

جامعة عمارة ثليجي بالأغواط

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

تسوية المنازعات التجارية الدولية في ظل المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانون الدولي و العلاقات الدولية

إعداد الطلبة :

بن لحبيب مراد
مولاي عطاءالله

إشراف الاستاذ
الدكتور زازة لخضر

لجنة المناقشة

- الأستاذ الدكتور برايك الطاهر رئيسا
- الأستاذ الدكتور زازة لخضر مشرفا و مقررا
- الأستاذ الدكتور رابحي لخضر عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2017/2016

شكر

نتقدم بالشكر الجزيل لكل من

المشرف الاستاذ الدكتور زارة لخضر

و الاساتذة المناقشين

كما نتقدم بالشكر والعرفان لشتى الجهود التي كانت عون لنا
على إتمام هذا الموضوع ، وبالشكر العظيم لكل أعضاء هيئة
التدريس و الطاقم الاداري في كلية الحقوق

الاهداء

إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره أو هدى بالجواب
الصحيح حيرة سائليه فأظهر بسماحته تواضع

العلماء وبرحابته سماحة العارفين

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والديا اللذان لم يبخلا علي
يوماً بشيء وإلى إخوتي و اخوات و زوجتي وأولادي وإلى
وأسرتي جميعاً

أقول لهم أنتم وهبتموني الحياة والأمل والنشأة على شغف
الاطلاع والمعرفة ثم إلى كل أستاذ من أطوار التعليم الابتدائي
إلى التعليم العالي أو اي مقالة علمتني حرفاً أضاءت
الطريق أمامي

مقدمة:

تلجأ الدول وخصوصا النامية منها الى تنمية اقتصادها وتطوير منشآتها وبناءها التحتية عن طريق الاستثمار الأجنبي ، وبما أن المستثمر الاجنبي يحتاج الى ضمانات لتسهيل عمله وحفظ حقوقه في مواجهة دول ذات سيادة بإمكانها أن تأمم استثماره أو تعدل تشريعاتها الداخلية مما قد يضعف مركزه القانوني ، أو بالأحرى لتحقيق نوع من التوازن في عقد محتمل بين مستثمر أجنبي وهو شخص من أشخاص القانون الخاص وبين دولة من الدول وهي شخص من أشخاص القانون العام .

تسعى الدول في ذلك الاطار الى خلق مناخ استثماري مشجع للاستثمار ، عن طريق تحديث تشريعاتها ومواكبتها للتطورات العالمية ، وعن طريق عقد الاتفاقيات لتشجيع الاستثمار ، ومن الضمانات التي يسعى الى وجودها أي مستثمر عدم احالة النزاعات التي قد تنشأ بصدد استثماره في هذه الدولة الى قضائها الوطني ، كونه بنظر المستثمر انه يكون قضاء ميسر و غير حيادي ، و من أجل ذلك كله سعت الدول الى إيجاد حل يمكنها من جذب الاستثمارات عن طريق وسيلة بديلة محتملة لحل النزاعات التي قد تنشأ بصدد تلك الاستثمارات والتي تشكل ضمانا وجاذبا للمستثمرين في آن معا وتمثل الحل في التحكيم ، واحالة النزاعات التي قد تنشأ بين الاطراف الى هيئة مستقلة من اختيار الأطراف و تمخضت تطلعات الدول والمستثمرين معا الى وجود مثل تلك الهيئات عن عقد اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .

ولعل الجهد الذي بذل في هذا البحث هو استيعاب مفهوم فكرة التحكيم عموما المتصل بمنازعات الخاصة بالاستثمار ، و من آثاره الحكم الذي ينبغي ان يكون مستقل و طليق ، ليكرس الفاعلية الذاتية المطلقة للحكم التحكيمي، كواقع ملموس، عندما يجعل إلزامه ونفاذه الجبري في ذاته ومن ذاته وليس من مصادقة بلد صدره أو حتى من وضع الصيغة التنفيذية لهذا البلد أو لبلد التنفيذ عليه باعتبارها غير لازمة لحجيته التنفيذية الدولية أي نفاذه خارج بلد المنشأ، وهو إلزام يثبت بمجرد الثبوت المادي للحكم التحكيمي بعدم المنازعة في إمضائه من قبل المحكم الذي أصدره."

1 – أهمية الموضوع :

إن أهم شيء بهذا الموضوع هو المشكل الكبير الذي عانت منه الاستثمارات الأجنبية و هو عقدة السيادة عند الدول، وغياب محكمة فوق دولية يمكن اللجوء إليها لتفرض إرادتها على الدول على غرار محكمة العدل الدولية، وعدم قدرة المستثمر الأجنبي من اللجوء إلى هذا النوع من المحاكم عند وقوع نزاع بينه وبين الدولة المستقبلة للاستثمار، ورفض الدول الخضوع إلى غير قضائها الوطني الذي هو عنوان سيادتها.

كما أن رؤوس الأموال أصبحت تتجه إلى الدول التي لا تعتنق الفكر الليبرالي واقتصاد السوق وإنما تتدخل الدولة في إدارة الاقتصاد بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وأدى هذا الأمر إلى ظهور نزاعات عدة بينها وبين الشركات العابرة للقارات، أي أن الدولة أصبحت جزء من خارطة التجارة

الدولية سواء عن طريق قيامها بالاستثمار بنفسها، أو عن طريق أحد أجهزتها، أو إحدى الشركات التابعة لها، والتي وإن كانت ذات طابع اقتصادي لكنها تبقى خاضعة للدولة.

كما أن قدرة الدولة على التغيير في التشريعات الوطنية التي قد تلحق ضرر بالمستثمر الأجنبي الذي قد يصبح مجبرا على التنازل على قسم من أرباحه لصالح الدولة أو على جزء من أسهمه لصالح إحدى شركاتها بمقتضى هذه التغييرات التشريعية، والأمثلة على ذلك كثيرة في العالم، وإن الدول تملك بحكم قدرتها على التشريع كجزء لا يتجزأ من ممارستها لسيادتها متى شاءت وكيفما شاءت على الإضرار بمصالح المستثمر الأجنبي، وإذا أخذنا التأمين على سبيل المثال، يعتبر حق للدولة على أن تمارسه بشرط تقديم التعويض المناسب للمستثمر الأجنبي، لكن يبقى السؤال ما هو الضامن لهذا المستثمر على أن الدولة ستقوم بتعويضه تعويضا مناسباً.

أمام هذا العجز الذي واجهته منظومة مجتمع التجار كان ينبغي الوصول إلى حلول عملية فالدول على اختلافها غنية كانت أم فقيرة بحاجة ملحة للاستثمار الأجنبي، والاستثمار الأجنبي بحاجة ملحة للحماية، والدول إلى جانب حاجتها للاستثمار، فهي لا ترغب بالتضحية بسيادتها لمجموعة من الخواص، وهي غير قادرة على إنتاج منظومة عدلية يتجه إليها الجميع خواص ودول.

2- أسباب إختيار الموضوع

بداية انه من اسباب الاختيار لهذا الموضوع هي ما أصغت أذاننا إليه بصفتنا طلبة عن طريق أستاذة القانون الدولي في المحاضرات بجامعة عمار ثلجي حول الارقام الخيالية التي خسرتها الشركات الجزائرية عن طريق التحكيم و التي بلغت حوالي 3.4 مليار دولار كتعويضات و لعل ما تناولته بعض الصحف و القنوات الفضائية و المقالات بالمواقع الإلكترونية ان التحكيم الدولي كبّد الجزائر خسائر فادحة و في هذا السياق إذ شددت اللجنة الوطنية التابعة للغرفة التجارية الدولية بيوم دراسي بالجزائر بتاريخ 14 مارس 2016 على ضرورة تعزيز معارف الجهات القانونية داخل المؤسسات الاقتصادية الوطنية المتعاملة مع الشركاء الأجانب لتجنب الخسائر (الفادحة) التي قد تتكبدها الجزائر عند اللجوء إلى التحكيم الدولي ، و من جهة اخرى نبه الأستاذ بجامعة الجزائر1 عمرو الزاهي أن التحكيم الدولي (أضحى في حد ذاته تجارة مربحة) حيث حولت الكثير من الشركات القانونية الدولية اهتمامها نحو هذا المجال (نظرا للأموال الهائلة التي تجنيها من التعويضات ، وبغية الخروج بأقل قدر من الخسائر أكد السيد الزاهي أنه يتعين على المؤسسات التجارية الوطنية العمل على تعميق معارف خبراءها القانونيين وبالتالي غلق الباب أمام نظرائهم لدى الشركاء الأجانب ، وحسب ما أشار إليه مركز البحوث القانونية والقضائية المنظم لهذا اليوم الدراسي فإن الجزائر لطالما اعتبرت التحكيم مساسا بسيادتها غير أن التحولات السياسية والاقتصادية التي شهدتها من خلال الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق ورفع الاحتكار عن التجارة الخارجية دفعها إلى تبني التحكيم الدولي ، وتأتي هذه الخطوة في إطار

المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والذي شهد تعديلا عميقا بصور القانون رقم 08-09 المؤرخ سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

3- الاشكالية

وأفضل تعبير عن هذا الصراع هو ما ذكره الأستاذ عبد الحميد الأحذب عندما قال:
"إن التحكيم قد اندفع نحو التكيف مع المعطيات الجديدة للتجارة الدولية، ليؤمن للنزاعات الناشئة عنها الحلول المناسبة التي تحتاجها والمتسمة بخاصية السرعة والضمانة والعدالة وبالتالي فإن الفلسفة التحكيمية والتطبيق التحكيمي قد تعرضا لخضة عنيفة"
و عليه هل يمكن اعتبارا على ما سبق ان نجد صراع بين القضاء العمومي أي قضاء الدولة، والقضاء التحكيمي و لماذا يقع هذا الصدام؟ وما هي غايته ؟
و بناءا على ما سبق، فإنه يطرح عدة تساؤلات و إشكالات: تتمثل في
إلى أي مدى يمكن للقضاء التحكيمي عامة و في ظل المركز الدولي خاصة أن يكون مجسدا للعدالة المنشودة من طرف المستثمر في ظل احتكار قضاء الدولة للوظيفة القضائية؟ ومدى قدرة مؤسسة التحكيم على إنفاذ أحكامها؟
و للإجابة عن هذه الاشكالية و التي تضمنها عنوان هذا البحث وهو " تسوية المنازعات التجارية الدولية في ظل المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار"
و منه إرتئينا ما يلي

4 - الخطة المحورية

بحيث إعتمدنا في بحثنا هذا على فصلين إثنين **الفصل الأول** هو الظروف المنشأة للمركز الدولي و مميزات و اشتراطات و طبيعة التحكيم لحل النزاعات الدولية التجارية الخاصة بالاستثمار إختارناه فصل أولا لأنه يوضح النشأة و الاشتراطات الواجبة للتحكيم و يحتوي على مبحثين إثنين و هما **المبحث الأول** الظروف المنشأة للمركز الدولي و مميزات و اشتراطات حل النزاع الدولي التجاري و **المبحث الثاني** شروط و طبيعة منازعات الاستثمار الخاضعة لتحكيم المركز ، أما **الفصل الثاني** هو الإرادة في التحكيم لدى المركز الدولي و مدى علاقته بالقضاء الوطني و ويوضح هذا الفصل الآثار الناتجة عن حكم التحكيم و مدى علاقته بالقانون الوطني و يحتوي على مبحثين إثنين **المبحث الأول** الإرادة في التحكيم في ظل الرؤية الجديدة للمركز الدولي للاستثمار أما **المبحث الثاني** العلاقة بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني على ضوء التدخل القضائي و إنتهجنا بذلك عدت مناهج و هي كالاتي

5- المناهج المتبعة

لقد ارتئينا بداية ان نخوض بالمنهج التاريخي لوضع كرونولوجيا لنطلع بذلك على الظروف المنشأة للمركز الدولي ثم أخذنا المنهج التحليلي و الوصفي لنرى طبيعة عمله و الشروط الواجبة للتحكيم ثم انتهجنا المنهج المقارن لنرى مدى علاقته بالقانون الوطني .

الفصل الاول

الظروف المنشأة للمركز الدولي و مميزات و اشتراطات و طبيعة التحكيم لحل النزاعات الدولية التجارية الخاصة بالاستثمار

الفصل الأول : الظروف المنشأة للمركز الدولي و مميزات و اشتراطات و طبيعة التحكيم

لحل النزاعات الدولية التجارية الخاصة بالاستثمار

إن تدخل أجهزة الدولة بتسييس القضايا الخاصة بالاستثمار وعلى رأسها قضاؤها في مجال التحكيم ، إذ دام طويلا و لم تبادر هذه الدول بإزالة هذا الاحتكار بسبب السيادة ، وقد تم التوجه التحكيمي المستقل ابتداء من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، والتي عدها الفقهاء بمثابة شهادة ميلاد للمراكز التحكيمية، وذلك بمقتضى النص الوارد في المادة الأولى الفقرة الثانية،" على أنه يقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضا الأحكام الصادرة عن هيئات دائمة يحتكم إليها الأطراف وقد علق الأستاذ عبد الحميد الأحديب على ذلك بقوله انها تضمنت أول شهادة اعتراف رسمية بمراكز التحكيم الدولية"، ونظرا للدور الذي أصبحت تلعبه هذه المراكز التحكيمية في تسوية منازعات التجارة الدولية ، تزايد عددها حتى تجاوز أربعة آلاف مركز تحكيمي على مستوى العالم ، لكن المراكز التحكيمية ذات التأثير والجاذبية لا يتجاوز عددها الأربعة أو الخمسة مراكز ، تأتي غرفة التجارة الدولية بباريس ومثيلتها في المملكة المتحدة .

لكن ظلت الثقة معدومة في هذه المراكز وذلك لارتباطها بالقطاع الخاص أو الشركات المتعددة الجنسيات ، فعملت أغلب الدول جاهدة من أجل استحداث مركز تحكيمي يعبر عن تطلعاتها ومن هنا جاءت فكرة إنشاء مركز التحكيمي ولكن على يد الأمم المتحدة ولجنتها القانونية، فظهر إلى حيز الوجود تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمار بواشنطن .

- المبحث الأول: الظروف المنشأة للمركز الدولي و مميزات و إشتراطات حل النزاع الدولي التجاري

لقد نشأ المركز الدولي للتحكيم في منازعات الاستثمار في ظل ظروف وعوامل تاريخية كان لها الدور الأكبر في نشأته، وفي وضع نظامه التأسيسي، وفي تمتعه بخصائص فريدة جعلته متميزاً عن بقية المراكز التحكيمية سواء من حيث طبيعة أحكامه وفاعليتها أو من حيث صلته أو تعامله مع الدول باعتبارها ذات مركز قانوني متميز، وتعامله المتفرد مع مسألة السيادة التي طالما اعتبرت حجر عثرة في سبيل تطور التحكيم التجاري الدولي، وما الصراع بين الدول وغرفة التجارة الدولية بباريس حول معاهدة نيويورك إلا مثالا على ذلك، كما كان ينبغي معالجة مسألة الحصانة الدبلوماسية التي كان يتمتع بها المستثمر الأجنبي والتي كانت سيئة السمعة لارتباطها بالامتيازات التي كانت تتمتع به الشركات الكبرى بما يتجاوز سيادة الدول، بل في بعض الأحيان كانت سببا لوقوع الدول التي ترفض مثل هذه الحصانة للإحتلال، خاصة وأن هذه الحصانة تم استغلالها أبشع استغلال في ظل الدولة العثمانية أيام كانت تلقب بالرجل المريض، ولذلك أنشأ هذا المركز التحكيمي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار دون أن يشعر أحد الأطراف وبغض النظر عن مركزه القانوني بالاستغلال

- المطلب الاول : الظروف المنشأة للمركز الدولي و مميزات التحكيم لتسوية النزاعات الخاصة

بالاستثمار

لقد أدت موجة استقلال التي حدثت في ستينيات القرن العشرين إلى ظهور دول حديثة النشأة، تحتاج إلى استثمارات هائلة في شتى المجالات الاقتصادية والمعرفية، وكما هو معروف فإن هذه الاستثمارات كانت بصفة عامة في يد الشركات المتعددة الجنسيات والتي كانت تنتمي إلى الدول الغربية بصفة خاصة، ولم ترغب هذه الشركات في الاستثمار في هذه الدول لافتقارها لبنية قانونية وسياسية ملائمة ومشجعة على الاستثمار، ولغياب ضمانات قانونية لهذه الشركات تحميها من مخاطر التغيير وخاصة من مخاطر التأميم الظاهر أو المستتر، وقد وصلت إلى أسماع العالم خطابات العديد من رؤساء دول العالم الثالث تطمئن هذه الشركات ودولها على استثماراتهم، كما أن الأمم المتحدة عمدت إلى معالجة الموضوع في بحث دؤوب عن اعتماد شرعية دولية لحماية هذه الاستثمارات.

وقد حاول اتفاق هافانا عام 1948 وضع أسس لحلول تعتمد في هذا الإطار لكن دون جدوى التوصل إلى نتيجة، ومن قبله أعدت منظمة التعاون والتطور الاقتصادي عام 1946 مشروعا في الإطار نفسه إلا أنه لم يبصر النور إطلاقا¹

وتطبيقا للمقولة المتداولة رأس المال جبان، فقد ظل الاستثمار يبحث عن ضمانات قانونية ولكن ذات فاعلية تكون قادرة على حماية رأس المال من أي تغول للدول المضيفة، ولكن في نفس الوقت

¹ عبد الحميد الأحمد ، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الأول، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي ، الطبعة الثالثة، ص 64

كانت الدول المضيفة للاستثمار ترى في الضمانات التي يبحث عنها المستثمرين امتيازات تعدي على سيادتها

- الفرع الأول : الظروف العوامل المنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمار

لقد جاء الحل من قبل البنك الدولي للإنشاء والتعمير فقد أعد مشروع اتفاقية بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لإنشاء المركز الدولي لحل منازعات الخاصة بالاستثمار بتاريخ 18 آذار /مارس 1965، وقد أصبحت هذه الاتفاقية سارية المفعول بتاريخ 1966/10/14 بعد توقيع عشرين دولة عليها والنصاب المطلوب لدخولها حيز النفاذ ، وقد عدت هذه الاتفاقية المحاولة الأولى التي أبصرت النور على صعيد القانون الدولي الذي كان في بحث دائم عن وسائل دولية لتحسين الوضع القانوني للاستثمارات الأجنبية في البلاد التي هي على طريق النمو، كما شكل ذلك تنجيحا للمجهود الدولي المتمثل في المنظمات الدولية والحكومات ورجال الأعمال على هذا الصعيد ، ولكن هل شكلت هذه الاتفاقية الحل الأمثل لأزمة الثقة بين الحكومات والشركات وهل اعتبرت حلا يوفق بين الملكية الفردية والاتفاقات التعاقدية من جهة ، وبين حق الدول في ممارسة سيادتها على أراضيها يعتبر نظام التحكيم المحدد في المركز الدولي لحل النزاعات الخاصة بالاستثمار أحد الضمانات الأساسية للاستثمار الأجنبي في البلدان النامية ، خاصة في ظل انعدام الثقة في قضاء هذه الدول من حيث التزامه بالحياد والموضوعية عند إصدار أحكامه وتكمن أهمية هذا المركز التحكيمي في أنه يتحمل عبء نشوء نزاعات بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر خاصة في المسائل المتعلقة بتفسير مضمون العقد وبشأن تفاصيل تنفيذها ، أو بمناسبة إعادة النظر بسبب تبدل الظروف المحيطة بالعقد، كما أن النزاع قد ينشأ في حالة لجوء الدولة المضيفة للاستثمار إلى عمليات التأميم والمصادرة ، وتكمن أهمية هذا المركز في أنه يشعر هذا المستثمر بالأمن القانوني ، حيث أن المستثمر في الماضي كان يستطيع تصدير نظامه القانوني والقضائي معه في ظل ما كان يعرف بالمحاكم المختلطة ، أما وقد زال هذا النوع من المحاكم ، فقد أصبح المستثمر يشترط ألا تكون ضمانته واقعة في مستوى أقل من الحصول على نظام تعاقد يرفع العلاقة القانونية مع الدولة المضيفة، وأن الضمانة المقدمة من خلال هذا المركز التحكيمي تشكل في الواقع نوعا من العدالة التوافقية الخاصة بالاستثمار الأجنبي التي ترونوا إلى تحقيق توازن بين مصالح طرفين متناقضين ، طرف يبحث عن تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح مع أكبر قدر ممكن من الحصانة ، وطرف يبغي تلبية احتياجاته وطموحه في النمو الاقتصادي مع الحفاظ على سيادته².

² عبد الحميد الأحديب ، مرجع سابق . ص 65

وقد اعتمدت هذه الاتفاقية نظاما مرنا ومستقلا يوازي ما بين مصالح الفرقاء، ويسعى إلى الابتعاد بالنزاعات عن السياسة، و تلخص ديباجة اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة 1965/03/18 الخلفيات التي أدت إلى وضع هذه الاتفاقية، وهي كالتالي " تقديرا لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية ولأهمية الدور الذي تؤديه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال ونظرا إلى أنه من الممكن أن تنشأ منازعات متعلقة بهذه الاستثمارات من وقت لآخر بين الدول المتعاقدة وبين مواطني الدول الأخرى المتعاقدة، ومع التسليم بأنه تخضع مثل هذه المنازعات عادة للإجراءات القانونية الوطنية، فإن الطرق الدولية لتسويتها قد تكون مناسبة في بعض الأحوال، ومع إعطاء أهمية خاصة لتوفير أداة دولية للتوفيق أو التحكيم، بحيث يمكن للدول المتعاقدة وللمواطني الدول الأخرى المتعاقدة أن يطرحوا عليها مثل هذه المنازعات، إذا ما أرادوا ذلك، و رغبة في إنشاء مثل هذه الأداة تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير، ومع التسليم بأن رضى الطرفين المشترك بأن يعرضا مثل هذه المنازعات للتوفيق أو التحكيم بواسطة مثل هذه الأداة يكون اتفاقا ملزما يستوجب بصفة خاصة أن توضع أي توصيات للتوفيق موضع الاعتبار، وأن تحترم وتنفذ أحكام المحكمين، ومع تقرير أن الدولة لا تعتبر بمجرد التصديق على هذه الاتفاقية أو قبولها أو إقرارها - وبغير رضاها - ملزمة بعرض أي نزاع معين للتوفيق أو التحكيم³

- الفرع الثاني : مميزات التحكيم لدى المركز الدولي لحل النزاعات الخاصة بالاستثمار

يتميز التحكيم الحاصل من خلال اتفاقية المركز الدولي لحل النزاعات الخاصة بالاستثمار بخصائص أساسية ثلاث تعتبر أمر جديد في عالم التحكيم التجاري الدولي، كما في عالم النزاعات الناشئة عن الاستثمار الأجنبي وهي كالتالي :

- 1- أن القواعد الأساسية لهذا التحكيم طرحت من خلال اتفاقية دولية أطرافها الموقعون عليها هم أشخاص تابعون للقانون الدولي العام، ويمكن وصف هذه الاتفاقية بأنها تعاقدا لمصلحة الغير الذي هو المستثمر الأجنبي⁴.
- 2- عكست هذه الاتفاقية ظهور نوع جديد من التحكيم متعلق بالنزاعات الناشئة بين الدول والأشخاص الأجانب المنتمين إلى القانون الخاص.
- 3- إن الاعتراف بالقرار التحكيمي الصادر عن المركز يعطي لهذا القرار القوة نفسها التي يتمتع بها حكم قضائي صادر في أي دولة من الدول الأعضاء في الاتفاقية.

³ عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 65

⁴ ديباجة اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في 1965/03/18.

أما بالنسبة للمركز الدولي لحل النزاعات الخاصة بالاستثمار والذي نشأ عن اتفاقية دولية وذلك خلافا لجميع مراكز التحكيم، فإن له دورا إداريا محضا يتمثل في تسهيل الإجراءات التحكيمية وهو مؤلف من قسمين : **مجلس الإدارة و الأمانة العامة**

أ: مجلس الإدارة : ويتألف من ممثلين عن جميع البلدان الأعضاء ، ويرأسه مدير البنك الدولي للإنشاء والتعمير وتؤخذ قراراته بأغلبية الأصوات، و تتألف من أمين عام مساعد ، و لدى المركز قائمة بالمحكمين، ويمكن لكل دولة عضو تسمية أربعة أشخاص لإدراجهم على تلك القائمة ويعين الرئيس عشرة أشخاص لتأمين تمثيل المؤسسات الاقتصادية والقضائية العالمية الأكثر أهمية في تلك القائمة وعن هذا المركز كتب الأستاذ ابراهيم شحاتة و هو رجل اقتصادي ومفكر مصري، والنائب الأول السابق لرئيس البنك الدولي يقول⁵ من الخطأ اعتبار هذا المركز كمجرد وسيلة من وسائل تسوية النزاعات الخاصة بالاستثمار، بحيث إن غايته الأساسية هي تشجيع و توفير جو من الثقة المتبادلة ما بين المستثمرين الأجانب والحكومات، مما يؤدي إلى مضاعفة تدفق رؤوس الأموال المنتجة ضمن ظروف ملائمة ، وهو وسيلة دولية لتشجيع الاستثمارات والتطور الاقتصادي ويتميز النظام المعتمد من المركز بخصائص أساسية ثلاث هي:

1- الميزة الأولى :الصفة الإرادية للمركز

إن اتفاقية إنشاء المركز قد وفرت جملة من الوسائل لتسوية النزاعات، دون أن تجبر أيًا كان على اللجوء إلى تلك الوسائل و إن قبول صلاحية المركز تبقى إذن حتى بالنسبة للدول الأعضاء، فعلا إراديا تقتضي موافقة مسبقة ويمكن لكل دولة منتمية إلى الاتفاقية أن تعلم المركز، سواء عند توقيعه عليها أو في تاريخ لاحق عن نوع النزاعات التي يعتبر أن بالإمكان أو ليس بالإمكان إخضاعها لصلاحية المركز، دون أن يعد ذلك الإعلام تعبيراً عن موافقة على إخضاع النزاع للتحكيم ، فالمملكة العربية السعودية على سبيل المثال قد استبعدت النزاعات الخاصة باستثمارات النفط ، معتبرة إياها أعمالاً مرتبطة بسيادتها كدولة.

2- الميزة الثانية :المرونة

تتميز القواعد المتعلقة بالإجراءات المتبعة لدى المركز بكثير من المرونة، بمعنى أن أطراف النزاع ليسوا مجبرين على التقيد بكثير من القواعد التي بإمكانهم استبعادها والاتفاق على ما يخالفها وفقا لما تفرضه الظروف والأوضاع ،وبالإضافة إلى تمتعها بالمرونة، فإن القواعد المعتمدة من المركز هي محددة بطريقة لا تمكن أيًا من الخصوم من شل الإجراءات التحكيمية، وهكذا إذا إمتنع أي منهم عن التعاون بما يخص تعيين المحكمين، فإنه يبقى بالإمكان تشكيل المحكمة التحكيمية، إذ بإمكان رئيس مجلس إدارة المركز آنذاك أن يعمد هو إلى هذا التعيين ، وكذلك الأمر إذا امتنع أي من الفرقاء

⁵ عبد الحميد الأحذب ، المرجع السابق ،ص 69

عن المشاركة في الإجراءات التحكيمية، رغم قبوله المسبق بصلاحية المركز، فإن الاتفاق ينص على متابعة تلك الإجراءات، ويضمن استمراريتها حتى صدور القرار التحكيمي.

3-الميزة الثالثة : الفاعلية

إضافة إلى الصفة الإرادية للمركز، فإن الاتفاقية تنص على أنه بمجرد موافقة أي من الخصوم على الخضوع إلى صلاحية المركز للنظر في النزاع، يتم منع ذلك الفريق من التنصل من الاتفاق التحكيمي وفسخه بإرادته المنفردة. وتزداد فاعلية المركز انطلاقاً من قاعدة أخرى متعلقة بالصلاحية الحصرية في ما يخص النزاعات التي يتفق على عرضها عليه ، وفي الواقع فإن الاتفاقية تعتبر أن قبول الخصوم لتحكيم المركز يعني وجوب الامتناع عن اللجوء إلى أي مرجع آخر لفض النزاع، إلا إذا حدد الاتفاق التحكيمي ما يخالف ذلك.⁶

ولهذه القاعدة نتائج عديدة منها

1- أن الإجراءات التحكيمية لدى المركز تقوم وتستمر بمعزل عن أية رقابة قضائية أو تدخل من أي طرف كان.

2- تضمن اتفاقية المركز من جهة ثانية فاعلية القرارات التحكيمية، إذ أنها تنص على أن هذه القرارات "إلزامية بالنسبة لجميع الفرقاء" وأن بإمكان أي منهم الحصول على اعتراف بالقرار، بمجرد إبراز نسخة طبق الأصل عنه مصادق عليها من طرف الأمين العام، إلى المحكمة ذات الصلاحية ، أو إلى أي مرجعية تصلح لهذه الغاية لدى أي دولة عضو ولمثل هذا الإجراء المبسط نتيجة هي التوصل إلى حل القضية محل النزاع انطلاقاً من الاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية، ولا تجيز اتفاقية المركز أي استثناء للصفة الإلزامية لتلك القرارات، وكذلك فإنها تحدد دور القضاء العمومي لدى الدول الأعضاء فيها بالمساهمة فقط في الاعتراف بتلك القرارات ، وإن إقرار دولة ما لاتفاقية المركز وإحالتها المنازعات إلى تحكيم الاتفاقية ، يعني أمرين:

- 1- أن تلك الدولة تتنازل عن حصانتها القضائية، ولا يمكنها التذرع للتنصل من التحكيم التجاري الدولي.
- 2- أن المستثمر الأجنبي يفقد حقه في طلب حماية دولته في ما يخص النزاع المعروض على التحكيم والأمر نفسه يسري بالنسبة للدولة الطرف في النزاع ، التي تصبح مجردة من أية تغطية دبلوماسية، إلا أن هذا المنع يصبح مرفوعاً بعد صدور القرار التحكيمي، إذا لم يتم تنفيذه لاحقاً.

⁶ عبد الحميد الأحذب ، المرجع السابق ، ص 70

- المطلب الثاني : اشتراطات المركز الدولي للولاية التحكيمية للمركز الدولي

يتمتع المركز الدولي لفض المنازعات الاستثمار بمجموعة من الخصائص جعلته يتميز عن بقية المراكز التحكيمية، فقد تم تأسيس هذا المركز بهدف حل المنازعات التي تنشأ في مجال محدد هو الاستثمار الدولي وليس أي نوع من الاستثمارات ، وإنما فقط تلك التي يكون أحد طرفيها دولة والطرف الآخر مستثمر أجنبي⁷.

إن شخصية أطراف التحكيم في المركز (دولة ذات سيادة ضد شخص من أشخاص القانون الخاص) ترسم ملامح التحكيم داخل هذا المركز فهو يجمع بين التحكيم الدولي والتحكيم التجاري الدولي. إن دور المركز كهيئة لحل هذا النوع من المنازعات ، يفرض علينا إلقاء الضوء كيفية عمل هذا المركز التحكيمي، وتبيان الشروط اللازمة لصحة اللجوء إليه ، لقد ذكرنا سابقاً أن اختصاص المحكم المبني على اتفاقية التحكيم له أساس مباشر يتمثل في سلطان الإرادة الذي يتشكل في قالب الأداة التعاقدية وله أساس غير مباشر يستخلص من القانون الذي يرخص للمحكم القيام بواجباته التحكيمية والذي يقوم بتنظيمها ووضع حدود إجرائية لها ، ويتمثل الأساس القانوني في اتفاقية واشنطن فيما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الخامسة والعشرين من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى على أنه "يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة ، أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها، وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة ، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز ، وعندما يعطي الطرفان موافقتهم لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة".

من خلال هذا يمكننا استنتاج الشروط المطلوبة للخضوع لتحكيم المركز الذي يتطلب شروطاً خاصة منها ما هو متعلق بطبيعة أطراف النزاع، ومنها ما هو متعلق برضاها في الخضوع للتحكيم وفقاً لنص المادة 25 من اتفاقية البنك الدولي فإن اختصاص المركز يمتد إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعين تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة ، وبالتالي أكدت هذه المادة على وجود شرطين بشأن الأشخاص أطراف المنازعة أمام المركز هما⁸:

⁷ عبد الحميد الأحديب ، المرجع السابق ، ص 71

⁸ حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة ، بيروت، سنة 2003 ، ص 44

- الفرع الأول : وجوبية أحد المتعاقدين دولة طرف في الاتفاقية المنشأة للمركز التحكيمي

حتى تتمكن الدولة من اللجوء إلى التحكيم في مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، يجب أن تكون هذه الدولة من الدول المنضمة لهذه الاتفاقية، وقد اعتبرت المادة 68 من الاتفاقية أن هذه الاتفاقية تعطي الحق لكل دولة أودعت وثائق تصديقها أو قبولها أو موافقتها بعد ثلاثين يوما من هذا الإيداع.

لقد طرحت مسألة تحديد هوية الأطراف في الاتفاقية مجموعة من الإشكالات خاصة في جانب الدول ، فبالنسبة لهذا الكيان تمحورت الأسئلة حول المقصود بالأجهزة التابعة للدولة في إطار العقود الموقعة بين الدولة ومستثمر أجنبي خصوصا وأن الاتفاقية لم تضع أي تعريف لهذه الأجهزة.

إن تحديد المقصود بالأجهزة يوجب البحث في عدة معايير تقليدية وحديثة، فبالنسبة للمعايير التقليدية يظهر معيار تمتع المشروع العام بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة ، وفي هذا المعيار إذا كان المشروع العام يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة ، فإنه يخضع للقضاء الوطني، أما إذا كان هذا المشروع جزءا مندمجا في الدولة غير مستقل عنها قانونا، فهو إذا يتمتع بالحصانة القضائية ولا يجوز خضوعه لقضاء دولة أجنبية، وبمقابل هذا المعيار نشأ معيار آخر يعتبر أن المشروع العام التابع للدولة يتمتع بالحصانة القضائية بغض النظر عن مدى تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة من عدمه، على اعتبار أنه لم يعتبر مرفقا من مرافق الدولة، وأن التصرفات التي يجريها تخدم مرفقا عاما من مرافق الدولة.

ويعتبر بعض الفقه أن هذا المعيار القائم على أساس التصرفات التي يجريها المشروع العام يتأثر بالاعتبارات السياسية كثيرا، لأن المعضلة التي يواجهها القاضي لتقرير الحصانة القضائية من عدمها لا تتوقف فقط على معرفة ما إذا كان التصرف محل المنازعة تصرف من تصرفات القانون العام، أو من تصرفات القانون الخاص، فعلى القاضي أن يقدر ابتداء الأثر الذي سوف يتحقق على صعيد القانون الدولي العام، وعلى علاقات الدول فيما بينها، في حالة قيام القاضي بتقرير اختصاص محاكمها على التصرفات الصادرة من الدولة أو من إحدى الأجهزة التابعة لها، وهذا الأمر يظهر بمقارنة الأحكام الصادرة في مثل هذه الحالات " ، Pipeline Service ففي النزاع بين الشركة الوطنية الإيرانية للغاز والشركة الفرنسية قضت محكمة التمييز الفرنسية أن الشركة الإيرانية تتمتع بالحصانة القضائية نظرا لأنها مارست التصرف محل المنازعة لصالح مرفق عام ، وهنا لم تحجب الحصانة نظرا إلى الأوضاع السائدة في ذلك الوقت، فالحكومة الفرنسية كانت في غنى عن إثارة المشاكل مع الحكومة الإيرانية، وذلك للحفاظ على الإنفراج الذي بدأ يسود العلاقات بين الدولتين في تلك الفترة.⁹

⁹ عبد الحميد الأحمد ، المرجع السابق ، ص 72

وبالمقابل حجت محكمة التمييز الحصانة عن الوكالة الكويتية للأنباء على الرغم من أنها تعد جهازا حكوميا رسميا يتبع وزارة الإعلام الكويتية، فهذه الوكالة قد رفضت تجديد العقد بناء على توجيهات الحكومة الكويتية، وبرأي الفقه السابق، فإن Mr. Parrot الصحافي البريطاني رفض محكمة التمييز الفرنسية منح الحصانة، لن يشكل اعتداء على سيادة الدولة الكويتية مما قد يؤدي إلى تعريض العلاقات الكويتية -الفرنسية الى مخاطر.

وبمواجهة هذين المعيارين ظهر معيار ثالث سمي بالمعيار الغائي، ووفقا لهذا المعيار فإن المشروع التابع للدولة يتمتع بالحصانة القضائية، ليس بالرجوع إلى فكرة تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة، ولا على أساس إندماج هذا المشروع في الدولة، وإنما يعتبر المشروع العام مرفقا من مرافق الدولة بالرجوع إلى الغاية والهدف الذي يسعى المشروع لتحقيقه، ومن هنا برز معيار آخر في مقابل هذا المعيار ، منطلقا من الصفة التي يتعامل معها المشروع، فإذا تعامل هذا المشروع مع الغير كممثل للدولة وقام بتنفيذ العمل باعتباره من أعمال السلطة العامة فهو جهاز من أجهزة الدولة، يمنح له الحصانة القضائية فإن لم يكن كذلك حجت عنه هذه الحصانة.

وما يمكن ملاحظته هو أن أي من تلك المعايير السابقة لا يمكننا استخدامه أو الاعتماد عليه منفردا لتحديد الأجهزة التابعة للدولة، وبالتالي فهي غير كافية منفردة لتحديد مدى تمتع المشروع العام بالحصانة القضائية، ولهذا فقد أوجد الفقه الحديث والقضاء المعايير المركبة والتي يتم تشكيلها تدريجيا مما أدى لنشأة معيار جديد عرف بمعيار التبعية، وبموجب هذا المعيار فإن نشوء شخص معنوي من قبل الدولة، وإعطائه الشخصية القانونية، مما يفترض أن هذا الشخص المعنوي يتمتع بشخصية قانونية مستقلة ومنفصلة عن الدولة، لا يكفي بحد ذاته لمعرفة مدى تبعية هذا الجهاز للدولة وأن هذه التبعية تفترض وجود أمرين أو معيارين لتكملة هذا المعيار، وهما المعيار العضوي ومعيار طبيعة النشاط¹⁰ فالمعيار العضوي يقصد به توافر مجموعة من العناصر المتكاملة والتي تساعد في الفصل في مسألة تبعية الجهاز للدولة، وهذه العناصر تستشف من خلال النظام الأساسي أو القانون أو القرار الذي أنشأ هذا الجهاز، ومن هذه العناصر عنصر رأس المال في الجهاز وكيفية إدارته والأنظمة القانونية التي تحكم تصرفاته ومصادر تمويله.

أما معيار طبيعة النشاط فيقصد به أن يكون هذا الجهاز قد تصرف وفقا لتوجيهات الدولة ولحسابها، وهو ما يفيد تبعية هذا الجهاز للدولة، أما إذا تصرف هذا الجهاز بناء على توجيهات جهاز آخر أو لحسابه الخاص أو لحساب الغير، وليس باسم الدولة ولحسابها فإن تبعية هذا الجهاز للدولة لا تتحقق

¹⁰ لما أحمد كوجان ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، سنة 2008 ، ب ط ، ص 26

والخلاصة التي يمكن أن نستنتجها هي أن تقدير مدى تبعية هذا الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي للدولة يستوجب وجود أكثر من عامل للتأكد من هذه التبعية، كما أنه لا يكفي القول بأن هذا الجهاز وفقا لقانون إنشائه يعد تابعا للدولة، وأنه تصرف لمصلحة الدولة ولحسابها ومن أجل تحقيق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية، بل لا بد من النظر إلى كل حالة على حدة، فالأشكال التي تأخذها هذه الأجهزة متعددة ومتنوعة، ويجب ألا نغفل السيطرة التي تمارسها الدولة على هذه الأجهزة سواء بنفسها أو عن طريق جهاز وسيط، فهذه الأجهزة أنشئت خصيصا لتحل محل الدولة في إطار العلاقات الاقتصادية التجارية الدولية، وتتصرف لحساب الدولة وصالحها.

وهكذا فإنه انطلاقا من المعايير المعروضة سابقا، وبالعودة إلى نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن نجد أن الاتفاقية تبين بشكل واضح أن مسألة تبعية جهاز ما للدولة من عدمه هو أمر يبقى من اختصاص الدولة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فالدولة هي التي تعين الجهاز التابع لها والذي يمكنه اللجوء إلى تحكيم المركز.

كما أنه من خلال نص المادة 25 يمكننا استنتاج ثلاث شروط أساسية تسمح لهذه الأجهزة باللجوء إلى تحكيم المركز، وتتمثل هذه الشروط في:

- 1- أن يكون هذا الجهاز أو هذه الوكالة تابع لدولة متعاقدة.
- 2- أن يكون هذا الجهاز أو هذه الوكالة معينة للمركز من قبل الدولة المتعاقدة.
- 3- أن يلتقي رضا هذا الجهاز أو هذه الوكالة باللجوء إلى تحكيم المركز، مع قبول الدولة بمثل هذا الأمر، إلا إذا أعلنت هذه الأخيرة للمركز عدم وجود حاجة إلى قبول مسبق منها.¹¹

وهنا يحق لنا التساؤل عن وضع السفارات والقنصليات، وهل تندرج ضمن الوكالات التابعة للدولة والمقصودة في هذه الاتفاقية، وبالتالي هل يمكنها اللجوء إلى تحكيم المركز فيما لو تعاقدت مع مستثمر أجنبي وحصل نزاع بينهما، وهل يمكن للمؤسسات العامة والمستقلة كليا عن الدولة اللجوء إلى تحكيم المركز، وماذا عن شركات الاقتصاد المختلط، فما هو وضع هذه الشركات بالنسبة للاتفاقية، وهل يمكنها اللجوء إلى تحكيم المركز في نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب المتعاقدين معها.

في هذه المسألة لقد كان للمشرع الفرنسي مواقف عديدة في هذه المسألة بالذات، وبالعودة إلى اختصاص المركز، فإننا نجد أن هذا الاختصاص لا يقتصر فقط على الدول المتعاقدة وإنما يشمل المؤسسات والوكالات التابعة لها، وهذه المؤسسات لا يعني بها فقط البلدية والولاية وإنما أيضا المؤسسات التي قد تتمتع بالاستقلالية عن الدولة في أداء أعمالها، أما بالنسبة للوكالات فيقصد بها تلك التي تمثل الدولة المتعاقدة في دولة ما، أو تمثل إحدى الهيئات التابعة لهذه الدولة، والدولة هي من يحدد من يعتبر تابعا لها ويمكنه اللجوء إلى تحكيم المركز، فموافقة الوكالة أو المؤسسة التابعة للدولة باللجوء

¹¹ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، 71

إلى تحكيم المركز لا تكفي وحدها للسماح للمركز بنظر طلب التحكيم بل إن موافقة الدولة المسبقة هو أمر ضروري إلا في حال أعلنت الدولة المركز بأن موافقتها المسبقة غير مطلوبة¹² وبهذه المناسبة يثار إشكال آخر وهو هل تستطيع الدولة التي منحت موافقتها للمركز في مسألة لجوء المؤسسة أو الوكالة التابعة لها للتحكيم أن تقوم بسحب هذه الموافقة ، أي هل تعتبر هذه الموافقة تعبير عن إرادة الدولة المنفردة، و بالتالي فيمكن التراجع عنه كذلك بالإرادة المنفردة للدولة عند الحديث عن فكرة الإرادة المنفردة على الصعيد الدولي، فإن أي باحث قانوني سيلاحظ أن موضوع التصرفات القانونية الدولية الصادرة بالإرادة المنفردة لم تؤل تلك الأهمية التي منحت لها على صعيد العقد الداخلي هذا وقد يكون السبب في قلة الأبحاث في هذا المجال على صعيد الفقه الدولي، في كون هذا الفقه يفهم تلك الإرادة بمعنى المشيئة المستمدة من مبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي تلك الإرادة المنفردة القدرة على التحلل مما سبق الالتزام به بمقتضى تلك الإرادة، ولكن إذا أخذت الإرادة مترافقة مع المسؤولية سيظهر لنا أن هذه الإرادة المسؤولة التي ضمنها القانون الحقوق و فرض عليها الالتزامات، هي التي تولد الثقة لدى غيرها من الإرادات، وستكون جوهر التصرف القانوني الصادر عن الإرادة المنفردة الذي لا بد من نسبته إلى شخص قانوني دولي، أي إلى دولة أو منظمة، والدولة في تصرفاتها المستندة إلى الإرادة المنفردة لا يمكنها أن تلزم غيرها من أشخاص القانون الدولي، والسبب في ذلك هو المساواة بين سيادات الدول المختلفة

وعليه فإنه انطلاقاً من مبدأ السيادة الذي يحكم العلاقات الدولية، فإنه لا يمكن الحديث عن إرادة منفردة تعود لدولة ما في مجال المنازعات الخاصة بالاستثمار، وهذا يختلف عن وجوب أن تكون الإرادة التي عبرت عن التصرف الصادر عن الدولة هي الإرادة المختصة بها، أي الممثلة لها، إذ يجب أن يكون الجهاز الذي قام بالتصرف يتمتع بالقابلية لتمثيل الدولة.

ويرى بعض الفقه أن المسؤولية في القانون الدولي مبنية على وجود تقصير دولي، يتمثل بقيام الدولة أو أحد موظفيها الرسميين، أو أحد مواطنيها، بأفعال أو تصرفات فيها خرق لقواعد القانون الدولي ولحقوق ومصالح الدول الأخرى أو مواطني الدول الأخرى، المنبثقة عن قواعد وعقود دولية، ولهذه المسؤولية أشكال متعددة فقد تكون مسؤولية سياسية أو مادية، أو أخلاقية وفقاً لطبيعة التقصير الدولي الحاصل والنتائج التي تترتب عليه¹³.

للإجابة على الإشكال المثار سابقاً والمتعلق بقدرة الدولة على سحب موافقتها على لجوء الشخص التابع للقانون العام وكالة كانت أو مؤسسة إلى تحكيم مركز واشنطن، فينبغي معرفة أساس الالتزام في هذه المسألة طرحت عدة آراء، فالبعض يرى أن أساس الالتزام بالتصرفات القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة يرجع إلى وجود قواعد عرفية غير مكتوبة تضي عليها هذا الوصف، إذا ما استكملت

¹² لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 32

¹³ عبد الحميد الأحذب ، المرجع السابق، ص 74

أركانها وكافة ما تشترطه هذه القواعد من شروط الصحة والنفاز وقد انتقد هذا الرأي، ذلك أن العرف الدولي يفترض انتهاج سلوك معين بصورة متكررة، أي وجود سوابق تؤدي إلى تحقق الركن المادي لهذا العرف، وهذه السوابق غير متوافرة في المسألة محل الذكر، وإلى أن تتوافر هذه السوابق أو الركن المادي للعرف، يظل هذا الرأي غير قابل للتجسيد.

وكرر على فكرة العرف جاء منتقدي هذا الرأي بمبدأ النية الحسنة كأساس للالتزام بالتصرفات القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة باعتباره أحد المبادئ الأساسية في مجال القانون الدولي العام، ويرى البعض بأن هذا المبدأ يوفر الأمن والاستقرار في العلاقات الدولية، فمبدأ حسن النية عند البعض يقوم بوظيفتين، وظيفة قياسية استقرائية، فهو وسيلة للحكم على التزام الفرقاء بقواعد الإنصاف والأخلاق في قراءة وتنفيذ العقود، ووظيفة تنظيمية بمعنى أنه يمكن أن يعد من مبادئ التي يقوم عليها مجتمع التجار والذي ينتج عن مخالفته عقوبات.

يمكن للدولة سحب موافقتها على خضوع المشروع التابع للقانون العام لتحكيم المركز، طالما أن موافقتها ناشئة عن إرادتها المنفردة، لكن هذه الحرية ليست مطلقة، فقد يتعذر على الدولة سحب هذه الموافقة إذا كانت هي السبب الرئيسي في ذهاب الطرف الآخر في اتفاقية التحكيم إلى تحكيم المركز، بمعنى أنه لولا هذه الموافقة لما لجأ الطرف الثاني إلى تحكيم المركز، في هذه الحالة تصبح الموافقة ملزمة للدولة¹⁴.

الفرع الثاني : وجوبية المتعاقد الآخر مواطنا أو شخصا من أشخاص القانون الخاص

في ظل أزمة الثقة بين المستثمر الأجنبي والدول المضيفة للاستثمار، وإزاء خوف المستثمرين من المخاطر التي قد تلحق باستثماراتهم، والناجمة عن بعض التدابير الإدارية والتشريعية التي قد تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار، فقد منحت اتفاقية واشنطن المستثمر الحق المباشر باللجوء إلى التحكيم الذي يرعاه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دون أن يكونوا بحاجة إلى تدخل دولهم أو إنزها في الإجراءات التحكيمية المتبعة، وذلك في المادة 25 من الاتفاقية والتي اعتبرت اختصاص المركز يمتد ليشمل أي نزاع قانوني بين دولة من الدول المتعاقدة أو أحد المشاريع العامة التابعة لها، وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة.

وقد جاء نص المادة كالتالي "مواطني إحدى الدول الأخرى المتعاقدة"، فهذه العبارة تضم الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، وبالتالي فإن الطرف الآخر في تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا يجوز أن يكون دولة أخرى، سواء متعاقدة أو غير متعاقدة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها ولا أي مستثمر أجنبي ينتمي إلى دولة أجنبية غير متعاقدة في الاتفاقية، ولا يجوز أن يكون مستثمر

¹⁴ عبد الحميد الأحديب، المرجع السابق، ص 76

ينتمي إلى نفس الدولة المتعاقدة المضيضة للاستثمار، فيشترط إذا أن يكون الطرف الآخر مستثمرا أجنبيا من دولة أخرى طرف في الاتفاقية سواء كان هذا المستثمر شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

إذا يمكن للشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية إحدى الدول المتعاقدة، أن يباشر بطلب الإجراءات التحكيمية ضد الدولة المضيضة للاستثمار في المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار، ولكن يجب أن يتوافر فيه شرط الجنسية في تاريخين معا وفقا لنص المادة 25 من الاتفاقية وهذان التاريخان هما:

أ - التاريخ الذي وافق فيه الأطراف على طرح النزاع على التحكيم.

ب - التاريخ الذي يسجل فيه الطلب باللجوء إلى تحكيم المركز لدى السكرتير العام للمركز.

وعليه فإن توافر الجنسية في أحد التاريخين دون الآخر، يترع الاختصاص عن محكمة المركز بنظر منازعة الاستثمار، وبما أن الشخص الطبيعي الذي يحوز على جنسية الدولة المضيضة للاستثمار لا يمكنه أن يكون طرفا في التحكيم في المركز ضدها، فيجب أن يصرح عند تقدمه بطلب التحكيم أمام المركز بأنه لا يتمتع بجنسية الدولة المضيضة للاستثمار الطرف في النزاع، بينما يكفي لتعتبر محكمة المركز مختصة أن يتمتع الشخص بجنسية أية دولة متعاقدة، حتى ولو كان يتمتع بجنسية دولة أخرى سواء كانت متعاقدة أم غير متعاقدة، لكن المهم ألا تكون هذه الدولة الأخرى هي طرف في النزاع والسبب في ذلك هو أن أهم ميزة من مميزات التحكيم لدى مركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار، عدم وحدة جنسية أطراف النزاع¹⁵، أما بالنسبة للشخص المعنوي فيجب أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع في التاريخ الذي يوافق فيه الطرفان على طرح النزاع على التحكيم، وإن أي تعديل لاحق لهذا التاريخ على الجنسية ليس من شأنه أن يؤثر على اختصاص المركز ولكن ما هو المعيار المتخذ لتحديد جنسية الشخص المعنوي في القانون التجاري الدولي، فالاتفاقية لم تحدد طبيعة هذا المعيار، فإذا أخذنا بمعيار مكان التأسيس نجد أن أي شركة يتم تأسيسها وفقا لقوانين الدولة المضيضة للاستثمار ستتمتع بجنسية هذه الدولة، وبالتالي لا يمكنها اللجوء إلى تحكيم المركز لانتفاء شرط انتماء الشخص المعنوي لدولة غير الدولة المضيضة للاستثمار الطرف في النزاع، ويسري الأمر على المشروعات المشتركة بين دولة ومستثمرين أجنبيا، وأسست في ظل قوانين هذه الدولة.

إن مثل هذا الأمر غالبا ما يحصل في الدول النامية، وذلك لرغبتها في الإشراف على الشركة الأجنبية المستثمرة، فتقوم بإخضاعها لقوانينها الوطنية، وبالتالي فإن أي نزاع ينشأ سوف يفلت من اختصاص المركز، إلا إذا اعتمدنا معيارا آخر لجنسية الشخص المعنوي غير مكان التأسيس، وما يساعد على إيجاد ذلك المعيار هو المادة 25 من اتفاقية واشنطن الفقرة 2/ بحيث ورد فيها....."أي شخص معنوي كانت له في ذلك التاريخ جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، ولكن اتفق الطرفان على أن يعامل لأغراض هذه الاتفاقية كما لو كانت جنسية دولة متعاقدة أخرى، ذلك لوجود مصلحة أجنبية

¹⁵ عبد الحميد الأحديب، المرجع السابق، ص 81

مسيطرة به" والجدير بالذكر أن هذه المادة أثارت جدلا كبيرا حول تفسيرها وتطبيقها في عدد من القضايا، وذلك للغموض الذي شابها، ومن أهم هذه القضايا قضية هوليداي إنز.

قضية هوليداي إنز:

تتمثل وقائع هذه القضية كالآتي : قامت الشركة العربية للبترول، بعد طلب من الحكومة المغربية، بالاتصال بالمجموعة الأمريكية في مجال الفنادق والسياحة هوليداي إنز، بهدف بناء وتشغيل أربعة فنادق في المغرب، رغبة من الحكومة المغربية بتطوير صناعة الفنادق في المغرب، وبعد محادثات بين الحكومة المغربية ممثلة بوزير المالية، وبين كل من الشركة العربية للبترول وهوليداي إنز تم التوصل إلى توقيع اتفاق خطاب النوايا بين الأطراف في السفارة المغربية في واشنطن، وبعد ذلك تم التفاوض مجددا، ثم وقع العقد النهائي ، وفي هذا العقد اتفق الأطراف على إقامة وإنشاء فنادق تحمل علامة هوليداي إنز في المغرب، وتمثلت الالتزامات الرئيسية للطرفين المتعاقدين في أن تقوم الحكومة المغربية بإقراض كل من شركة هوليداي إنز والشركة العربية للبترول، من أجل بناء الفنادق بالإضافة إلى تقديم تسهيلات في تسعير العملة الأجنبية، وتقديم إعفاءات جمركية ومزايا ضريبية أخرى، بالإضافة إلى مساعدة الطرف الأمريكي بإيجاد الأرض المناسبة للمشروع، وفي المقابل تعهد الطرف الأمريكي بتنفيذ المشروع بدءا بالتخطيط، ثم البناء، فالتجهيز، وتشغيل أربع فنادق بعلامة هوليداي إنز، وتكون مواصفاتها متفقة مع مواصفات الفنادق من الدرجة الأولى، وقد تعهد الطرف الأمريكي بسداد القرض الذي تعهدت الحكومة بإقراضه له، وكذلك فإن كل من هوليداي إنز والشركة العربية للبترول تعهدا على أن يكونا مسؤولين مسؤولية تضامنية عن أية أموال إضافية يحتاجها بناء أي من الفنادق الأربعة، إذا ما تجاوزت التكلفة المبلغ المتفق عليه، كما أن العقد تضمن في أحد بنوده، على أن يكون من حق الطرف الأجنبي أن يقوم بتحويل الحقوق والواجبات الناشئة عن العقد، إلى شركات أخرى يمتلكها ذات الطرف سواء تمثل في الشركة العربية للبترول أو شركة هوليداي إنز، أو يقوموا معا بتحديد الطرف الذي يرغبان في تحويل الحقوق والواجبات الناشئة عن العقد إليه.¹⁶

ولهذا الغرض أنشأ الطرف الأجنبي شركتين ، مقر إحداهما في سويسرا وهي فرع لشركة هوليداي إنز، والأخرى الشركة المغربية للفنادق الغربية، وهي أيضا شركة أمريكية وتابعة للشركة العربية للبترول، إلا أن الحكومة المغربية لم تهتم بعملية التنظيم الداخلي التي قام بها الطرف الأجنبي إلا أنها لضمان مصلحتها المباشرة والأكيدة في الحؤول دون استخدام أي هيكل تنظيمي خاص يضر بها، أو يؤثر على توازن الحقوق والواجبات المتفق عليها، فعمدت في نفس تاريخ العقد الأساسي إلى توقيع خطاب ضمان تتعهد فيه الشركتان الأجنبيتان هوليداي إنز والعربية للبترول بالاضطلاع بكل المسؤوليات التي تقع على عاتق الضامنين من ضمان كل الالتزامات والمسؤوليات التي يلتزم بها

¹⁶ عبد الحميد الأحذب ، المرجع السابق، ص 82

الموقعون على العقد الأساسي ، إلا أنه بعد مضي فترة من توقيع العقد نشأت الخلافات بين الطرفين، مما أدى بالطرف الأجنبي إلى التقدم أمام المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار بطلب تحكيم ضد الحكومة المغربية، وأثناء عرض النزاع تمسكت الحكومة المغربية بعدم اختصاص المركز بالنسبة للشركات الوطنية الأربعة ، فالحكومة المغربية لم توافق على أن تعامل هذه الشركات كأشخاص تابعة لدولة أخرى، وبالتالي فإنها لا تخضع لإجراءات التحكيم في المركز.

وقد استندت الحكومة المغربية إلى العديد من الحجج لرفض اختصاص المركز بالنسبة للشركات الأربعة، فقد احتجت الحكومة المغربية بأن هذه الشركات لم تكن موجودة وقت التوقيع على العقد الأساسي، ولم توقع عليه، بالإضافة إلى أن هذه الشركات تتمتع بالجنسية المغربية، ولم تبد الحكومة أي تصرف يفيد موافقتها على أن تعامل هذه الشركات كأشخاص تابعة لدولة أخرى، وهذه هي الموافقة التي نصت عليها اتفاقية واشنطن في المادة 25 في الفقرة 2/

أما دفع الطرف الأجنبي فتمثلت في أن الموافقة التي تطلبها المادة 25 في فقرتها الأولى هي الموافقة المكتوبة بين الطرفين للخضوع لاختصاص المركز، إلا أنها في الفقرة 2/ لم تتطلب أن تكون هذه الموافقة مكتوبة، و بالإضافة إلى ذلك تمسك الطرف الأجنبي بأن العقد الأساسي نص فيه على أن القرض المتفق عليه لبناء الفنادق سيقدم من الحكومة المغربية إلى الموقعين على العقد، أو إلى أي شركة تحدد من أجل هذا الغرض، وأن الشركات الأربعة التي أنشأها الطرف الأجنبي قد تم اقتراح إنشائها من الحكومة المغربية، وبالإضافة إلى ذلك فإن الحكومة المغربية كانت تعامل الشركات الأربعة على أنها شركات خاضعة للسيطرة الأجنبية، وليس كشركات تتمتع بالجنسية المغربية، وبالتالي فبرأي الطرف الأجنبي فإن الحكومة المغربية تصرفت بشكل يتفق ونص المادة 25 من الاتفاقية ، إلا أن الطرف المغربي تمسك بعدم اختصاص المركز، بحجة أن موافقة الدولة لا يمكن أن تفترض ، وإنما لا بد من وجود الرضا الصريح، وامتنعت عن الخضوع لتحكيم المركز بالنسبة للمنازعات القائمة بينهما.

إن ما احتج به كل من طرفي النزاع يثير التساؤل الآتي :هل إن الموافقة الصريحة هي أمر ضروري للقول باختصاص المركز، أم أنه يكفي في حال عدم وجود مثل هذه الموافقة الصريحة الأخذ بقرائن ودلائل أخرى للقول بوجود هذه الموافقة الضمنية من قبل الدولة¹⁷

واعتبرت المحكمة التحكيمية في قرارها الصادر في 1973/07/01 أنه فيما يتعلق بالاتفاق على اعتبار الأشخاص الخاضعة للسيطرة الأجنبية أشخاص تابعة لدولة أخرى متعاقدة، وصور التعبير عن هذا الاتفاق وهل يجب أن يكون اتفاق صريح أم يمكن أن يكون ضمني، إن هذا الاتفاق يجب أن يكون صريحا، ولا يمكن الاعتداد بالاتفاق الضمني إلا إذا توافرت ظروف أخرى تساعد في استبعاد أي

¹⁷ عبد الحميد الأحذب ، المرجع السابق، ص 84

تفسير آخر لنية الأطراف، و أثبتت أمام المركز جملة من القضايا طرح إشكال إختصاص المركز من عدمه فيما يتعلق بمدى أهلية الأشخاص وأحقيتهم في طرح منازعاتهم

- الفرع الثالث : رضى أطراف النزاع كأساس مباشر للولاية التحكيمية للمركز

يتميز التأهيل التحكيمي بنشأته الأصلية المباشرة الإرادية عبر اتفاقية التحكيم شرطا كانت أو مشاركة، وهذا يعني أنه لا يمكن الفكك من سلطان الإرادة وقد تجسد هذا المبدأ في اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في المادة 25 من الاتفاقية في فقرتها الأولى والتي نصت على أن اختصاص المركز يمتد "إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها وبين أحد مواطني دولة متعاقدة ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز، وعندما يعطي الطرفان موافقتهما لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة" ، وبالتالي يعتبر رضاء الأطراف باللجوء للتحكيم أمام مركز واشنطن هو الأساس لاختصاصه، أي أنه لا يمكن أن ينظر المركز في النزاع دون أن يوافق طرفا النزاع على عرضه على المركز، وبالإضافة إلى ذلك فإنه عندما يقبل الطرفان اللجوء إلى تحكيم المركز فإن هذا الرضا لا يمكن لأي من الطرفين الرجوع عنه ومن آثار هذا القبول أن انسحاب الدولة المضيفة للاستثمار أو الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي من الاتفاقية لا يؤثر في صحة الرضا، ومن آثاره أيضا وفقا للمادة 26 من الاتفاقية أنه بصور هذا الرضا باللجوء إلى تحكيم المركز تستبعد جميع السبل الأخرى لحل النزاع، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، وعندها يمكن للدولة الطرف في النزاع أن تشترط في اتفاقية الاستثمار أو عند نشوء النزاع أن يقوم المستثمر الأجنبي باستنفاد طرق الطعن الداخلية في الدولة المضيفة قبل إحالة النزاع إلى المركز، وبالتالي فإن رضى الطرفين في التحكيم أمام المركز هو رضاء نهائي لا يجوز العدول عنه أو سحبه بالإرادة المنفردة من قبل أي من الطرفين .

- المبحث الثاني: شروط وطبيعة منازعات الاستثمار الخاضعة لتحكيم المركز

تحدثنا سابقا عن الشروط الواجب توافرها في أطراف النزاع حتى يخضع للتحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الخاصة بالاستثمار، وقد علمنا أن المركز قد تخصص في النزاعات الناشئة عن الاستثمار، لكن هل كل نزاع ينشأ عن الاستثمار يمكن عرضه على المركز، أي أن المركز له الولاية العامة للتحكيم في كل نزاعات الاستثمار، أم أن ولايته خاصة فقط بنزاعات دون أخرى وليست شاملة لكل منازعات الاستثمار، وإن كان الأمر كذلك فما هي طبيعة منازعات الاستثمار التي ينبغي عرضها على المركز، فعقود الاستثمار هي عادة عقود طويلة الأجل وترتبط بشكل وثيق بكيان الدولة¹⁸ المضيفة للاستثمار، سواء كان هذا الارتباط مباشرا، أي يتعلق باستغلال الثروات الطبيعية لهذه الدولة أو غير مباشر أي يرتبط بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار، وبما أن الدولة طرف في هذه الروابط فإن ذلك يعطيها صلاحيات وامتيازات واسعة تعطي المنازعات التي تثار بسببها طابعا خاصا ومتميزا.

ولهذا فإن المنازعات الناشئة عن هذه العقود ترتبط بشكل وثيق بتغير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تصاحب نشأة رابطة الاستثمار، سواء أكانت بعقد أو بترخيص صادر من الدولة المضيفة، أو عبر اتفاقية دولية للاستثمار، مما يدعو إلى ضرورة إعادة النظر فيه ومراجعته وقد تؤدي هذه الظروف المستجدة إلى قيام الدولة المضيفة باتخاذ مجموعة من الإجراءات أو اللجوء إلى أعمال نابعة ذات طبيعة سيادية، قد تضعف من مركز المستثمر الأجنبي أو قد تنقص من الامتيازات التي حصل عليها.

ولكن قبل التطرق إلى هذه المسائل علينا التطرق إلى شروط الواجب توافرها في منازعات الاستثمار وفقا للمادة 25 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو ما اصطلح بالشروط العامة من أجل عرض المنازعات على تحكيم مركز واشنطن.

- المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في المنازعات بغية منح الاختصاص لمركز واشنطن

- نصت المادة 25 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أن اختصاص المركز يمتد إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار، و يتبين من نص المادة أن المركز وضع شرطين حتى يكون صاحب الولاية التحكيمية وهما:

- الفرع الأول: وجود نزاع قانوني

يعتبر البعض أن الحكم التحكيمي في نطاق التحكيم التجاري الدولي، يكون ملزما للدولة الطرف في النزاع، بالقدر الذي تنص فيه الاتفاقيات الدولية على وجوب حل النزاعات القانونية وليس السياسية، التي تكون الدولة طرفا فيها، عن طريق التحكيم.

¹⁸ عبد الحميد الأحديب، المرجع السابق، ص 86

إن النزاع المعروض أمام محكمة التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يجب أن يكون نزاعاً قانونياً، وفقاً لما نصت عليه المادة 25 من الاتفاقية¹⁹، وبالعودة إلى الأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن، نجد أن المادة نصت على أن يكون نزاعاً ذا طبيعة قانونية، ثم أعيدت صياغة الجملة بعد عدة مشاورات إلى نزاع قانوني، وبرأي واضعي الاتفاقية فإن عبارة نزاع ذو طبيعة قانونية، تؤدي إلى التمييز بين نزاع ذي طبيعة قانونية، ونزاع ذي طبيعة سياسية، اقتصادية، وحتى تجارية، ومنعاً لهذا التمييز استخدم في وثيقة تحضيرية أخرى عبارة أي نزاع قانوني، وما نلاحظه أن الاتفاقية لم تحدد المقصود بنزاع قانوني إلا أنه في الأعمال التحضيرية اتفق المجتمعون على أن عبارة أي نزاع قانوني تتعلق بخلاف يرتبط بحق أو بموجب قانوني، أو خلاف مرتبط بتحقيق موجب أو حق قانوني، إلا أنه بالرغم من ذلك بقي هناك بعض التساؤلات والاعتراضات التقنية حول استخدام لفظ نزاع قانوني وما يتضمنه هذا النزاع بالنسبة لنوعية الخلافات التي يتضمنها والتي يجب أو يمكن أن تعرض أو لا تعرض أمام المركز.

وقد ورد بتقرير المديرين التنفيذيين أن اصطلاح المنازعات القانونية يعني أن النزاع حول الحقوق يدخل في اختصاص المركز، أما النزاع حول تعارض المصالح فلا يختص به المركز، كما يخرج عن اختصاص المركز المنازعات التي لها طابع سياسي²⁰

إن القول بوجود نزاع قانوني يجب أن يعني به أن هذا النزاع يجب أن يكون قابلاً للتسوية عبر تطبيق قواعد القانون الدولي، وبالتالي يخرج أي نزاع لا يقبل هذه التسوية عن اصطلاح النزاع القانوني وهذا لا يشمل هذا الاصطلاح النزاعات السياسية والنزاعات التي لا يوجد بشأنها قاعدة قانونية دولية تطبق.

فالتمييز بين نزاع قانوني ونزاع سياسي ليس بالأمر الهين، فقد اعتبر في مؤتمر لاهاي لعامي 1899 و 1907 أن التمييز بينهما يمكن أن يتم عبر وضع تعداد للنزاعات التي تدخل في اصطلاح النزاع القانوني، أو عبر وضع معيار عام يمكن على أساسه التمييز بينهما²¹

وقد وضعت اتفاقية لاهاي لعامي 1899 و 1907، تعداداً جاء في مقدمته أن المسائل ذات الطبيعة القانونية هي تلك التي تتعلق بتفسير أو تطبيق الاتفاقيات الدولية، إلا أنه في الاجتماعات الدولية اللاحقة والتي وضع بموجبها اتفاقيات دولية جديدة، تم التوافق على أن المسائل الداخلة في اصطلاح نزاع قانوني تشمل أولاً الخلافات المتعلقة بتفسير معاهدة، ثم مسائل القانون الدولي، ويأتي بعدها أي واقعة تشكل خرقاً لالتزام دولي، وأخيراً مدى وطبيعة التعويض المترتب على هذه المخالفة.

¹⁹ عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2008 ص

114

²⁰ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 84

²¹ لما أحمد كوجان، المرجع المذكور، ص 85

وفي ظل عدم وجود تفسير واضح ، صدرت العديد من الآراء والاجتهادات التي اعتبر أن فهم المقصود بهذا التعبير يعني استبعاد المنازعات المتصلة بالتأمين والاستملاك وتلك التي تدور حول نزاع لا يتعلق بالتعويض²² ، فالإجراء الذي تتخذه الدولة فيما يتعلق بالتأمين أو بالاستملاك يحتمل وجهين الأول منهما يتعلق بشرعية الإجراء، وهذا الوجه يخرج من اختصاص المركز، أما الوجه الثاني فيتعلق بالتعويض المناسب، وهذا الوجه يدخل ضمن اختصاص المركز أي ضمن ما يقصد بالنزاع القانوني وهو يتصل بمدى التعويض الواجب والمترتب عن الإجراء الذي اتخذته الدولة .

إن الهدف الأساسي من الاتفاقية، هو إبعاد منازعات الاستثمار عن السياسة وعن إحتكار قوانين الدول المضيفة للاستثمار ، وهذا يعني ضرورة توسيع طائفة النزاعات التي تدخل تحت مفهوم النزاع القانوني ليشمل عندها شرعية الإجراء المتمثل بالتأمين أو الاستملاك، وفي هذه الحالة أيضا يجب ألا يتم الخلط بين طبيعة الإجراء الذي أقدمت عليه الدولة، وطبيعة النزاع الذي يدور حوله، فقد يكون إجراء التأمين أو الاستملاك سياسي بالنظر إلى دوافعه وأهدافه المراد تحقيقها منه، في حين يكون النزاع الذي نشأ عنه ذو طابع قانوني يدور حول مدى شرعية التأمين دون تعويض، وليس حول مدى حق الدولة في اتخاذ مثل هذا الإجراء أو صحة الباعث الذي أدى لاتخاذها، على الرغم من أن المنازعات ذات الطابع السياسي هي من المنازعات التي قد تحدث في روابط الاستثمار في مثل هذه الحالات.

إن مثل هذا التمييز بين المنازعات التي قد تدخل أو لا تدخل في إطار المنازعات ذات الطابع القانوني، لن يكون ذو أهمية في حال اتفاق الدولة والمستثمر الأجنبي على ماهية المنازعات، التي يمكن إخضاعها لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بينما تكون ذات أهمية قصوى في حال خلو الاتفاق بين الطرفين من مثل هذا التحديد.

و بالعودة إلى نصوص اتفاقية واشنطن والتي لم تحدد ما هو المقصود بمصطلح النزاع القانوني، فيمكننا القول أنه بعد المقارنة بين المادة 25 والمادة 64²³ والتي تحيل أي نزاع ينشأ بين الدول حول تفسير أو تطبيق الاتفاقية إلى محكمة العدل الدولية، نجد أن هذه الاتفاقية تتبنى التعداد الوارد في نظام محكمة العدل الدولية وميثاق الأمم المتحدة، باعتبار أن أول المسائل التي تعتبر نزاعات قانونية هي تلك المتعلقة بتفسير الاتفاقية ومن ثم تتدخل إرادة الطرفين في تحديد النزاعات المتعلقة بتطبيقها وهذا يميز الطرفين عبر إرادتهما في إحالة النزاع الناشئ بينهما عن تطبيق الاتفاقية بين النزاع القانوني وغير القانوني، وبالتالي تعتمد الاتفاقية معيار الإرادة للتمييز بين النزاعات الخاضعة لها والنزاعات غير الخاضعة لها.

ولكن ما هي السلطة التي يتمتع بها المحكم في حل المنازعات المتعلقة بالتأمين أو بالاستملاك ؟

²² عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 115

²³ تنص المادة 64 على " أي نزاع بين الدول المتعاقدة بتفسير هذه الاتفاقية أو بتطبيقها ولم تتم تسويته بالمفاوضة، يحال إلى محكمة العدل الدولية بناء على طلب أي من أطراف مثل هذا النزاع، إلا إذا اتفقت الدول المعنية على طريقة أخرى لتسويته.

هل تنحصر سلطته فقط بفرض التعويض عن الضرر الحاصل أم أنه يملك سلطة إجبار الدولة على الرجوع عن مثل هذا الإجراء ؟

اعتبر البعض المحكمين أن مبدأ التنفيذ العيني في هذه الحالة وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل اتخاذ الإجراء هو أمر غاية في الأهمية، إلا أنه غير قابل للتجسيد في مثل هذه الحالات لما يتضمنه مثل هذا الحكم من مساس بسيادة الدولة الطرف في النزاع، وبالتالي يجب أن تتم تسوية النزاع بتقرير التعويض المناسب.²⁴

و بالتالي أن المنازعة قد تكون متصلة بحق أو التزام قانوني، مثل تطبيق ما ينص عليه عقد الاستثمار أو تفسير أحد بنوده، أو حتى نزاع ناشئ عن اتفاقية استثمار ثنائية بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر الأجنبي، وباختصار فإن اللجوء إلى المركز ليس إلا أمر اختياري لدى الأطراف المتنازعة ويقتصر على المنازعات القانونية الناشئة عن الاستثمار الدولي سواء أكان ذلك ببند في عقد دولي أو في اتفاقية تحكيم أو اتفاقية ثنائية.

الفرع الثاني: نشوء النزاع عن استثمار

وفقا لما نصت عليه المادة 25 من اتفاقية واشنطن من أن اختصاص المركز يمتد إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار، وقد تمت معالجة الجزء الأول من هذا النص والمتمثل في طبيعة نزاع، أما الجزء الثاني من المادة فقد نص على ضرورة أن يكون هذا النزاع ناشئ عن علاقة قانونية ذات طبيعة استثمارية، و هذا ما ستنم معالجته في هذا الفرع بالعودة إلى الأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن ، نجد أن المجتمعين حاولوا وضع تعريف لما يقصد بالاستثمار وفقا لهذه الاتفاقية، إلا أن الصياغة النهائية لهذه الاتفاقية لم تضع أي تعريف للاستثمار، وقد يكون السبب في ذلك هو صعوبة وضع تعريف دقيق للاستثمار، وذلك لارتباط هذا المصطلح بالعلوم الاقتصادية أكثر من ارتباطه بالعلوم القانونية، ولذلك نجد أن أغلب التعريفات التي أعطيت له قد وضعت من جانب اقتصاديين، كما يمكن أن نجد هذه التعريفات في التشريعات الوطنية الخاصة بحماية الاستثمارات أو المتعلقة بتشجيع الاستثمار لدى بعض الدول، كما قد يتم تحديد مفهوم الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار.

كما أن عدم وضع تعريف دقيق وواضح للاستثمار في اتفاقية واشنطن، قد جعل الأمر يبدو وكأن واضعي الاتفاقية قد تعمدوا ذلك بغية منح المركز التحكيمي صلاحيات موسعة ومطلقة للنظر في جميع المنازعات الخاصة بالاستثمار، والتي قد تنطوي تحت عنوان الاستثمار، وبين مرونة تطبيق الاتفاقية في تحديد الحالات التي تعتبر حقيقة داخلية في نطاق الاستثمارات، ويمكن للمركز أن ينظر في نزاعهما، استنادا لقبول طرفي النزاع بعرضه على المركز.

²⁴ عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 177

هذا ويرى بعض الفقهاء أن لفظ "استثمار" يمكن أن يكتسب معنى واسع أو ضيق بحسب الاستعمال، ولهذا يجب أن يحدد المقصود به سواء في صلب الاتفاقية أو في اتفاق لاحق يبين الجهة المختصة بإصداره، علما أن معظم المشاريع تتجه إلى التوسع في مفهوم الاستثمار بحيث لا يقتصر على الاستثمارات النقدية أو المادية، بل يشمل كل إسهام في مشروع عن طريق تقديم أصول فيه سواء كانت هذه الأصول مادية وملموسة أم لم تكن كذلك.²⁵

هذا وإن مشروع إنشاء الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية اعتبر أن لفظ الاستثمار في الصياغة العامة الواردة في المتن، لا يعني المبلغ الذي أسهم به المستثمر أصلا في المشروع، وإنما الأصول التي أنشئت هذا المبلغ في الدولة المضيفة في حدود قيمتها، أو في حالات يتفق عليها في حدود حد أقصى يراعى فيه قيمة الأرباح غير الموزعة.

إذا الاستثمار لا يتمثل بمجرد اكتساب وسائل إنتاج في سبيل استغلال مشروع والحصول على عائداته، ولا باكتساب رأسمال في سبيل جباية أو استهلاك العائدات، وفي ظل غياب تعريف موحد في القانون الدولي اعتبر بعض المؤلفون أنه الاستثمار هو عبارة عن تجمع لعدة عناصر تتمثل في :²⁶

1- يجب أن توجد مشاركة في رأس المال أو في الطبيعة وليس في الصناعة.
2- يجب أن تسمح هذه المشاركة بإقامة عدة روابط دائمة بين المستثمر وبين هيئة محلية تمارس نشاطا اقتصاديا .

3- هذه الروابط الدائمة يجب أن تسمح للمستثمر بممارسة تأثير حقيقي ورقابة على إدارة المشروع وذلك بالمساهمة في جزء من رأسماله، وبالنسبة لهذا الجزء فقد اعتبرت فرنسا نسبة 20% كافية للقول بوجود رقابة، وقد اعتمدت نسبة 20 % من قبل مصرف لبنان فيما يتعلق بالحسابات المجمدة.

وقد أضافت الاتفاقية المنشئة للوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمار المنعقدة في سيول في العام 1958 أنه على المستثمر أن يتحمل وبصورة جزئية مخاطر المشروع ويجب أن يكون هناك تدفق للاستثمارات لأهداف إنتاجية بين الدول الأعضاء.

وقد قام المشرع الجزائري بوضع تصور للاستثمار يمكن إجماله في الآتي:

ميزت المادة الأولى من الاتفاق الجزائري والاتحاد البلجيكي (للكسمبورغ) المصادق عليه بموجب المرسوم رقم 91 / 345 المؤرخ في 10/05/1991 بصدد كلمة الاستثمارات بين الممتلكات المادية كالعقارات أو المنقولات، والممتلكات المعنوية كالحقوق الصناعية وبراءة الاختراع، يضاف إليها المداخل الناتجة عن الاستثمار أو إعادة الاستثمار، والمتمثلة في الأرباح والفوائد وزيادة رأس المال والتعويضات والإتاوات ، كما عرفت المادة سالف الذكر المستثمر على أنه "كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية الأطراف المتعاقدة، وكل شخص معنوي له مقر اجتماعي على إقليم أحد الأعضاء"

²⁵ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 67

²⁶ لما أحمد كوجان، المرجع المذكور، ص 68

وفي نفس السياق تعرف الاتفاقية الجزائرية الإيطالية المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 346/91 المؤرخ في 05/10/1991 الاستثمارات على أنها " كل عنصر من الأموال مهما كان نوعه، وكل إسهام نقدي أو عيني أو خدمات مستثمرة أو أعيد استثمارها في كل قطاع اقتصادي مهما كان نوعه " هذا بالنسبة للتعريفات الواردة في الاتفاقيات الدولية، أما بالنسبة لمحاكم التحكيم الدولية فإنها حاولت وضع تعريف للاستثمار، ففي دعوى أمكو آسيا ضد إندونيسيا عمدت محكمة التحكيم إلى تحديد المقصود بالعلاقة بين النزاع القانوني المعروض عليها وبين المشروع الاستثماري، وكان سبب النزاع قيام الحكومة الإندونيسية باحتلال الفندق وطرد الموظفين التابعين للشركة، مما دفع الشركة إلى رفع دعوى على الحكومة الإندونيسية أمام مركز تسوية منازعات الخاصة بالاستثمار، وقد حكمت المحكمة التحكيمية لصالح الشركة الأمريكية، وألزمت الحكومة الإندونيسية بدفع تعويض للشركة الأمريكية، إلا أن الحكومة الإندونيسية تقدمت بطلب إبطال الحكم وأسسته على أن لجنة التحكيم تختص بنظر النزاع القانوني الناشئ عن الاستثمار مباشرة ولا تختص بنظر دعوى الخطأ، باعتبار أن المحكمة التحكيمية سببت حكمها على أساس أن ما قام به الجيش الإندونيسي يعتبر خطأ من قبل الحكومة الإندونيسية، إلا أن لجنة الإبطال رفضت الدفع الذي تقدمت به الحكومة الإندونيسية، معتبرة أن الخطأ الدولي ومنازعة الاستثمار كلاهما يدخل في اختصاصها، واعتبرت اللجنة أيضا أن أفعال الشرطة والجيش الإندونيسي ما هي إلا انتهاكا لتعهدات الدولة الإندونيسية التي قدمتها للمستثمرين الأجانب في قانون حماية الاستثمارات الإندونيسي، وأن هذه الأفعال هي جزء من النزاع بين شركة أمكو ودولة إندونيسيا، أي أن اللجنة مختصة وإن كانت قد أبطلت الحكم لكن لأسباب غير التي اتكأت عليها حكومة إندونيسيا.

إن هذا الحكم التحكيمي يستمد أهميته من كونه لا يحد من اختصاص المركز بالمنازعات الناشئة عن الاستثمار والمرتبطة به مباشرة، وإنما يوسع اختصاص المركز ليشمل أي نزاع من شأنه أن يؤثر في الاستثمار للاحية تنفيذه وتطبيق بنود الاستثمار.²⁷

وبالعودة إلى اتفاقية واشنطن نجد أنه نصت في المادة 25 الفقرة الرابعة على أنه يحق للدول المتعاقدة في وقت التصديق أو القبول أو الإقرار لهذه الاتفاقية، أو في أي وقت لاحق أن تبلغ المركز بالمنازعات التي تريد أو التي لا تريد إخضاعها لاختصاصه، وقد يكون في منح الاتفاقية للدول المتعاقدة الحرية، أمر صائب في ظل عدم وضع تعريف محدد للاستثمار، ذلك أنه وإن تم وضع تعريف فقد يختلف بين دولة وأخرى وفقا للسياسة الاقتصادية المتبعة في هذه الدولة أو تلك، ثم أن الشروط النموذجية التي وضعها مركز التحكيم بواشنطن تتوسع في مفهوم الاستثمار لتجعله يشمل الاستثمار بمعناه التقليدي، أي المساهمة المباشرة في رؤوس الأموال اللازمة للمشروعات، بالإضافة إلى مفهومه الحديث غير المحدد الذي يشمل المشروعات الصناعية، والزراعية، والسياحية، وعقود إصلاح الموانئ

²⁷ لما أحمد كوجان، المرجع المذكور، ص 69

وعقود تشييد المصانع، وعقود تسليم المفتاح، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الترخيص بحقوق الملكية الفكرية وغيرها، وبالتالي فإن الاتفاقية أعطت الأطراف سلطة تقديرية واسعة في تقدير ما يعتبر استثمار وما لا يعتبر كذلك، هذا وإن ترك الحرية للأطراف في إعطاء وصف الاستثمار يمنح مرونة كبيرة في تطبيق الاتفاقية هذا من جانب، ومن جانب آخر يمثل خطراً على مصالح الدول النامية باعتبار أن المستثمرين من الدول الغنية لهم السلطة واليد العليا في مفاوضات عقود الاستثمار مع الدول النامية ولهذا يحرصون على تعريف موضوع الاستثمار وتحديد بدقة حتى يصبح متطابقاً مع شروط اختصاص المركز، وعندها تتوفر الفرصة لتسوية أي نزاع في المركز بعيداً عن القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

ويؤخذ على هذا الرأي أن المرونة التي تتمتع بها الاتفاقية للاحية تطبيقها تستمد من مضمون نصوصها وليس من إرادة دولة غنية أو فقيرة، وإن وجد من الناحية العملية هذا الأمر، أي قدرة المستثمرين ودولهم على التأثير وفرض رؤية معينة في اتفاقيات الاستثمار سواء الثنائية أو المتعددة الأطراف.²⁸

فلئن كان المستثمر من الدول الغنية يسعى جاهداً حتى يبعد اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار عن منازعات الاستثمار، فإن الاتفاقية أعطت للدولة المضيفة الحق في استبعاد أنواع معينة من المنازعات فلا تدخل في اختصاص المركز، مثال ذلك المملكة العربية السعودية التي استبعدت منازعات المتعلقة بالعقود النفطية من نطاق اختصاص المركز.

و بالتالي فإن قدرة الدولة على استبعاد أنواع معينة من المنازعات عن اختصاص المركز لا تقابلها حرية المستثمر وقدرته على استبعاد منازعات الاستثمار عن نطاق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

المطلب الثاني : طبيعة منازعات الاستثمار الخاضعة لتحكيم المركز

يرتب العقد الصحيح التزامات على المتعاقدين يجب الوفاء بها تحت طائلة التنفيذ الجبري وتقوم إلزامية العقد هذه على أسس أخلاقية، واقتصادية، واجتماعية، فبالإضافة إلى واجب احترام العهد الذي يقطع المرء على نفسه، لا بد من ضمان استقرار المعاملات حتى يطمئن الناس، وقد وصف العقد بأنه شريعة المتعاقدين، مما يستلزم احترامه وتنفيذه من قبل المتعاقدين.²⁹

قد يتساءل البعض عن سبب هذه المقدمة التي قد تعتبر جزءاً من القانون المدني، لكن في حقيقة الأمر أن المنازعات الاستثمارية، ما هي إلا منازعات ناشئة عن عقود، والعقد يظل عقد سواء كان في

²⁸ خالد جمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد - 22 ص 218- 219 التاريخ 3 سبتمبر 1998 .

²⁹ لما أحمد كوجان، المرجع المذكور، ص 71

شكله البسيط الذي قد نجده في القانون المدني، أو في شكله المعقد على صورة العقود الدولية التي يكون أشخاصها الدولة والشركات الكبرى.

بمعنى آخر أن العقد له قوته الملزمة بغض النظر عن أطرافه، فلا يحق لأي طرف القيام بأي تعديلات أو تغييرات دون رضى الطرف الآخر، وإن كانت هذه حقيقة قد تم التوافق عليها في العقود البسيطة التي تخضع للقانون المدني، فإنه ينبغي التأكيد عليها في العقود الدولية، خاصة وأن أحد أطراف هذه العقود هو الدولة بما لها من سيادة ومكانات قانونية كبيرة، يقابلها على الطرف الآخر مستثمر أجنبي يعتبر الطرف الأضعف، وإن كان ذلك من الناحية النظرية على الأقل.

ولأن مركز تسوية منازعات الاستثمار قد تخصص في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها فإن تجاوز الدولة لالتزاماتها التعاقدية يعطي للمستثمر الأجنبي الحق في اللجوء إلى هذا المركز بناء على قاعدة القوة الملزمة للعقد، وانطلاقا من هذه القاعدة، يطرح السؤال الآتي هل هذه القاعدة هي قاعدة جامدة غير قابلة للتعديل أم أنها مرنة يمكن في ظروف خاصة تجاوزها، وإذا تكلمنا عن هذه القاعدة في إطار القانون المدني، فإن قاعدة القوة الملزمة للعقد هي قاعدة نسبية بمعنى آخر أنه يمكن إجراء بعض التعديلات على العقد إذا رأى القاضي ذلك، أي أن القاضي المدني يمكنه مراجعة العقد إذا رأى ضرورة لذلك.

فهل يمكن أن تتوسع هذه القاعدة إلى العقود الدولية مجال الحديث ؟
وفي نفس السياق ألا يحق للدولة بما تملكه من سلطان أن تحدث تغييرا في الالتزامات التعاقدية؟
سيتم الإجابة على هذه الأسئلة في هذا المطلب كالاتي:

الفرع الأول: التحكيم في المنازعات الناتجة عن التغيير في شروط التعاقد

أولا : تأثير أحداث القوة القاهرة في عقد الاستثمار

إن من أهم المبادئ التي تحكم تشكيل العقود هو مبدأ عدالة العقد، فالعقد يجب أن يحقق التوازن الاقتصادي بين طرفيه، وخصوصا في مجال الاستثمار، فلا يغتني طرف على حساب الطرف الآخر. وإذا كان تحقيق الربح وحصول الخسارة هو من آثار كل عقد، فإن تحقيق الربح الفادح مقابل الخسارة الفادحة لا يمكن أن يكون هو النتيجة الطبيعية والمقبولة لأي عقد، فالاستقامة والعدالة العقدية ترفض أي اختلال في التوازن العقدي عندما يتجاوز هذا الاختلال الحد المقبول أو المعقول في التعامل وتشكل القوة القاهرة حدثا أو مجموعة أحداث غير متوقعة وغير قابلة للمقاومة، وهي تحدث بفعل مستقل عن يتذرع به، ولم يكن باستطاعته توقعه أو الوقاية منه، ويترتب على (حدوثها انقضاء التزامه لاستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعة ذلك)

ولكن قد يكون الأمر مختلف عند حدوث القوة القاهرة في عقد استثمار دولي، فالأطراف في أغلب الأحيان يعتمدون على هذا العقد وما ينتجه من مكاسب لهم، ولهذا فهم يفضلون الحفاظ على

الرابطة العقدية بينهم، بغض النظر عن هذا الحدث، وذلك خلافا للقواعد العامة المتبعة في الأنظمة القانونية الوطنية، والتي تلغي العقد عند حصول حدث يشكل قوة قاهرة.³⁰

ولهذا يعمد أطراف عقد الاستثمار في الغالب إلى تضمين هذا العقد مجموعة من الشروط، منها شرط القوة القاهرة، ولكن على الرغم من تضمين عقد الاستثمار مثل هذا الشرط، فإن ذلك لا يحول دون حصول نزاع بين الأطراف، فما الغرض إذا من إدراج هذا الشرط؟ وكيف ينظر التحكيم المنازعات الناتجة عن حدوث قوة قاهرة في عقود الاستثمار الدولية؟³¹

إن النزاع الذي يدور بين طرفي عقد الاستثمار، والذي نتج بتأثير حدوث قوة قاهرة، قد يتعلق بتنفيذ غير مطابق لما اتفق عليه الطرفان في الأساس، وذلك بسبب حدوث القوة القاهرة والتي شكلت حائلا دون حدوث التنفيذ الأفضل المتفق عليه في العقد، وقد يكون النزاع حول تحديد درجة الضرر الذي لحق بالطرف الآخر، وما إذا كان هذا الضرر يشكل سببا لإلغاء العقد، أو يشكل سببا لوقف تنفيذه، كما قد يتعلق النزاع بكيفية التعويض وتقريره إذا كان هذا الأمر ممكنا وفقا لشروط العقد.

لو نظرنا إلى دور القاضي في حل النزاعات الناشئة بين الأفراد نتيجة حدوث قوة قاهرة، لوجدنا أن القاضي يعتبر هذه القوة القاهرة مانعا من موانع المسؤولية، فالقوة القاهرة تظهر كحدث خارج عن إرادة الإنسان وغير ممكن توقعه وغير قابل للمقاومة، وهو يشكل قوة قاهرة أيضا فيما لو أمكن توقعه ولكن لم يكن بالإمكان دفعه³²

وكما سبق الذكر فإن المشرع الجزائري نص في المادة 107 من القانون المدني الجزائري الفقرة الثالثة أن الحوادث الاستثنائية التي تجعل الالتزام التعاقدي مرهقا وليس مستحيلا.³³ فنظرية الظروف الطارئة في التشريع الجزائري تفترض الوضع الآتي : عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال، كعقد توريد، ويحل أجل التنفيذ، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيرا فجائيا لحادث لم يكن في الحسبان، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا.

³⁰ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الجزائر، موفم للنشر، ص 374

³¹ محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993 . ص

461

³² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 378

³³ نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري الفقرة الثالثة "غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

فإذا أدى هذا الحادث الطارئ إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، لكان قوة القاهرة ينقضي بها الالتزام. أما إذا أدى هذا الحادث الطارئ إلى إلحاق خسارة فادحة بالتاجر تخرج عن الحد المألوف، فهنا نكون أمام التزام مرهق للتاجر، وهنا يتدخل القاضي بغية تعديل العقد. فالمشرع الجزائري لم يعترف إلا بمبدأ تعديل العقد وليس إلغاؤه، أي أنه لا يعترف بفكرة القوة القاهرة التي تجعل الالتزام مستحيلا لا مرهقا.

وبالتالي فالجزاء في القانون المدني لوقوع حوادث استثنائية هو تعديل العقد من طرف القاضي أما في التحكيم التجاري الدولي فإن المحكم يفصل في مسألة الحوادث الاستثنائية التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لا مرهقا وفقا للقانون الذي يعتمده الأطراف، وإلا في حال عدم اتفاق الأطراف فوفقا لاتفاقية واشنطن يطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، وبالتالي فهو يطبق نفس القواعد التي يطبقها القاضي، إلا أن الأمر الذي يميز التحكيم في المركز في هذه الحالة هو أنه يعطي الحق للطرفين بالاتفاق على قواعد قانونية لتحكم النزاع بينهما، أي قد يتفقا على قانون أكثر من دولة، مما يعطي المحكم سلطات أكبر في تطبيق القانون والقواعد العرفية وقواعد العدل والإنصاف فيما لو سمح له الأطراف القيام بذلك أي أنه ليس محددا بنص قانوني كالقاضي الوطني، وإنما اتفاق الأطراف يعطيه صلاحية أوسع وهذا يختلف تطبيق مبدأ القوة القاهرة بين الأنظمة الوطنية والتحكيم التجاري الدولي على الأقل بالنسبة للتشريع الجزائري الذي لا يعطي حلا للمسائل المتعلقة بالقوة القاهرة أي التي تجعل التزام أحد الأطراف مستحيلا لا مرهقا بينما التحكيم يعطي حلا للمسألة في جميع أحوالها، سواء أكان الالتزام مرهقا أو مستحيلا.

أضف إلى ذلك أن القوة القاهرة في عقود الاستثمار لا تؤدي إلى انقضاء الالتزام كما هو الحال في بعض الأنظمة القانونية الوطنية مثل قانون الموجبات والعقود اللبناني³⁴، بل يؤدي إلى إعادة التوازن الاقتصادي إلى العقد، وليس إسقاط العقد بالجملة، كما أن مهمة المحكم لا تتمثل فقط في تطبيق القانون المختار من أطراف العقد، وإنما عليه أيضا التحقق من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القوة القاهرة، وتحديد آثار هذه القوة القاهرة على العقد الأصلي، وعلى الرغم من أن التحكيم قد أثبت كفاءته في تسوية هذا النوع من النزاعات، إلا أن البعض يرى أن معالجة هذه المسائل ذات الطبيعة الفنية تجعل مهمة المحكم صعبة، لأنه بالرغم من إمكان تعيين المحكم لخبراء متخصصون في هذه المسائل بغية مساعدته، فإن الوقت الذي ينقضي بين وقوع القوة القاهرة وإحالة النزاع للتحكيم، وتعيين الخبراء، يعقد من قدرة المحكم ويجعل الوصول إلى نتائج حقيقية متفقة مع ظروف النزاع أمر غاية في الصعوبة ومع ذلك يظل التحكيم التجاري الدولي أفضل السبل من أجل تسوية نزاعات التجارة الدولية.³⁵

³⁴ المادة 341 من قانون الموجبات والعقود اللبناني "يسقط الموجب إذا كان بعد نشأته قد أصبح موضوعه مستحيلا من الوجه الطبيعي أو الوجه القانوني بدون فعل أو خطأ المدينون."

³⁵ محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2003، ص 450 وما يليها.

إن التحكيم التجاري الدولي الذي يهدف إلى تنظيم العلاقات التجارية الدولية وحل مشكلاتها بعيدا عن القضاء العمومي، والذي ينجح في حل منازعات الاستثمار الناتجة عن حدوث القوة القاهرة، لا يقتصر على الحفاظ على الروابط العقدية وإعادة التوازن العقدي إلى هذا العقد في حالة القوة القاهرة، وإنما يظهر أثره عندما يتعلق بضرورة مراجعة العقد أو إعادة التفاوض بشأنه عندما تحدث ظروف استثنائية تغير في الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية في الدولة المضيفة للاستثمار وهذا ما سيتم تناوله في هذا البند .

ثانياً: تأثير الظروف الطارئة في عقد الاستثمار

إن هذه الاعتبارات والظروف الاقتصادية والاجتماعية والتي من شأنها أن تؤثر في تدفق رأس المال وتوظيفه، تشكل ما يعرف بالمناخ الجاذب للاستثمار، الذي يستند على مقومات عديدة، أهمها الاستقرار السياسي والأمني، الذي يعد من أهم مقومات توفير بيئة استثمارية جيدة في أي دولة، فحصول الاضطرابات السياسية والأمنية عادة ما تعرض منظمات الأعمال لمخاطر التخريب والمصادرة، مما يضع المستثمر في حالة من عدم الاطمئنان على المشروع الذي يقوم بتنفيذه، ويؤدي بالتالي إلى هجرة رؤوس الأموال إلى بيئة اقتصادية أكثر أمناً، وفي المقابل يتفادى رأس المال الأجنبي القدوم إلى هذه الدولة المضطربة سياسياً وأمنياً³⁶

إلا أن البيئة السياسية والأمنية ليست العامل الوحيد الذي يجلب المستثمر الأجنبي، فهي غير كافية لضمان نجاح المشروعات الاستثمارية، وإنما بالإضافة إليها ينبغي توافر البيئة الإدارية والاجتماعية الملائمة لاستثمار وإدارة المشاريع، خاصة ما يتعلق بمسائل الإقامة وحرية الدخول والخروج، والتقليل من الإجراءات البيروقراطية الإدارية التي قد تعرقل سير وسرعة إتمام المشروع، بالإضافة إلى النظام القانوني الذي يحكم الاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة ، وهكذا يبدو أن قرار المستثمر النهائي والمؤسسات المالية التي تسانده في استثماره، يقوم على اعتبارات وظروف اقتصادية، واجتماعية، وسياسية مترجمة في أرقام محددة يجب أن تبقى ثابتة طيلة فترة الاستثمار ، إلا أنه من الصعب على أية دولة أن تضمن الاستقرار السياسي، والأمني و الاجتماعي، والاقتصادي والبيئة الإدارية دون تغيير، فالدول لا تعيش في جزر منعزلة، والتغير على مستوى الدولي سوف يؤثر لا محالة على الدول، مثل أزمة اقتصادية عالمية سوف تمس جميع الدول دون استثناء، أو قيام ثورات شعبية مفاجئة سوف تؤثر لا محالة على البيئة السياسية والأمنية والاجتماعية، والقانونية، وهذه الأحداث الاستثنائية وغير المتوقعة سوف تحول عند وقوعها دون تنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه وذلك بسبب تغير الظروف، وقد تلحق الخسارة بأحد الطرفين وقد تقلب التوازن الاقتصادي للعقد.

³⁶ عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص31

وأوجه الاختلاف هنا هو أن هذه الظروف الطارئة وغير المتوقعة وغير ممكنة الدفع سوف تجعل تنفيذ الموجب العقدي مرهقا لا مستحيلا، لأن الحدث الطارئ لا يصل إلى درجة القوة القاهرة التي تؤدي في الغالب إلى إنهاء العقد وفقا للمبادئ العامة في بعض الأنظمة القانونية الوطنية ، ويكون تعديل العقد هو الحل الغالب في حالة الظرف الطارئ عوضا عن إلغاء العقد، كما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني الجزائري، وفي الغالب يكون هذا التعديل عن طريق تدخل القاضي من أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

و بخلاف القوة القاهرة فإن أوجه التشابه بين الحلول التي وصل إليها المشرع الوطني، والحلول التي قد يطرحها المحكم أثناء وقوع الظرف الطارئ، تكاد تكون متطابقة.

فالمشرع الجزائري عندما نص على أنه للقاضي في حالة وقوع الظروف الاستثنائية التي قد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا، الحق في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، وقد فسر الفقهاء هذا النص المتمثل في رد الالتزام إلى الحد المعقول بقولهم أن المشرع قد عنى أن القاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه ، فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضي إنقاص الالتزام المرهق، ولا زيادة الالتزام المقابل، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ ، وقد يرى زيادة الالتزام المقابل أو إنقاصه .³⁷

وبالعودة إلى الحلول التي وضعتها الهيئات التحكيمية عند وقوع الظرف الطارئ، فتكاد تكون متطابقة مع تلك المذكورة سلفا ، فالمستثمر لا يمكنه تنفيذ التزامه إلا بصعوبة أو بتحمل خسارة فادحة يمكنه عندئذ طلب وقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى زوال الحادث الطارئ إذا كان مما يحتمل في وقت قريب أو يمكن أن تمنح مهلة لهذا المستثمر حتى يتمكن من تنفيذ التزامه بشكل لا يحمله خسارة فادحة ، كما يمكن أن يحصل تعديل في مقدار الالتزام الذي أصابه الخلل وذلك عبر إعادة تقويمه بجعل قيمته في ظل الظروف الطارئة مطابقة لقيمته الحقيقية أو مما يقرب من هذه القيمة ، ويمكن أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إما بإنقاصه أو بزيادة الالتزام المقابل له، ولكي يطبق مثل هذا الحل يجب أن يتم التأكد من حصول الإرهاق، وبالتالي يحدد العبء غير المألوف الناتج عن الحادث الطارئ، وأن تعين الفترة التي حصل أثناءها حتى يتقرر زيادة الالتزام أو إنقاصه، فالمتعاقدين يتحمل الزيادة في الأعباء المألوفة، أو التي يجب أن يتوقع حدوثها لأنها تدخل في نطاق العقد الأصلي، أما الزيادات غير المألوفة والتي تشكل الإرهاق على المتعاقد في تنفيذ التزامه فهي تخرج عن نطاق التعاقد.³⁸

فاتفاقيات الاستثمار تتميز بأنها تنفذ على مدد زمنية طويلة وترتبط بشكل رئيسي بالخطط التنموية للدول المضيفة للاستثمار، ومراجعة عقود الاستثمار المبرمة تفيد أن أغلبها مبرم بين مستثمرين أجانبا من دول متقدمة تكنولوجيا ومعرفيا، ودول أخرى تصنف أغلبها من الدول المتخلفة، أو الناشئة

³⁷ عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 32

³⁸ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 86

اقتصاديا، التي تتعرض دوماً إلى تغيرات دائمة في مناخها السياسي والاجتماعي والاقتصادي، نتيجة حوادث متعددة قد تكون سياسية في الغالب الأعم، فيكون من الأفضل بدل أن يتم إلغاء العقد في حال وقوع مثل هذه الحوادث الاستثنائية، أن يتم الاتفاق مسبقاً على إعادة النظر بشروط التعاقد والتفاوض مجدداً بهدف الحفاظ على مصالح الطرفين، ولكن كيف يلعب التحكيم دوره في هذا المجال؟

قد يكون أسلوب التوفيق هو الأقرب لحل مثل هذه المنازعات التي تدور حول إعادة النظر بشروط التعاقد لأنها تؤدي إلى تقريب وجهات النظر بين الطرفين، وربما بشكل أكبر من التحكيم فالتوفيق يقوم أساساً على محاولات إيجاد نقطة تقاطع بين وجهات نظر الأطراف حتى يتمكن الموفق من حل النزاع.

وكون المنازعات التي تدور حول إعادة التفاوض لا تتعلق بتفسير شروط التعاقد، وإنما تقوم على ضرورة العمل على تعديلها، وبالتالي فهي غير قانونية، فقد تكون عرضة لعدم قبولها للتحكيم خصوصاً في ظل اتفاقية واشنطن. ولكن هذا الأمر قد يكون صحيحاً فيما لو كانت اتفاقية التحكيم لا تتضمن الكيفية المناسبة لحل النزاع، أما إذا كانت الهيئة التحكيمية تمتلك صلاحية التدخل لحل مثل هذه المنازعات، وذلك باللجوء إلى القواعد أو القانون الأنسب، فلا شيء يمنع من خضوعها للتحكيم.³⁹

الفرع الثاني : التحكيم في المنازعات الناتجة عن الإجراءات التي تتخذها الدول المضيفة للاستثمار

قد تقوم الدولة أحياناً بإحداث تغييرات في قوانينها أو تشريعاتها لسبب أو لآخر، وقد يؤدي هذا التعديل في القوانين في مسائل عدة قد تؤدي إلى الإخلال بمركز المستثمر الأجنبي على مستوى الامتيازات مثلاً، وهذا لا محالة سوف يقوم بإثارة تحفظات المستثمر الأجنبي، مما قد يؤدي به للجوء إلى التحكيم، ولا تعد التعديلات القانونية السبب الوحيد الذي قد يدفع بالمستثمر للجوء للتحكيم، بل هناك سبب آخر وهو أكثر إلحاحاً من مجرد إحداث تغييرات على مستوى القوانين والأنظمة التي تحكم الاستثمارات الأجنبية، ويتمثل في تدخل الدولة بما تملكه من مكنات قانونية وسلطة الإكراه بالقيام ببعض الأعمال والإجراءات التي قد تنهي عقد الاستثمار، أو تقوم بفسخه من جانب واحد، والأمثلة على ذلك كثيرة وهذا يستدعي أيضاً لجوء المستثمر الأجنبي إلى التحكيم، ونبحث هذه المسائل في هذا الفرع وفقاً للآتي:

أولاً : النزاع الناشئ نتيجة تغيير تشريعي قامت به الدولة

تتعرض التطورات العالمية على مستوى الاقتصاد والسياسة على جميع الدول نتيجة للتفاعل العام بين هذه الدول، أو لضرورات تفضيها المصلحة العامة، وكما ذكرنا في المقدمة سابقاً فإن توفير مناخ ملائم أو جاذب للاستثمارات يتطلب استقراراً تشريعياً وقانونياً، فالإطار القانوني الثابت والواضح

³⁹ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 88

يساعد على جلب الاستثمارات وديمومتها، وأي تغيير في هذه الأنظمة القانونية سوف تؤدي إلى نشوب نزاعات بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار، وحتى يحتاط المستثمرين من التغيير المستمر للتشريعات أصبحوا يضيفون شرطاً في عقد الاستثمار، يسمى بشرط الثبات التشريعي.

والهدف من هذا الشرط هو تجميد الدور التشريعي للدولة الطرف في العقد من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد، وعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينهما بشكل يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد وإلحاق الضرر بالمستثمر الأجنبي المتعاقد معها، وبالتالي فإن وجود هذا الشرط يحول بين الدولة واستخدامها للميزة التي تتمتع بها كونها سلطة تملك حق التشريع وخلق قانون وإعماله على العقد المبرم بينهما وبين المستثمر الأجنبي، والتي تخلق نوعاً من عدم المساواة بين الطرفين وهذا الثبات التشريعي الذي يطمح إليه المستثمر لا نجده فقط في عقده مع الدولة وإنما ممكن أن نجده في قوانين بعض الدول أيضاً مثل قانون الاستثمارات الجزائري⁴⁰ في المادة الخامسة عشر منه والتي تنص على أنه " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

ويمكن تعريف شرط الثبات التشريعي بأنه : أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع، لناحية تعديل العقد بسن تشريع جديد، عبر تجميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطاتها التشريعية ولكن لا يجردها منها، كما يمكن أن يعرف بأنه الشرط الذي يكون الهدف منه منع الدولة من استعمال سلطاتها السيادية في تغيير النظام العقدي، بدون الاتفاق مع الطرف المستثمر الخاص، وبالتالي فإن شرط الثبات في هذه الحالة يقابل سلطة الدولة السيادية.

ويتمتع الأطراف بحرية مطلقة في صياغة هذه الشروط التي تتنوع وفقاً للمعيار المتخذ لتقسيمها، و يستخدم لهذا التقسيم معيارين أساسيين هما المعيار الشكلي والمعيار الوظيفي.⁴¹

يقصد بالمعيار الشكلي ذلك المعيار الذي يركز على المظهر الخارجي لشرط الثبات من أجل تصنيفه، فتستند أحيانا إلى مصدر الشروط لتفرق بين الشروط ذات الأصل التعاقدية، أي التي تجد مصدرها في اتفاق الأطراف، والشروط ذات الأصل التشريعي، أي التي تجد مصدرها في النصوص القانونية للدولة المتعاقدة.

وقد تستند هذه المعايير الشكلية في بعض الأحيان على مضمون هذه الشروط، فتقسم إلى شروط عامة تهدف إلى منع سريان كافة التشريعات الجديدة على العقد، وشروط خاصة تتعلق بقسم معين من التشريعات المعمول بها في دولة ما وتمنع سريانها على العقد.

⁴⁰ القانون الصادر بمقتضى الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 ، المتعلق بتطوير الاستثمار.

⁴¹ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 95

وإذا استندت هذه الشروط على الأشخاص المستفيدين، فيتم تقسيمها إلى شروط مطلقة لا تحدد من هو المستفيد منها، وشروط نسبية تحدد طبيعة المستفيدين منها، فتتص على أن المستفيد هو المستثمر أو الأفراد العاملين لديه أو شخص ثالث.

ويمكن تقسيم هذه الشروط أيضا لناعية نطاقها الفعلي، فنحدد هل أنها تهدف إلى عدم سريان أي قانون جديد صادر من الدولة المتعاقدة، أم أن مثل هذا المنع لا يعمل به في حال كان هذا القانون الجديد أكثر صلاحية للمستثمر الأجنبي؟

إن المعيار الآخر الذي يستند إليه في تقسيم شروط الثبات التشريعي، هو المعيار الوظيفي الذي يستند إلى الغاية التي يبرجوها الأطراف من وضع شرط الثبات التشريعي، ويكون الهدف منه تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد، فيعبر الأطراف في هذا الشرط عن رغبتهم في سريان قانون الدولة على العقد، على النحو الذي يكون عليه في لحظة إبرام العقد أو في الوقت تنفيذه، وبهذا تمنع الدولة من استخدام سلطاتها التشريعية لتعديل العقد لصالحها، ولا تدخل التعديلات الجديدة للقانون الواجب التطبيق على العقد.

إن شرط التحكيم الوارد ضمن عقد الاستثمار، يمكن أن يصبح دون فعالية إذا ما سمح للدولة القيام بتغيير تشريعاتها بشكل يتعارض مع أعمال هذا الشرط، وبالتالي فإن التحكيم كنظام اختاره الأطراف لتسوية المنازعات الناشئة، أو التي قد تنشأ بينهم، يستحق أن تتوفر له الإمكانية لوضعه موضع التنفيذ، فالتحكيم في هذه الحالة ليس مجرد وسيلة لفض منازعات الاستثمار، وإنما هو ضمان إضافية تقدمها الدولة للمستثمر، وبالتالي يجب أن يؤدي دوره في حماية الاستثمارات من المخاطر التي تهددها سواء كانت تشريعية أو اقتصادية أو سياسية، خصوصا وأن التحكيم عبر الزمن، بدأ مع المستجدات الاقتصادية الحاصلة بشكل يسعى من خلاله إلى التوفيق ما بين المصالح القائمة، والحصول على ثقة أطراف التجارة جميعهم.⁴²

ثانيا : النزاع الناشئ نتيجة إجراء فردي اتخذته الدولة

إن النظر إلى الإجراءات الفردية التي قد تتخذها الدولة، كما لو أمت مشروعا ما، يحتمل المناقشة لناعيتين، فهو يتضمن أمرين أساسيين وهما : شرعية العمل الذي قامت به الدولة، والضرر الناجم عن هذا العمل، فالعقد له ميزان قانوني وآخر اقتصادي.

فهل يمكن للمحكم أن ينظر في التعويض المناسب للضرر الناتج عن الإجراء المتخذ من الدولة دون النظر في أمر شرعية الإجراء نفسه؟ في الواقع لا يدخل في سلطة المحكم ولا المحاكم التحكيم الدولية إجبار الدولة على الرجوع عما اتخذته من إجراء، وإلزامها بتنفيذ العقد حتى ولو استند المستثمر في طلبه على البواعث الحقيقية وراء الإجراء المتخذ من طرف الدولة.

⁴² حفيظة السيد حداد، مرجع سابق ص 329

ولهذا فمن مصلحة المستثمر ترك البواعث الحقيقية للدولة سواء الظاهرة منها أو الخفية والنظر إلى مدى الضرر الذي لحق به والتعويض الذي يلزمه لإصلاحه، وهذه المسألة لا تتصل بشرعية الإجراء وخصوصا في ظل اتفاقية واشنطن، التي يستبعد منها المنازعات ذات الطابع السياسي، لتتضمن المنازعات ذات الطابع القانوني فقط والناشئة عن استثمار كما سلف الذكر، إلا أن المنازعات ذات الطابع القانوني لم يتم توضيحها بدقة في هذه الاتفاقية، على الرغم من أن بعض التفسيرات التي أعطيت لاتفاقية واشنطن تتجه إلى جعل اصطلاح نزاع ذو طابع قانوني يشمل جميع صور المنازعات القانونية، وبالتالي يدخل في اختصاص المركز البت في الطلبات المتعلقة، بشرعية التأمين، والتعويض الذي قد ينتج عنه باعتبار أن مثل هذا التفسير يتفق مع الأهداف التي كانت الاتفاقية ترنوا إليها، حيث أنها كانت تصبوا إلى إنشاء صرح دولي يحمي الاستثمار ويحقق المساواة بين الدول والمواطنين، إلا أن هذا الأمر صعب التحقيق، وصعوبة تحقيقه تعود إلى نصوص الاتفاقية ذاتها.

فاتفاقية واشنطن تقوم في الأساس على عنصر الإرادة لدى كل من طرفي عقد الاستثمار، وهي وإن وسعت نطاق ما تعني به لناحية عبارة "نزاع قانوني"، فإنها في النهاية تعطي الدولة المضيفة للاستثمار الحق في استبعاد طائفة أو نوع معين من المنازعات وتبعتها عن اختصاص المركز.

كما أن الممارسات السيادية والإجراءات الفردية التي تقوم بها الدولة المضيفة في حال اختيار أو عدم اختيار قانونها، وفي حال نزع الصفة القانونية عنها، قد تؤدي إلى تمكين الدولة من إنهاء العقد من طرف واحد، إذا ما اعتبر مثل هذا الإجراء من قبيل سلطات الدولة التي يمكنها ممارسته أين شاءت. وبالتالي ترك الدولة تمارس سيادتها على عقود الاستثمار، دون القدرة على ردها، أي على الأقل من ناحية إجبارها على دفع التعويض في حال عدم القدرة على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل تدخل الدولة، ومن هذا كان التحكيم الإجراء الأهم الذي يمكنه أن يوفر الحماية للمستثمر الأجنبي.⁴³

- خلاصة الفصل الأول:

يظهر لنا مما سبق أن مركز التحكيم يعد طفرة تحكيمية سواء من حيث النشأة أو من حيث الولاية والاختصاص أو من حيث الآثار، فأما من حيث النشأة فيعد مركز التحكيم الوحيد على مستوى العالم الذي أنشأ بمقتضى اتفاقية دولية ترعاها الأمم المتحدة .

⁴³ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق ص 333

الفصل الثاني

الإرادة في التحكيم للمركز الدولي و مدى علاقته بالقضاء الوطني

الفصل الثاني : الإرادة في التحكيم للمركز الدولي و مدى علاقته بالقضاء الوطني

المغزى من هذا الفصل هو أن الإرادة ليست العنصر الرئيسي في إنشاء ولاية المحكم، وهذا ما جعل بعض الفقه يرى إمكانية نشوء التحكيم بدون صيغة أي بدون عقد، أو بمعنى آخر تحكيم قد يكون القانون مصدره الرئيسي، أو أن الرضى يكون فيه ضمناً وليس صريحاً، وذلك بخلاف التحكيم المتعارف عليه والذي يقوم أساساً على عقد التحكيم ، ونضيف أنه لئن كانت الإرادة هي المدخل الأصلي والأساسي لنظام التحكيم سواء كمصدر مباشر للتأهيل التحكيمي، باعتبار دورها الكاشف للتأهيل القانوني غير المباشر، أو كمعيار عام للتحكيم، باعتبار أن اتجاه إرادتهم إلى إعطاء صفة القاضي للغير المحكم هو الذي يميز التحكيم عن غيره من الوسائل غير التحكيمية وعن القضاء العمومي، فإن السند الاتفاقي الكاشف المتمثل في اتفاقية التحكيم شرطاً كان أو مشاركة وأياً كانت صيغتها ليس المدخل الوحيد للتحكيم ، وقد أثارت هذه الصيغة الجديدة في التحكيم والتي ابتدعها مركز التحكيم بواشنطن عدة مسائل وكثير من علامات الاستفهام ، وهذا ما سنقوم بتوضيحه .

المبحث الأول : الإرادة في التحكيم في ظل الرؤية الجديدة للمركز الدولي للاستثمار

يقصد بالتحكيم بدون سند اتفاقي ذلك النوع من التحكيم الذي يولد بدون عقد، أي يكون متحررا من الأداة التعاقدية المتمثلة في اتفاقية التحكيم أي من صياغة الإرادة في الشكل التعاقدية فالإرادة في نظر هذا الفقه ليست بالضرورة هي عماد تأهيل المحكم، والأصل في ولايته .

- المطلب الأول: التحكيم الإجباري و الاختياري

يعرف الفقه التحكيم الإجباري بكونه " التحكيم الذي يوجب القانون على وجه الاستثناء اللجوء إليه لحسم نزاع" أو صنف ما من المنازعات. ويضيف الأستاذ **موتلسكي** إلى هذا التعريف عنصر خضوع هذا التحكيم إلى نظام سابق الوضع، وعنصر محدودية التأهيل في المسائل التي فرض من أجلها اللجوء إلى التحكيم، بما يجعل من تأهيل عضوه تأهيلا موضوعيا على غرار تأهيل المحكم في التحكيم الاتفاقي وقد يقول البعض أن التحكيم حتى في مدلوله اللغوي يعني الاحتكام الطوعي إلى الغير المحكم والرضا مسبقا بقوله، والنزول عند حكمه، وبالتالي يكون الأصل في التحكيم أن يتم اختيارا ويصبح الجبر على التحكيم متعارضا مع روح التحكيم ومع حقيقة مفهومه.

- الفرع الأول : التحكيم الإجباري

يقول الأستاذ شارل جارسون بهذا الصدد عند تحليله للتحكيم الإجباري: " يظهر لنا أن الطابع الإرادي هو جوهر التحكيم ويؤدي إلى استبعاد كل تحكيم إجباري من مجال التحكيم" ، وهو يبرر هذا الإقصاء بالقول أن المنشأ الاتفاقي للتحكيم يرتب نتيجتين أساسيتين، هما:

- 1- اختيار المحتكمين اللجوء إلى التحكيم وتنازلهم عن قضاء الدولة.
- 2- أن المحتكمين هم الذين يختارون محكمهم إما مباشرة أو بصفة غير مباشرة بواسطة الغير مثل مؤسسة تحكيم أو رئيس المحكمة.

ويذهب بعض الفقه إلى إلحاق التحكيم الإلزامي بقضاء الدولة وإدراجه ضمن المحاكم الاستثنائية ، ومنهم من ألحقه بنظام التحكيم الذي عرفته دول أوروبا الشرقية التي كانت الدولة فيها تحتكر التجارة الدولية، حيث رأوا أن التحكيم في العلاقات التجارية الدولية ما هو إلا مظهر لذلك الاحتكار.

وعموما يرجعونه إلى كل نظام قضائي سابق الوضع ليس للأطراف الخروج عنه ويفتقر إلى أرضية اتفاقية بالنسبة للنزاعات التي وضع من أجلها، مثل نظام محكمة النزاعات الإيرانية الأمريكية⁴⁴. وهناك من الفقه من أضاف التحكيم الإلزامي الداخلي، والذي كان أيضا من خصائص نظام تحكيم الدول الاشتراكية، وكان يتمثل في ذلك التحكيم الذي كان يتم بين المصالح الحكومية والمؤسسات

⁴⁴ عبد الحميد الأحمد المرجع السابق، ص 703

العامة في النزاعات التي تحصل بينها عند تنفيذ المشاريع العامة، فكان أقرب لكونه قضاء خاصا، منه إلى التحكيم، فالخلاف يحال حتما، وبدون تراض، إلى محكمة تحكيمية " دائمة"، فيها محكمون دائمون وفيها محكمون يختارهم أطراف النزاع، فكان تحكما هجينا ولكنه كان دائما تحكما داخليا، وحتى الدول الأوروبية، التي أوجدت في حالات استثنائية تحكيمات إلزامية، اعتبرت أن اللجان التحكيمية هي هيئات قضائية وأن الموضوع داخلي بحت، وكانت أفضل تسمية لهذا التحكيم تلك التي أطلقها المشرع الكويتي وهي تسمية التحكيم القضائي لوزارة العدل.

أما في الدول العربية فقد عرفت الجزائر هذا النوع من التحكيم سنة 1971 عندما أخضع إلى المشرع الجزائري المنازعات بين الشركات الوطنية للتحكيم، ثم مد النطاق سنة 1975 كافة المؤسسات التي تملكها الدولة أو تملك أكثرية رأسمالها، واعتبرت خاضعة لهذا التحكيم النزاعات الخاصة بالحقوق المالية أو عقود التجهيز أو الأشغال أو الخدمات، على أن يكون النزاع بين المؤسسات الاشتراكية أو بين وحدات الإدارة الذاتية الزراعية أو الصناعية أو بين تعاونيات المجاهدين القدماء أو تعاونيات الثورة الزراعية أو الشركات المختلطة التي تكون الدولة مالكة للأغلبية، أو المؤسسات حين يكون لها التزامات لها علاقة بالمالية العامة سواء كانت شركات وطنية تجارية أو شركات مدنية⁴⁵

ولم يكن التشريع الكويتي سابقا لوضع هذه التسمية، وإنما سبقه إليها فقه القضاء الفرنسي القديم والذي أعلنته الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1938/03/15 عندما أعطت التحكيم الإجباري في فرنسا حكم القضاء العدلي ويقول الأستاذ موتلسكي إنه كان كذلك الموقف الذي تبناه عموم فقهاء القانون الدولي الخاص من أصحاب النظريتين العقدية والقضائية معتبرين أن التحكيم الإجباري الذي يجري وفق قانون أجنبي لا يجب اعتباره تحكما وفق التصور الفرنسي.⁴⁶

- الفرع الثاني : التحكيم الاختياري

لقد سبق الحديث عن مقاربة التحكيم وقضاء الدولة، ووصلنا إلى نتيجة مفادها أن الإرادة الفردية أصبحت مجرد معيار تعريف وتوصيف للتحكيم باعتبارها مصدر تأهيل التحكيمي المباشر من جهة، ووعاء السيادة التحكيمية من جهة أخرى. وقد ذكرنا سابقا أن القانون يعد المصدر غير المباشر للتأهيل التحكيمي والإطار الحقيقي للسيادة التحكيمية من خلال تكريسه للحق في التحكيم وحرية وضبطه للنظام الأفقي للقاضي والقضاء معا.

وهذه الحقيقة التي انعكست على مستوى التحكيم الإجباري بإقصاء الصيغة الشكلية للإرادة التحكيمية، قد أصبحت أكثر رسوخا في التحكيم الاختياري، سواء في وجود صيغة الرضا التحكيمي وبالتوافق مع إرادة الأطراف، أو في غياب تلك الصيغة أو بتجاوز إرادة أحد المحتكمين كما ظهر ذلك

⁴⁵ عبد الحميد الأحذب المرجع السابق، ص 705

⁴⁶ عبد الحميد الأحذب المرجع السابق، ص 709

في تحكيم سيردي ، ومنه تبرز أهم خصائص التحكيم الاختياري وفق المدرسة الفقهية الحديثة وهي كالاتي:

1- محدودية دور الإرادة كمصدر مباشر لتأهيل المحكم

لقد تكلمنا في بداية هذا البحث عن رؤية أصحاب المدرسة الذاتية الخالصة في التحكيم والتي تتمثل في أن التحكيم يعد في فكر فقهاء هذه المدرسة أنه الأداة التي تفرضها المقتضيات والضرورة البراغماتية للتجارة الدولية، باعتباره الأداة الأكثر ملائمة للعلاقات الاقتصادية الدولية، ما يجعله مفروضا على الإرادة التي يبقى دورها مساندا فقط نظرا لأنها تمكن من خرق السيادة الوطنية وتعويضها بحرية التحكيم المطلقة.

أما الذاتية الحضارية فتقول بأن لا تحكيم بلا استقلالية ولا استقلالية بدون استقلال عن العقد وعن القضاء معا لأن التحكيم غير العقد وغير القضاء مجتمعين أو منفصلين باعتباره مجرد تقنية للحياة عند الأستاذ أحمد حشيش، وتقنية لتطبيق القانون الطبيعي في مفهومه الحديث عند الأستاذ روني دافيد. أما في النظم الوضعية الحديثة فلم تستبعد دور الإرادة الأصلي والأساسي في إنشاء التأهيل التحكيمي، فإنها جعلتها لا تستقل بإنشاء التأهيل التحكيمي، وبالتالي لا تستقل بضبط ولاية المحكم. فقد غلبت المكون القضائي على المكون العقدي وغلبت القانون على الإرادة، بأن جعلته سابقا لها في إنشاء التحكيم كمؤسسة وفي الترخيص في اللجوء إليه كأداة للتنازع ، بل أنها أصبحت ترجع الولاية التحكيمية بكاملها إلى منشئ لا وطني فوق دولي طليق، يكرسه مبدأ الحق في تهدئة النزاعات بالحل الوفاقي ومبدأ الحق في التحكيم، الذي استحال إلى حرية من الحريات العامة "حرية التحكيم" التي تعد جزءا من الأصل العام ألا وهي الحق في اللجوء إلى القضاء التي تكرسها المواثيق الدولية ومنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.⁴⁷

وقد كتب الأستاذ برينو أوبتي في هذا الإطار وعند مقارنته بين قضاء الدولة والقضاء التحكيمي قائلا: " يجب تأمل العدالة كظاهرة كونية ، لكن بإدراجها ضمن التنظيم المؤسسي للمجتمع اكتسبت بحسب الدولة المعنية خصوصية نسبية واستقلالية متفاوتة إزاء الدولة، وهي خصوصية وظيفية بدرجة متفاوتة، وتلاؤما نسبيا مع وسائل أخرى لحل النزاعات مثل التحكيم".

وهذا ما دعاه إلى التأمل في مفهوم العدالة وتوزيعها بين القضاة، الذي انتهى به إلى تأكيد التقائهما على مستوى السلوك من خلال سلوكية مشتركة يجمعها مفهوم المحاكمة العادلة، وعلى المستوى المؤسسي الوظيفي حول تصور مشترك للعدالة الذي وحده يفسر الالتقاء بين القضاة، وعلاقة الثقة التي تعكسها المساعدة التي لم يبخل بها القاضي على المحكم في أي وقت، والروح التحريرية التي طبعت رقابة القاضي على القرار التحكيمي، أيا كان الاختلاف في تنظيم أو في سير القضاءين، كي يخلص في

⁴⁷ عبد الحميد الأحمد المرجع السابق، ص 711

النهاية إلى القول بأن ثنائية المشروعية مع وحدة السلوكية والغاية، تنوع الأدوات والوسائل مع الوحدة الوظيفية، التوازي مع الالتقاء، كذلك تبدو لنا حقيقة قضاء الدولة والقضاء التحكيمي".

لكن الالتقاء الذي ثبت رغم توازي القضاءين هو في آن واحد على حساب الإرادة القانون معاً، إرادة المحتكمين لها مجرد دور مباشر كاشف لإرادة القانون، لكن القانون ليس في مفهومه الوضعي الدولي الشكلي وإنما هو القانون في مفهومه العام الأفقي المشترك، والذي يحدد النظام الأفقي للقاضي وللعدالة، ويحويه مفهوم المحاكمة العادلة.

وهذا الاشتراك هو الذي يفسر في نظر فقهاء المدرسة الحديثة للتحكيم رغبة الأطراف في القضاءين الحصول على حكم يرون أنه كي يكون عادلاً، يجب أن يكون متحرراً من القانون ويتبرع إلى الأخذ بقواعد ومبادئ وقيم العدالة المثالية وبمقتضيات الإنصاف، أي متحرراً من القانون الوطني التحكيمي وناطقاً باسم القانون الأفقي الطبيعي.

ولقد عبر الأستاذ موتلسكي عن هذه الفكرة ولكن بشكل أوضح بقوله " من أن التحكيم ذو منشأ إرادي لكنه يمكن أن يكون خارج إرادة الأطراف، فهو ذو أساس عقلاني لأنه خيار تمليه الثقة التي تفسر في رأيه النفاذ التلقائي والطوعي للحكم التحكيمي ".⁴⁸

2- تجاوز دور الإرادة في نشأة تأهيل المحكم "التحكيم بدون صيغة"

يجد تصور العدالة التحكيمية المتحررة من صيغة شكلية اتفاقية لتبادل الرضا بالتحكيم مصداقه في ما أصبح يطلق عليه في مجال نزاعات الاستثمار الدولية بالتحكيم بدون اتفاقية تحكيم، أو بالأحرى بدون صيغة، وهو يتعلق أساساً بما آل إليه التحكيم وفقاً لمنظور مركز التحكيم بواشنطن "سيردي" الذي

تنظمه اتفاقية واشنطن لسنة 1965

المطلب الثاني : تطبيقات التحكيم وفق رؤية مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار

لقد أحدث مركز التحكيم بواشنطن ثورة حقيقية في التحكيم التجاري الدولي، وتكمن هذه الثورة في الفلسفة التي انطلق منها المركز عندما استحدث بدعة التحكيم بدون صيغة أو بدون عقد، فلم يسبق للتحكيم التجاري الدولي أن تعرض لمثل هذه الهزة، فجميع التطورات التي أدخلت على معادلة التحكيم كانت تتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم أو الانتقال من تحكيم الأفراد إلى تحكيم المؤسسات، لكن لم يحدث أن ثار جدل فقهي حول مسألة مكانة الإرادة ودورها في نشأة مؤسسة التحكيم، وذلك بغض النظر عن طبيعتها، حتى عندما ثار الجدل حول مسألة طبيعة التحكيم هل هي قضائية أم عقدية، تم التوصل إلى نتيجة مفادها أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، وحتى وإن احتدم الخلاف بين الفقهاء في هذه المسائل فقد ظلت مسائل فلسفية لم ير أثرها على أرض الواقع. لكن ما أحدثه مركز التحكيم بواشنطن هو أنه جسد فكرة قيام التحكيم دون عقد، ورغم الحجج التي ساقها المدافعون عن هذا الاتجاه، فإن أهمها تمثل في أنه

⁴⁸ عبد الحميد الأحذب المرجع السابق، ص 713

ينبغي النظر إلى الغاية التي من المفروض أن يتم الوصول إليها من اللجوء إلى التحكيم، ولا ينبغي الالتفات إلى الوسائل المستعملة للوصول إلى هذه الغاية، فقد اعتمدت المدرسة الفقهية التي تبنت هذا الرأي على خمسة عناصر متى ما توافرت فنكون حينئذ أمام عدالة تحكيمية، و كل ما عداها هو مجرد تفاصيل ثانوية يمكن الاستغناء عنها أو استبدالها أو تحريكها، والعناصر الخمسة تتمثل في:

- أن التحكيم أداة لحل خلاف حول مسألة قانونية .
- أن هذه الأداة موكولة إلى غير محايد.
- أن هذا الغير المحايد يعطي رأيا خاصا به يهدف إلى حل الخلاف حول المسألة الموكولة إليه.
- أن مبدأ المحايدة والغاية من الوظيفة التحكيمية يقتضيان أن يكون رأي المحكم ملزما لأطراف الخلاف.
- أن الإلزام الكفيل بإنهاء الخلاف وتحقيق مصلحة المحتكمين خصوصا في مجال التجارة الدولية حيث تغيب الولاية العمومية والنفاد السلطاني لقضاء الدولة، يقتضي استقلالية مزدوجة للتحكيم استقلالية عن إرادة الأطراف ولو كانت مصدر ولايته المباشر، واستقلالية عن سلطة القاضي مهما كان الاشتراك بينه وبين المحكم في الوظيفة ، فالتحكيم عند هؤلاء أداة عملية مسخرة لخدمة العدالة لا غير.

الفرع الأول: انعقاد الاختصاص للغير المحايد أو المحكم بناء على التأهيل المباشر

تشرط المادة 25 من اتفاقية واشنطن لانعقاد الاختصاص التحكيمي لمركز واشنطن للتحكيم وجود اتفاق خاص بالتحكيم يأخذ شكل شرط تحكيمي سابق أو اتفاق تحكيمي لاحق يوثق رضا الدولة المستثمر معا باللجوء إلى تحكيم المركز في نزاع معين ومحدد ، وتشرط المادة 25 أن تكون هذه الموافقة ضمن وثيقة مكتوبة ، و يعتبر هذا الشرط المذكور في المادة 25 من الاتفاقية المسلك الوحيد من أجل انعقاد الاختصاص التحكيمي لمركز واشنطن، ولا يوجد مسلك آخر الذي ذكر، لكن المحكمين داخل سيردي وجدوا صيغة جديدة من أجل التحايل على هذه المادة.

وتقوم هذه الصيغة على افتراض قبول الدولة المضيفة بتحكيم المركز من مجرد مصادقتها على اتفاقية واشنطن التي أنشأته، أو من إمضاءها اتفاقية ثنائية لحماية الاستثمار، أو حتى بموجب إصدارها نصا تشريعا يبيح للدولة اللجوء إلى تحكيم المركز، بل وذهب فقه القضاء التحكيمي⁴⁹ لمركز سيردي أكثر من ذلك حين اعتبر أن هذا القبول المفترض قد يقوم حتى بموجب اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف فمجرد وجود نص يشير إلى تحكيم المركز إما في تشريع وطني للاستثمار في الدولة المضيفة أو في اتفاقية الاستثمار، وذلك إذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى طلب التحكيم أمام المركز وذلك استنادا إلى أن التراضي غير معدوم في هذه الحالة، لأن الدولة في نظر هذا الفقه حين نصت في تشريعها الوطني أو في اتفاقية استثمار على إحالة نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب إلى تحكيم سيردي فإنها تكون قد أعطت موافقتها ورضاها مرة واحدة في قبول منح الولاية التحكيمية لمركز التحكيم

⁴⁹ فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، 2010، ص 231

بواشنطن، وبلجوء المستثمر الأجنبي إلى طلب التحكيم أمام المركز فيحصل عند ذلك التلاقي بين العرض والقبول، لأن المستثمر في دعواه يعلن قبول عرض الدولة المضيفة الوارد في تشريعها الوطني أو في اتفاقية الاستثمار فيكون التراضي قد تم ، وذلك استنادا إلى أن تقرير المديرين التنفيذيين يرى أن الاتفاقية لا تفرض أن يتم التراضي في عمل قانوني واحد لكي ينعقد الاختصاص للمركز بنظر النزاع حيث يمكن للدولة أن تعطي موافقتها إما في شكل نص قانوني يرد في تشريعاتها الداخلية أو في شكل اتفاقية دولية للاستثمار.

وحوصلة هذه العملية هو أن المديرين التنفيذيين للمركز استحدثوا بدعتين قانونيتين الأولى تتمثل في تفكيك الاتفاق الخاص وعدم الاشتراط أن يكون مدرجا ضمن وثيقة واحدة، أي أن يكون القبول في وثيقة و الإيجاب في وثيقة أخرى. والثانية تكمن في عدم اشتراط صيغة عقدية معينة للإيجاب والقبول. فقد يحصل قبول الدولة بالتحكيم في اتفاقية ثنائية لحماية الاستثمار، كما قد يحصل في اتفاقية متعددة الأطراف، كما قد يتم بمقتضى نص تشريعي داخلي.

ويذهب بعض الفقه إلى تفسير هذه الصيغة بنظرية القبول المفتوح، بمعنى أن الدولة التي تصادق على اتفاقية واشنطن أو تمضي اتفاقا ثنائيا لحماية الاستثمار أو تصدر قانونا يبيح لها اللجوء إلى التحكيم تكون قد أعطت قبولا مفتوحا وممتدا في الزمن بعرض ما ينشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي أيا كانت صفته، وأيا كانت طبيعة العقود الاستثمارية من نزاع على تحكيم المركز كلما طلب هذا الأخير عرض النزاع عليه ، أما الشق الثالث فوجد فيه إقصاء كلياً لرضى الدولة في تحكيم أحادي الجانب يمثل قضاء دوليا مكتمل الولاية، ورأي فيه شق رابع بأن هذا النوع من التحكيم ما هو إلا تحكيم ابتكره المستثمرون أنتج ما يسمى محاكم مختلطة عاد فيها قضاء الأغنياء يحاكم الدول الفقيرة المضيفة للاستثمارات

وجدير بالذكر أنه خلال العقدين الأوليين من حياة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كان تحكيما المركز ملتزما بالنص الحرفي للمادة 25 الفقرة الأولى من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، فلم يكن ينعقد الاختصاص التحكيمي للمركز إلا بموجب اتفاقية تحكيم شرطا كانت أو مشاركة ، ولم يخرج عن هذا النص قيد أنملة.⁵⁰

إلا أنه ابتداء من سنة 1984 عرف المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الحدث الأبرز في تاريخه، والمتمثل في انتزاع الولاية التحكيمية للمركز انطلاقا من نص قانوني يوجد ضمن تشريع استثمار وطني وقد كان ذلك في قضية هضبة الأهرام ففي هذه القضية تقدمت شركة بطلب للتحكيم أمام المركز الدولي لمنازعات الاستثمار ليتولى حل نزاعها مع الحكومة المصرية بغرض إلزامها بدفع التعويض نتيجة لقيامها بإلغاء مشروع هضبة الأهرام.

⁵⁰ فؤاد محمد طالب، المرجع السابق، ص 232

وقد استند طلب التحكيم إلى المادة الثامنة من قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974 والتي تنص على أنه:

تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971 في الأحوال التي تسري فيها.

وقد دفعت الحكومة المصرية بأن الفقرة المتعلقة باتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار غير كافية بذاتها، بمعنى أنه لا بد من وجود اتفاق مستقل مع المستثمر، حيث ترى أن القانون رقم 43 لسنة 1974 هو قانون غامض وغير صريح فيما يتعلق بقبول التحكيم بموجب اتفاقية المركز والهدف من المادة يعنى به التنويه إلى أن تحكيم المركز يعتبر واحدا من عدة طرق أخرى يمكن الاحتكام إليها بعد الاتفاق مع الحكومة المصرية.

وقد رفضت هيئة التحكيم فكرة أن المادة الثامنة لا تعني إلا مجرد التلميح إلى رغبة الحكومة المصرية المبدئية في التفاوض على اتفاق قبول، إذ لا يوجد في التشريع ما يلزم بوجود مظهر أو شكل إضافي للقبول بتحكيم المركز، وأعلنت أنه: "على أساس الاعتبارات السابقة، فإن الهيئة ترى أن المادة الثامنة من القانون رقم 43 تضع عددا من الإجراءات الملزمة لفض النزاع، وتمثل قبولا كتابيا صريحا بتحكيم المركز، وذلك حسبما ورد في اتفاقية واشنطن فيما يتعلق بتلك الحالات التي لم يتم الاتفاق فيها على طريقة محددة لتسوية النزاع أو التي لا يوجد بشأنها معاهدة ثنائية ملزمة".⁵¹

ونظرا لأن الطرفين المتنازعين لم يتفقا على وسيلة محددة لفض النزاع كما لم تبرم بينهما أية اتفاقيات ثنائية، فإن هيئة التحكيم ترى: "أن المادة الثامنة من القانون رقم 43 لسنة 1974 كافية لإثبات مشروعية الإحالة إلى المركز لتسوية النزاع، وقد عدت هذه القضية بمثابة الأرضية التي انطلق منها المركز من أجل توسيع ولايته التحكيمية، وابتداع نظام تحكيمي جديد لا يقوم على الاتفاق التحكيمي بالمعنى التقليدي.

ثم بعد ذلك أصبح المركز الدولي يستند في توسيع اختصاصه إلى اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي يتضمن معظمها شروطا لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين دولة عضو في الاتفاقية ومستثمر من رعايا الدولة الأخرى الطرف في الاتفاقية، وفي معظم هذه الاتفاقيات تتم الإشارة إلى واحد أو أكثر من أشكال التحكيم التي يديرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ومنها التحكيم بموجب اتفاقية المركز لعام 1965 والتحكيم بموجب قواعد التسهيلات الإضافية التابعة للمركز، حيث تعبر هذه الشروط عن قبول كلتا الدولتين الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

⁵¹ فؤاد محمد طالب، المرجع السابق، ص 233

ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة السابعة من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وقطر الفقرة الثانية من أنه: "إذا لم يتم تسوية هذا النزاع خلال مدة ستة (6) أشهر اعتباراً من تاريخ إثارته كتابة من قبل أي من طرفي النزاع، تتم إحالته بناء على طلب أي من الطرفين إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي أنشئ بمقتضى الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار الناشئة بين الدولة ومستثمري الدول الأخرى والموقعة في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965 م.

ومما لا شك فيه أن تلك الشبكة الهائلة من اتفاقيات الاستثمار الثنائية، وما ورد بها من قبول للتحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قد أدى إلى فتح الباب على مصراعيه للولاية التحكيمية للمركز، فقد غدا الأفراد والشركات يلجئون مباشرة للتحكيم ضد الدولة دون حاجة إلى اتفاق تحكيم مسبق أو في الحقيقة أية علاقة تعاقدية أخرى، حيث اعتبر أن مجرد الإشارة إلى تحكيم المركز في أية اتفاقية ثنائية فإن ذلك يعد كافياً من أجل منح الاختصاص للمركز في أي نزاع يطرح أمامه.

ولقد لوحظ أنه في السنوات الأخيرة من العقد الماضي، وبالتحديد منذ 1998 أن التحكيم المستند إلى الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف وقوانين الاستثمار الوطنية قد أصبح هو القاعدة والتحكيم المستند إلى اتفاقية التحكيم قد غدا هو الاستثناء، فقد أصبح المركز يسجل قضية في كل شهر وأكثر من ثلاثة أرباع هذه القضايا الجديدة قد تم رفعها من قبل المستثمرين بدون اتفاقية تحكيم بالمفهوم التقليدي المتعارف عليه وإنما استناداً إلى الشروط الواردة في اتفاقيات الاستثمار، فقد سجل المركز في سنة 2003 ثلاثة وستون (63) قضية منها 47 قضية منحت الاختصاص للمركز بمقتضى اتفاقيات الاستثمار.⁵²

ويعتبر الحكم الصادر في النزاع بين شركة المنتجات الزراعية المحدودة AAPL وجمهورية سريلانكا أول حكم يمنح الولاية التحكيمية استناداً إلى وجود نص في اتفاقية استثمار يحيل إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وخلاصة هذه القضية تكمن في أن شركة AAPL من هونغ كونغ والتي كانت مؤجرة لبريطانيا في ذلك الوقت تقدمت بطلب تحكيم إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 8 يوليو 1987 من أجل إلزام جمهورية سريلانكا بدفع تعويض عن الأضرار التي أصابتها من جراء الدمار الذي وقع للمنشآت الخاصة نتيجة للعمليات العسكرية التي قامت بها القوات السريلاكية ضد المتمردين.

وقد أسست شركة AAPL طلبها في اللجوء إلى تحكيم المركز على الاتفاقية الثنائية المبرمة

⁵² فؤاد محمد طالب، المرجع السابق، ص 235

بين المملكة المتحدة وسريلانكا سنة 1980 والتي نصت في المادة 8 الفقرة الأولى منها على أنه: "على كل دولة متعاقدة الموافقة على إحالة أي نزاع قانوني ينشأ بين أي طرف متعاقد ورعايا أو شركة تابعة لطرف المتعاقد الآخر بشأن استثمار الأخير في إقليم الطرف الأول إلى التحكيم وفقا لقواعد المركز".

وقد انتهت هيئة التحكيم إلى قبول اختصاصها بنظر النزاع، حيث اعتبر المحكمون أنفسهم مختصين على الرغم من عدم إبرام أي اتفاقية تحكيم بين المستثمر ودولة سريلانكا، وأسسوا حكمهم على اتفاقية الاستثمار الثنائية التي تضمنت موافقة الدولة العضو في الاتفاقية على الالتجاء إلى التحكيم وفقا لقواعد المركز الدولي، وهو ما يمثل إيجابا من قبل الدولة بالموافقة على تحكيم المركز التقى بقبول المستثمر الأجنبي عند تقديمه طلب التحكيم مما شكّل عنصر الرضا المطلوب لانعقاد الاختصاص لهيئات تحكيم المركز، وقد أثار هذا الوجه للولاية التحكيمية لمركز سيردي تزامنا في الاختصاص بين قضاء الدولة المعين بالشرط التحكيمي الخاص المدرج بعقد الاستثمار وقضاء المركز، تضارب فقه القضاء التحكيمي لمركز سيردي حول هذا التنازع بين مواقف ثلاثة:

الأول: يقر علوية وأفضلية ولايته التحكيمية على أساس معاهدات حماية الاستثمار على ولاية محاكم الدولة المضيفة للاستثمار على أساس عقد الاستثمار.

الثاني: يعطي الأفضلية للاختصاص المسند لقضاء الدولة على أساس عقد الاستثمار.

ثالثا: يميز بين الدعاوى المؤسّسة على اتفاقية دولية للاستثمار والتي تكون من اختصاص المركز والدعاوى المؤسّسة على الالتزامات التعاقدية أي على عقد الاستثمار والتي تعطى فيها الأولوية لقضاء الدولة المعين بالشرط التعاقدى الخاص.

لكن إذا كانت الولاية التحكيمية المستندة إلى العقد ولاية غير مباشرة إذ تفترض شرطا تحكيميا يعطي الاختصاص للمركز، فإن ولايته المستندة إلى التزامات الدولة القانونية الدولية المتعلقة بحماية معاقدها المستثمر أصبحت ولاية مباشرة دون سند تعاقدي.⁵³

وقد ظهر هذا التذبذب في فقه القضاء التحكيمي للمركز من خلال سلسلة سوابق تحكيم شهيرة:

الأولى:⁵⁴ سابقة فيفندي الفرنسية ضد دولة الأرجنتين في حق إحدى مقاطعاتها وهي مقاطعة "توكومان" الصادر فيها حكم تحكيمي بتاريخ 21 نوفمبر 2000، والتي كان موضوعها طلب إلزام هذه المقاطعة بأن تؤدي للشركة الفرنسية وفرعها بالأرجنتين بعدم اختصاص المركز لأنها لم تمض اتفاقية تحكيم خصوصية على معنى المادة 25 من اتفاقية واشنطن، لكن هيئة التحكيم ميزت بين النزاعات المستندة إلى الالتزامات القانونية الدولية والتي يعقد الاختصاص بها للمركز مباشرة "دون صيغة"، وبين النزاعات المستندة إلى التزامات عقدية المستمدة من عقد الاستثمار والتي لا يعقد الاختصاص بها إلا

⁵³ بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ص 172

⁵⁴ الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2009، ص 351

بموجب "صيغة" وقد أقرت تبعا لذلك اختصاصها على أساس إدخال دولة الأرجنتين بالتزاماتها الدولية المأخوذة من اتفاقية واشنطن ومن الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار الممضاة بينها وبين فرنسا سنة 1991 ، رغم تأكيدها في نفس قرارها بعدم تدخل دولة الأرجنتين في اتفاق الاستثمار الذي أعطى بنده الثامن الخيار للمستثمر بين اللجوء إلى قضاء دولة الأرجنتين أو إلى تحكيم المركز أو إلى تحكيم حر.

الثانية: ⁵⁵سابقة شركة ساليني الإيطالية ضد دولة المملكة المغربية والمتعلقة بمشروع إقامة الشركة الإيطالية طريقا سيار بالمغرب كان محل دعوى تحكيمية لدى مركز سيردي بطلب من المستثمر الإيطالي على أساس اتفاقية حماية الاستثمار والتي تعطيه خيار اللجوء إلى التحكيم بما في ذلك تحكيم المركز، في حين تمسكت دولة المغرب ببند عقد الاستثمار الذي أسند الاختصاص للقضاء المغربي، لكن هيئة التحكيم أصدرت حكمها بتاريخ 23 جويلية 2001 وأعطت الغلبة للاختصاص المباشر لمركز سيردي، معتبرة أن شرط إسناد الاختصاص للمحاكم الوطنية لا يحجب الاختصاص التحكيمي لمركز سيردي، مؤكدة في نفس الوقت الخيار المفتوح للمستثمر ولم تعتمد مبدأ الفصل بين الدعويين وبين الأساسين العقدي و الاتفاقية الدولي، ولا مبدأ الفصل بين الاختصاصين الذين كرسهما في سابقة فيفندي يونيفرسال لسنة 2000 السالفة الذكر.

الثالثة: سابقة « SGS » الشركة العامة للمراقبة الخفية الاسم ضد جمهورية باكستان ضد دولة الفلبين « SGS » الإسلامية الصادر فيها الحكم في 6 أوت 2003 ومثلها سابقة والتي صدر الحكم فيها بتاريخ 29 جانفي 2004 ، ففي هذين السابقتين عاد فقه القضاء التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى اجتهاده في سابقة فيفندي مستعيرا المبادئ التي كرسها بمناسبة تلك المنازعات والمتمثلة في:

- مبدأ ازدواجية الدعوى بين دعوى الاستثمار ودعوى اتفاقية حماية الاستثمار.
- مبدأ ازدواجية الاختصاص، أي اختصاص القضاء المحلي بنظر الأولى، واختصاص هيئات التحكيم للمركز بنظر الثانية.
- مبدأ الخيار في الاختصاص للمستثمر.

- مبدأ الفصل بين الأساسين العقدي والدولي الاتفاقي في إقامة مسؤولية الدولة وعدم التلازم بينهما والمسألة التي ينبغي ذكرها الآن هو أنه كان يمكن أن لا يثار كل هذا الصخب حول مدى انعقاد الاختصاص للمركز الدولي، رغم عدم وجود أي عقد أو اتفاقية تحكيم، لو توقفت المسألة عند حدود هذه الهيئة التحكيمية، وإنما الإشكال الأكبر عندما اعتبرت بقية المراكز التحكيمية في العالم بأن ما جاء به سيردي هو اجتهاد قضائي يعطيها الحق في إتباعه، وانطلاقا من ذلك أعطت غرفة التجارة الدولية

⁵⁵ الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 352

بباريس لنفسها الاختصاص للنظر في خلافات الاستثمار لمجرد أن اتفاقية حماية الاستثمار معقودة بين دولة مضيفة للاستثمار ودولة المستثمر، وبمجرد أن هذه الاتفاقية أشارت إلى أن الخلافات تحل بواسطة تحكيم غرفة التجارة الدولية، وفي غياب أي عقد تحكيمي يحيل إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، وقد استمرت هذه المراكز التحكيمية في الاعتماد على التحكيم بدون عقد رغم الاعتراضات التي بدأ الفقه يوجهها لهذا النوع من التحكيم.

- موقف القضاء من التحكيم بدون صيغة

بالنسبة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لم يكن بمقدور أي سلطة قضائية التدخل في أحكامه وذلك لأن الأحكام التي يصدرها المركز تتمتع بالحصانة المطلقة، وسبب هذه الحصانة، هو أنه حتى في الحالات التي يطلب فيها إبطال الحكم التحكيمي الصادر عن المركز وذلك وفقاً للمادة 52 من اتفاقية واشنطن، فإن ذلك يكون أمام لجنة يعينها رئيس البنك الدولي وفقاً للفقرة الثالثة من نفس المادة مما يعني أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال الاعتراض على الحكم التحكيمي أمام المحاكم الوطنية في الدول المتعاقدة الطرف في النزاع أو غيرها.

لكن هذه الحصانة التي تتمتع بها أحكام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار لا تنطبق على بقية المراكز التحكيمية، ومنها غرفة التجارة الدولية بباريس، والتي انتهجت نفس الطريق التي ابتدعه المركز، وهو أنها أعطت الاختصاص لنفسها دون وجود أية علاقة تعاقدية بين طرفي النزاع.

لكن القضاء الفرنسي تصدى لتحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، وقد كان ذلك بمقتضى

الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس في 1999/06/01

وتفصيل ذلك أن الشركة اللبنانية المسماة "شركة خياط" أبرمت سنة 1985 عقداً للتمثيل التجاري الحصري مع شركة طيران دولة رومانيا "تاروم" ووفقاً للعقد فإن الخلافات تحال إلى تحكيم غرفة التجارة والصناعة ببوخارست، وبنتيجة فسخ العقد من قبل شركة "تاروم" سنة 1995 تقدمت شركة خياط بدعوى تحكيمية ولكنها لم ترفعها أمام غرفة التجارة والصناعة ببوخارست، وذلك بالنظر للتغييرات السياسية والاقتصادية التي عرفتها دولة رومانيا، واعتبرت أن غرفة التجارة الدولية بباريس بمثابة الهيئة التحكيمية البديلة مستنداً في ذلك على المادة العاشرة من الاتفاقية الدولية للتجارة والمدفوعات المبرمة بيد الدولة اللبنانية ودولة رومانيا وتشير المادة العاشرة إلى أن الخلافات التي يمكن أن تطرأ والناجمة عن تفسير أو تنفيذ العقود، فإنها تحسم عن طريق تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس وفقاً للقانون الفرنسي.⁵⁶

أما شركة "تاروم" فقد ردت بأن البند التحكيمي الوارد في عقد الاستثمار يقر عدم أهلية غرفة التجارة الدولية بباريس للفصل في مثل النزاعات التي من الممكن أن تنشأ بين الشركتين، ومع وجود بند

⁵⁶ الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 353

ضمن عقد الاستثمار لا يحيل النزاعات إلى غرفة التجارة الدولية إلا أن المحكم المعين اعتبر نفسه مختصاً وأصدر حكماً بتاريخ 1997/05/29 متكئاً على الأسباب التالية في إصداره لهذا الحكم:

1- أن البند التحكيمي الوارد في العقد أصبح كأنه لم يكن من جراء التعديلات الجوهرية الطارئة عليه وعلى المؤسسة التحكيمية الرومانية المذكورة فيه.

2- يجب استبدال هذا البند التحكيمي بالأحكام الواردة في القانون العام وذلك بناء على الاستحالة المادية المذكورة آنفاً، وذلك اللجوء إلى المواد التجارية التي تحكم العلاقات القضائية بين الدولتين، وبالتالي العودة إلى اتفاقية التجارة والمدفوعات المبرمة بين الدولتين في 1980/12/06

3- يجب اعتبار العقد المبرم بين الطرفين مبرماً على أساس هذه الاتفاقية التجارية حتى ولو لم يشر في مضمونه إلى هذه الاتفاقية.

4- باختيار الطرفين اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ يكون الطرفان قد عبرا عن إرادتهما التي ليس فيها التباس بترع اختصاص المحكمة القضائية.

5- باعتبار البند التحكيمي قد أصبح كأنه لم يكن، ينبغي العودة إلى إرادتي الطرفين الأكيدة وهي تطبيق المادة 10 من الاتفاقية المبرمة بين الدولتين كتدبير متمع والتي تحيل إلى غرفة التجارة الدولية بباريس.

لم تقتنع شركة "تاروم" بالأسباب التي بنت عليها الهيئة التحكيمية حكمها وبالتالي لجأت إلى محكمة استئناف باريس بغية إبطال هذا الحكم التحكيمي.

و بتاريخ 1999/06/01 أصدرت محكمة استئناف باريس حكمها الذي أبطلت فيه الحكم التحكيمي لغرفة التجارة الدولية بباريس مشيرة إلى أن:

"التحكيم الدولي الذي يجري في فرنسا أو خارجها، له أساس تعاقدية بالضرورة ، ومن هذا المنطلق فإن الإرادة المشتركة للطرفين هي وحدها حصراً التي تمنح المحكم سلطة قضائية" ، و يضيف الحكم ووفقاً للمبادئ الأساسية للتحكيم الدولي، فإن العقد التحكيمي هو الذي يجيز تنصيب المحكم ، وبذلك فقد أعاد هذا الحكم التحكيمي في نظر كثير من الفقهاء التحكيم التجاري الدولي إلى السكة التي حاد عنها والتي يعد الأساس التعاقدية واتفاقية التحكيم الأصل في أي تحكيم دولي.⁵⁷

الفرع الثاني: انعقاد الاختصاص للغير المحايد أو المحكم بناءاً على التأهيل غير المباشر

لم يكتفي مركز واشنطن بالتمدد أفقياً باستحداثه التحكيم بدون صيغة، بل أصبح يتمدد عمودياً، وأصبح يعقد الاختصاص لنفسه ليشمل نزاعات لم تكن داخلة في مناط ولاية المركز الذي رسمته له اتفاقية واشنطن ، فقد فرض تطور مفهوم التجارة الدولية مد اختصاصه ليشمل تلك النزاعات ، وحصل هذا الامتداد من خلال التوسع في تقدير مفهوم الاستثمار من جهة وفي مفهوم الطرف في الاستثمار من جهة أخرى .

⁵⁷ عبد الحميد الأحذب ، مرجع سابق ، ص 715

فأما في شأن توسيع مفهوم الاستثمار، فإن اتفاقية واشنطن التي لم تعرف هذا المصطلح تركت الباب مفتوحاً للاتفاقيات الثنائية أو الإقليمية ثم لفقهاء القضاء التحكيمي للمركز قصد ملائمة تطبيقات هذا المفهوم مع تطور مقتضيات التجارة الدولية، فلم تقف تطبيقاته عند أعمال الاستثمار المالي، أو عند المعاملات التجارية الدولية العادية، وإنما امتدت إلى كل أصناف المشاريع الاقتصادية بما فيها الصفقات وحتى اللزمات العمومية التي كانت إلى تاريخ قريب تعتبر خارجة عن إطار مدلول التجارة الدولية وراجعة بالاختصاص الإقصائي لقضاء الدولة الذي هو القضاء الإداري في النظم الآخذة بازديادية القضاء، وهكذا أصبح الاختصاص التحكيمي للمركز يشمل كل العلاقات القانونية والاقتصادية بين الدولة والمستثمر الأجنبي، بغض النظر عن صيغة أو إطار إنجازها.⁵⁸

المبحث الثاني: العلاقة بين قضاء التحكيم والقضاء العمومي على ضوء التدخل القضائي

كان التحكيم في ظل النظم التقليدية التحكيمية يخضع إلى رقابة مشددة للدولة عبر قضائها تشمل كافة مراحله من تكوين هيئة التحكيم، إلى انعقاد الولاية التحكيمية عبر الرقابة على صحة تأهيل المحكم ومدى تحكيمية العلاقة التنازعية المنصبة على سندها المباشر وهو اتفاقية التحكيم ، وإزاء هذا التحول في تصور التحكيم، كان من البديهي أن تتغير وظيفة التدخل القضائي في مجال التحكيم، وأن تحد بحدود وبنسبية سيطرة الدولة وسيادتها في مجال أداء الوظيفة القضائية ، لكن إذا كنا نقول أن التحكيم أصبحت له الولاية الكاملة وبالتالي فهو قضاء يتمتع بالاستقلالية، فما هي حدود العلاقة إذا ما بين القضاء التحكيمي والقضاء الرسمي.

- المطلب الأول: دور القضاء الوطني المساعد للمحكمة و مدى الولاية للتحكيم

هو تدخل مساعد للهيئة التحكيمية لأنه يندرج ضمن منط ولايتها القضائية على النزاع التحكيمي لكن في جانبه الاستعجالي والوقتي، أي في إطار الولاية القضائية المتصلة باتخاذ الإجراءات والوسائل التحفظية والوقائية ، ويثبت من خلال استقراء الواقع القانوني الفقهي والتشريعي القضائي العملي.

- الفرع الأول : دور القضاء الوطني المساعد للمحكمة

إن موقف المشرع الجزائري بحيث أنه عد التشريع الجزائري في هذا الشأن من أكثر التشريعات الوطنية تحررا، حيث أنه لم يتدخل في منح هذا الاختصاص لأي من الطرفين، لا للقضاء التحكيمي ولا للقضاء الرسمي، بل كان تدخله عرضيا غير إقصائيا فقد تدخل في حالة سكوت اتفاقية التحكيم عن تحديد من يحق له اتخاذ الوسائل الوقائية والتحفظية، ولو أن تدخله كان لصالح محكمة التحكيم على حساب القضاء الوطني، فقد نصت المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " أنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك"، ويفهم من نص المادة أن اتخاذ الوسائل الوقائية والتحفظية ليس اختصاصا حصريا لمحكمة التحكيم، وإنما يحق لأطراف اتفاقية التحكيم أن يمنحوا هذا الاختصاص للقضاء العمومي إن رغبوا في ذلك، فالمشرع الجزائري حذا حذو التشريعات الوطنية المتأثرة بالقانون النموذجي، بل ذهب أكثر من ذلك حيث أنه منح الحق للمحكمة التحكيمية في مخاطبة القضاء الوطني إذا لم يمثل الطرف المعني ورفض الاستجابة لطلب المحكمة التحكيمية ، رغم أنه من المفروض أن يكون الاستنجد بالقضاء الوطني حصرا على الطرف المتضرر وليس من مهام المحكمة التحكيمية فقد نصت الفقرة الثانية المادة 1046⁵⁹ السالفة الذكر على أنه "إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي" ويجمع

⁵⁹ قانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 23 فبراير سنة 2008 ، الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 23

الفقه الحديث على أن مبدأ الاشتراك في الاختصاص باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية بين القضاة يتضمن عناصر ثلاثة وتتمثل في:

- إقرار اختصاص قضاء الدولة باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية رغم وجود اتفاقية تحكيم على أساس ماله من ولاية عمومية وسلطان سيادي.

- إن إقرار اختصاص قضاء الدولة بتلك الوسائل لا يعني التنازل عن اتفاقية التحكيم في شأن الاختصاص التحكيمي بأصل النزاع.

- إن إقرار اختصاص قضاء الدولة على ذلك الأساس لا يعني إقصاء اختصاص القضاء التحكيمي باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية.

ولم تحسم مسألة سكوت التشريع واتفاقية التحكيم فلمن تكون سلطة اتخاذ هذه الإجراءات هل تكون للقضاء العمومي بحكم أنه صاحب الاختصاص الأصيل، أم تكون الولاية للمحكمة التحكيمية بحكم أنها من ينظر في أصل النزاع وهي أعلم به من غيرها، وأيضاً بحكم أن القضاء التحكيمي قد غدا قضاء كاملاً وله ولاية مساوية للقضاء العمومي .

وهنا للأستاذة **حفيظة حداد** رأي في هذه المسألة هو مبدأ الاختصاص المشترك السالف بسطه هو مبدأ تقريره، أي يكتفي بتقرير الوضع الغالب في القوانين الوضعية، دون أن يعطي تفسيراً لأساس ذلك الاشتراك، أو لحدوده، وأن فيه مبالغة في دور الإرادة التحكيمية، وتنقول الأستاذة في هذا الصدد "يبدو لنا أن الأساس الحقيقي لاختصاص محاكم الدولة بطائفة من الإجراءات الوقتية والتحفظية على نحو قاصر عليها، مع الاعتراف لقضاء التحكيم بإمكانية اتخاذ طائفة أخرى من هذه الإجراءات، مبعثه فكرة الفاعلية والنفذ التي يتعين أن تتحقق للتحكيم وما يصدر عنه من قضاء".

وإن محدودية الإرادة التحكيمية كأداة لتوزيع الاختصاص في شأن الإجراءات الوقتية والتحفظية يرجع إلى عاملين متكاملين وهما محدودية الولاية التي تنشأ عن تلك الإرادة، وخروج بعض المسائل عن الولاية التحكيمية.⁶⁰

الفرع الثاني : قصور الولاية التحكيمية و الخروج عن مناهج التحكيمية

أولاً- قصور الولاية التحكيمية

إن الأساس الحقيقي والثابت لتوزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم عامة وفي المسائل المستعجلة خاصة ذو طابع تقديري ، بمعنى أنه يتمثل في مدى أهلية وفاعلية كل منهما في اتخاذ الإجراءات المعني وإنفاذه من ذاته وبوسائله الخاصة.

ويترتب عن قيام هذا الأساس على مستوى توزيع الاختصاص النتائج التالية:

⁶⁰ حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية ، المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، ص رقم 46

- انعقاد الاختصاص بصورة مبدئية لقضاء الدولة بنظر كل المسائل الوقتية والتحفظية مادامت محكمة التحكيم لم تشكل بعد ، ففي هذه الحالة هناك فراغ هيكلي يفرض مبدأ استمرارية القضاء وحالة الاستعجال سد هذا الفراغ من قبل قضاء الدولة، حتى في ظل وجود اتفاقية تحكيم صحيحة وناقذة، وفي شأن موضوع قابل للتحكيم.

- عموما انعقاد الاختصاص لقضاء الدولة كلما كان الإجراء أو الوسيلة الوقتية يتطلب ممارسة الجبر القانوني والنفاد المباشر الذي يفترق إليه المحكم أصلا أو يكون موقوفا على إرادة غير المحكّمين التي هي منشأ ولاية المحكم المباشر، وقد أعطى المشرع الجزائري الحق والسلطة لهيئة التحكيم نفسها في طلب المساعدة من محكمة مختصة إما لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية (المادة 1046 الفقرة الثانية)

ثانيا- الخروج عن مناط التحكيمية

الإجراءات التنفيذية يعد التنفيذ الجبري من عناصر الوظيفة القضائية، وأن هذا العنصر يتجسد من خلال قضاء التنفيذ، الذي ينظر من ضمن ما ينظر إشكالات التنفيذ الوقتية.

ويتميز قاضي التنفيذ بخصوصية مميزة تتجاوز ولاية الحكم في النزاعات أي ولاية الشرعية التي ترمي إلى تحقيق اليقين الموضوعي، إلى ولاية التنفيذ كعمل مرفقي عمومي يكون فيه القاضي العمومي أقرب إلى مأمور التنفيذ منه إلى القاضي بالمفهوم الفني القانوني للمصطلحين، وتكون ولايته في مجال التنفيذ ولاية مشروعية للتنفيذ ذاته، ترمي إلى تحقيق اليقين التنفيذي.

وولاية التنفيذ ليست عنصرا من عناصر الولاية التحكيمية، حتى وإن صرحت إرادة الأطراف بإدراج التنفيذ ضمن المهمة التحكيمية، لأن التنفيذ بطبيعته وفي عمومه خارج عن مناط الولاية التحكيمية لاتصاله بسيادة الدولة، وبالنظام العام الدولي للدولة، بل إن انعقاد الاختصاص به لقانون وقضاء الدولة أي اجتماع الاختصاص القانوني والقضائي الدولي للدولة محل التنفيذ هو الآن من القواعد المادية العابرة للقانون الدولي الإجرائي⁶¹

ويكاد الفقه يجمع على أن كل المسائل التي تكون محفوفة بالاستعجال والتأكد تتصل بالنظام العام، باعتبار عنصر الاستعجال هو القاسم المشترك بين كل أنواع القضاء الاستعجالي، فكل الإجراءات الوقتية والتحفظية التي يكون اتخاذها ضروريا لمواجهة حالة الاستعجال تكون متصلة بالنظام العام على نحو يؤدي إلى جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية بوصفه من الضوابط الاستثنائية، حتى وإن لم تتوفر ضوابط أخرى لانعقاد هذا الاختصاص، ورغما عن كل ضابط آخر يسند الاختصاص لجهة أخرى غير قضاء الدولة كضابط الإرادة التحكيمية التي يمكن أن يسنده للمحكم.⁶²

⁶¹ عبد الحميد الأحمد المرجع السابق، ص 714

⁶² حفظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية ، المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق ، ص رقم 47

وينعكس هذا القصور للإرادة العقدية التحكيمية حتى في نظام الاستعجال التحكيمي في النظم التي تحاول إقصاء اختصاص قضاء الدولة تعزيزاً لحرية التحكيم وللاستقلاليته، سواء كانت وطنية أو دولية، ولعل نظام القانون الموحد للتحكيم ونظام غرفة التجارة الدولية، أصدق مثال على ذلك، حيث فرض تعايش وتعاون القضاة في هذا التوزيع استجابة لمقتضيات الفاعلية والجدوى.

لكن تبقى ملاحظة ينبغي ذكرها وهي أن التدخل القضائي في التحكيم أياً كانت طبيعته أو غايته يخضع إلى مبدأ التوطين الجغرافي، أي توطين الإجراء أو العمل التحكيمي الموجب للتدخل على إقليم الدولة، كأن يكون الطرف أو المال المعني بالتدخل موجوداً على ترابها، أو أن يتم تنفيذ الإجراء الوقفي أو التحفظي عليه.⁶³

وخلاصة القول هنا هو أن التدخل القضائي السابق لصدور الحكم التحكيمي، يعد تدخل عارض وغير مباشر، وأن غايته ليست رقابية بل هي مساعدة إما للأطراف في مرحلة تكوين المحكمة التحكيمية، عملاً بالطابع الاتفاقي لتكوين هيئة التحكيم، أو مساعدة لمحكمة التحكيم عند مباشرتها لوظيفتها بطلب من الأطراف أو بسعي منها، وأن هذا التدخل فرضته الضرورة حماية للتحكيم وتيسيراً لعمل المحكم، ولا يقوم على منطق الوصاية أو الرقابة.

- المطلب الثاني : رقابة النفاذ أو حصانة الرأي التحكيمي

إذا كانت الرقابة قضائية كانت أم إدارية في المرحلة السابقة لاكتساب أي سند صفة السند التنفيذي يهدف إلى ضمان الشرعية القانونية، فإن تدخل القضاء الوطني في مرحلة اكتساب الحكم التحكيمي صفة السند التنفيذي وصيرورته قابلاً للتنفيذ الجبري يهدف إلى ضمان مشروعية عملية التنفيذ نفسها، أي تحقيق ما يصطلح عليه فقهاء المرافعات "باليقين التنفيذي".⁶⁴

إن مسألة حجية السند التحكيمي أنه سند قضائي كامل تجتمع لديه ثلاثية القوة الاحتجاجية والقوة الإلزامية والقوة التنفيذية، كغيره من الأحكام وأن اكتسابه لصفة السند التنفيذي مسألة حيادية إزاء تلك القوى مجتمعة. فهي تتعلق بالتنفيذي الذي هو عمل مرفقي مستقل عن وظيفة الحكم، ويستند إلى ولاية خاصة وهي ولاية التنفيذ، التي يستقل بها القاضي الوطني باعتباره عضواً عمومياً ويفتقر لها المحكم باعتباره عضواً من الخواص، يكتسب صفة المأمور العمومي الوقفية والمحصورة في النهوض بالوظيفة التحكيمية أي وظيفة الحكم دون التنفيذ.

والرقابة في مرحلة التنفيذ بخلاف رقابة المشروعية على الحكم التحكيمي، تكون أخف وأكثر حيادية وأضعف أثراً على التحكيم، فهي ليست شكلية بل هي رقابة مقبولة ظاهرية، انحسرت فيها

⁶³ حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقفية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية، المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص 48

⁶⁴ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2014

أسباب وضوابط التدخل الخارجي في معيار موحد هو معيار النظام العام بمدلول ضيق وحيايدي تجاه الرأي التحكيمي الذي يصدره المحكم، في حين انحصر محلها في الحل التحكيمي.

- الفرع الاول : ضوابط الرقابة التنفيذية على التحكيم

يمكن اختزال ضوابط تدخل القضاء أو الجهة الرسمية القائمة مقامه في مجال التحكيم في ثلاثة محاور أساسية هي :

-أ- غاية التدخل الخارجي في التحكيم في مرحلة التنفيذ.

-ب- محل ذلك التدخل، أي الموضوع الذي يتسلط عليه.

-أ- : غاية الرقابة عند التنفيذ: المقبولية

لقد اجتمع الرأي عند الفقه مع الموقف العملي عند فقه القضاء في النظم الحديثة على أن الغاية من إقرار الرقابة على السندات التحكيمية لا تتعلق بضمان المشروعية القانونية للعمل التحكيمي، إذ يستفرضها المحكم في ماله من حق الاجتهاد في تقرير الحل المناسب للنزاع. بمعنى أن النظام القانوني للرقابة في مستوى الحل لا يهدف إلى تقييم مدى حسن أو سوء تقدير أو حتى تكييف المحكم للوقائع موضوع النزاع، وهي المقدمة الصغرى، ولا مدى حسن تأويل أو تطبيق القانون وهو المقدمة الكبرى والذين هما عنصران الجدلية القضائية التقليدية عند كل قاض، ومعيار العمل القضائي. وإنما يرمي التدخل الخارجي فقط إلى التثبيت من مدى توفر شروط استقبال الحكم التحكيمي في دولة أو دول تنفيذه، حتى يتمتع بالنفذ الجبري عن طريق القوة العمومية، أي أن الغاية هي المقبولية كوصف يكتسبه الحكم التحكيمي من ذاته ولا يضاف إليه من جهة خارجية بمناسبة التنفيذ.⁶⁵

فإكساء السند التنفيذي بالصيغة التنفيذية في التحكيم الداخلي أو الإذن بالتنفيذ في التحكيم الدولي لا يعد من مكونات السند ولا يتوقف عليه اكتسابه طبيعته القضائية.

فالمقبولية شرط عام في التنفيذ الجبري لكل السندات مهما كانت طبيعتها ، وهي واجبة في السندات الوطنية كما في السندات الأجنبية، وفي السندات العامة قضائية كانت أم إدارية، وفي السندات الخاصة إرادية كانت كالسندات العرفية والحجج الرسمية، أم قضائية كالأحكام التحكيمية.

فلا بد في كل هذه السندات من أن تتولى جهة رسمية عمومية التثبيت من حقيقتها المادية الظاهرية أي من صيغتها ومن مضمونها الإلزامي لقبولها كسند تنفيذي قائم بذاته مؤهل للنفذ الجبري المباشر دون حاجة لمراجعته أو تأكيد مضمونه من قبل غير ذي ولاية في دولة التنفيذ.

و يرى فقهاء المدرسة الحديثة في التحكيم أثناء مقاربتهم بين الأحكام التحكيمية والقضائية فيرون أن رقابة المقبولية على الحكم التحكيمي ليست حكرا على هذا النوع من السندات وإنما هي رقابة عامة على كل السندات الأجنبية والسندات غير القضائية الوطنية، كلما اتجهت نحو التنفيذ الجبري، فهذه

⁶⁵ حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية ، المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق ، ص رقم 49

الرقابة لا تنتقص من ذاتية السند التحكيمي، بل إن هذا الأخير يعد في نظرهم متفوقا على السند القضائي وذلك لأن صدوره يكون إما نهائيا في أغلب الأحوال، وقد يصدر باتا في حالة التفويض بالصلح، أو لدى بعض النظم التحكيمية التي أعطت للمحتكمين الحق في التنازل عن الطعن بالبطلان، كما هو الحال بالنسبة للقانون البلجيكي (الفصل 1717 الفقرة الرابعة).

- الفرع الثاني : محل التدخل التنفيذي

يرجع الفضل في ضبط المدلول الحقيقي للحل التحكيمي إلى فقه القضاء تماما مثل ما يرجع إليه الفضل وضع نظرية المقبولية ورسم حدودها وضبط شروط تطبيقها ، وباستقراء فقه القضاء المقارن يتبين أن هناك اتجاهين في تعريف مدلول الحل، الأول موسع يجريه على كامل عناصر الحكم التحكيمي أما الثاني وهو الذي تم اعتماده، مضيق ويحصره في منطوق الحكم.

فيفترض أن يقوم مدلول الحل التحكيمي موضوع رقابة المقبولية على تصور شكلي إجرائي فيرجع في شأنه إلى وثيقة القرار التحكيمي ليأخذ منها نص الحكم التحكيمي المتضمن للحل المنطوق به في النزاع من خلال قراءة ظاهرية له ، فيكون الحل في هذا المنظور هو نص الحكم ذاته.⁶⁶

وتبنى هذا المفهوم بالخصوص فقه القضاء الأمريكي الذي أقر مبدأ الرقابة الدنيا وأوغل في الشكلية والتضييق حتى كاد يفرغ الرقابة من كل مضمون وأثر عملي ، وقد عبر عنه أصدق تعبير قرار ميتسوبيشي الصادر عن المحكمة العليا الأمريكية بتاريخ 02/07/1985 في خصوص خرق قانون المنافسة عندما قضى بأن اتفاقية نيويورك أعطت في بندها الخامس الفقرة الثانية، لكل دولة حق رفض الإذن بتنفيذ القرار التحكيمي إذا كان الاعتراف بالقرار مخالفا للنظام العام لتلك الدولة، لكن فاعلية إجراءات التحكيم تستوجب أن تكون الرقابة عند التنفيذ رقابة دنيا ، وإن بحثا معمقا في الأصل ليس ضروريا لتبين أن المحكمة التحكيمية كانت على علم بالطلبات المتعلقة بالمنافسة وبتت فيها فعلا فالمحكمة العليا الأمريكية تكرر هذا الاجتهاد بمبدأين أساسيين في الرقابة على الحل التحكيمي، هما الرقابة الدنيا، ومبدأ الرقابة الشكلية

ومجمل القول هو أن فقه القضاء الفرنسي يرى أن الرقابة المقبولية تقوم على غاية حصرية وهي مدى الملائمة بين الحل الذي يعطيه الحكم التحكيمي في الأصل والنظام العام الدولي للدولة، حتى يتمتع ذلك الحل بمساندة السلطة العامة على ما تراها من خلال تحريك القوة العامة عند الاقتضاء.

أما موقف المشرع الجزائري من مسألة إكساء القرارات التحكيمية الصيغة التنفيذية أو منحها الإذن بالتنفيذ، فسوف نتعرض إليه بشيء من التفصيل :

⁶⁶ حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق ، ص رقم 51

الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية في التشريع الجزائري بعد صدور الحكم التحكيمي مرتبا آثاره فرض القانون بعض الإجراءات والشكليات لتنفيذه، حيث ينفذ إراديا طبقا لاتفاق التحكيم، لكن قد تعترض عملية التنفيذ بعض الصعوبات تجعل كل ذي مصلحة يستنجد بالقضاء الوطني المطلوب تنفيذه في إقليمه ، وهنا نكون أمام التنفيذ الجبري بدل التنفيذ الطوعي، مما ينبغي إتباع شكليات أخرى أمام هذا القضاء لتحسين الحكم التحكيمي.

وعليه سوف نتطرق إلى التنفيذ الإرادي أولا، ثم التنفيذ الجبري ثانيا وهذا وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية.

1- التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية :

الأصل أن تنفذ الأطراف الحكم التحكيمي عن طوعية، ووفقا لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف، والملاحظة التي يمكن إبدائها في هذه المسألة أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتطرق إلى هذه المسألة، وذلك بخلاف ما كان عليه الأمر في المرسوم التشريعي رقم 09/93 والذي تضمنه قانون الإجراءات المدنية القديم حيث وضع المشرع نصا فيه يتحدث عن التنفيذ الطوعي، فقد نصت المادة 458 مكرر 16 الفقرة الثالثة على " يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 17 الفقرة الثانية وذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي " ، والسبب هو عدم جدوى التطرق إليها، لأنه وبكل بساطة يفترض أن لجوء أحد الأطراف إلى القضاء الوطني مطالبا بالتنفيذ فذلك يعني فيما يعني أن الطرف الآخر قد رفض التنفيذ طوعيا، ولذلك تم اللجوء إلى المطالبة بالتنفيذ الجبري، ولهذا لم يجد المشرع الجزائري سببا يجعله يتطرق لمسألة التنفيذ الطوعي.

2- التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي:

بعد انضمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك سنة 1958 ، تكون قد قبلت بالاعتراف بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، حيث تنفذها جبرا في غياب التنفيذ الطوعي، موضحة الاتفاقية الفرق بين الاعتراف بالحكم وتنفيذه، إذ الاعتراف هو وسيلة دفاعية يتم اتخاذها من طرف المحكوم له أمام الجهات القضائية من أجل إثارة مسألة حجية الشيء المقضي فيه للقرار الذي يحوزه، ولإثبات ذلك يقدم القرار التحكيمي ويطلب الاعتراف بصحته وبطابعه الإلزامي بالنسبة للمسائل التي فصل فيها، أما التنفيذ فلا يقتصر في الاعتراف فقط بل يمتد إلى طلب الجهات المخول لها ذلك وهنا يكون التنفيذ نتيجة للاعتراف ولو أن كثيرا من التشريعات تستعمل المصطلحين معا ، وبصدد التنفيذ الجبري أكدت المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الثانية الشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي حتى يأمر القاضي بتنفيذه، وأضافت نفس الفقرة الكيفية التي يتم بها إخطار قاضي التنفيذ.⁶⁷

⁶⁷ حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق ، ص رقم 52

-1- كيفية إخطار قاضي التنفيذ:

إن تحديد الجهة القضائية التي تنظر في مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي جبرا تختلف حسب ما إذا كان الحكم التحكيمي صادرا في الجزائر أم في الخارج، وقد تعرضت المادة 2/1051 السالفة الذكر إلى الجهة القضائية المختصة بذلك بقولها " وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط وبأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".⁶⁸

وعليه نستنتج حالتين:

- إذا صدر حكم التحكيم في الجزائر: إذا كان مقر التحكيم في الجزائر فإن طلب توجيه طلب التنفيذ عن طريق القضاء المعني بتعجيل التنفيذ يكون أمام رئيس المحكمة التي يمتد اختصاصها إلى المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي.

- إذا صدر حكم التحكيم خارج الجزائر: إذا كان مقر التحكيم خارج تراب الجمهورية، فإن اختصاص الأمر بالتنفيذ الجبري، يرجع لرئيس محكمة الجهة التي يطلب فيها التنفيذ.

-ب- الشروط الواجب توافرها من أجل الاعتراف والتنفيذ: حتى يعتبر الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر أو خارجها قابلا للتنفيذ في الجزائر أخضعه المشرع الجزائري لنفس الشروط مع اختلاف الجهة القضائية المختصة حسب الحالة وعليه نصت المادة 1051 الفقرة الأولى على " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

لقد قرر نص المادة شرط أولي وهو الوجود المادي للحكم التحكيمي، وعلى الطرف الراغب بالتنفيذ أن يثبت هذا الوجود، وكيفية هذا الإثبات قررها المادة 1052 من قانونه الإجراءات المدنية والإدارية بالنص على أنه " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها" ، وإذا لم يتمكن الطرف المعني من الحصول على الوثائق الأصلية فإنه يقدم النسخة المصادق عليها أو النسخ التي تمت ترجمتها إلى لغة بلد التنفيذ، بشرط أن تصدر عن مترجم رسمي وهذا ما أكدت عليه المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ووضعت المادة 1051 المذكورة أعلاه شرطا قانونيا يتمثل في وجوب عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي إذ تنص على " وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي وتجدر الإشارة إلى أن هذه الشروط كما تنطبق على الاعتراف، فإنها ووفقا لنص المادة 2/1051 تنطبق كذلك على التنفيذ، وقد قلنا سابقا أن بعض التشريعات دمجت بين المصطلحين ، على غرار التشريع الفرنسي، وكذا اتفاقية جنيف 1927 واتفاقية نيويورك لسنة 1958 و يظهر من خلال الفقرة

⁶⁸ حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق ، ص رقم 53

السابقة أن دور القاضي يظل محصوراً في فحص حكم التحكيم إن كان غير مخالف للنظام العام الدولي فقط، وهنا إما أن يقبل الاعتراف والتنفيذ أو يرفض، ولا يمتد اختصاصه إلى مراجعة الحكم التحكيمي.

- خاتمة الفصل الثاني

لقد غدا السند التحكيمي بناء على ما ذكر في مركز أعلى حتى من السند القضائي الصادر عن القضاء الرسمي، فقد اجتمعت له جميع عناصر الفاعلية سواء المستمدة من الطبيعة الإجرائية العامة والتي أعطته سلطة التوثيق، أو المستمدة من طبيعة الوظيفة التحكيمية والتي أعطته سلطة الحكم وأكسبت رأيه قوة الإلزام وأهله ليكون بحق السند التنفيذي التحكيمي المستقل، أما من حيث الولاية التحكيمية فقد رأينا أن سيردي قد تمدد أفقياً وعمودياً متجاوزاً بذلك كل العقبات .

الخاتمة:

لقد وقفنا في نهاية هذا البحث على حقيقة مفادها أن التحكيم لتسوية النزاعات الدولية التجارية الخاصة بالاستثمار قد غدا المركز الدولي لتنظيم قضائي تحكيمي و استقر كمؤسسة للعدالة تتميز بالدوام والوحدة يمارس أعضائها و محكميها مهمة تحكيمية ، بنفس وسائل وأدوات القاضي العمومي الإجرائية، الاستعجالية والعادية، بل وحتى الوسائل التنفيذية التحفظية. بل يمكن القول أن التحكيم التجاري الدولي، قد أصبح في مكانة تتميز بل تتفوق عن مكانة القضاء العمومي.

ودليل هذه المكانة هو انعقاد الاجتماع لدى المجتمع الدولي ممثلا في المنظمات الدولية والإقليمية، والتي قامت بإصدار مجموعة من الاتفاقيات الدولية، على شاكلة اتفاقية نيويورك 1958 والتي عدت بمثابة الثورة الحقيقية في نظام التحكيم التجاري الدولي، وخاصة على مستوى تأكيد الولاية الخصوصية للتحكيم، وأيضا من ناحية إقرارها للقوة الإلزامية للتحكيم، مما منحه ذاتية جعلت منه صيغة للتحكيم متميزة ومكتملة، ولقد أعطى نظام اتفاقية البنك الدولي لسنة 1965 والذي أنشئ المركز الدولي لتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمار، النفس التجديدي والإضافة اللازمة لاستكمال مقومات الولاية القضائية للمحكم، وتكمن هذه الإضافة في أنه يعتبر أول مركز تحكيمي يتمتع بوحدة هيكلية وإجرائية، ولكنه بخلاف نظم المراكز التحكيمية القائمة، فإن هذا المركز أنشئ بموجب اتفاقية دولية، وهذه الخاصية جعلت منه نظاما تحكيميا دوليا يتميز بحجية أداته الاتفاقية، ويكتسب علوية قانونية على أي نظام وطني أو إقليمي للتحكيم. وهذه العلوية جعلته يضع قواعد قانونية جديدة تجاوزت جميع المفاهيم والتصورات الكلاسيكية والحديثة لطبيعة التحكيم ومفهومه، فلأول مرة تطرح فكرة تصور العدالة التحكيمية ولكن خارج إطار إرادة الأطراف ، فقاعدة التحكيم بدون اتفاقية، أي بدون أي صيغة شكلية اتفاقية لتبادل الرضا التي خرجت من رحم تطبيقات مركز "سيردي"، فمجرد طرح هذه الفكرة يعتبر بمثابة ثورة فكرية وفلسفية ليس على النظام التحكيمي فقط، وإنما على فكرة العقد ككل. فأن نقول أن التحكيم هو عقد ولكنه عقد ينشأ خارج إرادة الأطراف وبغيرها. فهذا التصور لم تطرحه حتى النظريات التي نازعت في الأساس الذي يقوم عليه التحكيم، فإذا أخذنا نظرية التصور القضائي الخالص لفكرة التحكيم، فهذه النظرية ورغم أنها جاءت كردة فعل على التصور العقدي للتحكيم، إلا أنه لم تستطيع إنكار أن التحكيم بالنهاية ذو أساس مزدوج بين عقدي مباشر وقانوني غير مباشر ، وحتى النظرية الذاتية أو النفعية التي جعلت من التحكيم نظاما أصيلا ومتحرر من العناصر التعاقدية، ومن العناصر القضائية، لم تستطع إلا أن تقول في النهاية أن التزام المحكمن باتفاقية التحكيم يعتبر ضروريا لأداء التجارة الدولية أداء دقيقا

ويكفي من هذا أن نقول أن الدولة المضيفة للاستثمار في ظل هذا النظام التحكيمي تجرأ قسرا إلى التحكيم رغم إرادتها. وهذا أفضل دليل على أن هذا المركز أصبح محكمة فوق الدول بل تلغي سيادة الدول. ورغم أن فقه القضاء التحكيمي العربي والغربي اختلف في تقييمه لهذه المسألة، إلا أن ذلك

لم يغير من الأمر شيئاً، بسبب أن مركز واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار استمر على نهجه إلى حد الساعة غير مبالي بالانتقادات الموجهة إليه ، و ان هذا المركز اكتسب الجراءة كما قلنا في متن هذه الرسالة وكذلك في مضمون هذه الخاتمة أنه أنشئ بموجب اتفاقية دولية، لكن ليس هذا هو السبب الوحيد، وإنما السبب الأهم هو تمتع الأحكام الصادرة عن المركز بحصانة شبه مطلقة، مرد ذلك هو المادة 53 التي أقامت تحجيروا على جميع أدوات الرقابة القضائية من استئناف أو طعن، إلا ما سمحت به الاتفاقية، و إذا كانت الاتفاقية أجازت الطعن ولأسباب محددة وفق المادة 51 جاءت بمصطلح لم يعرفه فقه المرافعات وهو إعادة النظر في الحكم، بشرط أن تكون هذه الإعادة أمام نفس المحكمة، إلا إذا حالت ظروف القاهرة دون ذلك فيمكن أن يعقد الاختصاص لغيرها.

أما المادة 52 من الاتفاقية فقد أباحت الطعن بالبطلان ولكن أمام أنظار لجنة خاصة يعينها رئيس المركز، فهذا النظام المغلق لرقابة والطعن، جعل المركز ينشئ هذا النوع من القواعد دون أن يخشى أية رقابة من أي طرف بل إن المادة 54 جعلت من الأحكام الصادرة عن المركز كما لو أنها أحكاماً نهائية صادرة فوق أراضي الدولة المطلوب إليها تنفيذ هذا الحكم التحكيمي، بمعنى أن أحكام المركز تتمتع بالنفاد الوجوبي، وينحصر تدخل الجهات القضائية المختصة في مجرد الاعتراف بالحكم التحكيمي.

إن الخطوة الأهم التي خطاها التحكيم التجاري الدولي على طريق الاستقلالية والفاعلية وذلك رغم طابعها الاختياري نحو نفس الغاية التحررية والتوحيدية، وتعود أهمية هذه الاتفاقيات الدولية إلى كون التحكيم التجاري الدولي لم يكتسب صفة القضاء الطبيعي للتجارة الدولية الذي يحمل ميزة القضاء عبر الدولي وفوق الدولي إلا من خلال هذه الاتفاقيات الدولية التي جعلته أسمى حتى من القضاء الوطني، ويظهر هذا السمو خصوصاً في مسألة الاعتراف والتنفيذ، فحتى الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية تحتاج إلى الإذن بالتنفيذ وذلك بخلاف الأحكام الصادرة عن مركز واشنطن التي لا تحتاج إلا إلى الاعتراف دون الإذن بالتنفيذ، مما يجعلها في مكانة تفوق مكانة الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني و الأجنبي، التي تحتاج إلى الإذن بالتنفيذ، وهذا إن دل فإنه يدل على المكانة التي وصل إليها التحكيم التجاري الدولي.

هذا من جهة مصادر التحكيم، أما من جهة الوظيفة فإن المحكم أصبح يرتدي عباءة القاضي رغم أن مرجعيته اتفاقية وليست قانونية، لكن التصور الحديث للتحكيم أثبت بما لا يدع مجالاً للشك في أن مرجعيتها واحدة ألا وهي القانون، فحتى المحكم وإن كانت مرجعيته المباشرة هي الإرادة إلا أن مرجعيته غير المباشرة هي القانون مثله مثل القاضي العمومي، بل إن طبيعة تأهيل المحكم هي ثلاثية إرادة المحكّمين وإرادة القانون، وإرادة الهيئة التحكيمية.

وبما أنه يؤدي وظيفة القاضي فإن التحكيم أصبح قضاء بديلاً بل غدا القضاء الأمثل لمنازعات التجارة الدولية، والمحكم يمتلك الولاية الكاملة على جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم يقوم باستفراغها من قبل المحكمة التحكيمية عبر مراحل النزاع التحكيمي ، ولأن المحكم قاضي فإن ما يصدر عنه هو أحكام

تجتمع فيها عناصر الحكم القضائي أي تجتمع فيها جميع آثار الحكم وهي ثلاثية القوة الاحتجاجية والإلزامية والتنفيذية، وينتج أثره التنفيذي بمجرد الاستظهار به مع اتفاقية التحكيم.

أما مسألة الرقابة القضائية فهي رقابة غايتها ضمان مقبولية الحكم التحكيمي إزاء مقتضيات النظام العام لبلد التنفيذ، أو غايتها مساندة مؤسسة التحكيم، وذلك عند عجز الإرادة الفردية أو في حالة تخلف نظام التحكيم عن بناء الهيكل التحكيمي، مثل مساعدة الأطراف في مرحلة تكوين المحكمة التحكيمية، ومساعدة المحكمة التحكيمية نفسها في قيامها بالمهمة التحكيمية عبر اتخاذ الوسائل الوقتية والحفظية. لكن رغم محدودية التدخل القضائي في البنية التحكيمية، إلا أن فقه القضاء التحكيمي، بدأ يطالب بالاستقلالية الكاملة للقضاء التحكيمي عن القضاء العمومي، لذلك يتمتع عن التوطين الجغرافي وعن الولاء السيادي.

ونتهي هذا البحث بقولنا أن التحكيم التجاري الدولي في ظل المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار قد بلغ مرحلة متقدمة حتى على القضاء الرسمي ليس في مسائل التقليدية كالسرعة وانعدام البيروقراطية، لكن في مسائل أكثر أهمية فقد أصبح يتمتع بفاعلية ذاتية وبسيادة دولية طليقة يمتلك نظام قانوني شديد المرونة سريع التطور، عميق الأثر على التشريعات الوطنية والدولية يحققه ويجسمه جهاز يتمتع بسيادة خاصة متحررة من سيادة الدولة، يضمن لهذا النظام القانوني الاتساق والانتظام الذاتي الداخلي، ويتمثل في فقه القضاء التحكيمي، وهذه العوامل مجتمعة أنتجت لنا تحكيما مؤسسيا قادر على حماية الاستثمار الأجنبي أينما كان، وبغض النظر عن المكان الذي يؤدي فيه عمله دولة متخلفة أو متقدمة، وخير دليل على ذلك " صفقة أورو ديزني لاند باريس " بين الشركة الأمريكية والدولة الفرنسية إما أن تقبل بعقد فيه شرط تحكيمي والتخلي عن قضائها الإداري وعن عقليتها القانونية وإما العدول عن المشروع من أساسه، فتأخر توقيع العقد وأصبح أمر أن يكون المشروع أو لا يكون متوقفا على الشرط التحكيمي، وفي نهاية المطاف تنازلت فرنسا عن إحدى مقدساتها القانونية، واضطرت بموجب

قانون خاص استثنائي صدر بتاريخ 19 أوت 1986 إلى الرضوخ والموافقة على إدراج الشرط التحكيمي، رغم أن قانونها يمنع على الدولة والمؤسسات العامة من اللجوء إلى التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية وذلك بمقتضى المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي.

وهذا الأمر إن دل على شيء فهو يقول أن الاستثمار الأجنبي لا يثق إلا في التحكيم التجاري الدولي كمؤسسة للعدالة، ولن يقبل بغيرها. فهو بحق الضمان الوحيد في ظل المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار.

قائمة المصادر و المراجع

- اتفاقيات دولية

- ديباجة اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في 18/03/1965.

- تشريعات

- قانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 23 فبراير سنة 2008 ، الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 23

- القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58-75 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975

- القانون الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 ، المتعلق بتطوير الاستثمار.

- قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم 483 تاريخ 1995/12/08

- كتب

- عبد الحميد الأحمد ، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الأول، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي ، الطبعة الثالثة

- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة ، بيروت، سنة 2003

- حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية ، المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي

- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة ،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2009

- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2014

- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية . منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، سنة 2008

- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى

- عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2008

- فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، 2010

- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993

- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الجزائر، موفم للنشر

- محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993

- مجلات

- خالد جمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشرة، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد - 22 ص 218-219 التاريخ 3 سبتمبر 1998 .

- مواقع الكترونية

<http://www.echoroukonline.com/ara/articles/228472.html>

الصفحة	العنوان	الفهرس
3.....	مقدمة	
	الفصل الأول : الظروف المنشأة للمركز الدولي و مميزات و اشتراطات و طبيعة	
8.....	التحكيم لحل النزاعات الدولية التجارية الخاصة بالاستثمار	
	المبحث الأول: الظروف المنشأة للمركز الدولي و مميزات و اشتراطات حل النزاع	
9.....	الدولي التجاري	
	المطلب الاول : الظروف المنشأة للمركز الدولي و مميزات التحكيم لتسوية النزاعات	
9.....	الخاصة بالاستثمار	
10.....	الفرع الأول : الظروف العوامل المنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمار	
11.....	الفرع الثاني : مميزات التحكيم لدى المركز الدولي لحل النزاعات الخاصة بالاستثمار	
14.....	المطلب الثاني : اشتراطات المركز الدولي للولاية التحكيمية للمركز الدولي	
15.....	الفرع الأول : وجوبية أحد المتعاقدين دولة طرف في الاتفاقية المنشأة للمركز التحكيمي	
19.....	الفرع الثاني : وجوبية المتعاقد الآخر مواطنا أو شخصا من أشخاص القانون الخاص	
23.....	الفرع الثالث : رضى أطراف النزاع كأساس مباشر للولاية التحكيمية للمركز	
24.....	المبحث الثاني: شروط و طبيعة منازعات الاستثمار الخاضعة لتحكيم المركز	
24.....	المطلب الأول:الشروط الواجب توافرها في المنازعات بغية منح الاختصاص لمركز واشنطن	
24.....	الفرع الأول: وجود نزاع قانوني	
27.....	الفرع الثاني: نشوء النزاع عن استثمار	
30.....	المطلب الثاني : طبيعة منازعات الاستثمار الخاضعة لتحكيم المركز	
31.....	الفرع الأول: التحكيم في المنازعات الناتجة عن التغيير في شروط التعاقد	
36.....	الفرع الثاني: التحكيم في المنازعات الناتجة عن الإجراءات التي تتخذها الدول المضيفة للاستثمار	

الصفحة	العنوان
41.....	<u>الفصل الثاني : الإرادة في التحكيم لدى المركز الدولي و مدى علاقته بالقضاء الوطني</u>
42.....	المبحث الاول : الإرادة في التحكيم في ظل الرؤية الجديدة للمركز الدولي للاستثمار
42.....	المطلب الأول : التحكيم الإجباري الاختياري
42.....	الفرع الأول : التحكيم الإجباري
43.....	الفرع الثاني : التحكيم الاختياري
45.....	المطلب الثاني : تطبيقات التحكيم وفق رؤية مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار
46.....	الفرع الأول: انعقاد الاختصاص للغير المحايد أو المحكم بناء على التأهيل المباشر
53.....	الفرع الثاني: انعقاد الاختصاص للغير المحايد أو المحكم بناء على التأهيل غير المباشر
55.....	المبحث الثاني :العلاقة بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني على ضوء التدخل القضائي
55.....	المطلب الأول: دور القضاء الوطني المساعد للمحكمة و مدى الولاية للتحكيم
55.....	الفرع الاول : دور القضاء الوطني المساعد للمحكمة
56.....	الفرع الثاني : قصور الولاية التحكيمية و الخروج عن مناط التحكيمية
58.....	المطلب الثاني : رقابة النفاذ أو حصانة الرأي التحكيمي
59.....	الفرع الاول : ضوابط الرقابة التنفيذية على التحكيم
60.....	الفرع الثاني : محل التدخل التنفيذي
64.....	الخاتمة :
67.....	قائمة المصادر والمراجع :