قانونية مختلفة، كما يجوز أن يكون بين التعبير عن الإرادة و التعبير عن القبول فاصل زمني، حيث يمكن أن تعرض الدولة المضيفة على المستثمر عرضا توافق من خلاله على اللّجوء إلى تحكيم المركز، و يمكن للمستثمر أن يعبّر عن موافقته في وقت لاحق، كما يمكن أن يتم التعبير عن الرضاء في نفس الأداة و لكن يكون توقيع الطرفين في زمنين مختلفين، وفي هذه الحالة يكون التراضي قد تم بتاريخ صدور تعبير الطرف الثاني عن رضائه، و بالتالي إذا عبرت الدولة عن موافقتها باللّجوء إلى التحكيم في تشريعها الداخلي أو في اتفاقيات الاستثمار فإن تاريخ التراضي يتحدد بالتاريخ الذي يعبّر فيه المستثمر الأجنبي عن قبوله بالإيجاب الموجّه إليه من قبل الدولة المضيفة و الوارد في نصوصها القانونية أو في الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها.

و لا يشترط أن يتم تعبير المستثمر الأجنبي عن قبوله في وقت معيّن، ما عدا في حالة تجديد الإيجاب الصادر من الدولة ميعادا للتعبير عن القبول، حيث يسقط الإيجاب إذا لم يعبّر المستثمر عن قبوله خلال هذه المدة المعيّنة[101].

وتثير مسألة إمكانية تطبيق رضا الدولة على التحكيم المعبّر عنه في نص قانوني داخلي أو اتفاقيات دولية بأثر رجعي عن النزاعات التي تكون قد ثارت بين الدولة المضيفة للاستثمار، و المستثمر الأجنبي في تاريخ سابق لدخول هذه النصوص حيّز التطبيق باعتبار أن القاعدة العامة هي عدم رجعية المعاهدات الدولية، و بالتالي لا يمكن افتراض أن المعاهدات ذات أثر رجعي إلاّ إذا ثبت اتجاه نية الأطراف إلى سريانها على وقائع و أحداث وقعت قبل سريانها، حيث يمكن لأطراف المعاهدة إذا رؤوا ضرورة لذلك أن يقرّروا تطبيقها أو تطبيق بعض نصوصها بأثر رجعي[102].

---

[100]– طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص.341.

[101]– أنظر داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق،ص.400. و كذلك قبايلي طيب، المرجع السابق، ص. 162_163.

[102]– أنظر أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص.164.

أمّا في حالة غياب مثل هذا النص فإن الموقف المتخذ بشأن ذلك من قبل محاكم تحكيم المركز هو العمل على تفسير النصوص الخاصة بتسوية المنازعات الواردة في هذه الأدوات القانونية[103] .

وفي الأخير نجد أن لتحديد ميعاد الرضا أهمية بالغة، باعتباره يمثل الميعاد المعتدّ به لتحديد جنسية الشخص الاعتباري وفقا للبند(ب) من الفقرة الأولى من المادة 29 من اتفاقية واشنطن، حيث اشترطت تمتع الشخص الاعتباري بجنسية الدولة الطرف في الاتفاقية عير الدولة الطرف في النزاع، في التاريخ الذي يرتضي فيه الأطراف باللّجوء إلى تحكيم المركز.

أما بالنسبة للشخص الطبيعي فقد نص البند (أ) من المادة 25 على ضرورة توافر شرط الجنسية في الشخص الطبيعي في تاريخين يتمثل الأول في التاريخ الذي يرتضي فيه الأطراف على عرض النزاع أمام المركز أما الثاني فهو التاريخ الذي يسجل فيه من طرف السكرتير العام للمركز.

كما يجب أن تتوفر في الشخص الطبيعي جنسية إحدى الدولتين المتعاقدة في هاذين التاريخين معه، ذلك أن توفر الجنسية في أحدهما فقط ليس كافيا لانعقاد اختصاص المركز[104] .

ويتمثل الهدف من ضرورة تحديد جنسية الأطراف في محاربة الغش، من خلال محاولة الشخص الاعتباري تغيير جنسيته حتى يتسنى له تقاضي الدولة المضيفة للاستثمار.

بالإضافة إلى أن اقتضاء عدم تغيير الجنسية في الفترة ما بين الاتفاق على التحكيم و تسجيل الطلب لدى المركز يحول دون أن يتمتع الشخص الطبيعي في آن واحد بمزايا التحكيم أمام المركز على اعتبار أن أنه يتمتع بجنسية دولة متعاقدة لحظة الاتفاق على التحكيم، و بالحماية الدبلوماسية لدولة أخرى متعاقدة و التي اكتسبت جنسيتها في تاريخ لاحق[105].

كما يترتب على اكتمال التراضي، تنازل الأطراف عن كافة وسائل تسوية المنازعات الأخرى، بالإضافة إلى عدم جواز منح المستثمر الحماية الدبلوماسية من قبل دولته[106].

---

[103] _ راجع قبايلي الطيب،المرجع السابق، ص.164.

[104] _ راجع المادة 25 من اتفاقية واشنطن.

[105] _ أنظر حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق،ص.166.

[106] _ راجع المادة 26، 27 من اتفاقية واشنطن.

الفرع الثالث: مدى جواز عدول الدولة عن إيجابها:

لقد أكدت الفقرة الأولى من المادة 25 من اتفاقية واشنطن على عدم جواز العدول عن رضا الأطراف بالتحكيم أمام المركز بالإرادة المنفردة، و بالتالي فإن رضاء الأطراف باللّجوء إلى التحكيم أمام المركز تتمتع بقوة إلزامية، و هذا الحظر بالعدول عن الرضاء يكون في حالة اكتمال ركن التراضي[107].

و تجدر الإشارة أن مبدأ عدم جواز سحب الموافقة بالإرادة المنفردة لا يقتصر فقط على المستثمر الأجنبي، بل يمتد ليشمل الدولة الطرف في النزاع، بحيث لا تملك هذه الأخيرة العدول عن رضائها باللجوء إلى تحكيم المركز الذي تضمنه نص تسوية المنازعات الوارد في اتفاق الاستثمار إلاّ في حالة كون هذا الانسحاب لن يؤثر في حقوق و التزامات هذه الدولة و الناشئة بمقتضى الاتفاقية، حيث نصت المادة 71 من اتفاقية واشنطن على:" يجوز لكل دولة أن تسحب من الاتفاقية و ذلك بإخطار موجّه إلى المودع لديه و يتم الانسحاب بعد ستة أشهر من استلام الإخطار المشار إليه" و تمثل هذه الصيغة الملزمة للتحكيم ضمانة للمستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة المضيفة للاستثمار حيث أنها قد ترفض خضوعها للتحكيم أو ترفض أساسها وجود مثل هذا الالتزام على عاتقها.مما يشكل عقبة تحول دون إمكانية تسوية النزاع[108].

أما فيما يخص عدول الدولة عن إيجابها الوارد في نص قانوني داخلي أو اتفاقية دولية، فإنها لا يمكنها العدول عن هذا الإيجاب إذا ما صادفه قبول من المستثمر الأجنبي، إلا في حالة اتفاق مشترك بينهما.

أما إذا لم يعبّر المستثمر عن قبوله لعرض الدولة، فإنه يجوز للدولة العدول عن إيجابها عن طريق إلغاء القانون الذي يتضمنه، باعتبار أن ركن التراضي على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لم يتحقق.

أما في حالة تعبير الدولة عن إيجابها في اتفاقية دولية للاستثمار، فيرى بعض الفقه إمكانية عدول الدولة عن إيجابها إذا لم يصدر قبول من جانب المستثمر الأجنبي، لكن هذا الرجوع يصطدم مع قاعدة

---

[108]– أنظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص.180.

"العقد شريعة المتعاقدين".كما أن ذلك يعتبر انسحاب من الاتفاقية الدولية، مما يرتب مسؤولية الدولة عن إيجابها الوارد في نصوص الاتفاقيات الدولية[109].

المطلب الثاني: اتساع حالات اختصاص المركز بناء على الصور الجديدة للتراضي:

لقد أدى استخلاص ركن تراضي الأطراف على اختصاص المركز الدولي بناءا على التشريعات الداخلية أو الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدول المضيفة للاستثمار إلى توسيع حالات اختصاص المركز الدولي، حيث ظهرت طرق متعددة لإسناد الاختصاص للمركز حتى في ظل انعدام أي علاقة عقدية بين الأطراف المتنازعة(الفرع الأول)، كما عمد المستثمرين الأجانب إلى التمسك بشرط الدولة الأولى بالرعاية لمنح الاختصاص للمركز الدولي(الفرع الثاني)، و كذلك القول باختصاص المركز بالرغم من الاتفاق على آلية أخرى لتسوية النزاع(الفرع الثالث).

الفرع الأول:اختصاص المركز دون أي علاقة عقدية

إن اختصاص المركز من خلال قبول هيئات التحكيم بالأخذ بالرضاء الذي تعبر عنه الدول من خلال قوانين الاستثمار الوطنية أو عن طريق اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أدى إلى ازدياد عدد القضايا التي تعرض على المركز استنادا إلى هذه الصور المستحدثة بالمقارنة مع الصور التقليدية لاتفاق التحكيم التجاري[110].

و ما يميز التراضي الذي تتضمنه هذه الصور المستحدثة في كون إيجاب الدولة الوارد في نص قانوني أو اتفاقية دولية هو إيجاب عام موجه إلى عدد غير محدد من الأشخاص و قبول المستثمر لهذا الإيجاب يؤدي إلى انعقاد اختصاص المركز و قد اعتبر المركز أن تقديم طلب التحكيم من قبل المستثمر الأجنبي يعد قبولا يكتمل به ركن التراضي، و بالتالي فإن التعبير عن الإرادة من خلال هذه الصور يتم في مرحلتين منفصلتين زمنيا.

---

[109]–أنظر: قبايلي الطيب، المرجع السابق، ص.167.

[110]– تتمثل الصور التقليدية لاتفاق التحكيم في شرط التحكيم و الذي يرد ضمن العقد المبرم بين الطرفين و الذي يتم بمقتضاه اتفاق الأطراف على عرض النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما مستقبلا على التحكيم أما الصورة الثانية فتتمثل في مشارطة التحكيم و هي عبارة عن اتفاق يبرمه الأطراف للجوء إلى التحكيم بصدد نزاع قائم بينهما حيث يحدد من خلالها الأطراف كامل المسائل المتعلقة بالتحكيم من تشكيل هيئة التحكيم و اختيار القواعد الاجرائية و كل ما يتعلق بالخصومة التحكيمية.

و بالنظر إلى هذا الاتجاه الذي اتبعته محاكم تحكيم المركز نجد أنه متناقض مع أحكام اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حيث نجد مقدمة اتفاقية واشنطن قد أكدت ضرورة وجود اتفاق تحكيم لانعقاد اختصاص المركز الدولي و هو ما أكدته المادة 25 الفقرة الأولى من الاتفاقية التي اشترطت لانعقاد اختصاص المركز موافقة مشتركة من الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الأجنبي حيث تعتبر هذه الموافقة أساس انعقاد اختصاص المركز و بدونها لا يمكن للمركز الفصل في النزاع، و هو ما لا يتفق مع الذي سلكته محاكم تحكيم المركز من خلال استخلاصها لرضاء الدولة من خلال قوانينها الداخلية أو الاتفاقيات التي تبرمها مع الدول الأخرى حتى دون وجود علاقة عقدية أو علاقة قانونية بين الأطراف.

كما يخالف المبادئ التي استقر عليها الفقه القانوني من إلزامية وجود اتفاق سابق بين الأطراف للجوء إلى التحكيم و لإقامة الإجراءات حيث أن هذا النظام القضائي الخاص يعتمد على إرادة الأطراف للجوء إليه و لمنح اختصاص الفصل في النزاع لهيئة التحكيم.

كما أن هذا الاتجاه 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 و إنما يكفي أن يستند إلى رضاء الدولة الذي عبرت عنه في تشريعها الداخلي أو في اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها مع دولة المستثمر، و بالعكس من ذلك فإن الدولة لا يمكن لها رفع دعوى تحكيم ضد المستثمر لعدم اكتمال التراضي المنصوص عليه في المادة 25 من اتفاقية واشنطن، كما منح للمستثمر ووفقا لهذا الاتجاه الحديث (التحكيم المنفرد) الحق في مقاضاة الدولة المضيفة لإخلالها بالتزاماتها الواردة في الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف و مطالبتها بالتعويض[111].

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

تتضمن معظم اتفاقيات تشجيع و حماية الاستثمارات شرط الدولة الأولى بالرعاية و الذي يهدف إلى تحقيق المساواة بين المستثمرين الأجانب و منع أي تمييز بين الضمانات و الامتيازات الممنوحة لرعايا كلا الدولتين الطرف في الاتفاقية بالمقارنة مع رعايا دول أخرى بموجب اتفاقيات أخرى مبرمة مع هاتين الدولتين و قد أثيرت لأول مرة هذه المسألة في قضية Maffezini ضد إسبانيا وتتلخص وقائع هذه

[111] – أنظر: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.170-171.

القضية في قيام مواطن أرجنتيني يدعى Maffezini بتقديم طلب للتحكيم أمام المركز الدولي لمطالبة إسبانيا بتعويضه عن الخسائر التي لحقت باستثماره، حيث استند في ذلك إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية التي تضمنته الاتفاقية الثنائية المبرمة بين إسبانيا والأرجنتين مؤسسا ذلك على الاتفاقية الثنائية بين اسبانيا والشيلي، والتي نصت المادة العاشرة منها أنه لا يمكن مباشرة إجراءات التحكيم إلا بعد عرض النزاع على المحاكم الوطنية ومرور 18 شهرا دون الفصل في موضوعه، مع العلم أن السيد Maffezini لم يلتزم بالإجراءات الواردة في هذه الاتفاقية وأرجع ذلك إلى كون أن الفقرة الثانية من المادة العاشرة من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين اسبانيا والشيلي لم تشترط سوى مرور 6 أشهر منذ قيام النزاع ليتم من خلالها محاولة إيجاد تسوية ودية للنزاع قبل اللجوء إلى التحكيم. واعتبر المدعي أن وضعية الاستثمارات التشيلية في اسبانيا أفضل من وضع الاستثمارات الأجنبية مما يخول له الاستناد إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية الواردة في اتفاقية اسبانيا مع الأرجنتين بعد مرور 6 أشهر من قيام النزاع.

وقد أجابت اسبانيا على طلبات المدعي بأن تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية يتعلق فقط بنصوص الحماية الموضوعية ولا يشمل المسائل الإجرائية[112].

وقد انتهت هيئة التحكيم في هذه القضية إلى إمكانية امتداد إعمال النصوص المتعلقة بتسوية منازعات الواردة بإحدى الاتفاقيات إلى المستثمرين المخاطبين بأحكام اتفاقية أخرى بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية الواردة في أحكام اتفاقية أخرى إذا كان النص المراد تطبيقه يمنح حماية أفضل للمستثمر من النص الوارد في الاتفاقية التي تربط دولته بالدولة المضيفة وذلك بشرط أن لا يؤدي تطبيق هذا الشرط إلى الإخلال باعتبارات النظام العام للدولة المضيفة[113].

كما أيدت هيئة التحكيم في قضية شركة Tecmed نفس الحكم الذي صدر في قضية Meffezini من حيث تطبيق النص المتعلق شرط الدولة الأولى بالرعاية إذا كان هذا النص يمثل حماية أفضل للمستثمر مما ورد في نص الاتفاقية الثنائية التي تربط دولته بالدولة المضيفة ولكن مع الأخذ بالاستثناءات الواردة عليه التي نصت على عدم الأخذ بالشرط فيما يتعلق بنطاق التطبيق الزمني للاتفاقية.

---

[112] – أنظر: طه أحمد على قاسم، المرجع السابق، ص.288-289.

[113] – أنظر القرار في موقع المركز: www.wordbank.org/icsid

إلا أن موقف محاكم التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قد عرف تطورا جذريا حيث رفضت إعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية ويظهر ذلك من خلال قضية Salini ضد المملكة الأردنية وتتمثل مجريات هذه القضية في قيام شركتان إيطاليتان Italstrade spa وSalini constructoris spa بإبرام عقد مع وزارة المياه والذي يهدف بناء سد في الأردن، ومن بين الشروط التي تضمنها العقد تدخل مهندس لتقدير قيمة الأتعاب والنفقات ولتقدير انتهاء الأعمال ويعود الاختصاص في حالة قيام نزاع حول قرار المهندس إلى الجهة القضائية المختصة بالأردن إلا إذا اتفق الطرفان على النزاع على هيئة تحكيم. ونتيجة خلاف حول تقدير الأتعاب تقدمت الشركات الإيطاليتان بطلب التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ضد المملكة الأردنية وذلك بالاستناد على المادة 3/9 من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين ايطاليا والأردن والتي أباحت إحالة المنازعات الناشئة عن الإخلال بأحكام الاتفاقية على تحكيم المركز حيث تمسكت الشركتان بأنه وبالرغم من كون نص المادة 2/9 يفرض على الأطراف المتنازعة تسوية النزاع وفق للطريقة المتفق عليها في عقد الاستثمار، إلا أنه يمنع من اللجوء إلى التحكيم في حالة إخلال الدولة بالتزاماتها الواردة في الاتفاقية، كما تمسكت الشركتان احتياطا باختصاص المركز بالرجوع إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية الواردة في الاتفاقية، وتطبيق النصين الواردين في الاتفاقيتين المبرمتين بين الأردن والولايات المتحدة الأمريكية والأردن والمملكة المتحدة والذي يسمح للمستثمر اللجوء إلى التحكيم بالرغم من نص بنود عقد الاستثمار على طرف أخرى.وقد فضلت الشركتان تطبيق نصوص تسوية المنازعات الواردة في اتفاقيتي الولايات المتحدة والمملكة المتحدة واعتبرته أفضل من النص الوارد في الاتفاقية المبرمة بين الأردن وإيطاليا. وقد استندت الشركتان على الحكم الوارد في قضية Maffezini

وقد ردت المملكة الأردنية بعدم اختصاص المركز لكون النزاع نزاع عقدي ولا يتعلق لإخلال بالالتزامات الواردة في الاتفاقية وعليه يجب تسوية هذا النزاع وفقا لنص المادة التاسعة من الاتفاقية، كما دفعت الأردن بأنه لا يمكن إعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية لوجود تعبير صريح من قبل الدولتين بتسوية النزاعات الناتجة عن العقد بموجب ما ورد في بنود العقد المبرم بينهما[114].

[114] – قبايلي الطيب، خصوصية التحكيم في مجال الاستثمار أمام المركز الدولي، الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر،يومي 09/08 ماي، 2013. ص.7-8.

وقد رفضت هيئة التحكيم للمركز الدولي إعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية لأن ذلك يشكل تناقضا مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لعدم قيام البينة على اتجاه نية الطرفين على تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية[115].

وبهذا نلاحظ اختلاف بين موقف هيئة تحكيم المركز في قضية Maffezini والتي قررت فيها تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية مع اخضاعة لبعض القيود والمتمثلة في عدم مخالفته لأحكام النظام العام فيما رفضت هيئة التحكيم في قضية Italstrade و Salini تطبيق هذا الشرط لعدم وجود إرادة صريحة للطرفين للخضوع لشرط الدولة الأولى بالرعاية.

الفرع الثالث : اختصاص المركز رغم الاتفاق على آلية أخرى لتسوية النزاع.

ينعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية الاستثمار بتعبير الأطراف المتنازعة عن موافقتها الصريحة للجوء إلى قضاء تحكيم المركز، و ذلك في الأداة القانونية التي تربطها و ذلك بتوفر الشروط المنصوص عليها في اتفاقية واشنطن، و لكن بظهور الصور الجديدة للتعبير عن التراضي.

و باستخلاص الاجتهاد التحكيمي للمركز موافقة الأطراف على التحكيم أمامه من خلال هذه الصور، امتدت و توسعت دائرة اختصاص المركز الدولي لتشمل المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف سواء في إطار علاقة في إطار علاقة عقدية أو دونها و تكمن الإشكالية في هذه الحالة في إمكانية اللجوء إلى المركز على الرغم من وجود شرط لتسوية منازعات الاستثمار في عقد الاستثمار و الذي ينص على وسيلة أخرى لتسويتها.

و قد تعرض قضاء المركز لهذه الإشكالية في القضايا العديدة التي عرضت عليه، و ذلك من خلال التفرقة بين حالات وجود الدولة المضيفة كطرف مباشر في عقد الاستثمار و بين الحالات التي لا تكون الدولة طرفا في هذا العقد[116].

---

[115] – أنظر: قبايلي الطيب، المرجع السابق، ص.431.

[116] – أنظر: قبايلي الطيب، المرجع نفسه، ص.450-451 و كذلك: داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص.194-195-196.

أولا: حالة وجود الدولة كطرف في عقد الاستثمار مع إحدى الهيئات العامة

من بين القضايا التي عرضت على المركز نجد قضية italstrade spa و salini constructori ضد المملكة المغربية و التي تتلخص وقائعها في إبرام عقد بين الشركة المغربية للطرقات والشركة إيطالية وذلك بهدف تشييد الطريق السريع الرابط بين فاس والرباط وحيث ثار نزاع بين الطرفين بشأن الحساب الختامي للأشغال، مما أدى بالشركتين للجوء إلى تحكيم المركز للمطالبة بتعويضها مستندة إلى نص 8 من الاتفاقية الثنائية التي تربطهما والتي نصت على اللجوء إلى تحكيم المركز كأخذ الوسائل الممنوحة للمستثمر الأجنبي. وقد دفعت الشركة المدعى عليها بعدم اختصاص محكمة التحكيم للفصل في النزاع القائم وذلك لسببين:

يتمثل السبب الأول في رفض المدعي اللجوء إلى تحكيم المركز لاتفاق الأطراف بموجب العقد المبرم بين الطرفين على إسناد الاختصاص للفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ أو تفسير العقد للمحاكم الوطنية المغربية. ويكمن السبب الثاني في كون النزاع لا يتعلق بخرق الالتزامات الواردة في الاتفاقية وإنما يتعلق بالإخلال بالالتزامات المتعلقة ببنود العقد المبرم بينهما.

ردت المحكمة على هذه الأسباب بالرفض حيث اعتبرت أن النص الوارد في الاتفاقية والذي يمنح اختصاص الفصل في النزاع للمركز الدولي أسمى من النص الوارد في العقد الذي أحال الاختصاص للمحاكم الوطنية وبالتالي عدم اعتبار النص الوارد في بنود العقد الاستثمار تنازلا عن منح الخيار لتسوية النزاع بمقتضى الاتفاقية الثنائية.

وقد ميزت المحكمة بين حالة وجود الدولة كطرف في عقد الاستثمار حيث أنه في هذه الحالة طبق نص تسوية النزاع الوارد في الاتفاقية ويختص المركز بالنظر في كافة التجاوزات التي ارتكبتها الدولة الطرف في العقد سواء كانت متعلقة بالعقد أو الاتفاقية الثنائية، وأما بالنسبة للحالة الثانية فتتمثل في الحالة التي لا تكون الدولة المضيفة طرفا في العقد، وإنما أحد هيئاتها ففي هذه الحالة لا يختص المركز بالمنازعات المترتبة عن الإخلال بالعقد إلا إذا تشكلت إخلال بنصوص الاتفاقية الثنائية[117].

بالإضافة إلى قضية caa و vivendi universal ضد حكومة الأرجنتين و التي انتهت من

[117] – أنظر: داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص.439.

خلالها المحكمة إلى التمييز بين الطلبات المستندة على العقد وتلك المستندة على الاتفاقية ، حيث تختص هيئات تحكيم المركز بالفصل بالنزاع حتى لو كان النزاع بين المستثمر وإحدى الهيئات العامة للدولة بالرغم من اتفاق الأطراف على وسيلة أخرى لفض النزاع إذ أنه لا يشكل هذا البندإخلالا بنصوص الاتفاقية. أما بالنسبة لمنازعات العقد فتبقى من اختصاص الجهة التي اتفق عليها الأطراف ما لم يشكل هذا الاتفاق إخلالا بالاتفاقية الثنائية[118].

ثانيا: حالة إبرام عقد الاستثمار مع الدولة المضيفة:

لقد تعرضت هيئات تحكيم المركز الدولي إلى العديد من القضايا من هذا النوع و من بينها قضية RFCCضد المملكة المغربية و التي تدور وقائعها في إبرام الشركة العامة المغربية للطرقات عقدا مع كونسورسيوم إيطالي متكون من 5 شركات بهدف تشييد جزء من طريق سريع في المغرب و قد نص العقد على أن تسوية النزاعات المتعلقة بتنفيذه أو تفسيره يختص بالفصل فيها المحاكم المغربية .

و إثر قيام نزاع حول الحساب الختامي للأشغال قام الكونسورسيوم الإيطالي بتقديم طلب التحكيم أمام المركز الدولي مستندا إلى نص المادة8 من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المغرب و إيطاليا التي أتاحت للمستثمر الاختيار بين اللجوء إلى المحاكم الوطنية أو إلى التحكيم الحر أو التحكيم تحت مظلة المركز الدولي.

و قد رفضت الحكومة المغربية اختصاص المركز مستندة في ذلك إلى شرط تسوية المنازعات الذي تضمنه العقد المبرم بينهما، حيث اعتبرت موافقة المستثمر على مثل هذا الشرط يعد بمثابة تنازل منه عن إمكانية اللجوء إلى التحكيم، بينما ذهب المدعي إلى تأكيد اختصاص المركز بالفصل في النزاع لكون اختصاص المركز يمتد للمنازعات الناشئة عن العقد و كذا المنازعات الناشئة عن الاتفاقية و أنه في كل الأحوال فإن طلباته مؤسسة على الإخلال ببنود الاتفاقية.

و أخيرا قررت هيئة التحكيم أن نص المادة الثامنة من اتفاقية الاستثمار جاء عاما يشمل كافة المنازعات المتعلقة بالاستثمار إلا أن تطبيق هذه المادة على المنازعات التي تنشأ عن العقد يتطلب وجود الدولة كطرف مباشر في العقد، أما إذا كان العقد مبرما بين المستثمر و إحدى الهيئات التابعة للدولة فإن المركز يكون مختصا بنظر المنازعات المتعلقة بالإخلال بالاتفاقية أو الإخلال بالعقد معتبرة أن إيجاب

[118] – يمكن الإطلاع على حكم التحكيم الصادر في القضية على موقع المركز :www.wordbank.org/icsid/cases

الدولة الوارد في الاتفاقية يتعلق بالمنازعات الناشئة عن نصوص الاتفاقية أو عن عقد تبرمه الدولة مع المستثمر بذاتها، و لكن قد يمتد إلى المنازعات التي تنشأ عن عقد لا تكون الدولة طرفا فيه إذا أخلت هذه المنازعة بالاتفاقية[119].

[119] - راجع القرار الصادر في القضية على موقع المركز: www.wordbank.org/icsid/cases

خاتمة

في ضوء ما تقدم نجد أن التحكيم التجاري الدولي قد بات حقيقة واقعية لا يمكن تجاهلها، و في سبيل تفعيل هذا الأسلوب حرصت الدول إلى سن تشريعات وطنية للاستثمار بهدف تشجيع الاستثمارات الأجنبية و توفير بيئة تشريعية متكاملة، كما سارعت إلى الانضمام لإبرام إلى الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف.

و هو الأسلوب الذي اتبعته الجزائر، لكن يبقى أنه و بالرغم من الجهود التي تبذلها من أجل تحرير اقتصادها باعتمادها التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية منازعاتها مع المستثمرين الأجانب، إلا أن جهدا آخر لابد أن يبذل في اتجاه تشجيع و توفير محيط ملائم للاستثمار الأجنبي، كرفع الحواجز و القيود التي تحد من تدفق الاستثمارات[120].

و يبقى التحكيم الوسيلة الفعالة لتسوية منازعات الاستثمار، و لاسيما التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والذي يعد أكثر الأشكال التحكيمية ملائمة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، نظرا للمزايا العديدة التي يكفلها لجميع أطراف النزاع[121].

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن ظهور الصور الجديدة للتعبير عن رضاء الدولة باللجوء إلى التحكيم دون وجود اتفاق للتحكيم بالمعنى التقليدي، و إنما تأسيسا على تشريعات و اتفاقيات حماية و تشجيع الاستثمار و ذلك دون وجود أي علاقة تعاقدية بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي، قد أدى إلى إثارة العديد من المشكلات و أهمها اختلال التوازن بين الدولة و المستثمر الذي أصبح له وحده الحق في إقامة دعوى التحكيم ضد الدولة، و بذلك منحه إمكانية استدراج الدولة المضيفة أمام محاكم تحكيم المركز في أي وقت خلافا لنص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن[122]، كما ترتب على ذلك توسيع نطاق اختصاص المركز بصورة مبالغ فيها، بالإضافة إلى تجاهل الشروط الواردة في عقود الاستثمار و المتعلقة بتسوية المنازعات، فضلا عن تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية التي قد تأتي بالمخالفة لإرادة الدولة، و هو ما

[120] – أنظر: بقة حسان، المرجع السابق، ص.134.

[121] – أنظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص.532.

[122] – أنظر: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.174.

لا نجده في الحالة التي يكون فيها التحكيم مؤسسا على شرط تحكيم وارد في عقد مبرم بين الدولة و المستثمر الأجنبي حيث يلتزم المحكم بإرادة الأطراف الواردة في العقد المبرم بينهما[123].

و أخيرا نشير إلى أن نجاح التحكيم في منازعات الاستثمار مرتبط بتحقيق التوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبي و بين مصالح الدولة المضيفة للاستثمار، كما ينبغي على الدول توخي الدقة في صياغة تشريعاتها الوطنية و الاتفاقيات التي تبرمها، و ذلك بأن يستوجب بأن تكون الموافقة صريحة و محددة من الدولة في حالة قيام نزاع بالإحالة إلى تحكيم المركز الدولي[124].

[123] - أنظر: داليا عبد المعطي حسين علي، المرجع السابق، ص.389.

[124] – أنظر: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.174.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

1.الكتب

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،2000.

2.أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.

3.أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات– مصادر الالتزام، دار الثقافة، 2011.

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

5.جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، منشأة المعارف، 1997.

6. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المصيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001.

7.حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، دار النهضة العربية، مصر، (دس).

8. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، 2001

9.خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، مصر، 2002.

10.صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية ، 2005.

11.طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة ، 2008.

12. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

13. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي و الاختصاص التحكيمي، القاهرة، 2002.

14.عمران السيد محمد السيد، الأسس العامة في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، (دس).

15.فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة للنشر، الأردن، 2008.

16.قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،2004.

17.كمال إبراهيم،التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر،1991.

18. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للطبع للنشر و التوزيع، مصر.

19.محمد السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية، دار المطبوعات الجامعية، 1996.

20.محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، مصر،2009.

21.مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

22.منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف، مصر، 2000.

23. نبيل إبراهيم سعد همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون"نظرية الحق– نظرية الالتزام"، منشأة المعارف، 2001.

2_ الرسائل و المذكرات

أ.رسائل دكتوراه

1. قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

2. داليا عبد المعطي حسين علي، التراضي كأساس لاتفاق التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة، (دس).

ب.مذكرات ماجستير

1. 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 ميره، بجاية، 2010.

2. تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي(دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 09/93 و القانون المقارن)، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2004.

3. قبايلي طيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2002.

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

3-**المقالات**

1- بوا عبد اللّطيف، التحكيم في منازعات الاستثمار، مجلة المحاكم المغربية، غدد 117، ديسمبر، 2008.

2-محمد، "اتفاق التحكيم في ظل القانون المغربي و الاتفاقيات الدولية"، مجلة المحاكم المغربية، الدار البيضاء، المغرب، العدد117، نوفمبر2008.

3- محند وعلي(عيبوط)، "الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادي"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر، العدد01، جانفي2006.

4-**الملتقيات**

1-بلحرش سعيد،" المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار و الاجراءات المتبعة أمامه"، أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام16/15 جوان، الجزائر،2006 .

2- حبيب بلقنيشي، دور التحكيم التجاري في وضع نظام قانوني دولي لتشجيع الإستثمارات الأجنبية، أعمال الملتقى الدولي في الجزائر(بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية)، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 15/14جوان، الجزائر،2006.

3- حسين نوارة،" تكريس التحكيم التجاري الدولي في الجزائر(بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية)، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميره، بجاية ، أيام 16/15/جوان، الجزائر،2006.

5- النصوص القانونية

1- المرسوم رقم145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد15 لسنة1982.

2-_ المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25، المعدل و المتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27 لسنة 1993.(ملغى)

3-_ أمر رقم 03/01 المؤرخ في 2011/08/20 متعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد رقم 47 لسنة 2003 معدل و متمم .

4-_ قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

5- الأمر رقم 78/75 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج. ر.ج.ج، عدد 78 لسنة1975 (معدل و متمم).

6- الوثائق

1-اتفاقية واشنطن المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول الأخرى أمام المركز الدولي في 18 مارس1965.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1-TERKI Nour-Eddine: l'arbitrage commercial international en Algérie, office des publications universitaires, Alger, 1999.

2- TRARITANI Moustafa: droit algérien de l'arbitrage commercial international, 1ére édition, BERTI Editions, Alger, 2007.

الفهرس

الموضوع **الصفحة**

مقدمة.....**1**

الفصل الأول:الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار.....**4**

المبحث الأول:الشروط العامة للّجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.....5

المطلب الأول:الشروط الموضوعية.....5

الفرع الأول:التراضي.....6

الفرع الثاني: الأهلية.....**7**

الفرع الثالث:المحل.....11

المطلب الثاني:الشروط الشكلية.....13

الفرع الأول: موقف بعض الاتفاقيات الدولية.....13

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات الداخلية.....15

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.....17

المبحث الثاني: اللجوء إلى التحكيم التجاري في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار....18

المطلب الأول: تكوين التراضي على اللجوء إلى التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.....19

الفرع الأول: التراضي وفقا للمادة 25 الفقرة الأولى من اتفاقية واشنطن.....20

الفرع الثاني: حالة رضا الدولة على إحالة بعض النزاعات على المركز الدولي.....21

المطلب الثاني: آثار التراضي.....22

الفرع الأول: عدم جواز إلغاء الموافقة على تحكيم المركز بالإرادة المنفردة.....22

الفرع الثاني: عدم جواز تمسك الدولة بانعدام الأهلية بعد الاتفاق على التحكيم.....23

الفرع الثالث: عدم جواز دفع الدولة بحصانتها و التهرب من اتفاق التحكيم.....24

الفصل الثاني: قبول التحكيم غير الاتفاقي على ضوء اتفاقية واشنطن و الاجتهاد القضائي.....25

المبحث الأول: الصور التي استحدثتها اتفاقية واشنطن و الاجتهاد القضائي.....25

المطلب الأول: التعبير عن الرضا بموجب نص تشريعي.....25

الفرع الأول: قضية s.p.p ضد جمهورية مصر العربية..... 26

الفرع الثاني: مدى اعتبار عرض الدولة إيجابا.....27

المطلب الثاني: التعبير عن الرضا في إطار الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف.....28

الفرع الأول: التعبير عن الرضا في إطار الاتفاقيات الثنائية.....29

الفرع الثاني: التعبير عن الرضا في إطار الاتفاقيات متعددة الأطراف.....30

المبحث الثاني: النتائج المترتبة عن الصور المستحدثة للتراضي في إطار اتفاقية واشنطن.....32

المطلب الأول: النتائج القانونية المتعلقة بإيجاب الدولة الوارد في نص داخلي أو اتفاقي.....32

الفرع الأول: تفسير إيجاب الدولة على اللجوء إلى التحكيم.....32

الفرع الثاني: تحديد ميعاد اكتمال التراضي.....33

الفرع الثالث: مدى جواز عدول الدولة عن إيجابها.....36

المطلب الثاني: اتساع حالات اختصاص المركز بناء على الصور الجديدة للتراضي.....37

الفرع الأول: اختصاص المركز دون أي علاقة عقدية.....37

الفرع الثاني: اختصاص المركز من خلال إعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية.....38

الفرع الثالث: اختصاص المركز رغم الاتفاق على آلية أخرى لتسوية النزاع.....41

خاتمة.....45

قائمة المراجع.....47