جـامعـة مولـود معمــري تيـزي وزو
كليــة الحقــوق والعلــوم السيــاسية – قسم الحقوق

سلطـات المحكميـن في إطـار تسـويـة منـازعـات عقـود الاستثمار

ـ دراســة مقارنــة ـ

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث نظام(ل.م.د) في القانون
تخصص – قانون الأعمال –

إعداد:
حموتان ماليك

إشراف:
أ/د واضــح رشيــد

لجنة المناقشة

أ.د. إقلولي محمد، أستاذ التعليم العالي، جامعة مولود معمري تيزي وزو .....رئيسا
أ.د واضح رشيد، أستاذ التعليم العالي، جامعة مولود معمري تيزي وزو .....مشرفاً
أ.د. يسعد حورية، أستاذة التعليم العالي، جامعة مولود معمري تيزي وزو .....ممتحنا
د. قبايلي الطيب، أستاذ محاضر أ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.....ممتحنا
د. تعويلت كريم، أستاذ محاضر أ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2024/02/01

﴿فَلاَ ورَبِّكَ لاَ يُؤمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ ويُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا﴾

سورة النساء

الأية (65)

إهـــداء

إلى من إستلهمت الصبر والعزيمة منهما

المرحومين والدي ووالدتي

وإلى المرحومين أخي وأختي

إلى أخواتي الأعزاء

إلى زوجتي وإبني

إلى كل أساتذتي في الجامعة

مالیك

كلمة شكر

أجمل عبارات الشكر والتقدير والعرفان

إلى الأستاذ أ/د واضح رشيد

الذي أشرف على هذا العمل

لأرائه القيمة وتوجيهاته الصائبة وملاحظاته البنّاءة

في سبيل إنجاح هذه الأطروحة

فله مني جزيل الشكر وبالغ الإمتنان وجزاه الله خير الجزاء ومتعه بموفور الصحة والعافية.

كما أتقدم بالشكر الخالص والتقدير إلى جميع الأساتذة، وكل من قدم لي يد العون.

قائمة أهم المختصرات

أولا- باللغة العربية:

ج ر : الجريدة الرسمية

د تا : دون تاريخ

د د ن : دون دار النشر

ص : الصفحة

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة

ط : الطبعة

ف : الفقرة

ق : القانون

ق إ م : قانون الإجراءات المدنية

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

م : المادة

Principale abréviations

AAA : Association Americaine d'Arbitrage

AF : Affaire

ALENA : Accord de Libre Echange Nord-Americain

AMGI : Agence Multilatérale de Garantie des Investissements

AR : Arbitrage

ARB: Arbitrage

BITs : Bilateral Investment Treaty

BOT : Build Operate and transfert

CCI : Chambre de Commerce Internationale

CIJ : Cour Internationale de Justice

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

CNUDCI : Commission des nations Unies pour le Droit Commercial International

DOC : Document

Ed : Editions

FMI : Fond Monétaire International

IDE: investissement direct étranger

JDI: Journal de droit international

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

N : Numéro

NIOC : National Iranian Oil Company

OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Economique

Op. Cit. : Référence Précitée

P : Page

PP : de la Page à la Page

REP: Répertoire alphabétique de législation.

REV: Revue

S : Suite

SGS : Société Générale de Surveillance

T : Tome

TBI : Traité Bilatéral d'Investissement

UNCITRAL : United Nations Commission of International Trade Law

Vol : Volume

مقدمة

يختص التحكيم التجاري الدولي في تسوية مختلف المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، منها تلك الناشئة عن عقود الاستثمار والتي تبرم بين طرفين أساسيين، أحدهما الدولة بإعتبارها المضيفة للاستثمار والطرف الثاني المستثمر الأجنبي، وينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الأخر. فالدّولة تسعى من جهتها إلى تحقيق أهدافها العامة، فهي تحرص في غالب الأحيان على ممارسة حقوقها في السلطة العامة والسلطة بالسيادة على مواردها الطبيعية ومصيرها الاقتصادي، أماّ المستثمر الأجنبي بإعتباره الطرف الخاص المتعاقد معها فهو يسعى إلى تحقيق أهدافه الشخصية من خلق الثروة وبسط سيطرته الاقتصادية على الأسواق المحلية للدّولة المضيفة له فقد يختل بذلك التوازن التعاقدي، الموجود بين الطرفين، نظرا لحقيقة أنّ الدّولة تتمتع بسلطة عامة في صورة إصدارها لقواعد تشريعية حديثة أو فرض إجراءات جديدة، تصدر غالبها دون مراعاة حقوق المستثمر الأجنبي القائم بالاستثمار داخل الدّولة المضيفة والذي يبحث بدوره عن تأمين نفسه، كذلك فالتحكيم يعدّ من الضمانات القانونية لحمايته من احتمال أن تضيع حقوقه[1].

ويعتبر التحكيم، بغض النظر عن إمكانية اللّجوء إلى قضاء الدّولة المضيفة، الوسيلة الأكثر إستعمالا لأجل تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار[2]، وإمكانية اللّجوء إليه تنص عليه مختلف المواثيق المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة بين المستثمرين الأجانب والدّول المستضيفة والتي تمثل جزءا أساسيا في غالب المعاهدات المعاصرة المبرمة على الصعيد الدولي، المتعلقة بالاستثمار الدولي خصوصا، المعاهدات الثنائية التي تبرم بين دولتين لتحفيز الاستثمار ويعتبر التحكيم الوسيلة المفضلة لدى المستثمرين الراغبين في الحصول على تعويض عن الأضرار اللاحقة باستثماراتهم جرّاء عدم إحترام الدّولة المستضيفة لبند من بنود الإتفاقية.

فيختص التحكيم نتيجة لذلك دون غيره كوسيلة بديلة عن اللّجوء للقضاء الوطني للدّولة المستضيفة، ذو الطابع المجحف وغير متوازن والذي قد تميل كفّة العدالة فيه إلى

---

[1] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص 02.

[2] عز الدين بوجلطي، **التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولي**، مقال منشور في مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 17/ العدد 27، السنة: 2021، ص ص 247-266.

الدّولة المسيطرة على جهازها القضائي والمؤثرة فيه بصفتها سلطة آمرة بالإضافة إلى ثقل الإجراءات القضائية المحكمة التي تسود نظام التحكيم في الّدول واختلاف القوانين من دولة إلى أخرى ناهيك عن المسائل التقنية الأخرى والمتمثلة في انعدام بعض التخصصات في ميدان الخبرات التقنية والأقتصادية ومشكل اللّغة، فالمستثمر الأجنبي قد يكون تعاقد بلغته الأم والتي قد تعتبر لغة أجنبية بالنسبة لقضاة الدّول المستضيفة والشيء الذي يجعل فهمهم مقتضيات العقد المبرم في لغته أمرا مستعصيا ويبقى البديل عن ذلك في ترجمته ما قد يغير من معناه أو يصيغه في قالب مغاير، فيختار الأطراف اللّجوء إلى التحكيم الدّولي الذي يوفر ضمانات أوسع ويتوفر على كل الخبرات في شتى المجالات وذلك من خلال إبرام "إتفاقية التحكيم" التي قد تأخذ شكل شرط التحكيم الذي يظهر على عقد الاستثمار الأولي أو في حال عدم التطرق إليه في بنود هذا العقد بأن ينشأ مباشرة بعد نشوب المنازعة في شكل إتفاق التحكيم Le Compromis.

صدارة التحكيم الدّولي في حل منازعات الاستثمار قلص عمليا بصفة معتبرة اللّجوء للوسائل البديلة الأخرى لحل المنازعات المنصوص عليها في المواثيق الدّولية وغالب القوانين الداخلية للدّول كالوساطة والصلح غير أن فعالية التحكيم في تسوية مثل هذه المنازعات إصطدمت بكثير من المعوقات تتعلق أغلبها إلى بطىء إجراءاته إلى جانب تكلفته المادية لهذه الأسباب أصبحت معظم الدّول والمنظمات الدولية اليوم تبحث في وسائل بديلة أخرى لحلّ المنازعات المرتبطة بالاستثمار وفي حلول يمكن للدّول إعتمادها لتجنب وقوع المنازعات في مجال الاستثمارات الدّولية.

تبلورت سياسة حماية الاستثمارات الأجنبية، مباشرة بعد نهاية الحرب العالمية الثانية والمبنية على أربعة دعائم أساسية من شأنها توفير حماية أكثر للمستثمرين الأجانب وممتلكاتهم، أولها يتمثل في مدى توفير معاملة المستثمر الأجنبي بمثل المعاملة التي يحضى بها المستثمر الوطني أو ما يسمى بالحد الأدنى من المعاملة، وثانيها يتمثل في مدى حرية إنتقال رؤوس الأموال وعوائد الاستثمار المالية، وثالثها في مدى توفّر الحماية القانونية من نزع ملكية المستثمر الأجنبي بصفة تعسفية، أمّا رابعها وهو العمود الفقري لهذه السياسة هو السّماح للمستثمرين الأجانب باللّجوء إلى محكمة تحكيم دولية بعريضة شكوى ضد الدّولة المستضيفة في حال إخلالها ببند تعاقدي، والهدف منها هو طمأنة المستثمرين

الأجانب المترددين والمتخوفين من الوقوع في فخ قضاء الدّولة المستضيفة لاستثماراتهم، وكذلك بغرض تحرير النّزاع من طابعه السياسي من خلال تسويته من طرف جهة محايدة بإتباع إجراءات معتمدة دوليا، وتظهر هذه الدعائم الأربع في يومنا هذا في غالب الإتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار سواء الثنائية منها أو متعددة الأطراف، لكن تطبيق الأخيرة المتمثلة في التحكيم مضمون من خلال عدّة مواثيق متعددة الأطراف وأهمها إتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدّول الأخرى المبرمة في 18مارس من سنة 1956.

إن الدّول التي تطمح في جلب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية بها، تظهر تجاوبها مع المستثمرين الأجانب من خلال تفضيل اللّجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار، ولهذا السبب فأكثر من 3880 إتفاقية ثنائية ومعاهدة للتبادل الحر تشجّع على اللّجوء إلى التحكيم من خلال المركز الدّولي لتسوية مناعات الاستثمار C.I.R.D.I أو قواعد التحكيم للجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدةC.N.U.D.C.I وذلك حسب إحصائيات مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية لسنة UNCTAD 2023.

كذلك، فيتم الفصل في المنازعة التي تثور عن طريق تولية الطرفين المتخاصمين لحكم يحكم بينهما أي إختيارهم لشخص أو أكثر فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية للقضاء بينهم فيتم إختيار المحكمين بتولي الأطراف تحديد الأشخاص المحكمين ويعتبر بذلك تحكيما خاصا أو أن يعهدون لهيئة متخصصة في ميدان التحكيم أو المراكز التحكيمية الدائمة التابعة لبعض الهيئات الدولية لتولي تنظيم عملية التحكيم وفقا لقواعدها الخاصة ويدعى بذلك تحكيما مؤسساتيا.

ولمسايرة التطورات الحاصلة في ميدان الاستثمار على الصعيد الدّولي، يضطر المشرع الجزائري إلى إعادة النظر في التشريع المعمول به والخاص بالاستثمارات الأجنبية بغرض منح الضمانات الكافية وحمايتها من المخاطر نظرا لأهميتها في التنمية الوطنية الشاملة والتطور الدائم للإقتصاد الوطني وفي ذات السياق فقد إنضمت الجزائر إلى العديد من المنظمات الدّولية وقامت بالمصادقة على عديد من الأتفاقيات المتعدّدة الأطراف في هذا المجال : أهمها إتفاقية نيويورك سنة 1958 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وإتفاقية

واشنطن الخاصة بالاستثمارات لعام 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى.

إن أساس العملية التحكيمية يترتب على تكوينة المحكمة التحكيمية ومدى إلتزام المحكمين بالقانون الواجب التطبيق وإحترامهم للأجال والإجراءات المعمول بها إلى جانب لزوم تحليهم بروح الأمانة والشخصية المحايدة وواجب التحفظ لديهم مثلهم مثل القضاة.

وسنتطرق كذلك إلى كيفية تعيين المحكمين والمحكمة التحكيمية وكيفية تقديم طلب التحكيم، ثم إعداد وإصدار أحكام التحكيم والأعتراف بها ثم طرق تنفيذها والأثر الذي تتركه في أطراف العقد، وما لها من أهمية في أن طرفي العقد يسترجعون حقوقهم الضائعة ويعودون إلى الحالة أو الهيئة التي كانوا عليها في بادئ الأمر، وقبل نشوء النّزاع وما يتصل بهذه العملية من نتائج على الجانب المادي ولعملية الاستثمار وإمتلاء الذّمم بالنسب لأطراف العقد وبالخصوص المستثمر، الذي هو بحاجة دوما لأمواله لكي يستمر في استثماراته، وبالمحافظة على العلاقات الطيبة بين طرفي العقد أي المستثمر الأجنبي والدّولة المضيفة التي تستقبل الاستثمار.

والإشكالية المطروحة هي : **إلى أي مدى يمكن أن تمتد سلطات المحكمين في إطار تسوية منازعات عقود الاستثمار؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية نحاول من خلال هذه الدراسة التطرق إلى دراسة:

الباب الأول : الطبيعة الخاصة للتحكيم ضمن عقود الاستثمار الدّولي.

الفصل الأول: عقود الاستثمار الدّولي الخاضعة للتسوية عن طريق التحكيم.

الفصل الثاني: القيود الناشئة عن لجوء المستثمر الأجنبي لاتفاقية التحكيم ضمن عقد الاستثمار الدولي.

أما في الباب الثاني: سلطات المحكمين في إطار مباشرة الدعوى التحكيمية.

الفصل الأول: الإطار القانوني والتنظيمي للتحكيم.

الفصل الثاني: سلطات المحكمين ضمن قواعد مراكز التحكيم الدّولي دراسة مقارنة بين المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDIوهيئة تحكيم(الكنودسي)CNUDCI

من أجل التوصل إلى معرفة سلطات المحكمين ضمن التحكيم الحر والمؤسساتي في مراكز التحكيم الدّولي والإجراءات التي يتبعونها في تسيير الدعوى التحكيمية وكيفية تعيينهم

وتشكيل المحكمة التحكيمية إلى غاية صدور حكم أو قرار التحكيم وكيفية الإعتراف به وتنفيذه.

واقد إتبعنا طريقة المنهجية التحليلية حيث سنعتمد على تحليل كل جزئية من جزئيات البحث في القوانين المقارنة، وعرض بعض الآراء الفقهية، وموقف القضاء الوطني، وأحكام التحكيم الدولي في عدة مواقع من موضوع البحث.

وأتبعنا كذلك المنهج المقارن لأن هذا البحث لا يقتصر على تناول موضوع سلطات المحكمين في إطار تسوية منازعات عقود الاستثمار في ظل نظام قانوني واحد، وإنما يتناوله في بعض القوانين الوطنية التي تنتمي إلى أنظمة قانونية مختلفة، هذا بالإضافة إلى الإتفاقيات الدولية، وعلى وجه الخصوص اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير (اتفاقية واشنطن) لسنة 1965، وكذلك قضاء التحكيم، وفي إطار منظمة الكنودسي.

رغم قلّة الدراسات والأبحاث العلمية، في مجال التحكيم في منازعات الاستثمار فقد بحثنا وتمكنّا من جمع عدد من المراجع والمؤلفات والأبحاث العلمية الأكاديمية الوطنية والأجنبية تدرس موضوع التحكيم في عقود الاستثمار.

الباب الأول

الطبيعة الخاصة للتحكيم ضمن عقود الاستثمار الدولي

لقد ظهر التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الدولي على هامش التحكيم التجاري الدّولي ويعتبر هذا الصنف من أصناف تسوية المنازعات جديدا وقد عرف تطورا كبيرا خصوصا منذ سنة 1990 ويعمل هذا النوع من التحكيم على تسوية النزاعات الناشئة بين الدّولة المضيفة والمتعامل الأجنبي الراغب في الاستثمار ضمن إقليمها الوطني.

ومع تطور ممارسة هذا النوع من التحكيم أصبح يشكل تخصصاً جديداً من القانون، وتعتمد الممارسة القضائية فيه على وجه الخصوص وعلى صعيد أولي على أحكام قانون التحكيم التجاري الدّولي فيما يتعلق بالجانب الإجرائي، وعلى صعيد ثاني على أحكام القانون العام الدّولي فيما تعلق بالقواعد الموضوعية المطبقة من طرف المحكمين وتعتبر بذلك تخصص قانوني من طبيعة خاصة تتقاطع فيه قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص.

قد تأخذ العمليات الإقتصادية الدولية صورة مبادلة ظرفية بين متعاملين، أو بالعكس قد تتطور لتأخذ صورة إهتمام مستمر ودائم في الظفر بحصة مهمة على سوق وطنية خارجية، في هذه الحالة العملية ليست مجرد مبادلة تجارية بل تستدعي القيام بعملية استثمار دولي.

وبإعتبار أن عقود الاستثمار الدولي تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى إختلاف نوعية المشاكل التي من الممكن أن تنشأ عنها، والتي تكتسي صبغة خاصة كون أحد أطراف النّزاع هو الدّولة المضيفة مما يتعين توفّر وسائل محايدة وفعالة لتسوية أي نزاع استثماري ينشأ بين الطرفين مما يتلاءم وطبيعة هذه العقود.

وعليه سنتطرق أولا إلى مختلف عقود الاستثمار الدّولي الخاضعة إلى عملية التحكيم (الفصل الأول) ثم التعرض إلى مختلف القيود التي تحكم عملية اللّجوء إلى التحكيم من قبل المستثمر الدولي في إطار إتفاقية التحكيم المتضمنة عادة في عقود الاستثمار الدولي (الفصل الثاني).

الفصل الأول:
عقود الاستثمار الدّولي الخاضعة للتسوية عن طريق التحكيم

قيام عقود الاستثمار مبني على تلاقي إرادتين كأي عقد أخر بقصد إحداث أثر قانوني، غير أنها تتميز في التفاوت الحاصل في المراكز القانونية لأطرافها بإعتبار أن أحد طرفي العقد هو طرف سيادي ذو خصائص سواء بالنظر إلى القانون الداخلي أو القانون الدولي والمتمثل في الدّولة، في حين أن الطرف الآخر لا يتمتع رغم قوته الإقتصادية والمالية بأية سيادة أو ميزة وهو المتمثل في المستثمر الأجنبي.

فالدّولة كطرف في العقد قد تكون متعاقدة بإسم الحكومة أو ممثلة بمؤسساتها الإقتصادية ذات الطابع العمومي وحتى إحدى هيئاتها أو إدارتها العامة، والحال كذلك فلا بد من التساؤل حول المعيار الواجب إتخاذه في إعتبار العقد مبرما بواسطة مشروع ذي طابع عمومي ينصرف أثره إلى إعتبار الدّولة طرفا فيه.

كما أن المستثمر الأجنبي قد يختلف بكونه تارة شخصا إعتباريا وتارة أخرى شخصا طبيعيا وإعتباره أجنبيا مترتب على معايير خاصة.

مبدئيا، تتوفر الدول المضيفة للاستثمارات على العديد من السلطات من أجل التنظيم القانوني لعقود الاستثمارات الواردة من الدّول الأجنبية، فقد أقرّ ميثاق الحقوق والواجبات الإقتصادية للدّول، المصادق عليه بتاريخ 12 ديسمبر 1974 من الجمعية العامة للأمم المتحدة لكل دولة بحق« **تنظيم الاستثمارات الأجنبية في حدود إختصاصها الوطني** و**أن تمارس عليهم سلطة الرقابة على مدى مطابقتهم نصوص قوانينها** و**تنظيماتها** و**ذلك طبقا للأولويات** و**الأهداف الوطنية المسطرة» المادة 02 فقرة (02).**

فيما عدا ذلك، فيمكنها على الأقل مراقبة حركة رؤوس الأموال والمتمثلة في تحويل الأموال الخاصة بالاستثمارات التي عادة ما تحدث في المرحلة الأولية من الاستثمار، فهذا الإختصاص المعترف به للدّولة المضيفة للاستثمار.

ظهرت ممارسة التحكيم في عقود الاستثمار بإعتبارها مواجهة بين الدّولة المضيفة وأشخاص مستثمرين معنويين أو خواص في خضم الأنظمة القانونية الدولية، كنظام قانوني جديد ومستقل تماما عن جميع الأنظمة القانونية الدولية الأخرى، وقد إرتبط التحكيم

بالاستثمارات الدّولية غير أنّه كانت الوسيلة الوحيدة السائدة تقليديا للتنصل من التحكيم هو اللّجوء إلى الحماية الدبلوماسية لدولة المستثمر الأجنبي كوسيط لحل المنازعات الناشئة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار عن طريق السبل الدبلوماسية أو القضائية في إطار النظام القانوني الدّولي.

ومن الناحية الإقتصادية، فعندما تجري عملية تبادل إقتصادي دولي تخضع لنوعين من القواعد القانونية منها قواعد القانون التجاري الدولي من جهة وقانون الاستثمار الدولي من جهة أخرى، هذا التقسيم الذي سطرته العلوم القانونية يستند أساسا إلى التقسيم الذي تعتمده العلوم الإقتصادية في معالجة الظاهرتين، فتختلف المعالجة الإقتصادية لعمليات التجارة الدولية من جهة وعمليات الاستثمارات الدولية من جهة أخرى سواءا فيما يخص المؤشرات الإقتصادية أو التحاليل الماكرو إقتصادية فالعلوم الإقتصادية تنظر في كلا العمليتين بتقنيات متباينة تماما.

أما من الناحية القانونية كل عملية تبادل إقتصادي دولي تستعين بوسائل التجارة الدولية، فهي تستدعي إبرام عقود، تستلزم مجموعة من الضمانات أوgaranties، قد تصل حتى إلى تحويل حقوق الملكية الفكرية، أو إلى فرض إحترام قواعد المنافسة غير المشروعة، وفي إحالة المنازعات التي قد تطرأ جراء تنفيذ العقد إلى القضاء الوطني أو محاكم التحكيم الدولي، وبذلك كل عملية إقتصادية دولية هي قبل كل شيء عملية تجارة دولية وبذلك عليها بإحترام الأسس التنظيمية له.

كذلك نتطرق أولا إلى مختلف العقود التي تبرمها الدّولة في إطار تعاملاتها مع الطرف الأجنبي (المبحث الأول) ثم سنتطرق إلى دراسة القواعد التي يرجع إليها المحكمون سواء في إطار الإتفاقيات الدّولية أو ضمن قواعد التحكيم المؤسساتي لأجل التمييز بين مختلف عقود الاستثمار الدّولي (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

العقود التي تبرمها الدولة مع الطرف الأجنبي.

معظم الدول ترسم مخططات إقتصادية محكمة من أجل دفع وتيرة تنميتها الإقتصادية، وتحسين أداء مرافقها العامة وهي في كثير من الأحيان ما تتعاقد مع مستثمرين

أجانب لأجل إنجاز هذه المشاريع فهي قد تقوم بإبرام هذه العقود بصفة مباشرة بواسطة أحد ممثليها كرئيس الدّولة أو رئيس الوزراء أو أحد وزرائها، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق أحد المؤسسات أو الهيئات التابعة لها.

كذلك تلعب عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي دورا أساسيا في التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار بإعتبارها المستفيدة من الاستثمار من جهة والتي غالبا ما تكون من الدّول النامية والتي تشكل الركيزة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الإقتصادية الثابتة وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا تحقق من خلاله الدول خطتها الإقتصادية أما المستثمرون الأجانب فغرضهم هو تحقيق الأرباح ولنموا في رأس مالهم وتحقيق مزيد من فرص العمل والاستثمارات.

كذلك نتطرق إلى المفاهيم المختلفة لعقود الاستثمار الأجنبي (المطلب الأول) ومن أجل التوصل إلى التمييز بين مختلف عقود الاستثمار الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

المفهوم العام لعقد الاستثمار الأجنبي:

تبرم الدّول المضيفة عقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب في إطار تنفيذ خطّتها التنموية وتنفيذ مشاريعها الوطنية، أما الطرف الأجنبي غايته في التعاقد هي تحقيق الأرباح ونجاح استثماراته [1].

وتوجد عدّة عقود تحكم العلاقات الإقتصادية الدولية منها عقود التجارة الدولية وعقود الاستثمار لكل منها إطارها القانوني الخاص بها ويختلف قانون التجارة الخارجية عن قانون الاستثمار، فعند إنجاز عملية إقتصادية دولية أو التخطيط لها فغالبا ما يتم اللّجوء إلى أحكام قانون التجارة الدولية من جهة وقانون الاستثمار من جهة أخرى، فهذا التمييز الذي تعتمد

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 21 جوان 2012، ص 24.

عليه العلوم القانونية بين تلك العقود فهي ترتكز على التمييز الذي إعتمدته العلوم الإقتصادية، لكن ليس بصفة إجمالية [1]، ولمعرفة هذا التمييز لا بد من تعريف الاستثمار.

الفرع الأول:

مفهوم الاستثمار

أولا : المفهوم اللّغوي:

الاستثمار لغة مشتق من الثمر، وهو ما ينتج عن الشجر، وأثمر الشجر أي أخرج ثمره، وثمر الرجل ماله أي أحسن القيام به ونماه أي أنّه كثر ماله، والثمر بمعنى المال، أو بمعنى الذهب والفضة، وثمّر ماله بمعنى نمّاه [2]، ويستفاد هذا المعنى من قوله تعالى : « وكان له ثمر فقال لصاحبه وهو يحاوره أنا أكثر منك مالا وأعز نفرا»[3].

كما عرف الاستثمار في مجمع اللغة العربية بأنّه «إستخدام الأموال في الإنتاج، إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وأما بطرق غير مباشرة كشراء الأسهم والسندات»[4].

كما أن كلمة الاستثمار من المصطلحات الإقتصادية العالمية ومعناها في علم الإقتصاد لا يخرج عن هذا المعنى اللّغوي، لأنّه يقصد بها أي زيادة أو إضافة جديدة في ثروة المجتمع، مثل إقامة المصانع والمباني والمزارع والطرق وغيرها من المشاريع[5].

ثانيا: المفهوم الإصطلاحي:

إختلفت التعريفات التي أعطيت للاستثمار الأجنبي وتعدّدت، بمختلف أراء الفقهاء في العلوم القانونية والعلوم الإقتصادية، ويصعب إختيار تعريف واحد عام وشامل يحمل كل

---

[1] Mathias audit, Sylvain Bollé, Pierre Callé, **Droit du commerce international et des investissements étranger**, LGDJ, Letenso éditions, Issy-les-Moulineaux, France, édition 2016 , Page 19.

[2] عمر هاشم محمد صدقة، **ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي**، دار الفكر العربي، الأسكندرية، مصر العربية، د.ع.ط، د.س.ط، ص 03.

[3] **سورة الكهف**، الأية رقم 34.

[4] **المعجم الوسيط**، الجزء الأول، منشورات دار المعارف، 1980، مجمع اللغة العربية، باب الثاء.

[5] صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، **دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدّولي الخاص (دراسة مقارنة)**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر العربية، سنة 1999، ص 16.

عناصر الاستثمار، ولكن يصبّ معظمها في معنى موحّد هو الإستغلال الأمثل للموارد في بذل الجهد وإستغلال الموارد في سبيل تحقيق نماء رأس المال هذا من جهة [1].

أما من جهة ثانية، ولما كان الاستثمار عملية مركبة بين عناصر إقتصادية وأخرى قانونية فلا بد من التطرق إلى المفهوم الإقتصادي والقانوني للاستثمار[2].

أ – **التعريف الإقتصادي للاستثمار الأجنبي:** إن العمليات الإقتصادية الدولية قد تكون عبارة عن تبادل ظرفي بين متعاملين إقتصاديين أو على العكس من ذلك قد يرمي إلى الحصول على منفعة مستمرة ضمن سوق وطنية أو خارجية وإذا تحقق هذا الإفتراض فلم يعد تبادل تجاري للسلع بل أصبحت الظاهرة عبارة عن استثمار أجنبي والذي يرتكز على الديمومة والإستمرارية [3].

وقد إختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الاستثمار، فبالنسبة للبعض منهم فهو يعبّر عن حقوق ملكية الأجانب (Droit patrimoniaux des étrangers) أما بالنسبة للبعض الأخر، فهو عبارة عن تصرف إقتصادي (Fait économique)[4].

لكن يتفق الفقهاء في أن عملية الاستثمار تقوم عند توفر أربعة عناصر أساسية وهي:

1) رأس المال (L'apport): ويستوجب أن يكون نقدا أو عينيا (براءة إختراع أو معرفة فنية، أو رخصة إستغلال علامة تجارية،..إلخ) بإستثناء المساهمة الصناعية التي يجب أن يكون مصدرها عبارة عن ملكية خاصة.

2) المدة (La durée): هذا المعيار يسمح بالتمييز بين عملية الاستثمار لفترة زمنية معينة تكون متوسطة أو طويلة الآجال وإلا فإنها عبارة عن معاملة تجارية (Transaction commerciale)[5].

---

[1] قادري عبد العزيز، **الاستثمارات الدولية، (التحكيم التجاري الدّولي – ضمان الاستثمار)**، الجزء 1، دار هومة، الجزائر، 2004 ص 11.

[2] عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 04.

[3] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, P 19.

[4] LAVIEC Jean pierre, **protection et promotion des investissements, etude de droit international économique**, Graduate institue publications, Genève, Suisse, 1 ére édition 1985, page 13.

[5] إتفاقية سيول (SEOUL) المتضمنة إنشاء الوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات (AMGI) لعام 1985 تميز بشكل واضح بين الاستثمارات والمعاملات التجارية الأخرى.

3) الهدف (L'espoir du gain): يجب أن يكون الهدف من الاستثمار هو تحقيق الربح.

4) الخطر (Le risque): يتحمل المستثمر بعض المخاطر التجارية المرتبطة بمشروع الاستثمار والتي تخرج عن إرادة الدّولة المستقبلة لرؤوس الأموال، ولا يمكن التنبؤ بهذه المخاطر بصفة مسبقة، ولذلك على المستثمر أن يتقبل الأرباح المنتظرة والخسائر المحتملة عند الشروع في أي مشروع استثماري هذا العنصر يسمح أيضا بالتمييز بين عملية الاستثمار وبعض المعاملات التجارية.

وبناءا على ذلك، يرى بعض الفقهاء بأنّه: «عملية من عمليات إستغلال رأس المال بهدف تحقيق عائد أو فائض مالي»[1].

ويعني مصطلح الاستثمار بمفهومه الإقتصادي «إستخدام الأموال في الإنتاج إمّا مباشرة بشراء الألات والمواد الأولية، وإمّا بطريقة غير مباشرة كشراء الأسهم والسندات، ويقصد أيضا توظيف رؤوس الأموال للحصول على الربح» [2].

كما عرفه الأستاذ Charles OMAN، على أنّه عملية يقوم بها المستثمر بهدف الرفع من قيمة الموارد (رأس المال) الموجودة تحت تصرفه والتي يستخدمها المستثمر لإنشاء وإكتساب قيمة مضافة [3].

في حين يرتكز البعض الآخر على عنصر المدّة لتحديد معنى الاستثمار مثل LAVIEC (J.P): « يشمل مصطلح الاستثمار بشكل عام قرارا بتخصيص الأصول لأنشطة الإنتاج و/أو الخدمات بالشكل الذي لا يسمح بتوافرها فوريا لسد حاجيات المستهلك»[4].

---

[1] منى محمود مصطفى، **الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 9.

[2] والي نادية، **النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في إستقطاب الاستثمارات الأجنبية**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2014، ص 12.

[3] وقد ورد التعريف باللّغة الفرنسية كمايلي:

«Un investissement est une opération entreprise par l'investisseur dans le but d'augmenter la valeur des ressources (capital) dont il dispose ; celles-ci sont utilisées par l'investisseur pour créer et s'approprier une valeur nouvelle (valeur ajoutée) »

Cité par : Haroun Medi, **le régime des investissements en algérie**, Litec, Paris, France, 2000, P 57.

[4] "Le terme investissement recouvre au sens large une décision d'affecter des avoirs à des activités de production et ou de services de manière à ce qu'il ne soit plus immédiatemnt disponible pour des besoins de consommation" , cité par : LAVIEC Jean pierre, Op.cit , p. 28

وهناك من إعتبره بأنه « إضافة جديدة إلى الأصول الإنتاجية الموجودة في المجتمع بقصد زيادة الإنتاج في الفترات التالية »[1].

وهناك من الإقتصاديين من اعتمد على عنصر رأس المال في تعريف الاستثمار بأنّه « تحويل مدخرات إلى أصول رأسمالية، أي إنشاء مشروعات جديدة أو إستكمال مشروعات قائمة كليا أو جزئيا وذلك من خلال تحويل رأس المال النقدي إلى رأس مال عيني في شكل معدّات وعتاد» [2].

وبهذا يكون الاستثمار في منظور أصحاب هذه التعريفات السابقة، أنّه مجرد عملية إنماء الذمّة المالية للمستثمر، أو عملية من عمليات إستغلال رأس المال بهدف تحقيق فائض مالي وإنماء إقتصادي[3].

ويميّز الكثير من الإقتصاديين بين نوعين من الاستثمار هما: الاستثمار المالي والاستثمار الحقيقي، فالاستثمار المالي يتجسد من خلال اقتناء وتداول الأوراق المالية مثل الأسهم والسندات وأذونات الخزينة وما إلى غير ذلك وبهذا فلا يشكل إضافة حقيقية للأصول وإنما مجرد تحويل ملكية، أما الاستثمار الحقيقي فهو يتحققّ من خلال حيازة الأصول والموجودات الرأسمالية الجديدة مثل الآلات والمعدات والأبنية وإقامة المصانع، وهو بذلك يمثل زيادة في ثروة المجتمع وتوسيع في القاعدة الإنتاجية [4].

كما يسمى الاستثمار عند الإقتصاديين أيضا بـ «التوظيف»، الذي معناه توظيف لأجل معين، ويتم من خلاله توظيف الأموال سواء لأجل طويل، والأصل فيه أن يحتفظ بها لمدّة خمسة (05) سنوات فأكثر، أو لأجل متوسط ويحتفظ فيه بالأموال ما بين سنة وخمسة سنوات على الأكثر، أو لأجل قصير ويحتفظ فيه بها لأقل من سنة، ويكون هذا التوظيف

---

[1] صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، مرجع سابق، ص 18.

[2] كعباش عبد الله، **مسؤولية الدّولة المضيفة تجاه أموال المستثمر الأجنبي**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2013.

[3] حازم حسن عبد الحميد جمعة، **المشروعات الدولية العامة وقواعد مايتها في القانون الدولي**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر العربية، د. س.ن، ص 214.

[4] رفيقة قصوري، **النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدّول النامية**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخصر، باتنة، السنة الجامعية 2010-2011، ص 09.

في البنوك والمصارف، ويأخذ صورة شراء سلع رأسمالية أو شراء أسهم أو وضع مدخرات لدى الأفراد أو المؤسسات لتقوم بتوظيفها[1].

وهناك من يعتمد على العنصر الأجنبي في تفسير الهدف من الاستثمار، فعرّف الاستثمار الأجنبي على أنّه: « قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد المالية والتكنولوجية والخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدّول المضيفة»[2].

وفي نظرنا فالتعريف الإقتصادي للاستثمار مرتبط بعنصري الهدف ورأس المال أكثر من عنصري الخطر والمدّة، فالإقتصاد لا يهتم كثيرا بالتحري عن الخطر الذي قد ينجرّ عن فشل العملية الاستثمارية أكثر مما هو مهتم بتحقيق الأرباح والناتج الإقتصادي، وعنصر الخطر يبقى مرتبطا كثيرا بقانون الشركات والإفلاس والتسوية القانونية ففي حالة فشل المشروع الاستثماري فغالبا ما تلجأ الشركات إلى إعلان إفلاسها وتلجأ إلى التسوية القانونية، كذلك بالنسبة لعنصر المدّة فهو يتعلق بالزمن الذي يستغرقه إنجاز كل عملية استثمارية تناسبا مع حجمها وطبيعتها فقد تكون مالية أو إنتاجية،... أو غير ذلك ويستخدم عنصر المدّة في فصل العمليات الاستثمارية عن العمليات التجارية التي تشابها كثيرا كونها تخصّ تداول السلع والخدمات وبذلك يعدّ عنصر جدّ نسبي ويتماشى مع معطيات خاصة لكل عملية استثمارية ومدى تدخل المستثمر في إنجاحها وبذلك يكون عنصرا الخطر والمدّة الأقرب إلى الوصول إلى التعريف القانوني للاستثمار.

ب- التعريف القانوني للاستثمار:

إن إجتهاد فقهاء الإقتصاد لم يوفقهم إلى وضع مفهوم موحّد للاستثمار، وكذلك الأمر بالنسبة القانونيين، إذ تعدّدت المفاهيم والتعريفات الخاصة بالاستثمار الأجنبي، دون أن يتفقوا على تعريف موحدّ له، إلاّ أنّنا نجد في القانون المقارن وبعض التشريعات الدّولية مثل الإتفاقيات المتعدّدة الأطراف والثنائية ونصوص بعض المؤسسات ذات الطابع الدولي مثل

---

[1] كما يختلف مفهوم الاستثمار حسب منظور الجهة القائمة به، فهو عند البنوك التجارية التقليدية يتمثل في عملية شراء أوراق مالية كإحتياطي وقائي «ثانوي» للسيولة، أما من وجهة نظر الشركات الصناعية والتجارية وشركات الخدمات فهو نوع من الإنفاق على أصول يتوقع تحقيق عائد منها بعد مضي فترة من الزمن ويطلق عليها مسمى «الإنفاق الرأسمالي». أنظر صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، المرجع السابق، ص19.

[2] رفيقة قصوري، مرجع سابق، ص 09.

صندوق النقد الدولي، التي تطرقت إلى مفهوم الاستثمار، لذلك سنبحث عن تعريفه في التشريع الداخلي الجزائري والفرنسي والمصري.

ومن التعريفات القانونية التي أعطيت للاستثمار الأجنبي مايلي:

- «كل إستخدام يجري في الخارج لموارد مالية يملكها بلد من البلدان» [1].

- أو أنّه «إنتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدّول المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدول المضيفة »[2].

- كما عرفه بعضهم على أنّه « رأس مال معين مادي أو معنوي يستهدف تحقيق غرض معين، مصدره جهة أو جهات أجنبية ويخضع للقواعد والأحكام التي تتضمنها القوانين الوطنية، وقد يتخذ هذا الاستثمار صيغة إتفاقية أو عقد أو يتم تنظيمه من خلال قانون خاص به» [3].

- أو أنّه «تقديم الأموال المادية والمعنوية والأداءات المعنوية من شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة المستقبلة للمساهمة المباشرة وغير المباشرة في مشروع قائم أو سيتم إنشاؤه للقيام بنشاط إقتصادي ما خلال مدة معقولة من الزمن»[4].

وعرف أيضا الإستثمار على أنّه « جميع حركات رؤوس الأموال بين الدول مع بعضها البعض، سواءا كانت أموالا قصيرة أم طويلة الأجل، ويغلب عليها طابع الإستمرار، مصحوبة بنية إعادة تحويل رأس المال مع عائده في صورة (ربح أو فائدة أو حصص)، إلى موطنه الأصلي»[5].

عرّف كذلك أنّه « إنتقال أحد عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الإستقلال الإقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وبقصد تحقيق ربح نقدي متميز»[6].

---

[1] صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، مرجع سابق، ص21.

[2] يوسف عبد الهادي الأكيابي، **النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي لخاص**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر العربية، 1989، ص 58.

[3] والي نادية، مرجع سابق، ص 13.

[4] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، **المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي**، دار النهضة العربية، 1990، ص 34.

[5] عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 06.

[6] عمر هاشم محمد صدقة، نفس المرجع، ص 05.

هناك كذلك من عرّفه على انّه « كل مال أجنبي يساهم في بناء وتطوير قدرات التنمية في البلد المضيف مقابل ربح محتمل يتحقق بعد فترة زمنية معينة سواءا إتخذ شكل استثمار مباشر أو غير مباشر»[1].

وقد تطرقت الباحثة الفرنسية «Anne Gilles» في أطروحة بحثها المتعلقة بتعريف الاستثمار عن فصل المفهوم القانوني للاستثمار عن مفهومه الإقتصادي، أما التعريف القانوني للاستثمار ورغم إرتباطه الوثيق بالمفاهيم المنهجية والإصطلاحية المختلفة التي غالبا ما تربطه بالاستثمار الأجنبي والإقتصاد، فقد إعتمدت الباحثة الفرنسية في تحليلها الرامي للبحث عن مفهوم قانوني للاستثمار على طابعه العملي فقد أعتبرته الباحثة أنه غير مرتبط بطابع «الدولية» و«المساهمة في التنمية الإقتصادية» اللّذان يعتبران كخاصيتان للاستثمار أما في حقيقة الأمر فالعنصران الأساسيان المتجانسان اللّذان يكونان مفهوم الاستثمار هما عنصر أول مادي المتمثل في «المساهمة» أو «رأس المال»، وعنصر ثاني معنوي والمتمثل في «النية» أو الهدف وهو «القصد في الحصول على متحصلات أو أرباح» أما العناصر الأخرى كالخطر ومدّة المساهمة الفعلية في التسيير فهي تظهر بصفة تقاطعية ومتفاوتة مرتبطة مع مدى تدخل «المستثمر» الذي يمثل العنصر الثالث المكون للتعريف القانوني للاستثمار وقد توصل إلى هذا التعريف المرتبط بقانون الشركات أو بالفكرة القانونية المتمثلة في نية الإشتراك أو affectio societatis التي تلعب دورا مهما في الوصول إلى هذا التعريف [2].

وفي إجتهاد الفقه الجماعي نجد أن اللّجنة المنبثقة عن مؤتمر إتحاد القانون الدّولي الحادي والخمسين قد عرفته بأنّه: « تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر»[3].

---

[1] أبو العلا على أبو العلا النمر، **نظرة إنتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا**، مقال، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر العربية، العدد الثاني، يوليو 2002، ص 7.

[2] Anne GILLES, **la définition de l'investissement international, collection droit international**, Bruxelles, Larcier, 2012, page 534 …. (Cet ouvrage est issue directement d'une thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et rédigée sous la direction du professeur J-M Sorel. L'hauteur s'est lancé un véritable défi en tentant de cerner la notion d'investissement international que le droit se refuse portant à définir de manière systémique).

[3] يوسف عبد الهادي الأكيابي، مرجع سابق، ص 22.

إختلفت تعريفات فقهاء القانون للاستثمار دون الوصول إلى تعريف موحّد، إذ لا يمكن حصر ظاهرة الاستثمار في تعريف معين دون التعريفات الأخرى، إذ أن معظم هذه التعريفات تتماشى مع الإطار التشريعي الخاص بالاستثمار في بلد ما، وبإعتبار أن الاستثمار ليس بالواقعة الإقتصادية أو القانونية المحددّة، بل إنّه مفهوم متطور يتماشى مع المتغيرات الإقتصادية والإجتماعية الدّولية، ومفهوم الاستثمار قد يضيق أو يتسع، بحسب رغبة الدّولة في جلب الاستثمارات، ولتحقيق ذلك لا بد لها أن تبني مفهوما واسعا للاستثمار حتى يكون بوسعها جلب المزيد من الاستثمارات الأجنبية والإستفادة بذلك من رؤوس الأموال، الخبرات الفنية والكنولوجيات الحديثة في شتى المجالات على إقليمها الوطني، خلاف دول أخرى تتبنى نظاما مانعا للاستثمارات الأجنبية مثل دول أمريكا اللاتينية التي تأخذ بتقنين «الأندين، Andean»، وتتبنى بذلك مفهوما ضيقا للاستثمار للحدّ من دخول رؤوس الأموال الأجنبية إلى الإقليم[1].

وسنتطرق فيما يلي إلى مختلف المفاهيم التي تمّ إعطاؤها للاستثمار في القانون المقارن الدّولي الذي يشمل الإتفاقيات الدّولية والقوانين الخاصة ببعض المنظمات والمؤسسات الدولية، بالإضافة إلى تعريف الاستثمار في التشريع الجزائري ومقارنته مع بعض التعريفات الأخرى في التشريع الفرنسي والمصري.

1) تعريف الاستثمار في الإتفاقيات الدولية المتعددّة الأطراف:

هناك العديد من الإتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف التي أبرمت سواءا في مجال تشجيع الاستثمار الأجنبي أو التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار وأن من أهم هذه الإتفاقيات إتفاقية واشنطن لعام 1965 التي بموجبها تم إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات (CIRDI)[2] وإتفاقية سيول (SEOUL) لعام 1985 الخاصة بالوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات (AMGI) [3].

- ✓ **إتفاقية واشنطن لعام 1965:**

بإستقراء مضمون إتفاقية واشنطن المنشئة لمركز تسوية منازعات الاستثمار نجد أن واضعي هذه الإتفاقية من البلدان المتعاهدة لم يضعوا تعريفا محددا للاستثمار وهذا بغرض

[1] صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، مرجع سابق، ص 23.

[2] **Texte de la convention sur le règlement des différents relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autre Etats** (CIRDI 1965) publié in JORA n° 95/66 du 05 novembre 1995.

[3] **Texte de la convention portant création de l'AMGI** (1985) publié in M : JORA n°95/66 du 05 Novembre 1995.

توسيع دائرة إختصاص المركز بالحفاظ على وحدة النّزاع وبذلك أصبح المركز مختصا في كل الخلافات ذات الطبيعة القانونية والتي لها علاقة بالاستثمار الدّولي[1]، واشترط شرط وحيد يتمثل في موافقة الأطراف على عرض النّزاع المطروح على المركز بحيث تنص المادة 25/فقرة 01 من الإتفاقية على أنّه: « يمتد إختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل إتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات بشرط أن يوافق أطراف النّزاع كتابة على طرحها على المركز، ومتى أبدى طرفا النّزاع موافقتهما المشتركة فإنّه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده»[2].

إن غياب مفهوم محدد لمصطلح الاستثمار الوارد بنص المادة 52 من المعاهدة، والذي تحدد على أساسه ولاية المركز في النظر بالدعوى التي تتصل به فتح الباب واسعا لجدل قانوني منذ نشأة المركز وهو مستمر ليومنا هذا، ولعلّ غياب هذا المفهوم مقصود الغرض منه مزدوج، فمن جهة هو حماية المستثمرين عن طريق تدويل المنازعات المتعلقة بالاستثمار وصولا إلى جلب الإختصاص بنظرها إلى المركز المذكور، ومن جهة أخرى فقد كان بمثابة تنبيه لمجمل الدّول النّامية وعلى رأسها الدول العربية على ضرورة تحديد مفهوم الاستثمار على نحو منضبط في كل تعاملاتها مع دول العالم المتقدم والمستثمرين الأجانب [3].

وتعتبر الحرية التي تركت لأطراف النّزاع، بغض النّظر على مفهوم الاستثمار، توسّع من إختصاص المركز لكي يشمل مجمل علاقات التعاون الدّولي وليس فقط منازعات الاستثمار.

إتفاقية سيول لعام 1985: بعكس إتفاقية واشنطن لعام 1965، تتضمن إتفاقية سيول (SEOUL) لعام 1985، المتضمنة إنشاء الوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات، تعريفا محددا، فلا بد أن يوجه لضمان عمليات الاستثمار فقط.

هذا المفهوم تضمنته المادة 12 من القانون الأساسي للوكالة وأهدافها، بحيث تعتبر جهاز دولي لضمان الاستثمارات ولا بد من أن يتوفر على إمكانيات مالية ضخمة لا تستطيع

---

[1] عيبوط محند وعلي، **الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر**، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2005-2006، ص 72.

[2] **المادة 25 من نص الإتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات**، المنعقدة سنة 1965 بواشنطن، الصادرة بالجريدة الرسمية رقم 95/ 66 المؤرخة فيو 05 نوفمبر 1995.

[3] يحي إكرام بدر، **مفهوم الاستثمار في المادة 25 من معاهدة واشنطن 1965**، مقال، المجلة الدولية للقانون،جامعة قطر، د.ع.ن، سنة 2014، ص 2.

الوكالة توفيرها وبذلك لا يمكنها تغطية سائر الاستثمارات التقليدية والجديدة، وبذلك فهذه المادة تميز بين الاستثمارات الصالحة للضمان وتلك غير الصالحة للضمان وتشمل الاستثمارات الصالحة للضمان حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل ويمكن لمجلس الإدارة إضافة أنواع أخرى من الاستثمارات مثل التحويلات المالية الأجنبية لأغراض تجديد أو توسيع أو تطوير الاستثمار القائم، والاستخدامات التي تخص الأرباح المتحصل عليها من الاستثمارات القائمة إذا كان من الممكن تحويلها خارج الدّولة المضيفة[1].

وقد اشترطت الوكالة توافر مجموعة من الإعتبارات لأجل ضمان الاستثمارات التي تتعلق مجملها بمدى تأثير الاستثمار على الدولة المضيفة، وتشمل هذه الشروط مايلي: السلامة الإقتصادية للاستثمارات ومساهمتها في تنمية الدولة المضيفة، ومطابقة الاستثمار لقوانين ولوائح الدول المضيفة، مواكبة الاستثمار للأهداف والأولويات الإنمائية المحلية للدول المضيفة، ظروف الاستثمار في الدول المضيفة بما في ذلك توفر المعاملة العادلة والحماية القانونية للاستثمار[2].

إن المفهوم الوارد في المادة 12 الخاص بالاستثمار واسع ويشمل بالإضافة إلى الاستثمار الكلاسيكي المباشر، الأشكال الجديدة للاستثمار (NFI)، كما أن المادة 12 تميز بين الأحكام التي تسعى إلى تحديد مفهوم الاستثمارات (م 12/أ،ب،ج) وتلك التي تعتبر معايير لتحديد الاستثمارات المشمولة بعملية الضمان (م 12/د).

2) تعريف الاستثمار في الإتفاقيات الإقليمية:

✓ **إتفاقية ترقية وحماية الاستثمارات لدول منظمة المؤتمر الإسلامي:**

عرفت الإتفاقية الاستثمار على أنه «استخدام رأس المال في إحدى المجالات المسموح بها في إقليم متعاقد بقصد تحقيق عائد مجزي أو تحويله إليه لذلك الغرض وفقا لأحكام هذه الإتفاقية »[3] وقد ورد في ديباجة الإتفاقية بأن علاقات الاستثمار بين الدول الإسلامية هي من المجالات الرئيسية للتعاون الإقتصادي بين هذه الدول والتي يمكن من خلالها دعم التنمية الإقتصادية والإجتماعية بها على أسس المصلحة المشتركة والنفع المتبادل، غير أنه لم تقدم الإتفاقية قائمة مفصلة لتحديد الاستثمارات المشمولة.

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 73.

[2] الفقرة د من المادة 12 من القانون الأساسي للوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات.

[3] المادة 1 فقرة 04 من **إتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي**
Voir :file:///C:/Users/simtech/Downloads/Agreement_3968%20(1).pdf

✓ **الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدّول العربية:**

تضمنت الإتفاقية تعريفا لمختلف العبارات الواردة فيها مثل رأس المال، الاستثمار والمستثمر وقد اعتمدت هذه الإتفاقية على معيار الهدف لتحديد معنى الاستثمار، بحيث «يجب إستعمال رؤوس الأموال العربية من أجل تحقيق أرباح والمساهمة في التنمية الإقتصادية للدول المستقبلة لرؤوس الأموال الأجنبية »[1].

✓ **إتفاقية ترقية وحماية الاستثمارات لجمعية أمم اسيا الجنوبية الشرقية (L'ANASE):** شمل تعريف الاستثمار في هذه الإتفاقية كل أشكال رأس المال مهما كانت طبيعته ثم وضعت قائمة تحدد بعض أشكال الاستثمار دون حضرها وتشمل كل أشكال الاستثمار التقليدية والأشكال الجديدة للاستثمار[2].

✓ **إتفاقية التبادل الحر لدول أمريكا الشمالية:** تستبعد هذه الإتفاقية العقود التجارية العادية والقروض من أجل المعاملات التجارية وكذا المساهمات المالية التي لا تترتب عنها الفوائد المنصوص عليها في المادة 1139 من هذه الإتفاقية [3].

✓ **قانون الاستثمار للمجموعة الإقتصادية لدول البحيرات الكبرى:**

«طبقا للمادة 15 من قانون الاستثمار الخاص بهذه المجموعة الإقتصادية، يمكن أن تكون قيمة مشاريع الاستثمار مساوية أو أقل من مليون دولار أمريكي» [4].

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 76.

[2] Par investissement on entend les actifs de toute nature, ce qui implique en particulier, mais non exclusivement :
a/les biens mobiliers et immobiliers et tous autres droits de propriété…..
b/les actions valeurs et obligations d'entreprises ou parts dans les biens de telles entreprises.
c/créances monétaires ou droits contractuels sur des prestations ayant une valeur financière.
d/ droits de propriété intellectuelle et clientèle.
e/concession d'exploitation conférée par la loi ou le contrat
Voir : Art 1er /paragraphe 3de l'accord sur la promotion et la protection des investissements de l'association des Nations de l'asie du sud est « l'ANANSE » In : CNUDCI, **« Accord d'investissement, portée et définition »,** Nations Unies, New york et Genéve 2001, P19.

[3] « investissement désigne : a/une entreprise, b/un titre de participation d'une entreprise , c/un titre de créance d'une entreprise ….. d/un prêt à une entreprise ….. e/un avoir dans une entreprise ….,f/les biens immobiliers ou autre biens corporels ou incorporels …..g/les intérêts …. , mais ne désigne pas :
h/les créances découlant uniquement ;
de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services ….
De l'octroi de crédit pour une opération commerciale …..
i/ toute autre créance qui ne suppose pas le versement des intérêts visés aux alinéa a à g
Article 1139h de l'ALENA , In :CNUDCI, « Accord d'invetissement…. »Op.Cit, pp.29 et ss
أنظر أيضا : عيبوط محند وعلي، المرجع السابق ص 77.

[4] Article 15 du code d'investissement de la communauté économique des pays des grands lacs stipule : « les investissements peuvent avoir un volume minimal de 1 million de dollars des Etats unis ou d'un montant équivalant ». In : CNUDCI , Accord d'investissement …. Op.Cit p 30.
أنظر أيضا : عيبوط محند وعلي، نفس المرجع، ص 77.

3) في الإتفاقيات الثنائية: تسعى الإتفاقيات الثنائية إلى جذب أكبر عدد ممكن من الاستثمارات ولهذا فهي لا تحصر مفهوم الاستثمارات بل نلاحظ من خلال العبارات المستعملة وذلك تأكيدا على النية في توسيع مجال تطبيقها وعادة ما يتبعها تفصيل واسع لأشكال الاستثمارات التي تغطيها الإتفاقية [1].

ومن بين العبارات المستعملة عبارة «كل عنصر من الأصول»[2] أو «الأموال كالأملاك والحقوق بإختلاف أنواعها» [3] أو «جميع الأموال»[4].

زيادة على تضمن بعض الإتفاقيات لعنصر آخر يتمثل في ضرورة إحترام التشريع الداخلي للدولة بإعتباره شرطا أساسيا لتطبيق الإتفاقية [5].

4) من قبل المنظمات الدولية: وهي تلك المنظمات الدولية التي لها علاقة بالاستثمار الدولي مثل: صندوق النقد الدولي (FMI) والمنظمة من أجل التعاون والتنمية الإقتصادية (OCDE)

- ✓ **صندوق النقد الدولي (FMI):** «يركز في تعريفه للاستثمار على عنصر المساهمة الفعلية في تسيير المؤسسة بإعتباره الهدف الرئيسي من عملية الاستثمار»[6].
- ✓ **منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية «:(OCDE)** وقد إعتمدت المنظمة على عنصر الهدف في تعريفها والمتمثل في «ضرورة تحقيق مصلحة مالية دائمة» إلى جانب ممارسة تأثير حقيقي على تسيير الشركة»[7].

---

[1] معظم الإتفاقيات تستعمل عبارة الأملاك والحقوق والمصالح مهما كانت طبيعتها:

- كلمة أملاك : يستدعي تفسيرها بمفهومها الواسع بمعنى كل شيء مادي أو غير مادي قابل للملكية.
- كلمة حقوق : يقصد بها المصلحة المشروعة، فهي ذات قيمة إقتصادية وتستفيد من الحماية القانونية.
- كلمة مصلحة : يقصد بها الأشياء التي يمكن أن تدخل ضمن الذمة المالية للفرد ولكن لا تخضع للحماية القانونية لأنها أملاك مستقبلية.

[2] المادة 01 فقرة 01 من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 23 المؤرخة في 1995/04/26.

[3] المادة 01 فقرة 01 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد1 المؤرخة في 1994/01/02.

[4] المادة 01 فقرة 02 من الإتفاقية الجزائرية السوسرية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 97 المؤرخة في 1998/12/27.

[5] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 78.

[6] « les investissements direct , sont ceux effectués dans le but d'acquérir un intérêt durale dans une entreprise exerçant ses activités sur le territoire d'une économie autre que celle de l'investissement , le but de ce dernier étant d'avoir un pouvoir de décision effectif dans la gestion de l'entreprise »

أنظر: عيبوط محند وعلي، المرجع نفسه، ص 79.

[7] « un investissement direct est un investissement réalisé soit depuis un pays étranger dans une société implanté dans un pays x soit depuis de pays x dans une société implanté à l'étranger dans le but d'établir un intérêt financier permanant et une influence réelle sur la gestion.

أنظر أيضا : عيبوط محند وعلي، المرجع نفسه، ص79.

ج- العنصر الأجنبي في القانون المقارن والداخلي: للمقارنة بين الاستثمار الوطني والاستثمار الأجنبي فلا بد من إتخاذ معيار محدد ومرجع وعلى العموم فإن مركز الإقامة هو المعيار الأساسي، بإعتبار أن الاستثمار الوطني هو المنجز من طرف شخص مقيم في دولة معينة في إقليم نفس الدولة، أما الاستثمار الأجنبي فهو المنجز من طرف شخص مقيم في دولة معينة فوق إقليم دولة أخرى، في حين يعتمد البعض على معيار الجنسية للتمييز بينهما، لذلك تشكل هذه المسألة خلافا في الفقه والقضاء وفي الإتفاقيات الدولية [1].

1) **ماهية المستثمر الأجنبي في القانون الدولي:** عند تفحص النصوص لا نجد في القانون الدولي ولا في القانون الداخلي تحديدا دقيقا وموحدا لعنصر الدولية في الاستثمار أو العنصر الأجنبي، إذ أن هناك الأخذ بالجنسية وموطن الإقامة بالنسبة للأشخاص الطبيعية وبمكان تكوين الشركة وبالموضع أو المراقبة بالنسبة للأشخاص الإعتبارية [2]، ويأخذ القانون الدولي بعين الإعتبار جنسية المستثمر للتمييز بين الاستثمار الوطني والأجنبي، أما عندما يتعلق الأمر بحرية التنقل « libre circulation » كما تعمل به منظمة OCDE فإنها تعتمد على معيار الإقامة بحيث أن الاستثمار الدولي هو الذي يترتب عنه حركية دولية لرؤوس الأموال مهما كانت جنسية المستثمر، والقانون الداخلي هو الذي يحدد من هم المقيمين وغير المقيمين[3].

2) **في الإتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف:** بالعودة إلى إتفاقية شاملة مثل إتفاقية واشنطن التي تعتبر الجنسية عنصرا هاما في تحديد مجال إختصاص المركز تنص في المادة 2/25 على أنه "....يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى مايلي:

- **أولا:** كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.
- **ثانيا:** كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع [4].

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 79.

[2] قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 20.

[3] عيبوط محند وعلي، المرجع نفسه، ص 80.

[4] قادري عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 22.

أما إتفاقية سيول «SEOUL» التي تخص الوكالة الدولية لضمان الاستثمار « AMGI » فنجد أن مادتها 13 تنص على أن «صلاحية المستثمرين» ويقصد بالصلاحية لضمان الوكالة أي شخص طبيعي وإعتباري بشرط:

- **أولا:** أن يتمتع الشخص الطبيعي بجنسية غير الدولة المضيفة.
- **ثانيا:** أن يكون الشخص الإعتباري قد تم تأسيسه وتعيين مقر أعماله الرئيسي في إقليم أحد الأعضاء، أو تكون غالبية رأسماله مملوكة لعضو أو أكثر أو لمواطنيهم بشرط أن لا يكون العضو في أي من الحالات السابقة هو الدولة المضيفة.

و تنص المادة 13 من هذه الإتفاقية على مايلي: «أ/ يتمتع بالصلاحية لضمان الوكالة أي أحد الأعضاء...ب/ في حالة تمتع المستثمر بأكثر من جنسية واحدة، فإن جنسية العضو تجب جنسية الدولة غير العضو، كما تجب جنسية الدولة المضيفة غيرها من الأعضاء.... ».

3) في الإتفاقيات الثنائية: تعتمد هذه الإتفاقيات التي تبرم عادة لتشجيع الاستثمارات أساسا على معيار الجنسية بدلا من معيار الإقامة أو المسكن أو موقع النشاط فتعتبر "دوليا" كل استثمار منجز من قبل مواطن طرف متعاقد فوق إقليم المتعاقد شخص طبيعي أو إعتباري بشرط:

-**أولا:** أن يكون الشخص الطبيعي من مواطني دولة عضو غير الدولة المضيفة.

-**ثانيا:** أن يكون الشخص الإعتباري قد تم تأسيسه وتعيين مقر عمله الرئيسي في إقليم الطرف الأخر وإذا كانت تأخذ بعين الإعتبار المقر الإجتماعي وعنصر الرقابة على الاستثمار، فإنها تحيل تحديد معنى الرقابة إلى القانون الداخلي لكل طرف متعاقد.[1]

4) العنصر الأجنبي في القانون الداخلي: تحيل معظم الإتفاقيات عند التمييز بين الاستثمار الوطني والأجنبي إلى القوانين الداخلية للبحث عن معيار للتمييز بينهما غير أنه لم نجد معيارا موحدا لا في القانون الدولي ولا في القوانين الوطنية، غير أنه يبقى الغالب في الأمر الأخذ بعنصر الجنسية أو الإقامة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، أما الأشخاص الإعتباريين بمعيار مكان النشأة أو الرقابة على الاستثمار.

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 81.

✓ **التشريع الجزائري:** لقد أشار المشرع الجزائري في الأمر 03/01 المعدل والمتمم المتعلق بتطوير الاستثمار إلى أن هذا القانون يشمل الاستثمارات الوطنية والأجنبية لكن دون تحديد معيار للفصل بينهما.

وقد أخذ المشرع الجزائري بمعيار الجنسية كعنصر أساسي للتمييز بينهما كما تنص عليه المادة 14 من نفس الأمر الخاصة بالضمانات الممنوحة للمستثمرين، عكس قانون النقد والقرض الذي اعتمد على معيار الإقامة للتمييز بين الوطنيين والأجانب. وأما في الإتفاقيات الثنائية المبرمة مع عديد من الدول فهي تتضمن تفاصيل حول مجال تطبيقها من حيث الأشخاص[1].

د- تعريف الاستثمار في ظل التشريعات الوطنية:

1)- ضمن قوانين الاستثمار: قبل صدور الأمر 01/03 المعدل والمتمم[2]، لم يرد في التشريع الجزائري أي تعريف للاستثمار، سواءا في القانون رقم 63/277 المتضمن قانون الاستثمارات[3]، أو ضمن الأمر رقم 66/284 المتضمن قانون الاستثمارات[4] والذي كان يهدف في صدوره إلى تنظيم تدخل الرأس المال الأجنبي في الإقتصاد الوطني، ولا حتى في المرسوم التشريعي رقم 93/12 المتعلق بترقية الاستثمار[5] الذي كرس التوجهات الجديدة للجزائر في مجال الاستثمار الأجنبي لكنه لم يأت بأي تعريف محدد للاستثمار حيث أشارت المادة الأولى منه إلى الاستثمارات المنتجة للسلع والخدمات التي يجب أن تنجز في شكل حصص من رأس المال، وإن كان هذا المرسوم يعترف بوجود أشكال أخرى للاستثمار، فإنه يقتصر على الاستثمار المنجز بواسطة حصص من رأس المال أو حصص عينية ويستبعد الأشكال الجديدة للاستثمار المنجزة في شكل خدمات وبدون رأس مال.

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 82.

[2] **الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 01 جمادى الثانية 1422 الموافق لـ 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار** الصادر بالجريدة الرسمية العدد رقم 47 المؤرخة في 03 جمادى الثانية عام 1422 هـ الموافق لـ 22 أوت عام 2001 م.

[3] **القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 المتضمن قانون الاستثمارات**، الجريدة الرسمية رقم 53 المؤرخة في 02 أوت 1963.

[4] **الأمر رقم 66-284 المتضمن قانون الاستثمارات** المؤرخ في 15 سبتمبر 1966، الجريدة الرسمية عدد رقم 80.

[5] **المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار** المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 هـ الموافق لـ 05 أكتوبر سنة 1993م والصادر بالجريدة الرسمية عدد رقم 64 المؤرخة في 24 ربيع الثاني عام 1414 هـ الموافق لـ 10 أكتوبر سنة 1993.

أما في إطار الأمر 01/03 المتعلق بتطوير الاستثمار فقد تطرق المشرع إلى تحديد مجال تطبيق هذا القانون في المادة الأولى منه والذي إشتمل على الاستثمارات الأجنبية والوطنية وذلك في مجال إنتاج السلع والخدمات والتي تندرج ضمن الأشكال التقليدية للإستثمار، شريطة أن يكون النشاط إقتصاديا، كما فتح المشرع ضمن هذا الأمر مجال الاستثمار في بعض القطاعات التي كانت تحتكرها الدّولة والمؤسسات العمومية التابعة لها بعد الحصول على رخصة من السلطات المعنية.

ولقد عرف المشرع الجزائري الاستثمار ضمن هذا الأمر دون التطرق إلى الشراكة أو الاستثمار الأجنبي أو تعريف عقود الاستثمار الدولي غير أن التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للاستثمار يعتبر تعريفا غير دقيق وذلك لتنوع المجالات وكذلك العمليات الاستثمارية وقد حدد ما يقصد بالاستثمار في الأمر رقم 01/03 المتعلق بتطوير الاستثمار في المادة 02 منه كمايلي : « يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر، إقتناء أصول تندرج في إطار إستحداث نشاطات جديدة أو توسيع الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة، المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية، إستعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية [1]».

2) في الإتفاقيات الثنائية: بخلاف القوانين الداخلية تتضمن الإتفاقيات الثنائية تفاصيل حول عملية الاستثمار سواء فيما يخص مفهوم الاستثمار أو مجال تطبيق الإتفاقية وعند التمعن في الإتفاقيات الثنائية نجد أن معظمها يحتوي على تعريف للاستثمار ومنها مثلا تلك التي تربط فرنسا بالعديد من الدول النامية والتي تعطي للاستثمار معنى موسع، إذ تنص على أنه يشمل الأموال والحقوق والمصالح من أي طبيعة كانت وتتمثل عموما في:

- ✓ المنقولات والعقارات وكذلك الحقوق العينية مثل الرهن وحق الإنتفاع والحقوق المماثلة... الأسهم وعلاوات إصدار السندات وأشكال أخرى من الإسهام ولو كانت أقلية أو غير مباشرة في الشركات التي تنشأ على إقليم أحد الأطراف[2].
- ✓ السندات والديون والحقوق في خدمات ذات قيمة إقتصادية.
- ✓ حقوق التأليف وحقوق الملكية الصناعية مثل براءات الإختراع والإجازات والعلامات التجارية أو مجسمات صناعية والطرق التقنية والأسماء التجارية والزبائن.

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 85.

[2] عيبوط محند وعلي، المرجع نفسه، ص 86.

✓ الإمتيازات الممنوحة بقوانين أو عقود، خاصة التي نراها في ميدان التنقيب أو الزراعة أو استخراج المعادن أو إستغلال الموارد الطبيعية.

وتظهر جليا النية في توسيع مفهوم الاستثمار، ويلاحظ من خلال التعريف، وإن كان يأخذ بعين الإعتبار المساهمة، إلا أنه لا يشترط أن تكون المساهمة متوسطة أو طويلة المدى ولا أن تكون العوائد مترتبة عن استغلال المشروع، ويكون بذلك المفهوم موسعا جدا ومفتقرا تماما للدقة القانونية [1].

الفرع الثاني:

الأشكال القانونية للاستثمار الأجنبي :

بالنسبة للدّول المستضيفة، تعتبر هذه الاستثمارات الأجنبية ذات منفعة بالنسبة لنمو إقتصادها الوطني، لهذا السبب غالبا ما تعمد الدّول إلى فتح مجال حدودها الوطنية والسّماح بوصول أكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال على ترابها الوطني، كذلك ما يتبع ذلك من توفير السلع والخدمات والمعرفة والتكنولوجيا التي ترافق هذه الاستثمارات والواردة من الخارج، وتترجم غالبا هذه الاستثمارات في الواقع عبر تطبيق مجموعة مختلفة ومتباينة من النصوص والتنظيمات القانونية الخاصة، فقد يأخذ الاستثمار صورة إنشاء شركة تجارية في الدّولة المستضيفة أو عن طريق الإقتناء الكلي أو الجزئي لأصول شركة وطنية وقد يتمثل في عملية إدماج شركة وطنية ضمن أصول شركة أجنبية كذلك بالنسبة لإنشاء فرع شركة أجنبية في الدولة المستضيفة أو إنشاء مكتب لتمثيل علامة تجارية معينة أو لإستغلال حقوق ملكية صناعية أو فكرية معينة، إلخ.....

وينقسم الاستثمار الأجنبي الخاص عادة إلى شكليين رئيسيين هما الاستثمار الأجنبي الغير مباشر والاستثمار المباشر، وذلك بحسب قدرة المستثمر على السيطرة والرقابة على المشروع وإتخاذ القرار في الإدارة.

أولا: الاستثمار الأجنبي غير المباشر :

ينحصر في هذا النوع من الاستثمار دور المستثمر الأجنبي في تقديم رؤوس الأموال

[1] قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص19- 21.

إلى جهة معينة في الدولة المضيفة قصد قيامها بالاستثمار دون أن يكون له أي دور سواءا في التسيير أو الرقابة على المشروع وهي تأخذ في الغالب صورة قروض تقدمها الهيئات الخاصة والأفراد أو صورة شراء الأسهم والسندات الدولية طويلة المدى، أو تمويل للمشروعات المزمع إنشاءها من قبل الدولة فلا يترتب عن مثل هذه الاستثمارات نقل المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجيا الحديثة للدول المضيفة. [1]

ومن الاستثمار غير المباشر نجد ما يكون في شكل قروض أو إكتتاب عن طريق السندات ذات الفوائد الثابتة أو الأسهم دون التحكم في المشاريع الاستثمارية وذلك ما يدعى باستثمار الحافظات.investissement de portefeuille [2]

ثانيا: الاستثمار الأجنبي المباشر:investissement direct

يتميز هذا الشكل من الاستثمار في أن المستثمر الأجنبي يهيمن على حق الرقابة الكاملة أو شبه كاملة على النشاط الاستثماري للمشروع وهو يأخذ غالبا شكل إقامة مشاريع أو المشاركة في إقامتها، ويعتبر هذا النوع من الاستثمار هو الغالب، نظرا لتضاؤل الاستثمار الغير مباشر خاصة مع تزايد التأثيرات المباشرة للعولمة الإقتصادية في معظم دول العالم بما في ذلك الدول النامية أو الأقل نموا، والتي سارعت إلى تقنين أنظمتها بهدف جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة وتنظيم التعامل معها.

لقد تطرقت مختلف الهيئات الدولية إلى تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر مثل هيئة الأمم المتحدة للتجارة والتطور(CNUDCI) ، منظمة التطور والتعاون الإقتصادي الدولي (OCDE)، البنك الدولي أو مجلس النقد الدولي(FMI) ، وهي تطرقت لهذا النوع من الاستثمارات تحت تسمية الاستثمار الخارجي أو الأجنبي المباشر(IDE) ، بتعريفات متباينة، فهي تعرفها بكونها كل العمليات التي بواسطتها يقوم مستثمر أجنبي مقيم بالدولة، دولة جنسيته (بإقتناء أصول في بلد أخر) الدولة المضيفة أو المستقبلة (مع الرغبة في إدارته وفرض رقابته عليه.

---

[1] عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، **تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة**، طبعة 2014، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، ص 167.

[2] قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص27.

والمعيار الذي يسمح بإضفاء صفة الأجنبي على الاستثمار هو مقر إقامة المستثمر وليس جنسيته، بحيث يعتبر أجنبيا الاستثمار الذي ينجز على إقليم دولة من طرف شخص غير مقيم بها أو يكون متمتع بجنسية أجنبية [1].

يمكن تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه «**إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجانب، أو ملكية حصص تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات، أو تعطيهم حق المشاركة في هذه الإدارة، ويقوم المستثمرون الأجانب بهذا النوع من الاستثمار من خلال إيجاد فروع الشركات الأجنبية الأصلية أو شركات تابعة أو مشروعات مشتركة**[2]»

وهناك تعريف أخر للاستثمار المباشر بأنه « **تلك العملية التي تقوم من خلالها منشأة ما بالاستثمار في مشروعات تقع خارج موطنها الأصلي، بقصد المشاركة الفعلية وممارسة قدر من التأثير على عملية تلك المشروعات**» [3].

وقد أصبح الاستثمار عن طريق مشاركة رأس المال الوطني مع الأجنبي أسلوبا مفضلا من جانب كثير من الدّول المضيفة لرؤوس الأموال الأجنبية الخاصة ومعظم الدّول النامية تأخذ بفكرة رأس المال الوافد إليها فيما تقوم به من مشروعات، ويتم ذلك من خلال النص في قوانينها الداخلية على ضرورة إشراك القطاع العام أو الخاص الوطنيين في رأس المال المشروع الأجنبي وتتحدد نسبة المشاركة في ضوء القانون الداخلي للدّولة المضيفة.

ويتميز هذا الشكل من الاستثمار بأن المستثمر الأجنبي يملك فيه حق الرقابة الكاملة أو شبه الكاملة على نشاط المشروع، وهو يتخذ غالبا شكل إقامة مشروعات استثمارية أو المشاركة فيها، وعلى الرغم من أن الاستثمار الأجنبي بشكليه المباشر وغير المباشر مازال قائما، إلا أن هذا الأخير أصبح الشكل السائد، حيث نرى اليوم عدد كبير من البلدان النامية تسعى إلى جذبه بشتى الطرق بما يترتب عليه من نقل التكنولوجيا الحديثة والخبرات الفنية والمهارات التنظيمية إلى الدولة المضيفة، لذلك فإن الاستثمار المباشر هو المقصود بالدراسة هنا.

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 90.

[2] عثمان ناصر عثمان، **ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية**، ط1، 2009، دار النهضة العربية، القاهرة، ص20.

[3] عمر صقر، **العولمة وقضايا إقتصادية معاصرة**، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000-2001، ص ص 47،48.

هكذا فإن الاستثمار الأجنبي المباشر هو إنتقال رؤوس الأموال الأجنبية مقترنة بعنصر التنظيم والإدارة إلى الدّولة المضيفة، بحيث يترتب عليه إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجانب أو ملكية حصص تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات أو تعطيهم حق المشاركة في الإدارة.

ويتم تحديد الشكل القانوني للمشروع المشترك بالنّظر إلى إنتماء المساهمين فيه، إما إلى القطاع العام، وإما إلى القطاع الخاص، فإذا كان جميع المساهمين في المشروع ينتمون إلى القطاع الخاص، فيأخذ المشروع شكل الشركة الوطنية العادية التي تنص عليها قوانين البلد المضيف وفي حالة عدم وجود نص في قوانين البلد المضيف يحدد الشكل القانوني الذي يجب أن يأخذه المشروع المشترك، فالأمر يرجع إلى إرادة المساهمين في تحديد الشكل القانوني الذي يرونه مناسبا لمشروعهم.

أما في الحالة التي تكون فيها الحكومة أو إحدى الهيئات العامة في الدولة هي المشاركة للمستثمر الأجنبي فيتم تحديد الشكل القانوني للمشروع المشترك بالإتفاق بين الأطراف المشتركة، ويقوم المشروع في شكل«شركة وطنية ذات نظام دولي أو شبه دولي»، أي في شكل شركة دولية أو مؤسسة دولية وتخضع للأحكام الواردة في الإتفاق الدولي.

المطلب الثاني:

تمييز عقود الاستثمار الدّولي عن العقود الأخرى المشابهة.

نتطرق من جهة إلى مختلف العقود التي تبرمها الدّولة بإعتبارها طرفا فيها(الفرع الأول) ونتطرق من جهة أخرى إلى ماهية عقود الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الدولة كطرف في إبرام عقود مع الطرف الأجنبي

تتدخل الدولة والمنظمات الدولية في مجال التجارة الدولية أو الاستثمار ليس بإعتبارها سلطة عامة وتنظيمية، بل يتعدى ذلك فدورهما لا ينحصر في تنظيم المبادلات الإقتصادية الدولية فحسب، بإعتبارهم فاعلين فيها، كونهم يمارسون علاقات تعاقدية مع الأشخاص الخاصة.

عمليا، يمكن الجزم على أن جزءاً معتبراً من العقود المبرمة على المستوى الدولي تكون الدول والأشخاص العامة التابعة لها طرفا فيها ومن تلك العقود عقود الدولة والأشخاص العامة التابعة لها.

تتحمل الدول وكذلك الأشخاص العموميين الداخليين الآخرين مسؤولية إبرام عقود التجارة الدولية [1]، كما هو الحال على سبيل المثال عندما تشرع الدولة في شراء الأسلحة من مورد أجنبي، أو عندما تستأجر سفينة تجارية في نفس الظروف. ولكن الأمر نفسه ينطبق عندما تكون هيئة عامة مسؤولة عن نقل الغاز المنتج على الأراضي الوطنية إلى الخارج، أو عندما تتحصل هيئة سلطة محلية على قرض من مؤسسة مصرفية أجنبية [2].

لكنه بموجب إجتهاد Peryot، تعتبر بعض العقود مثل تلك المتعلقة بإنشاء وشق الطرق، عقودا إدارية، سواء كانت الإدارة هي التي أبرمت العقد أو أبرمه أشخاص خاصون، إذ يعتبر أن هؤلاء الأشخاص إنما يعملون لحساب الإدارة [3].

أيا كان موضوع هذه العقود، فمن أجل تحديد نظامها القانوني، يجب أولا وقبل كل شيء فحص النظام القانوني للأشخاص العامة المتعاقدة، غير أنه وبوجود قانون العقود الإدارية للنظام القانوني الأصلي الخاص بالسلطة العامة المتعاقدة قد يمارس هذا النظام تأثيراً على نظام العقود الدولية الخاصة بها، هذا هو الحال بشكل خاص بالنسبة للعقود الدولية للدولة الفرنسية أو بشكل عام الدول التي تأثر نظامها القانوني بالقانون الفرنسي، قد يكون هناك بعد ذلك تباين معين بين الطبيعة العامة أو الإدارية لهذه العقود فيما يتعلق بالنظام القانوني للدولة المتعاقدة والتي تعتبر في الحقيقة علاقة تجارية دولية من وجهة نظر اقتصادية، حتى لو كانت مؤهلة كإدارية بموجب قانون الشخص العام المتعاقد، يمكن أن تشكل هذه العقود معاملات تجارية.

وفي قضية sapphire تعرض المحكم cavin إلى تعريف المقصود بالعقود الإدارية الدولية، فذهب إلى أنّه «عقد يبرم بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام، وشركة تجارية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، وموضوع هذا العقد لا ينصب على العمليات

---

[1] Le phénoméne n'est pas récent : G.Cistac **« Une histoire juridique de l'Etat contractant dans le commerce international »** ;Annale Univercitaire des sciences sociales de toulouse,1995, p171.

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, P 189.

[3] إلياس ناصيف، **العقود الدولية عقد البوتB.O.T في القانون المقارن**، الطبعة الأولى 2006، مكتبة الحلبي، بيروت، لبنان، ص 70.

التجارية العادية، لأنه يلزم الشركة صاحبة الامتياز بالقيام باستثمارات ضخمة، واقامة منشأت لها طابع الدوام، ويتضمن شروطا غير مألوفة مثل المعاملة الضريبية الخاصة للشركة المتعاقدة»[1].

في الواقع، في إطار العلاقات التجارية الدولية، تكون الدولة مثل الهيئات العامة التابعة لها، مقبلة على إبرام عقود القانون الخاص أو عقود القانون العام، أي تعتبر كذلك فيما يتعلق بالنظام القانوني الخاص بتلك العقود، أما فيما تعلق بعقود القانون الخاص ليس لديها خصوصيات وتخضع لنفس المبادئ مثل العقود الدولية للأشخاص الخاصة، من ناحية أخرى، فالعقود الإدارية الدولية تخضع لنظام مختلف بشكل كبير وأدى هذا النظام إلى ظهور مفهوم عقد الدولة، ولا بد من دراسة القروض الدولية للأشخاص العامة ولكن قبل الشروع في دراسة هذه الأنظمة التعاقدية المختلفة، من المستحسن عرض آلية الدعوات الدولية للمناقصات، والتي غالبا ما تسبق إبرام مثل هذه العقود[2].

أولا: عقود الاستثمار الدّولي والعقود الإدارية الدولية:

عرّف الفقيه Piere Regli العقود الإدارية الدولية على أنها «**عقود طويلة المدة طرفاها هما الحكومة أو جهاز تابع لها من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود باستثمارات ضخمة، وتتضمن شروطا ومزايا غير مألوفة**»[3].

في مفهوم العقد الإداري الدولي أنه هناك العديد من الأنظمة القانونية الوطنية التي تختص بالعقود المبرمة من طرفها والهيئات العامة التابعة لها مختلفة عن الأنظمة القانونية للأشخاص الخاصة، ويمنح هذا القانون الإداري للعقود للسلطة العامة العديد من الامتيازات ويخصها بنظام إستثنائي والذي يضعها في وضعية متميزة مقارنة بالطرف المتعاقد معها، وبشكل عام، فهناك عدة أنواع من العقود الإدارية مثل: الصفقات العمومية، عقود الامتياز، والشراكة بين القطاعين العام والخاص،.... إلخ [4].

---

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة**، طبعة 2008، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص 62.

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, P 190.

[3] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 61.

[4] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, P 203.

قد تكون هذه العقود ذات طبيعة دولية، ولا سيما بسبب الجنسية الأجنبية للطرف المتعاقد مع الإدارة أو عندما يكون مكان تنفيذ العقد بالخارج.

يلاحظ أن المعيار السائد فقها وقضاءا هو معيار الجنسية في تحديد تمتع هذه الشركات (الطرف المتعاقد) بالصفة الوطنية أو الأجنبية، وبالتطبيق على ذلك يمكن القول بأن الصفة الأجنبية تلحق بكل شركة لا تتمتع بجنسية الدولة المتعاقد معها[1].

ومع ذلك، فإن التساؤل المطروح بعد ذلك هو ما مصير النظام الإستثنائي المنصوص عليه في القانون الإداري للسلطة العامة المتعاقدة أمام النظام الدولي أي نتساءل عن إمكانية تطبيق قانون أجنبي على مثل هذه العقود [2]، أو حتى في حالة نشوء نزاع رفع دعوى أمام محكمة أجنبية، فإن الأمر يتعلق في نهاية المطاف بنقل منهجية القانون الدولي الخاص إلى هذه العقود، والتي تطبق عموما على العقود الدولية للأشخاص الخاصة، هذا هو التساؤل المطروح.[3]

في الواقع، إمكانية إخضاع العقود الإدارية الدولية لقواعد القانون الدولي الخاص يطرح إشكالية أن النظام القانوني للشخص العام المتعاقد قد يختلف عن النظام القانوني الأجنبي، كذلك بسبب إختصاص القانون الإداري في المسائل القانونية أو القضائية أمام العقود العامة الدولية المبرمة من طرف الإدارة، هذا القانون العام يمنع عرض تلك العقود للقوانين الدولية أو النزاعات المنبثقة عنها على القاضي الأجنبي طبقا لقواعد القانون الدولي الخاص.

لكنه من وجهة نظر أخرى، أكثر شمولية، فإن هذا الإختصاص الحصري لهذا القانون على العقود الإدارية يتميز نوعا ما بالنسبية، فهي ليست ملزمة أمام سلطة قضائية أجنبية التي بدورها ليست مجبرة مبدأيا على إحترامها، هذا ما يحدث بالنسبة لكل من العقود الإدارية الدولية المبرمة من طرف الهيئات العامة الفرنسية وتلك المبرمة من طرف الهيئات العمومية الأجنبية.

---

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 94.

[2] H.Slim **« les contrats d'état et les spécificités des systèmes juridiques dualistes »,** Revue ARB, 2003 p691-718.

[3] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, PP 202-207.

لكن تظل الحقيقة أنه من وجهة نظر أكثر عمومية، فإن هذا الإختصاص المعلن على أنه حصري يصطدم بالضرورة بنسبية معينة، وهي ليست ملزمة لسلطة قضائية أجنبية، من حيث المبدأ، لإحترامها، فإن هذه الملاحظة صحيحة لكل من العقود الإدارية الدولية المبرمة من طرف الهيئات العامة الفرنسية وتلك التي أبرمتها هيئات حكومية أجنبية [1].

أ- **العقود الإدارية الدولية للأشخاص العمومية الفرنسية:** الدولة الفرنسية وكذلك الأشخاص العموميين الآخرين يبرمون عقودا دولية، قد يتم وصفها طبقا لمعايير القانون العام الفرنسي بالعقود الإدارية، فعلى سبيل المثال، نلاحظ وجود الصفقات العمومية أو عقود الإمتياز أو عقود القرض أو الضمان أو حتى شراكات أو تعاون ذات طابع دولي.

حسب النظام القانوني الفرنسي، فإن هذا النوع من العقود، حتى وإن مسها العنصر الأجنبي فإنها تخضع للقانون الإداري الفرنسي[2]، وفي حالة وجود نزاع، يعتبر القاضي الإداري مختصا حصريا في الفصل فيه[3]، وفي قرار قضائي قديم، أكد مجلس الدولة أن عقد الصفقات العمومية المبرم من طرف الإدارة الفرنسية لا يمكن إعفاؤه من إختصاص القانون الفرنسي ومن الولاية القضائية للقاضي الإداري الفرنسي، حتى في حالة إبرامها أو تنفيذها في الخارج. لكنه لا بد من التشكيك من الإختصاص الحصري سواءا القضائي أو التشريعي، على الأقل من ناحيتين:

من الناحية الأولى، إذا كان العقد الإداري لا يندرج ضمن المفهوم المستقل « للمادة الإدارية» بالمعنى المقصود في المادة 1-1 من اللائحة 2012/1215 الصادرة في 12 ديسمبر 2012 والمعروفة بإسم «بروكسل 1 مكرر»، أو إتفاقيــة لوغانـو convention» «de lugano التي تمت مراجعتها في 30 أكتوبر 2007، فإن العقد الإداري يدخل ضمن الإختصاص الموضوعي للنص القانوني لكل من هاته الإتفاقيتين. ويترتب على ذلك على وجه الخصوص، أن البند الذي يمنح الاختصاص القضائي المدرج في عقد إداري أبرمته

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, P 204.

[2] Les contrats internationaux de droit privé des personnes publiques françaises peuvent en revanche relever sans difficulté d'une loi étrangère : Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, P 204.

[3] Pour les litiges nés hors des territoires soumis à la juridiction des tribunaux administratifs français c'est-à-dire en dehors des frontières nationales, l'article R.311-1, 6°, du code de justice administrative en attribue la compétence directe au conseil d'état.

هيئة عامة فرنسية لصالح محكمة دولة أخرى عضو في الاتحاد الأوروبي أو رابطة التجارة الحرة الأوروبية، سيعتبر سببا لعدم إختصاص القاضي الإداري الفرنسي[1].

وينتج عن ذلك كذلك أن أي قرار صادر عن محكمة من إحدى هذه الدول الأعضاء المختصة على أساس أحد هذه النصوص قد يتم الإعتراف به على الأراضي الفرنسية، إذا فالإختصاص الحصري للقاضي الإداري الفرنسي لا يمكنه التعارض مع هذا الإعتراف. بعد ذلك، حتى خارج نطاق الاختصاص الموضوعي للائحة بروكسل مكرر 1، أو اتفاقية لوغانو، أصبح موقف القاضي الإداري من حيث المبدأ فيما يتعلق بالطبيعة الحصرية للإختصاص الإداري الفرنسي أكثر مرونة.

ومن الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية الفرنسية قضية «حبيب بشارة» والتي تتلخص في وقائعها في أنه تم إبرام عقد بين الجيش الفرنسي في لبنان والسيد حبيب بشارة لتوريد أكياس بريدية للجيش، وقد قام السيد حبيب بشارة بتنفيذ إلتزامه، إلا أن الجيش الفرنسي لم يقم بصرف المستحقات المالية في المواعيد المتفق عليها مما أجبر السيد حبيب بشارة لإقامة دعوى أمام مجلس الدولة الفرنسي طالب فيها بمستحقاته وفوائد التأخير وعندما تعرض مجلس الدولة لهذه القضية كان عليه أن يفصل في مسألة أولية وهي هل العقد المبرم بين جهة الإدارة وشخص أجنبي (السيد حبيب بشارة) هو عقد إداري؟ وأنتهى المجلس إلى أن هذا العقد إداري أبرم لصالح الحكومة الفرنسية، ويختص مجلس الدولة الفرنسي بتحديد الأثار المترتبة عليه[2].

في أحدث حالة له، يميل الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن العقود التي أبرمتها الهيئات العامة الفرنسية والتي يتم تنفيذها في الخارج يمكن أن تكون خاضعة وبشكل صحيح لقانون أجنبي يتم إختياره، وبذلك، فإنه يفلت من اختصاص القانون الإداري الفرنسي وسلطة قاضيه، وفي حالة وجود نزاع، يمكن بالتالي عرضه على القاضي الفرنسي أو على قاض أجنبي يتم إختياره، من ناحية أخرى، يبدو أن الفقه الإداري يعتبر أنه في غياب مثل هذا الاختيار، تظل هذه العقود خاضعة للقانون الإداري الفرنسي ولقاضيه، وبعبارة أخرى، فإن

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, P 205.

[2] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 116.

قواعد القانون الدولي الخاص التي تسمح بتعيين القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود خيار لا يبدو أنه يتم إعمال قواعده في هذه الحالة[1].

ومع ذلك، فإن الوضع يختلف عندما يمكن للقاضي الإداري الاعتماد على المفهوم المستقل لـ "المادة الإدارية" كما تم تطويرها بمناسبة تفسير لائحة بروكسل-1 للحكم على أن هذه العقود يجب اعتبارها تقع ضمن نطاق التطبيق من حيث الاختصاص الموضوعي للقانون 2008/593 بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية (روما 1)[2].

ب . العقود الإدارية الدولية للجهات العامة الأجنبية.

مثلها مثل الهيئات العامة الفرنسية، تبرم الدول الأجنبية أو بعض هيئاتها العامة أيضا عقود دولية ومن الممكن أن يرى نظامها القانوني الأصلي إخضاع هذه العقود لنظام إستثنائي بموجب القانون العام.

ومع ذلك، فكما أن العقود العمومية للهيئات العامة الفرنسية تخضع من حيث المبدأ للقانون والقضاة الفرنسيين، فإن عقود الهيئات العامة الأجنبية تخضع لقانونها الوطني وقضائها. السؤال الذي يطرح نفسه، مع ذلك، هو معرفة ما إذا كان من الممكن الحد من نطاق هذا الاختصاص والولاية القضائية من حيث المبدأ.

بالنسبة للإختصاص التشريعي، يمكن للأطراف التعبير عن الرغبة من إخراج العقد من قانونه العام الأصلي من خلال إخضاعه لقانون أجنبي آخر، ومع ذلك، فإن مثل هذا البند لن يكون ذا فائدة حقيقية إلا إذا كان قانون الهيئة العامة المتعاقدة يأذن بتنفيذ قانون مستقل لعقودها العامة.

فيما يتعلق بالاختصاص القضائي، من الممكن التساؤل عن إمكانية الإبتعاد من محاكم الهيئة العامة المتعاقدة، على وجه الخصوص، لتقديم نزاع ناشئ عن أحد هذه العقود العامة إلى القضاء الفرنسي، على أية حال، من الواضح أنه لا يمكن أن يكون القاضي الإداري الفرنسي لكون العقود العامة الأجنبية لا تندرج ضمن اختصاصه القضائي، من ناحية أخرى، فإن الإحالة إلى القاضي الفرنسي ممكنة بشرط إسنادها إلى قاعدة فرنسية للولاية القضائية الدولية.

---

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, P 206.

[2] En faveur de l'application de la convention de Rome du 19 Juin 1980 ou du Règlement Rome 1 aux contrats administratifs internationaux : Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 206.

ومع ذلك، إذا أبرمت الدولة الأجنبية بنفسها أو عن طريق هيئة تابعة لها أو نيابة عنها للعقد العام محل النزاع، فسيخضع الطلب لمسألة الحصانة من الولاية القضائية.

ثانيا: عقود الاستثمار الدولي وعقود القرض الحكومي الدولي.

أ- **التمويل الخارجي** : تحتاج جميع دول العالم إلى تمويلات ضخمة، ولهذا تلجأ إلى الاقتراض، وبإمكانها إبرام عقود القرض مع أشخاص وطنية، أي من الدولة الساحبة للقرض ولا سيما مؤسسات الإئتمان، في هذه الحالة تعتبر عقوداً داخلية.

لكن غالبا ما تلجأ الدول إلى المقرضين خارج حدودها الوطنية، في هذه الحالة تأخذ إتفاقية القرض منحاً دولياً، وتختلف طبيعة هذا النوع من الإتفاقيات والنظام المرتبط بها وفقا لطبيعة المقرض، سوف نميز إذاً بين المقرضين الدوليين من المقرضين الوطنيين[1].

القروض أمام الأشخاص الدولية:

القروض بين الدول: للدولة الراغبة في الحصول على قرض إمكانية أولى تتمثل في التوجه إلى أشخاص القانون الدولي العام، ومنها إلى دول أخرى ويسجل هذا النوع من القروض ما بين الدول في إطار التنمية كمساعدات من دول الشمال إلى دول الجنوب، ويمكن أن يكون أيضا وسيلة لمساعدة دولة تمر بأزمة مالية.

في كلتا الحالتين، تشكل إتفاقيات القروض معاهدات تخضع لقواعد القانون الدولي العام، لا يمكن أن يكون الأمر غير ذلك في حالة الإتفاقيات بين الدول، أي بين الأشخاص الخاضعين لهذا القانون الدولي العام، وفي حالة عدم السداد هناك ألية إعادة الهيكلة غير رسمية مع نادي باريس[2].

ويمكن إعتبار عقود القرض عقودا إدارية ففي قضية Dame Langlois أين تتلخص وقائع القضية بعقد قرض يتضمن شرط الدفع بالذهب أبرمته الحكومة الفرنسية في الولايات المتحدة الأمريكية في الفترة مابين الحرب العالمية الأولى والثانية، وينتهي عام 1941 وقد تم تأجيله لما بعد الحرب، نظرا لظروفها، وفي عام 1947 طالب حاملوا السندات بدفع قيمتها إما بالذهب أو بالفرنك الفرنسي، طبقا لقيمتها يوم المطالبة بها، ولما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي تمسك وزير المالية الفرنسي بإعمال القانون

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, P 219.
[2] Ibid, P 220.

الأمريكي الصادر في عام 1933، والذي أبطل شرط الدفع بالذهب. وقد تعرض مجلس الدولة الفرنسي لتكييف هذا العقد، وأنتهى إلى أن العقد المبرم بين الحكومة الفرنسية ومواطني الولايات المتحدة الأمريكية هو عقد إداري[1].

قروض من بنوك التنمية متعددة الأطراف:

للحصول على تمويل يمكن للدولة أيضا التقدم بطلب أمام المنظمات الدولية المنشأة خصيصا لهذا الغرض، من الواضح أن البنك الدولي، ولاسيما من خلال البنك الدولي للإنشاء والتعمير (BERD) والمؤسسة الدولية للتنمية (IDA)، هما أحد أهم المقرضين من هذا النوع، كما نذكر أيضا جميع بنوك التنمية متعددة الأطراف ذات البعد الإقليمي.

وتبرم هذه المنظمات الدولية إتفاقيات الإقتراض مباشرة مع الدول، أو كيان تابع لها مثل الدولة الفيدرالية أو مجموعة إقليمية أو هيئة عامة تابعة لها، أو حتى شركة عامة تابعة للدولة، وعلينا بالتمييز إعتمادا على الهيئة الراغبة في الإقتراض، لأن إتفاقية القرض والنظام القانوني التابع لها ليسا حتما متوافقين، لا يمكن الإنكار أن اتفاقيات القروض المبرمة بين المنظمات الدولية والدول المقترضة تخضع للقانون الدولي العام، بما أن كلا الطرفين يخضع لهذا القانون، فإن هذه الاتفاقيات تشكل أساسا معاهدات[2].

وتعمد بعض المنظمات المقرضة إلى إدراج بنود في إتفاقيات الإقراض الخاصة بها، التي من شأنها تطبيق القانون الدولي العام على هذه الإتفاقيات، لمنع أي إلتباس بشأن القانون الواجب التطبيق مثل البنك الدولي الذي إختار أن يدرج في قروضه بند يستبعد تطبيق أي قانون وطني، قانون الدولة المقترضة أو قانون أية دولة أخرى، ومن الصعب تحديد أهلية الاتفاقية والنظام القانوني التابع لها عند إبرام القرض مع شخص عام تابع للدولة، مثل دولة اتحادية أو سلطة محلية أو حتى شركة عامة، أي شركة القانون الخاص التي تحتفظ بها الدولة، حتى إذا تم إبرام اتفاقية القرض مع هذا النوع من الأشخاص، فتخضع وجوبا اتفاقية القرض للقانون العام الدولي.

في حالة عدم إدراج مثل هذا الشرط، يمكننا إعتبار أن عقد القرض يندرج ضمن نفس القانون أي القانون العام الدولي، خصوصا عندما يكون خاضعا لإتفاقية الضمان المبرمة

---

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 116.

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, P 220.

بين البنك والدولة التي تتبع لها الهيئة المقترضة مثال عن ذلك في ممارسات البنك الدولي الذي يقوم بإبرام إتفاقيات الضمان بشكل منهجي ويتم الإشارة لها في عقد القرض[1].

ولكن في حالة عدم وجود خيار للقانون الدولي العام أو الخضوع لاتفاقية الضمان المبرمة مباشرة بين الدولة والمنظمة الدولية، فإن القانون المطبق على عقود القروض التي تبرمها الهيئات التابعة للدولة سيكون هو القانون الداخلي، ويتم تحديد القانون الواجب التطبيق إعتمادا على قواعد القانون الدولي الخاص المطبقة بشكل عام على العقود الدولية، وبعبارة أخرى، فالجهة القضائية التي رفعت أمامها القضية سواءا محكمة وطنية أو هيئة تحكيمية هي المكلفة بتحديد هذا القانون بإستعمال قواعد التحديد المعمول بها.

ب-القروض أمام الأشخاص الخاصة الأجنبية:

قروض مؤسسات القرض الأجنبية:

قد تبرم الدولة أو الهيئات العامة التابعة لها عقودا للإقتراض من مؤسسات مصرفية من بنوك أجنبية منشؤها دول أخرى، والعقود الدولية المبرمة لهذا الغرض ليست لها ميزة خاصة، فسيكون الإختيار للأطراف المتعاقدة لإخضاع هذه العقود لقانون الدولة الطرف في العقد أو أي قانون أجنبي أخر، وفي حالة إنعدام الخيار حول القانون الواجب التطبيق، فإن الجهة المكلفة بالنظر في النّزاع، سواء كانت محكمة أو هيئة التحكيم، ستحدد القانون الواجب التطبيق وفقا للقواعد المعمول بها في المحكمة[2].

القروض الإلزامية:

تلجأ الدول لتحقيق التوازن في ميزانيتها العامة أو تمويل تطوير بنيتها التحتية، أن تطلق عمليات الإقتراض العام في الخارج والتي تتمثل في غالب الأحيان في إصدار أوراق مالية إلزامية، والمصطلح الإنجليزي الذي يشير إلى هذا النوع من الأوراق المالية هو مصطلح « sovreign bonds» أي «السندات السيادية» والتي يمكن الإكتتاب فيها من طرف أشخاص خواص، وهناك أيضا الأوراق القابلة للتداول التي تنتقل من يد إلى أخرى وبالنسبة لنفس القرض العام، ويمكن أن يتوزع المكتتبون في الأوراق المالية على العديد من الدول الأجنبية[3].

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, P.221
[2] Ibid,P.222
[3] Ibid, P.223

ولما يتم الإكتتاب في الأوراق المالية، فمن وجهة نظر قانونية فهي تؤدي إلى علاقة تعاقدية بين كل مشترك والدولة المصدرة لها، ويعتبر القانون المطبق على هذه الأوراق المالية في حالة عدم وجود إختيار قانون هو القانون الوطني للدولة المصدرة لها، ولكن في الواقع، كل شيء يعتمد على قواعد تحديد القانون الواجب التطبيق الساري أمام المحكمة التي تنظر في أيّ نزاع محتمل بين الدولة المصدرة والمكتتبين في هذه الأوراق المالية، في حين توافق بعض الدول، من أجل جعل عروض قروضها أكثر «جاذبية» على تقديم سندات دينها صراحة إلى قانون أجنبي، أو حتى منح الإختصاص القضائي، في حالة وجود نزاع إلى السلطات القضائية الأجنبية، كما أن إختيار قانون ولاية نيويورك الأمريكية « New york » مصحوبا بقانون الإختصاص القضائي لمحاكمها أمر شائع جدا في الممارسات العملية، كما في حالة عقد الدولة، فإن القرض يخرج من إختصاص النظام القانوني والقضائي للدولة المقترضة، وهذا ما يطمئن ويشجع المكتتبين[1].

الفرع الثاني:

ماهية عقود الاستثمار الدّولي

مع توسع التجارة الدولية وعقود الاستثمار وتأثير العولمة على جميع نواحي الحياة، نجد أن الدولة أصبحت في كثير من العقود طرفا يتعاقد في مشروعات استثمارية مع شركات خاصة أو مع أفراد : فالدول انتقلت وبشكل كبير إلى مجال التجارة الدولية والاستثمار بعد أن كان حكرا على المؤسسات الخاصة والتجار[2].

ومعظم النزاعات التي قد تنشأ بين حكومات الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية والمستثمرين الأجانب مبعثها في الواقع قيام حكومات هذه الدول بإتخاذ إجراءات انفرادية تؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه الجوهرية على استثماره أو السيطرة عليه أو حتى مجرد الإخلال بالمكاسب المتوقعة من الاستثمار[3].

---

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, P.224

[2] لما أحمد كوجان، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن**، منشورات زين الحقوقية، 2008، ص 11.

[3] خالد كمال عكاشة، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والإتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 80.

أدت الظروف والتطورات الإقتصادية داخل الدولة أو بين الدول بعضها مع البعض إلى تأخر قيام العديد من المشروعات الإقتصادية،[1] جزء مهم من المبادلات الإقتصادية الدولية مشكلة من عمليات استثمارية، التي بموجبها يتحصل المستثمر الأجنبي على عوائد إقتصادية مستمرة على إقليم دولة ليست دولته، كذلك الحال عند الاستثمار في الموارد الطبيعية (المنجمية، البترولية، الغازية، إلخ....) تمنح لمجمع أجنبي، الأمر نفسه ينطبق على إنجاز المشاريع الصناعية الكبرى أو تشييد وإستغلال البنيات التحتية [2].

وتحظى عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب بغرض الحصول على الاستثمار الأجنبي للمساهمة في تحقيق تنميتها الإقتصادية بأهمية كبيرة، ويرجع ذلك إلى الدور الذي تلعبه في الإقتصاد القومي لكل من الدول المضيفة للاستثمار والدول التي يتبعها المستثمرون، فهي بالنسبة للدول المضيفة، والتي هي غالبا ما تكون من الدول النامية، والتي يتم بواسطتها بناء الهياكل الإقتصادية الثابتة للدولة، تنظيم بنيتها الأساسية، وإدارة مرافقها العامة على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا ورئيسا في تحقيق حصتها الإقتصادية[3].

غالبا ما يتطلب هذا النوع من العمليات إبرام المستثمرين الأجانب لعقود مع الدولة المضيفة أو الهيئات التابعة لها وقد عرفت تطورا كبيرا فتقوم الممارسة بتطوير أشكال تعاقدية جديدة في هذا الصدد فمن حيث البنية التحتية، هناك ما يسمى بعقود البوت أي عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية **les contrats dit build,opérate,transfert (BOT)** والتي كثيرا ما تستخدم[4].

وقد تأخذ هذه العقود صورة التصميم والتمويل والبناء والتشغيل والتملك، وفي هذا النوع من المشروعات يتحمل المستثمر كافة مخاطر المشروع التجارية ويكون مالكا له طول مدة الترخيص التي تنتهي بنقله إلى ملكية الدولة[5].

---

[1] فاضل حسن صالح الزهاوي، **المشروعات المشتركة وفقا لقوانين الاستثمار**، دون نشر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1984، ص 33.

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p208.

[3] حفيظة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول الأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص19.

[4] W.Ben Hamida, **« les contrats BOT à l'heure du nouveaux droit des investissement internationaux »** in **les aspects nouveaux du droit des investissement – New Aspects of international Investment Law**, Ph Kahn et Th.Walde , Académie de droit international de la Haye, 2007,p275-308.

[5] حسان نوفل، **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، دار هومة للنشر، الجزائر، د،س،ط، ص29.

إلى جانب تعديلات نموذج العقد على المشروع المقترح، فإن هذا النوع من العقود ينص على بناء هيكل من قبل المستثمر وتشغيله لفترة معينة ثم نقل ممتلكاته إلى الدولة المتعاقدة.

في الآونة الأخيرة، ولكن في منظور مماثل يتمثل في جعل الطرف الخاص يدعم تمويل البنية التحتية، ظهرت شراكات بين القطاعين العام والخاص **partenariats « PPP » public –privé**[1] بما يتماشى مع هذه العقود المسماة **Private Finance Initiative (PFI)** التي ظهرت في بريطانيا العظمى، ولجأ العديد من الدول الآن إلى هذا النموذج التعاقدي، بموجب الشروط التي تطلب سلطة عامة من رجل الأعمال الخاص تمويل تشييد وتسيير إستعمال تجهيزات معينة، مقابل تقاضي الشخص الخاص علاوة من طرف شريكه الشخص العام أو من مستعملي هذه التجهيزات.

وفي مجال آخر أين تبرم عقود ذات أهمية كبرى مع الدول هو بالطبع مجال إستغلال الموارد الطبيعية، كانت ومنذ القدم عقود الإمتياز، المستوحاة من النموذج الفرنسي التي تبرم، وفي الآونة الأخيرة ظهرت عقود إقتسام الإنتاج.

لكن مهما كانت الصيغة المختارة من قبل الأطراف، هذه المجموعة من العقود تمثل خطراً معيناً، بإعتبار الدولة المتعاقدة هي كذلك كيان سيادي، وبذلك بإمكانها التأثير على العقد بفضل هاته الميزة عن طريق تدخل سلطاتها التشريعية والتنظيمية أو عن طريق سلطتها القضائية، وبفضل التفطن لمثل هذا الخطر القانوني المتميز ظهر هذا النوع من العقود الخاصة المسماة عقود الدولة [2].

لتعريف عقود الدولة أو عقود الاستثمار الدّولي الخاضعة لعملية التحكيم يقتضي بنا الأمر الرجوع إلى المراجع الأساسية للتحيكم والتي نجدها أساسا في أبرز مراكز التحيكم الدّولية وكما يتضح من تسمية «المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار» والذي أنشأه البنك الدّولي للإنشاء والتعمير، فقد تخصّص هذا المركز في المنازعات المتعلقة بالاستثمار دون غيرها.

[1] La CNUDCI a consacré des travaux importants à l'émergence d'un cadre normatif mondiale favorable au financement privé d'infrastructures publiques: Disposition législatives type de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé (2003). Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé (2000). Disponible sur :http://www.unicitral.org.

[2]Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p209

أما عن عقود الاستثمار فلقد تعددت المفاهيم والمضامين والآراء المعطاة في صددها وذلك نظرا للخلط الذي وقع فيه البعض بينها وبين العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبيين، وفكرة هذه العقود هي أكثر فكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوافر على خصائص معينة.

وقد وصفت على أنها: « العقود المبرمة من قبل الدّولة أو الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار »[1].

إن عقود الاستثمار هي كل العقود التي تبرمها الدّولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، والتي تتعلق بمباشرة أنشطة تدخل في إطار خطط التنمية الإقتصادية للبلاد، أي أن عقود الاستثمار هي كل العقود التي تكون الدولة التي تقوم بإبرامها مع شخص من الأشخاص التابعيين للقانون الخاص سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين والتي ترتبط بالنشاطات التي تدخل ضمن البرامج التنموية للبلاد [2].

كما وصفت بأنها :«إتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية، بهدف المساهمة في انجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد المصنف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية» ، وكما تعتبر كل العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار[3].

أولا: المفهوم القانوني لعقود الاستثمار الدّولي.

تتميز عقود الاستثمار الدّولي بطبيعة خاصة عن باقي العقود بكونها تساهم في التنمية الإقتصادية للدّول المضيفة عن طرق قيام المستثمرين الأجانب بنقل القيم الإقتصادية إليها عبر الحدود لإقامة المشاريع التي تحتاجها خططها التنموية ومن السمات والخصائص التي تخلق وضعا يكون فيه الطرف الأجنبي دائم المواجهة لسلطة حكومية دائمة التدخل بفضل نفوذها كسلطة سيادية لضمان أن يتحقق الهدف المنشود من تعاقدها مع المستثمر

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 215.

[2] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة...**، المرجع السابق، ص 12.

[3] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة....**، المرجع نفسه، ص 12.

الأجنبي، مما يخلق مشكلة أساسية ملازمة لهذه العقود ألا وهي كيفية التوفيق بين الأهداف والمصالح العامة التي تسعى لبلوغها.

ورغم إهتمام فقهاء القانون والإقتصاد بعقود الاستثمار فإنه لا يوجد تعريف قانوني لها لأن معظم التعريفات إقتصادية أكثر من كونها قانونية، رغم ذلك نقوم بعرض بعض الأراء في تعريف عقود الاستثمار:

فهناك من يعرف عقود الاستثمار بأنها: «العقود المبرمة من قبل الدولة أو الهيئات التابعة لها من طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار»[1].

وتعرف عقود الاستثمار الأجنبي بأنها «كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في خطط التنمية الإقتصادية للبلاد»[2].

كما تعرف عقود الاستثمار الأجنبي بأنها « عقود للقيام باستعمال الأموال في الإنتاج إما مباشرة كشراء الآلات والمواد الأولية أو بطريقة غير مباشرة كشراء الأسهم والسندات لأجل تحقيق ربح يتم توزيعه على الأطراف بحسب النسب المتفق عليها»[3].

كما تعرف بأنها إتفاقيات دولية للاستثمار كمايلي: «إن تعبير اتفاقات الاستثمار عبر الدولية يشير إلى العلاقات القانونية التي تدخل الدولة فيها، والتي تكون عموما من أقطار العالم الثالث، أو شركاتها في إتفاق مع مستثمر أجنبي، والذي عادة ما يكون شركة عبر دولية أو أكثر مما يدخل تحت هذا التحديد، من أجل إقامة مشروع استثماري»[4].

كما تعرف أيضا بأنّها «إتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية، بهدف المساهمة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الإقتصادية

---

[1] Bernandini (p),**the renegotiation of the investment Contracts, I C S I D Revus** F.I.L.J. Vol 13,N2,1998,P411.

[2] ازاد شكور صالح، **الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية (دراسة مقارنة)**، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، د.س.ن، ص28.

[3] يحياوي سمية، **عقود الاستثمار الأجنبي**، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد الثاني عشر، العدد الرابع (ديسمبر 2019)، ص ص 212-222.

[4] Peter (w) : **Arbitration and Renegotiation of international Investment Agreements** ; Kluwer law international, 1995, The Hague, London, England ,p211.

أنظر أيضا : بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة....**، المرجع السابق، ص12.

والإجتماعية للبلد المضيف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية»[1].

وهناك تعريف أخر «تلك العقود التي بمقتضاها يتم إنتقال رأس المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة على نحو مباشر، وتستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام، وذلك بأن يقوم المستثمر الأجنبي مباشرة بإنشاء مشروع تجاري في الدولة المضيفة إما بنفسه، أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني» [2].

كما وصف الأستاذ Dupuy في تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية هذه العقود بأنها : «عقود تنمية إقتصادية لها أهمية بالنسبة للدول المضيفة، وتخلق نوعا من التعاون الطويل المدة بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي، وتتضمن نصوصا تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة» [3].

ويظهر لنا من خلال التعاريف السابقة أن نماذج هذه العقود تتعدد بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية، وذلك بهدف تحقيق التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة والربح للمستثمر الأجنبي.

ولتحديد المقصود بعقود الاستثمار الدولية لا بد من الرجوع إلى مختلف المصطلحات التي تطلق على هذا النوع من العقود ونذكر منها مصطلح العقود الدولية للاستثمار أو عقود الاستثمار الدولية ومصطلح عقود التنمية الإقتصادية ومصطلح عقود الاستثمار الأجنبي وفي دراستنا وقع إختيارنا على مصطلح عقود الاستثمار الدولية والسبب في ذلك يعود إلى طبيعة هذه العقود التي تبرم عادة لتحقيق مصالح مشتركة بين الطرفين، وهي تلك العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي طبيعي أو معنوي والتي يلتزم فيها المستثمر الأجنبي بنقل قيم إقتصادية إلى الدولة المضيفة لإستغلالها في المشاريع الاستثمارية على أراضيها، وسنستعرض مختلف صورها بإعتبارها عقودا تتمتع بطبيعة

---

[1] علي إبراهيم، **العلاقات الدولية في وقت السلم**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 317.

[2] عصمت عبد الله الشيخ، **التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 112.

[3] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**.....، المرجع السابق، ص 13.

خاصة تتعلق بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار زيادة على كونها عقود طويلة المدى[1].

ثانيا: نشأة عقد الاستثمار الدولي: رغم العديد من المحاولات في تعريف عقد الدولة غير أنه لم نصل لتفسيره بالطريقة المثلى ولذلك سنبحث أولا في نشأة عقود الدولة ثم تبيين الطبيعة القانونية له.

نشأ عقد الدولة من الممارسات التعاقدية، وهو اليوم أصبح يضطلع بمكانة المنهج القضائي بصفة كاملة وعلى هذا المنوال يمكن تعريفه كإتفاقية مبرمة بين الدولة أو أحد الهيئات أو المؤسسات التابعة لها مع الشخص الخاص الأجنبي، والذي بإمكانه اللجوء إلى التحكيم الدولي في حالة نشوء نزاع، وبالتالي فهو يتملص من الإختصاص القضائي لأجهزة الدولة المتعاقدة وحتى إختصاصاتها التشريعية فهو لديه ميزة إستثنائية [2] بإعتباره ينفصل تماما عن العقود الإدارية الدولية التي تخضع بدورها إلى النظام الإستثنائي القانوني للدولة المتعاقدة.

إن الفصل بين العقدين مرتبط بالدور الأساسي الذي يلعبه التحكيم الدولي في مجال عقود الدولة، فبفضل هذا الأسلوب الإستثنائي في تسوية المنازعات تمكنت عقود الدولة من الإفلات للنظام القضائي والقانوني للدولة المضيفة للاستثمار، فمن جهة في حالة نشوب نزاع في العقد، فإن الجهات القضائية للدولة المضيفة مشبوهة بالإنحياز وتفضيل مصالح الدولة المتعاقدة على غرار المستثمر الأجنبي، ومن جهة أخرى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء نزاع يسمح كذلك للعقد من الإفلات جزئيا أو كليا من قانون الدولة المضيفة.

«أهم خصوصية من خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها الإعتبارية العامة طرفا في هذه المنازعات مما يضفي على هذا التحكيم طابعا خاصا، فلم يعد يقتصر دور الدولة الحديثة على ما كان يسمى قديما الدولة الحارسة العامة طرفا في هذه المنازعات مما يضفي على هذا التحكيم طابعا خاصا، فلم يعد يقتصر دور الدولة الحديثة على ما كان يسمى قديما الدولة الحارسة L'état »

[1] ازاد شكور صالح، المرجع السابق، ص ص 28-30.

[2] Cette nature dérogatoire explique que le législateur de l'Etat contractant préfère parfois entériner le contrat par un texte de loi. Pour des exemples en droit ivoirien: M.N Nchakou Mouansie, **la liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique**, the dactyl. Université de Cergy –pontoise, 1999, p123, note 389.

« Gendarme وإنما تطور دور الدولة في الوقت الحاضر عما كان عليه قديما، وبدأت تزتاد العديد من الأنشطة الخاصة وتتدخل في مختلف المجالات الإقتصادية، وقد ترتب على ذلك تطور وتغيير في العديد من المبادىء والقواعد التي كانت تحكم وتنظم دور نشاط الدولة في الماضي، وتعد التجارة الدولية من أهم المجالات التي تدخلت فيها الدولة وقد ترتب على دخول الدولة في المجال العديد من المشاكل»[1].

نظرية عقد الدولية مبنية كليا على أساس نزع الإختصاص الوطني للعلاقات التعاقدية للدولة أو أحد أشخاصها الإعتبارية مع المستثمرين الأجانب وهذا ما سنتطرق إليه من خلال مفهوم عقد الدولة والقانون الواجب التطبيق.

أ- مصدر عقد الدولة :

يقتضي الفصل إلى معرفة مصدر عقد الدولة التطرق أولا إلى فشل الحماية الدبلوماسية بإعتبار أن تطور عقود الدولة مرتبط بالبحث عن حماية حقيقية للمستثمر الأجنبي، وهو من الممكن إستخدام تقنية الحماية الدبلوماسية والتي تتحقق لما تتدخل دولة المستثمر الأجنبي وتتحمل مسؤولية إحتجاج مواطنها وتدخل في منازعة مباشرة مع الدولة المضيفة للاستثمار[2] غير أن هذه الآلية تعرف عدة مساوئ، منها طول المدة التي تلزم لتسوية النزاع، على غرار أنه وللجوء للحماية الدبلوماسية لا بد من المرور من طرق الطعن الداخلية، زيادة على أن الدولة الأصل للمستثمر الأجنبي ليست دائما مجبرة على تطبيقها في سبيل الحفاظ على علاقات سوية مع الدولة المضيفة للاستثمار فهي تفضل عدم اللجوء لها.

ب- البحث عن طرق طعن مباشرة بالنسبة للمستثمر الأجنبي : أدت كل هذه السلبيات إلى بروز عقد الدولة، الذي يضمن حماية مباشرة للمستثمر الأجنبي أمام الدولة المضيفة للاستثمار والمتمثلة في التحكيم الدولي، في حالة نشوء نزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أي بين المتعاقدين، هذا النزاع قد يتم تسويته من طرف محكمة غير تابعة للدولة ذات السيادة، وقد صدرت أولى الأحكام في فترة ما بين الحربين العالميتين تفسر هذه الظاهرة، لكن تطور ظاهرة التحكيم كان مباشرة بعد الحرب العالمية الثانية، والذي

[1] حسان نوفل، مرجع سابق، ص 36.

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p211.

زاد إزدهاره بعد تنصيب البنك الدولي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار « CIRDI » كما نصت عليه إتفاقية واشنطن الصادرة بتاريخ 18 مارس 1965 المتضمنة تسوية المنازعات الناشئة بين الدول ومواطني دول أخرى، وقد أصبح اليوم اللجوء ألى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار الطريقة العادية لتسوية مثل هذه المنازعات.

ثالثا: الطبيعة القانونية لعقد الدولة:

تعتبر الطبيعة القانونية من المعطيات الأساسية لفهم عقد الدولة ولتبيينها لا بد من التعرف على طبيعة الأطراف المتعاقدة، قبل التطرق إلى معالجة طبيعة العقد:

أ- طبيعة الأطراف المتعاقدة :

1- الطرف العمومي ممثلا بالدولة: تعتبر الدولة الطرف الأكثر أهمية في عقد الدولة كونها هي مصدر وضع نظامها القانوني الإستثنائي، غير أن الدولة هي كيان معقد ذو أوجه كثيرة، غير أن في مجال عقود الدولة يظهر منها وجهان من جهة هناك الدولة بإعتبارها دولة ذات سيادة ومن جهة أخرى الدولة بإعتبارها متعاقد [1]، عقد الدولة يبرم من طرف الدولة المتعاقدة، غير أن الدولة ذات السيادة هي التي نحاول الحد من تدخلها في العقد.

2- **الطرف العمومي ممثلا بالأشخاص الإعتبارية العامة :** تسمية عقود الدولة هي معترف بها بالنسبة للعقود المبرمة من طرف الدولة بحد ذاتها، أو أحد أشخاصها الإعتبارية العامة، والتي تكون شخصيتها الإعتبارية مختلفة عن الدولة من حيث قواعد القانون الداخلي، لا تدخل بذلك العقود الدولية للهيئات المحلية، لكن تدخل «الإتفاقيات المبرمة من طرف هيئات مشتركة نصفها عمومي ونصفها الأخر من القطاع الخاص والمتدخلة لصالح الدولة حتى ولو لديها شخصية قانونية مختلفة».

---

[1] هذا التقسيم الذي يستعمل مفردات مختلفة في بعض الحالات كثير الإستعمال من طرف المؤلفين من أجل التفرقة بين الدولة كطرف والدولة كسلطة عامة، لكن هذا التباين بين وجهين للدولة يشرح ظهور هذا النوع من التعاقد وهي لا تعني تفسيرها من خلال النظرية القانونية، بل مجرد تقسيم ذهب إليه بعض المؤلفين أحدهم يظهر الدولة على شكل الدولة المتعاقدة كإدارة عامة الخاضعة للقانون الداخلي ومن جهة أخرى الدولة ذات السيادة الخاضعة للقانون العام الدولي فعندما تتعاقد الدولة بإعتبارها إدارة فتلك العقود تبقى خاضعة لنظامها القضائي بما فيه قواعد القانون الإداري الإستثنائية الموضوعة لهذا الغرض، لكن عندما تكون الدولة ذات السيادة هي المتعاقدة فنحن بصدد عقد الدولة.

هذا المنهاج يغطي كل الأجهزة العمومية التابعة للدولة، أو حتى المؤسسات العمومية، بمعنى شركات القانون الخاص أين يكون المكتتب الوحيد أو الغالب هو الدولة نفسها، حتى نجد في بعض الدول كمثال أن بعض من مؤسساتها مكلفة بالإستكشاف على الموارد الطبيعية، وتحت هذا المسمى فهي تقوم بالتعاقد مع بعض المستثمرين الأجانب، غير أن تشبيه هذه المؤسسات بالدولة بحد ذاتها غير وارد.

3- **الطرف الخاص:** إن ممارسات عقود الدولة هي في الغالب تعتبر خاصة بالاستثمارات، غالبا المشاريع الكبرى ذات العوائد الإقتصادية المعتبرة، بإعتبارها ألزمت في إتفاقية خاصة مع الدولة المضيفة للاستثمار، أما الاستثمارات الخارجية ذات الحجم المتوسط لا تحتاج تعاقد من هذا النوع، غير أنه هذا لا يمنع بأن تقوم الدولة بالتعاقد خارج هذا الحيز الخاص بالاستثمار فقد تلجأ الدولة للتعاقد في حالة القروض الدولية التي تقترضها الدول [1].

ب- طبيعة العقد:

إن النظام القانوني لعقد الدولة ومنذ وأن أخذت الإجتهادات في المذاهب القانونية في وضع نظريات حول العقد بأنه ممارسة عقدية وفي نفس الوقت تحكيمية، فقد ظهرت العديد من النظريات التي قد تسمح بتعريف الطبيعة الحقيقية للعقد القانوني المسمى عقد الدولة.

في وجهة نظر أولية هناك بعض المذاهب ترى بأن عقود الدولة تخلق نظامها القانوني لوحدها فهي منفصلة عن القوانين الوطنية أو القانون العام الدولي، أي في وجهة نظر أن العقود تخلق نظاما قانونيا خاص بها وهي الخاضعة له لوحدها، في هذه الحالة تصبح تسمى "إتفاقية شبه دولية" «Quasi-international agreement» هذه النظرية قد تم نقضها من طرف الإجتهاد التحكيمي منذ الحكم التحكيمي الذي صدر في قضية أرامكو في سنة 1958 والذي أكدت فيه هيئة التحكيم أن «أي عقد من أي نوع لا يمكن أن يوجد من فراغ in vacuo، ولكن يجب أن يقوم على حق» بالإضافة إلى ذلك، فقد تم انتقاده بشدة في الإجتهاد القضائي، والذي يتم الدفاع عنه في الوقت الحاضر[2].

وفقا لمفهوم آخر، تتطور عقود الدولة ضمن نظام قانوني متميز عن كل من القانون الدولي العام والقانون الداخلي، ويسمى عموما القانون عبر الوطني le droit

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p212.
[2] Ibid, p213

transnational، وهذا عندما لا يتم تمثيلها في قانون التجارة الدوليةlex mercatoria ، فإن هذا النظام القانوني الثالث سيتضمن القواعد المطلوبة لحكمها ومع ذلك، إذا اعترف معظم الفقهاء بأن العقود الحكومية تشكل علاقة عبر وطنية، فإنهم لا يعتبرون أن القواعد المتعلقة بها تبرز كنظام قانوني منفصل ككل، ويفضلون أطروحة تدويل هذه العقود.

1-**تدويل عقد الدولة :** بالتدويل، نعني الرغبة في رفع عقد الدولة وفقا لطرق مغايرة إلى مرتبة القانون الدولي العام، وهذا النظام القانوني المعين له خصوصية كونه قائما على المساواة بين رعاياه، وبالتالي، عقود الدولة بالنسبة لهم هي في تخلى الدولة عن امتيازاتها السيادية فيما يتعلق بالمقاول الخاص، والتعامل معه على قدم المساواة.

كان الهدف من تدويل عقود الدولة يرمي في البداية إلى تشبيهها بالمعاهدات، أي اتفاقيات مماثلة تماما لتلك المبرمة بين الدول، ومع ذلك، رفض الإجتهاد الدولي المصادقة على هذا التشبيه وذلك في قضية القروض الصربية والبرازيلية، كانت محكمة العدل الدولية قد أعلنت بالفعل مقولة مشهورة جدا مفادها أن «أي عقد ليس عقدا بين الدول كموضوع للقانون الدولي يكون أساسه في قانون وطني» بهذه الصيغة، أرادت المحكمة الدولية أن تعني أن اتفاقا بين دولة وشخص خاص لا يمكن اعتباره معاهدة، لاحقا في قضية شركة النفط الأنجلوإيرانية، استخدمت محكمة العدل الدولية هذا التحليل لعقد أبرم بواسطة دولة مع مستثمر أجنبي، في الفقه القانوني الدولي، يرفض وصف العقد بالمعاهدة [1].

وجهة نظر أقل راديكالية ترمي إلى ربط عقود الدولة بالقانون الدولي العام، دون تشبيهها بالكامل بالمعاهدات، يتطلب مثل هذا التحليل مع ذلك تحديد الرابط الدقيق الذي يوحد بعد ذلك عقود الدولة بالقانون الدولي العام. في هذا الصدد، تم اقتراح عدة مناهج وبحسب أولهما، فإن ربط الاتفاقات بين الدول والمستثمرين الأجانب بالقانون الدولي العام يمكن أن يؤدي بالتالي إلى وجود نظام قانوني في هذا القانون يكون مكرسا للعقود بالكامل يسمى : «القانون الدولي للعقود » سيكون هذا فرعا جديدا من القانون الدولي العام الذي يحكم العقود الحكومية، لكن قواعده ستكون مختلفة عن قانون المعاهدات، وستستمد أساسا من ممارسات التحكيم.

مبدئيا، وعلاوة على ذلك، كرست بعض القرارات التحكيمية وجود هذه المجموعة الجديدة من القوانين، مثل تلك التي صدرت عام 1977 في قضية تكساكو كالاسياتيك.

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p215.

رابعا – تكوين عقد الدولة للاستثمار:

تكتسي عقود الاستثمار أهمية كبيرة سواءا بالنسبة لإقتصاديات الدول النامية أو بالنسبة للدول الغنية، فهي تعد بالنسبة للدول النامية الوسيلة التي تساعد في بناء هيكلها الإقتصادي وتقوم بتحديد بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة، كما أنها تعد العامل الأساسي في تحديد الخطة الإقتصادية لهذه الدول، أما بالنسبة للدول الغنية فإنها تزيد من فرص العمل والاستثمار ونمو رأس المال [1].

وتقوم الدولة بدخولها في ميدان التجارة الدولية بإبرام عقود استثمار أو قد تدخل ضمن مشروعات مشتركة بينها وبين الشركات الخاصة أو حتى الأفراد[2].

وعلى الرغم من إختلاف مجالات الاستثمار إلا أن العقود الخاصة بمجالات الاستثمار على وجه العموم تكاد تتميز بسمات خاصة بها وفي نفس الوقت تميزها عن عقود التجارة الدولية التقليدية، فتتسم تلك العقود بعدم التكافؤ في الوضع القانوني للأطراف المتعاقدين، فأحد المتعاقدين طرف عام وهو الدولة أو الجهاز العام الذي يمثلها [3].

تقوم عقود الاستثمار كأي عقود أخرى على تلاقي إرادتين بين طرفين متفاوتين في المراكز القانونية، فنجد من جهة الدولة بإعتبارها شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الداخلي أو الدولي ومن جهة أخرى نجد المستثمر الأجنبي بإعتباره شخص خاص أجنبي لا يتمتع على الرغم من قوته الإقتصادية والمالية بأية سيادة أو ميزة وسنستعرض كلاهما كمايلي:

أ- الدولة كطرف في العقد:

تشكل الدولة التنظيم السياسي وهي حاملة السلطة العليا في نفس الوقت وتتمتع بالأهلية القانونية الدولية بكونها شخص من أشخاص القانون الدولي العام[4].

---

[1] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 99.

[2] جلال وفاء محمدين، **التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون تاريخ النشر، ص 81.

[3] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات**، رسالة دكتوراه، دار الجامعة للنشر، 2008، ص 31.

[4] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية**،....، مرجع نفسه، ص 32.

وتبرم الدولة في إطار تنفيذها لخططها التنموية العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب وهي تقوم بإبرامها بطريقة مباشرة عن طريق من يمثلها (رئيس الدولة، رئيس الوزراء أو الوزير الأول، أحد الوزراء) أو بطريقة غير مباشرة عن طريق أحد المؤسسات أو الهيئات التابعة لها [1].

فتنص إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في المادة 1/25 منها على إمتداد الإختصاص القانوني للمركز إلى أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة أو أي إقليم فرعي أو أي وكالة تابعة للعضو المتعاقد سبق وأن عينته الدولة المتعاقدة إلى المركز وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة [2].

أي أن الإتفاقية لم تقصر اختصاص المركز على المنازعات التي تكون الدولة المتعاقدة ذاتها أحد أطرافها ولكنها جعلت إختصاصه يشمل أيضا المنازعات التي تكون أحد أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة المتعاقدة تقوم هذه الدولة بتحديده أمام المركز، وبذلك فإن عقود الدولة للاستثمار تشتمل على العقود التي تبرمها بنفسها وكذلك العقود التي تبرمها بواسطة الأجهزة التابعة لها.

كما ذهب المحكم Cavin في تحكيم Sapphire بشأن النزاع بين الشركة الكندية Sapphire والشركة الوطنية الإيرانية Nioc إلى أن العقود المبرمة بواسطة الشركات التابعة للدولة تختلف إختلافا جوهريا عن العقود التجارية التي تحكمها القواعد التقليدية، بمعنى أن خصوصية عقود الاستثمار لا تقتصر على العقود التي تبرمها الدولة بشكل مباشر، ولكنها تمتد أيضا إلى عقودها التي تبرمها بواسطة الأجهزة والمؤسسات التابعة لها [3].

ويعتمد في إعتبار الدولة طرفا في العقود أي إنصراف أثار العقد الذي تبرمه مؤسسة أو هيئة عامة إلى الدولة التي تتبعها معيارين أساسيين فهناك من جهة المعيار القانوني الذي يعتمد على عملية التوقيع المادي على العقد وكذا الإستقلالية القانونية الظاهرة التي تتمتع بها الهيئة أو المؤسسة المتعاقدة بحيث لا يعد طرفا في العقد إلا ما وقّع ماديا عليه فيجب أن

---

[1] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**.....، المرجع السابق ص 15.

[2] عادل محمد خير، **حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995، ص 127 .

[3] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**.....، المرجع نفسه، ص 16.

تتحمل المسؤولية الكاملة من تعاقدها دون أن تشاركها الدولة في هذه المسؤولية وبالتالي لا تعد الدولة ذاتها طرفا في العقود التي تبرمها هذه المؤسسات المتمتعة بشخصية قانونية مستقلة، ومن جهة أخرى هناك المعيار الإقتصادي الذي يستند إلى الدور أو الأثر الإقتصادي الذي تمارسه الدولة من جراء العقود التي تبرمها المؤسسات والهيئات التابعة لها وذلك لإضفاء صفة الطرف على الدولة [1].

ب- المستثمر الأجنبي كطرف في العقد:

لا يثير تحديد الطرف الأخر (الطرف الخارجي الأجنبي) المتعاقد مع الدولة صعوبات لتحديده كطرف في هذه العقود أو أنه المتفق عليه، إذ أن الطرف المتعاقد مع الدولة يشترط أن يكون شخصا تابعا لدولة أخرى، وقد يكون هذا الشخص طبيعيا أو إعتباريا كما قد يكون أحادي الجنسية، أو متعدد الجنسيات، أو منعدم الجنسية، والأجنبي في الدولة هو كل من لا يحمل جنسيتها وفقا لأحكام قانون الجنسية، ومن ثم فإن صفة الأجنبي تمثل الوضع العكسي لصفة الوطنية بمعنى أن الأجنبي هو كل شخص لا يعد وطنيا[2].

يعد المستثمر الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار الشخص الخاص التابع لدولة أخرى وقد إشترطت إتفاقية واشنطن لعام 1965 لإنعقاد الإختصاص للمركز أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمرا أجنبيا منتميا لدولة أجنبية أخرى طرفاً في الإتفاقية وقد يكون شخصا طبيعيا أو إعتباريا [3] فقد نصت في المادة 25 فقرة 02 على أنّه: « يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى مايلي: أ – كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النّزاع... ب- كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع....»

نستخلص من المادة 25 من معاهدة واشنطن أن المستثمر الأجنبي قد يكون أي شخص طبيعي أو إعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع وبالتالي فقد حددت كمعيار لتحديد المستثمر مخالفته في الجنسية للدولة المضيفة.

---

[1] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**.....، المرجع السابق، ص 20.

[2] طه أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 5 أو أنظر خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 103.

[3] جلال وفاء محمدين، **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 28.

غير أن خصوصية عقود الاستثمار المستمدة من المستثمر الأجنبي كطرف في التعاقد تتجلى في إختيار الدولة لهذا المستثمر والتي يحكمها معيار واحد هو تحقيق المصلحة العامة.

تلك المصلحة التي تتمثل في إختيار المستثمر الذي يقدم أفضل العروض سواء من الناحية المالية أو الفنية.

وأهم هذه الطرق وأوسعها استخداما في مجال عقود الاستثمار هي المناقصة Adjudication والثانية هي الدعوى إلى التعاقد Appel d'offre والثالثة الإتفاق المباشر La négociation directe.

1-المناقصة:

هي طريقة تلتزم بمقتضاها الإدارة بإختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطا، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أداؤها، فهي تستهدف إختيار من يتقدم بأقل عطاء (تكلفة) ويكون ذلك عادة إذا أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة كأشغال عامة مثلا [1].

عندما تبرم العقود، فالأشخاص الخاصة حرة في إختيار الجانب المتعاقد معها، عكس الدولة والهيئات العامة التابعة لها، فقبل إبرام العقود يجبرها نظامها القانوني على فتح مناقصات دولية لأجل إختيار الجانب المتعاقد معه، فبهذه الطريقة تنعقد الطلبات العمومية بشفافية أكبر، ومن حيث المبدأ، هو العرض الأنسب لاحتياجات السلطة المتعاقدة العامة أو الأكثر أهمية اقتصاديا الذي سيتم اختياره بواسطتها[2].

من وجهة نظر قانونية، تتميز إجراءات المناقصات هذه بوضوح عن العقد نفسه، فهي تجمع بين المناقصين، وينتهي المطاف بواحد منهم – المناقص الفائز – بالتعاقد مع السلطة العامة، علاوة على ذلك، تأخذ هذه الإجراءات بعدا دوليا عندما يتقرر فتحها للمناقصين الدوليين من جنسية أجنبية، أو نادرا عندما يكون مكان تنفيذ العقد للتدخل موجودا في الخارج.

وأسلوب المناقصة بصوره المختلفة تحكمه ثلاث مبادىء أساسية:

[1] حسان نوفل، مرجع سابق، ص 43.

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p190.

العلنية: الإعلان عن المناقصة، وتحديد من له الحق في المشاركة فيها، غالبا ما تستعمل وسائل الإعلام مثل الجرائد اليومية وطنية كانت أو دولية أو حتى الأنترنت.

المنافسة: حرية دخول المناقصة في الحدود التي يحددها القانون.

الآلية: ويقصد بمبدأ الآلية أو الإسناد الآلي للعقد في هذا المجال أن الإدارة تكون ملزمة بإسناد العقد إلى صاحب العطاء الأقل سعرا بغض النظر عن الإعتبارات الأخرى بخلاف الدعوة للتعاقد والتي يكون فيها قدر كبير للطرف الوطني في إختيار الطرف الأجنبي، فيسمح له هذا الأسلوب بأن يختار أفضل العروض المقدمة مع التحرر من مبدأ الآلية.

2-الدعوة إلى التعاقد:

يعتبر هذا الأسلوب هو الأكثر إستخداما على المستوى الدولي وذلك نظرا لأن هذا الأسلوب يعد أكثر مرونة وأقل تعقيدا من أسلوب المناقصة.

ووفقا لهذا الأسلوب يقوم الطرف الوطني بإعداد كافة الوثائق الفنية والقانونية المتعلقة بالمشروع المراد إنجازه، ثم بعد ذلك يقوم الطرف الوطني بتجسيد ذلك كله في شروط فنية وقانونية يتم طرحها على المشروعات الأجنبية العاملة في نفس مجال المشروع المزمع تنفيذه، ثم تقوم هذه المشروعات بعد ذلك بتقديم عطاءات تتضمن الإجابة على الدعوة المقدمة من الطرف الوطني ثم يتولى هذا الأخير المفاضلة بين هذه العطاءات لكي يختار أفضلها من النواحي المختلفة سواء المالية أو الفنية[1].

3-الإتفاق المباشر:

إن هذا الأسلوب يمنح للطرف المدني أكبر قدر من الحرية في التعاقد وإختيار الطرف الأجنبي دون التقيد بإتباع الإجراءات الشكلية التي تتطلبها القوانين واللوائح.

غالبا ما يتعلق الأمر باحتياجات عاجلة تريد الإدارة أن تتعاقد عليها، وعلى ذلك فإن أسلوب الإتفاق المباشر يتحرر من الإجراءات الصارمة التي تحكم المناقصات والممارسات بكافة أنواعها فهو يعطي للإدارة حرية واسعة في إختيار المتعاقد معها دون إتباع إجراءات معينة.

[1] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 44.

خامسا – النماذج المختلفة لعقود الاستثمار:

تتسم العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي بكثرتها وتنوعها من حيث المحل الذي تنصب عليه هذه العقود، إذ تشمل إلى جانب عقود إمتياز البترول، العديد من عقود نقل التكنولوجيا وعقود التعاون الصناعي، على نحو يقتضي منا التعرف على أهم هذه الأشكال التي تتخذها عقود الاستثمار.

أ- **عقود إمتياز البترول:** يعتبر عقد الإمتياز تصرفا بواسطته تمنح الدولة لمشروع أجنبي حقا خالصا له وقاصرا عليه للبحث في إقليمها عن البترول واستخدامه واستغلاله وذلك خلال مدة زمنية محددة.

إنطلاقا من هذا التعريف فإن عقود الإمتياز هي من أعمال السيادة التي تقوم بها الدولة أو أحد الأشخاص الإعتبارية التابعة لها وبموجبه يمنح لشخص ما – طبيعي أو معنوي – حقا دون سواه ويسمى هذا الشخص بصاحب الإمتياز.

ونتيجة لكثرة إستخدامه في القرن الماضي أصبح مصطلح امتياز رديفا لهذه الإتفاقيات وصار أي حديث عن الإمتيازات قريناً باتفاقيات شراكة النفط مع الدول المنتجة، ومعظم كتب الفقه القانوني تعالج موضوع الإمتيازات حصرا في إطار دراستها لإتفاقيات البترول[1].

1- الصورة التقليدية لعقود امتياز البترول: يتميز هذا الأخير في صورته التقليدية بأنه يخول للمستفيد من الإمتياز حقا في ملكية المواد المستخرجة من الأرض وما ينجم عن حق الملكية من حرية التصرف فيها دون قيد.

وقد وجدت الشركات الأوروبية والأمريكية في علاقاتها مع العالم الثالث عدم اكتمال تلك الدول وجهلها التام بشؤون البترول فرصة سانحة للحصول على البترول بمقابل رمزي، ولقد وجدت الشركات بالتنسيق فيما بينها أن إتفاقيات الاستثمار التقليدية هي الأداة القانونية المناسبة لتحقيق ذلك الغرض، ولعل هذا هو السبب الرئيسي في أن كافة الإتفاقيات البترولية التي أبرمت بين شركات البترول ودول العالم الثالث المالكة لمصادر البترول منذ نهاية القرن الماضي وحتى بداية القرن الحالي كانت دون استثناء عبارة عن اتفاقيات امتياز تقليدية، ولما كانت هذه العقود قد أبرمت في ظل ظروف إقتصادية وإجتماعية مكنت الشركات الأجنبية

[1] حسان نوفل، المرجع السابق، ص46.

من الإستفادة القصوى في أقل فترة زمنية ممكنة، فإنه مع تغير الظروف السياسية الإقتصادية والإجتماعية للدول المنتجة للبترول، لم تعد هذه العقود صالحة لحكم العلاقات المستمرة بين كل الدول والشركات الأجنبية المتعاقدة معها، ولذا كان من الطبيعي أن يتم تعديل هذه العقود على نحو يحقق مصالح كل من الأطراف المتعاقدة ويحول دون اتساع الهوة التي تفصل بين الدول النامية والدول الصناعية.

2- الصورة الحديثة لعقود إمتياز البترول:

تبدأ مرحلة التغيرات الكبرى في العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية بصدور القانون الفنزويلي سنة 1948 والذي كرس مبدأ تقسيم الأرباح الناجمة عن النشاط في مجال البترول بين الشركات الأجنبية والدول المنتجة بالتساوي، ولقد ساعد النجاح الذي تبع تطبيق هذا القانون إلى دفع الدول الأخرى المنتجة للبترول في منطقة الشرق الأوسط إلى المطالبة بإعمال نفس المبدأ.

كما أدى إكتشاف البترول في العديد من الدول مثل ليبيا والجزائر ونيجيريا إلى نشأة منظمة الدول المصدرة للبترول والتي تهدف إلى حماية المصالح المالية لأعضائها فطالبت في عام 1968 بأن يتم تحديد سعر البترول بواسطة الدول المنتجة له، ومساهمة هذه الدول في رأس مال شركات إستخراج البترول، وضرورة بدء المفاوضات بين الدول المنتجة والشركات المتعاملة لتعديل العقود المبرمة بينهما.

والواقع أن مساهمة الدول المنتجة للبترول في رأسمال الشركات الأجنبية كان بمثابة الحل الوحيد المطروح في تلك الفترة والبديل عن التأميم.

مع بداية السبعينيات تطورت العلاقة التعاقدية بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية، وأنتهى الأمر بخضوع كافة عمليات البترول وتكريره التي تتم على إقليم الدولة المنتجة للبترول لسيطرتها الكاملة، وعلى الرغم من إختفائها من الساحة التعاقدية على نحو كامل، فإن عقود إمتياز البترول تركت المجال لأشكال تعاقدية أخرى لتحل محلها مثل عقود الخدمات والوكالة والمشروعات المشتركة واقتسام الأرباح مما أدى إلى تخطي مرحلة عقود الإمتياز إلى مرحلة العقود المسماة بعقود التنمية الإقتصادية [1].

[1] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 48.

3- عقود المشاركة: هيمنت الشركات الأجنبية الكبرى الناشطة في مجال النفط على عملية صناعة النفط في جميع مراحلها وذلك بموجب عقود الإمتياز التقليدية، المبرمة مع الدول المنتجة مع إمتلاكها الحق المطلق في التنقيب عن النفط واستكشافه، كما كان لها الحق في إنتاجه ونقله وتكريره وتسويقه.

لم تترك هذه العقود أية فرصة للدول المنتجة للمشاركة في عملية استغلال ثرواتها النفطية مع شركاتها الأجنبية المتعاقدة معها، ولقد نصت بعض عقود الإمتياز على إمكانية مشاركة الدول في رأس مال الشركة صاحبة الإمتياز[1].

وبقي الحال ساريا حتى بعد تطبيق قاعدة مناصفة الأرباح، التي لم يكن هدفها زيادة العوائد المالية للدول المنتجة، إلى أن جاء نظام عقود المشاركة في مجال الصناعة البترولية، أين شرعت الدول العربية الأخذ به[2].

ويعود الفضل في ظهور هذا النوع من العقود إلى بعض شركات النفط الأجنبية المستقلة عن الشركات الكبرى الأمريكية والبريطانية، المحتكرة لصناعة النفط في العالم، ويعتبر قانون النفط الإيراني أول تشريع ينص على نظام عقود الشراكة في مجال صناعة النفط، فقد نص هذا القانون على أنه يجب على الشركة الوطنية الإيرانية للبترول أن تمتلك على الأقل نسبة 30% من رأس مال الشركة الأجنبية المستثمرة، بل أكثر من ذلك فقد رخص لهذه الشركة المشاركة في أنشطة الشركة الأجنبية سواء من خلال إنشاء شركة مختلطة أو من خلال إنشاء مشروع مشترك[3].

4- عقود المقاولة البترولية:

يعد من أحدث الأشكال التعاقدية التي حكمت العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية، وهو عقد يتم بمقتضاه استعانة الدولة ممثلة في إحدى المؤسسات المشرفة على النفط بمقاول ممثل في شركة يتولى مسؤولية الكشف على النفط وإعداده

---

[1] غسان رباح، الوجيز **في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي)**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 28.

[2] فتح الله عوض بن خيال، **التحكيم في عقود الدولة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2002، ص 212.

[3] محمد يونس الصائغ، **أنماط عقود الاستثمارات النفطية في ظل القانون الدولي المالي**، مقال منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، العدد 46، 2010، ص ص 198-199.

للإنتاج، على أن يتحمل كافة المصاريف ومسؤولية المخاطرة التي تكتنف هذه العمليات منذ بداية المشروع، وتقوم هذه الشركة بأعمال البحث والتنقيب عن البترول وإستخراجه لحساب الشركة الوطنية، إما بمقابل مادي أو حصة في الإنتاج يبيعها لحسابه [1].

ب- عقود التعاون الصناعي:

نشأت عقود التعاون الصناعي بين مختلف الدول نتيجة للتطور التكنولوجي، خاصة بين الدول الصناعية والدول النامية، وتتخذ هذه العقود عدة أشكال وهي عقود نقل التكنولوجيا، عقود المساعدة الفنية، عقود تسليم المفتاح، عقود تسليم المنتج في اليد.

1-عقود نقل التكنولوجيا: تعتبر عقود نقل التكنولوجيا من أهم عقود الدولة حديثا وهي التي تساهم في إدخال التكنولوجيا الحديثة للدول المضيفة، وتعرف إقتصاديا بأنها الوسائل أو الأساليب المستخدمة في عمليات الإنتاج، بما يحقق خفض نفقات الإنتاج لسلعة أو خدمة جديدة أو تحسين طريقة العمل بإستخدام أساليب أفضل، ويمكن تعريفها قانونا بأنها اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستوردي التكنولوجيا لإستخدامها في طريقة فنية خاصة لانتاج سلع متنوعة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو تقديم خدمات، ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو إستئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو التراخيص لإستعمالها إلا إذا كان ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطا به [2].

ويتشكل موضوع عقود نقل التكنولوجيا من إلتزام المستثمر الأجنبي بتمكين منشأة وطنية بالتقنيين قصد تشغيل الأجهزة والآلات المستعملة في الإنتاج، لتدريب العاملين الوطنيين على تشغيلها وإدارة المنشأة بالأساليب الفنية الحديثة [3].

2-عقود المساعدة الفنية: يلتزم بمقتضى هذا العقد المورد وهو المستثمر الأجنبي بتوفير العمالة الفنية والخبراء أو بتدريب العمالة الفنية أو بتركيب الآلات أو إصلاحها أو صيانتها [4].

---

[1] غسان رباح، المرجع السابق، ص 35.

[2] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 49.

[3] عدلي محمد عبد الكريم، **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص41.

[4] حسان نوفل، المرجع نفسه، ص 49.

بالإمكان تضمين عقود المساعدة الفنية في العقد، أو بموجب عقد مستقل، وتتشكل من تدريب العمال المختصين في التدريب لعمال الطرف المتلقي، ويلتزم صاحب المعرفة الفنية بتزويد الطرف الأخر بالفنيين لتدريب العمال الذين ستوكل لهم مهمة تشغيل الأجهزة والآلات المستعملة في عملية الإنتاج ومختلف الأساليب الفنية لإدارة المشروع، وتضمن أغلب عقود التعاون الصناعي المبرمة بين الدول النامية والشركات الأجنبية [1].

3-عقود تسليم المفتاح: « Clé en main » بمقتضى هذا النوع من العقود يلتزم الطرف الأجنبي بإقامة مصنع وتسليمه جاهزا للتشغيل والإنتاج إلى الدولة المتعاقدة معه، وتنتهي إلتزامات الطرف الأجنبي مع الدولة بإتمام العمليات الخاصة بتشييد المصنع وتركيب الآلات والأجهزة وتجربتها [2].

وقد ظهرت عقود تسليم المفتاح في اليد في الولايات المتحدة الأمريكية، وكانت ترتبط بمجال المباني المعدة بالسكن، أين يلتزم المقاول ببناء عمارة ما إبتداء من مرحلة التصميمات الخاصة بالبناء إلى غاية مرحلة إنتهائه وتقديم المفتاح لصاحبه .

4-عقود تسليم المنتج في اليد:« Contrat produit en main »

وتعرف على أنها إتفاق مركب يضع على عاتق الطرف المورد أو المؤسسة الأجنبية ثلاث إلتزامات رئيسية، يتمثل أولها في تسليم أشياء مادية، والإلتزام الثاني هو نقل التكنولوجيا، أما الإلتزام الثالث يتعلق بضمان المورد بإنتاج معين وسمي عقد المنتوج في اليد عند البعض ب"عقد بيع التنمية" لأنه يضيف لعملية شراء المصنع والآلات والمعدات، إنجاز مصنع في حالة التشغيل يكون متبوعا بالمعرفة الفنية لإدارته وتشغيله وبالتالي تكوين العمال فيه، وهذا يعني أن هدف العقد هو تحقيق التنمية بالدرجة الأولى[3].

إن ما يميز عقد تسليم المنتج في اليد عن عقد تسليم المفتاح هو أن هذا الأخير من الممكن أن تتبعه عقود لتدريب العاملين وتقديم المساعدة الفنية، عكس عقد تسليم الإنتاج الذي يبدو كعقد واحد متعدد الإلتزامات، ويضمن تنوع إلتزامات مورد التكنولوجيا استمرارية

---

[1] إقلولي محمد، **النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)**، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2006-2007، ص60.

[2] حسان نوفل، المرجع السابق ص50.

[3] إقلولي محمد، المرجع السابق، ص61، ص63.

تدفق المعلومات الفنية بين كل من مرحلة إبرام العقد وكذلك مرحلة تسليم الإنتاج، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تجنب عدم مواكبة التطور التكنولوجي[1].

جـ- عقود الأشغال العامة الدولية:

تعرف عقود الأشغال العامة الدولية بأنها توافق الإرادة بالنسبة لكل من طرف الإدارة والطرف الأخر المتمثل في الشخص الأجنبي الخاص، من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام، وتحقيقا لمصلحة عامة على نحو معين ولقاء ثمن معين[2].

فعقود الأشغال العامة الدولية، عقود تبرم بين الدولة أو شخص عام تابع لها وشخص أجنبي يلتزم بتنفيذ عمل عام مقابل إتاوة تدفعها له الدولة، وتهدف إلى تنفيذ بعض الأشغال العامة قصد إشباع الإحتياجات العامة، وتدخل ضمن تحقيق المنفعة العامة، وتسمح هذه العقود بتطوير البنية التحتية للدولة وتعدد مرافقها العامة.

تأخذ هذه العقود صورا متعددة، منها عقود البناء والتشغيل والتحويل أو BOT ويتطلب هذا النوع من العقود مجموعة من الشروط، وهي أن يرد العقد على عقار، وأن يكون بغرض تحقيق المنفعة العامة، كما يكون لحساب شخص معنوي عام، وخلافا لبعض العقود الأخرى، فهذا العقد يتطلب شروط إستثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، بحيث تسمح للدولة بفسخ العقد وتعديله بإرادتها المنفردة، أضف إلى ذلك الصفة الدولية التي تميزه عن عقد الأشغال العامة الداخلي[3].

---

[1] حفيظة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**.....، ص192.

[2] إقلولي محمد، المرجع السابق، ص.ص 64-65.

[3] عبد الخالق الدحماني، **عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص** "**دراسة تحليلية** "، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المغرب، 2013، ص ص 119 129.

المبحث الثاني:

القواعد المقيدة للمحكمين في تمييز عقود الاستثمار الدّولي.

يعتمد المحكمين على مجموعة من القواعد في تصنيف عقود الاستثمار الدولي والتعرف عليها عندما يعرض النزاع الناشئ بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار عليهم من أجل التحكيم ولتحديد مفهوم الاستثمار من جهة ودولية العقد من جهة أخرى وللوصول إلى معرفة قابلية النزاع للتحكيم ولذلك سوف نتطرق من جهة إلى القواعد التي يرجع إليها المحكمين سواءا في إطار الأتفاقيات الثنائية أو في إطار معايير معينة تختص بالاستثمار (المطلب الأول) ومن جهة أخرى إلى القواعد التي يرجع إليها المحكمين في تحديد دولية عقد الاستثمار ضمن القواعد القانونية لأبرز مراكز التحكيم المؤسساتي (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

القواعد المقيدة للمحكمين في إطار الأتفاقيات الثنائية.

بهدف تقديم الضمانات القانونية للاستثمار عبر الحدود، عرفت الآونة الأخيرة تزايدا معتبرا في إبرام إتفاقيات الاستثمار الثنائية TIB فمعظم البلدان المضيفة تفعل ذلك لإجتذاب الاستثمار الأجنبي المباشر، في حين أن معظم بلدان المنشأ تعمد أساسا لإبرام هذه الإتفاقيات لجعل الإطار التنظيمي للاستثمار الأجنبي المباشر في الدول المضيفة له أكثر شفافية وإستقرارا وأمنا وقابلية للتنبؤ ولتقليل العوائق التي قد تعترض سبل تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر في المستقبل[1].

إن إعتماد الإتفاقيات المتعددة الأطراف في مسائل الاستثمار الأجنبي لم تؤدي في النهاية إلى انضمام حقيقي من جانب الدول، ويتم تنظيم تبادل الاستثمارات قبل كل شيء على أساس المعاهدات الثنائية لتعزيز وحماية الاستثمارات التي تتمتع بها، هذه الاتفاقيات أصبحت بمرور الوقت الأداة الرئيسية للقانون الدولي العام في مسائل الاستثمار الأجنبي[2].

تهدف هذه الإتفاقيات بشكل أساسي إلى وضع نظام شامل لجميع الموضوعات الخاصة بالاستثمار، حيث تتضمن شروط هذه الإتفاقيات على سبيل المثال عدم التمييز في المعاملة،

---

[1] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، مرجع سابق، ص 466.

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p246.

ومبدأ عدم التدخل في العلاقات التعاقدية، والسماح بإعادة الدخل إلى دولة المستثمر بالعملة المحولة، وكذلك الحق في الحماية والضمان الكاملين، والسماح بالتعويض السريع والكافي والفعال في حالة صدور قرارات بتأميم أو نزع الملكية للمنفعة العامة... إلخ[1].

وقد ظل عددهم يتزايد بإستمرار منذ نهاية القرن العشرين، ولا سيما تحت تأثير المنظمات الدولية مثل لجنة الأمم المتحدة كنودسي CNUDCI، التي تروج بشكل كبير لإبرامها، الهدف الرئيسي هو تسريع وتيرة وزيادة تدفق الاستثمارات عبر الحدود في العالم، بالإضافة إلى ذلك، يقال عموما أن إبرام هذا النوع من الإتفاقيات من قبل دولة من المرجح أن يزيد بشكل كبير من عدد معاملات الاستثمار الأجنبي على أراضيها [2].

نتطرق من جهة إلى مدى رجوع المحكمين لتحديد دولية عقود الاستثمار وقابليتها للتحكيم إلى نصوص الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الدّول المعنية بالعقود (الفرع الأول) ومن جهة أخرى إلى مدى رجوع المحكمين لمعايير معينة خاصة بالاستثمارات الدّولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

رجوع المحكمين إلى الاتفاقيات الثنائية:

قد أدى غياب تعريف واضح ودقيق وعام لمفهوم الاستثمار إلى تدخل المحكمين في إطار المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار لتحديد مفهوم الاستثمار، معتمدين في ذلك في الوقت نفسه على اتفاقية واشنطن وعلى العديد من الاتفاقيات الثنائية.

إن الهدف الرئيسي للإتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار (TBI) هو إضفاء حماية موضوعية وإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، وبالرجوع إلى مجموعة من الإتفاقيات الثنائية، بالخصوص تلك المبرمة من طرف الجزائر مع دول أخرى [3]، نجد أنها تتضمن طريقتين لتحديد الاستثمارات المشمولة بالحماية، تتمثل الأولى في طريقة التحديد الشامل والثانية في طريقة الإحالة إلى التشريع الداخلي للدولة المضيفة، ويعتمد المحكمون على كلتا الطريقتين في تحديد الاستثمار القابل للتحكيم، وهذا ما سنتعرض إليه فيمايلي:

---

[1] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، مرجع سابق، ص 467.

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p247.

[3] أبرمت الجزائر عدد معتبر من الإتفاقيات لتشجيع وحماية وترقية الاستثمارات مع أهم متعامليها من الدول الأخرى، راجع ذلك في موقع الأنترنت للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI : www.andi.dz

أولا: بالرجوع إلى قوائم التحديد الشامل.

تتمثل هذه الطريقة في تحديد وإحصاء قائمة مطوّلة، على سبيل المثال لا الحصر، للأصول الإقتصادية التي يتم الإتفاق عليها من قبل الأطراف المتعاقدة بإعتبارها من قبيل الاستثمارات، لتشمل جميع الممتلكات والحقوق مهما كانت طبيعتها والمرتبطة بالنشاط الإقتصادي[1].

على سبيل المثال ورد في إتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المبرمة بين الجزائر وفيدرالية روسيا [2]على أنه يقصد بالاستثمار كل نوع من الأصول ويتضمن على الخصوص وليس على سبيل الحصر:

1-الأملاك المنقولة وغير المنقولة، وكذا الحقوق الأخرى كالبيع الإيجاري والرهن العقاري والحيازي ورهون أخرى.

2-الأسهم والحصص والسندات في الشركات وكل أشكال المشاركة الأخرى في رأس مال الشركات.

3-المطالبات بالمال أو بأية خدمة ذات قيمة إقتصادية متعاقد عليها.

4-الحقوق أو الرخص الممنوحة بموجب التشريع أو عقد، بما في ذلك الإمتيازات الخاصة بالبحث عن الموارد الطبيعية وزراعتها وإستخراجها أو إستغلالها.

ولقد وردت نفس القائمة تقريبا بشأن تعريف الاستثمار في الإتفاقيات المبرمة بين الجزائر وكل من المجلس الفيدرالي السويسري[3] والجمهورية البرتغالية[4].

والملاحظ من خلال هذا النموذج لتحديد مفهوم الاستثمار أن واضعي الإتفاقيات اعتمدوا على طريقة تركيبية وتحليلية في نفس الوقت، فبواسطة الطريقة التركيبية، يتم بيان أن الاستثمار

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص ص 86-87.

[2] **المادة 1/أ من إتفاقية الجزائر مع فيدرالية روسيا المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 128/06** المؤرخ في 2006/04/03، المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية وحكومة فيدرالية روسيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر في 2006/03/10، ج ر عدد 21 لسنة 2006.

[3] **المادة 2/1 من إتفاقية الجزائر مع سويسرا** المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 235/05 المؤرخ في 2005/06/23، المتضمن التصديق على إتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية والمجلس الفيدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع ببيرن في 2004/11/30، ج ر عدد 45 لسنة 2005.

[4] **المادة 1/1 من إتفاقية الجزائر مع البرتغال** المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 192/05 المؤرخ في 2005/05/28، المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بلشبونة في 2004/09/15، ج ر عدد 37 لسنة 2005.

يشمل جميع الأصول أو الأرصدة مهما كان نوعها وطبيعتها وبالطريقة التحليلية، يتم توضيح طائفة بطائفة أنواع الحقوق والأموال والمصالح التي تتضمنها هذه الأصول[1].

بإعتبار أن طريقة التحديد الشامل لا تشكل تعرفا لعملية الاستثمار ولاتميز بين أنواعه بقدر ما تبين قوائم للأموال المستثمرة، فإن الهدف من وراء ذلك هو إضفاء الحماية على مجمل أصول وحقوق المستثمر الأجنبي وليس تقديم تعريف دقيق لعملية الاستثمار هذا من جهة، ومن جهة أخرى، تتميز هذه الطريقة بأنها لا تترك مجالا للخلاف بين الدولتين المتعاقدتين حول تكييف رأس المال بإعتباره استثمارا، لأن قائمة الأصول أو الأرصدة التي تتضمنها الإتفاقية قد وردت على سبيل المثال فقط، وبذلك يمكن إدراج أنواع أخرى ضمنها[2].

تحتفظ بعض الإتفاقيات الثنائية للاستثمار، القديمة منها بشكل عام، بتعريف الاستثمار في شكل تركيبي بواسطة صيغة عامة، وسوف تحدد الإتفاقية بطريقة عامة ومجردة العمليات التي يمكن اعتبارها استثمارات بالمعنى المقصود في أحكامها، بدون تحديد قائمة. ومع ذلك، نلاحظ أنه من الناحية العملية، وبالنسبة لأغلبية كبيرة جدا من الإتفاقيات الثنائية للاستثمار أنه يتم اعتماد تعريف بالتعداد الشامل، يتألف من سرد العمليات التي يمكن تصنيفها كاستثمارات بالمعنى المقصود في الإتفاقية [3].

ثانيا: بالإحالة على التشريع الداخلي للدّولة المضيفة.

يعود المحكمون إلى الإتفاقيات الثنائية لتحديد مفهوم الاستثمار، ومعرفة مدى توفر عنصر الحماية عن طريق التحكيم وتنص بعض الإتفاقيات الثنائية على تشجيع وحماية الاستثمارات، بشأن تحديد مفهوم الاستثمار، على أن الاستثمارات التي تشملها الحماية الإتفاقية هي تلك التي تتضمنها القوانين والأنظمة الداخلية للدولة المضيفة رغم إيرادها لأمثلة عن الأصول والحقوق التي تعدّ من قبيل الاستثمارات[4].

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق ص34.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع نفسه، ص35.

[3] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p248.

[4] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع نفسه ص36.

لذلك فالعودة إلى التشريع الداخلي للدولة المضيفة المتعلق بالاستثمارات لتحديد مفهوم الاستثمار لابد منه في ظل إستحالة استيعاب مفهومه بمجرد الإطلاع على نصوص الإتفاقية الثنائية أو توضيح نطاق تطبيق تلك الإتفاقية [1].

وتعرف بعض الإتفاقيات الاستثمار بأنه: «**كل عنصر من الأصول المملوكة أو تحت الرقابة المباشرة أو غير المباشرة،..... على أن يتم الاستثمار وفقا لقوانين وتنظيمات الطرف المتعاقد الآخر**»[2].

ونلاحظ عند الإطلاع على بعض الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في تعريفها للاستثمار أن عبارات استثمارات تعني «**كل عنصر من الأصول المستثمرة من قبل مستثمر أحد الطرفين المتعاقدين على إقليم الطرف المتعاقد الأخر، طبقا لقوانينه ونظمه...**»[3].

تتكرر نفس الإحالة إلى التشريع الداخلي في معظم الإتفاقيات المبرمة من طرف الجزائر مع بلدان أخرى[4].

إنطلاقا مما سبق يمكن القول أن طريقة الإحالة إلى التشريع الداخلي لبيان الاستثمارات المشمولة بالحماية الإتفاقية، تضع على عاتق المستثمر الأجنبي الإلتزام بالقوانين والأنظمة المحلية أثناء قيامهم بالاستثمار في الدولة المضيفة، هذا من جهة [5].

من جهة أخرى، وبالنظر إلى قوانين الدول المضيفة نجد أنها متباينة تبعا لدرجة إعتمادها على الاستثمار الأجنبي لتحقيق التنمية الإقتصادية، لكن بالنظر إلى أن الدول المضيفة

---

[1] حسين الموجي، **دور الإتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي للاستثمارات الأجنبية الخاصة**، المركز العلمي للتصوير والطباعة، القاهرة 1991، ص 48.

[2] **المادة 1-1 من إتفاقية الجزائر مع السويد** المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 431/04 المؤرخ في 2004/12/29، المتضمن التصديق على الإتفتق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 2003/02/15، جر عدد 84 لسنة 2004.

[3] **المادة 1-1 من إتفاقية الجزائر مع الدانمارك** المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 525/03 المؤرخ في 2003/12/30 المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدانمارك حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع في الجزائر في 1999/01/25، ج ر عدد02 لسنة 2004.

[4] أنظر الإتفاقيات الثنائية المبرمة مع الجمهورية الفرنسية والجمهورية الإيرانية وكذلك المملكة الأردنية الهاشمية.

[5] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص37.

للاستثمارات هي في الغالب دول نامية فإنها غالبا ما تتبني مفهوما واسعا للاستثمار في تشريعها الداخلي قصد تدفق أكبر قدر ممكن من الاستثمارات الأجنبية إليها مهما كان شكلها [1].

بالرجوع إلى التشريع الجزائري، نجد أنه لم يقدم تعريفا للاستثمار في القوانين الأولى الصادرة في مجال الاستثمارات سواء في قانون 1963 وفي إطار أمر 1966 مكتفيا بالإشارة إلى «رؤوس الأموال الأجنبية الإنتاجية» بمعنى الاستثمارات المباشرة [2]، أو الإهتمام بالعمليات الخاصة برأس المال التي من شأنها المساهمة في تنمية الإقتصاد الوطني[3].

أما في إطار قانون النقد والقرض لسنة 1990، وإن كان ليس متعلقا بالاستثمار، إلاّ أنه حمل إصلاحات من حيث فتح المجال أمام الغير المقيمين عن طريق تشجيع تحويل رؤوس الأموال للإستجابة لحاجات الإقتصاد الوطني[4]، فالظاهر أن المشرع حصر مفهوم الاستثمار في حركة رؤوس الأموال لا غير، وهي مفهوم لا يرقى إلى تحديد جوهر الاستثمار[5].

أما القانون المحدد بالمرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 بشأن ترقية الاستثمار لم يحدد تعريفا صريحا للاستثمار إلا أنه ومع ذلك يمكننا أن نستخلص هذا التعريف من مجمل أحكامه فنقول أن الاستثمار الأجنبي يقصد به في منظور التشريع الجزائري المتعلق بالاستثمار أنه: «عبارة عن رأس المال المستخدم في تنشئة وتنمية القدرات وإعادة التأهيل أو الهيكلة التي تنجز في شكل حصص من رأس المال أو حصص عينية يقدمها أي شخص طبيعي أو معنوي»[6].

---

[1] حسين الموجي، المرجع السابق، ص 49.

[2] راجع **المادة 2 من قانون 277/63 المؤرخ في 1963/07/26 المتضمن قانون الاستثمارات**، ج ر عدد 53 لسنة 1963.

[3] راجع **المادة 1 من الأمر 284/66 المؤرخ في 1966/09/15 المتضمن قانون الاستثمارات**، ج ر عدد 75 لسنة 1966.

[4] **المادة 182-2 من القانون 10/90 المؤرخ في 1990/04/14، المتعلق بالنقد والقرض**، ج ر عدد 16 لسنة 1990.

[5] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص37.

[6] راجع **المادة 2 من قانون الاستثمار الجزائري المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار**، ج ر عدد 64 لسنة 1993.

كما تنص المادة 1 من نفس المرسوم على أن « يحدد هذا المرسوم التشريعي النظام الذي يطبّق على الاستثمارات الوطنية الخاصة والاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الإقتصادية الخاصة بإنتاج السلع أو الخدمات غير المخصصة صراحة للدولة أو لفروعها....».

هكذا إذن فالجمع بين المادتين الأولى والثانية هو الذي يسمح لنا معرفة أنواع الاستثمارات ومضمونها وتتمثل في:

1-الأنشطة الإقتصادية الخاصة بإنتاج السلع والخدمات فإنتاج السلع تعني أنشطة التصنيع الخاصة بالأموال المادية، أما إنتاج الخدمات فالأمر يتعلق بالحقوق والإلتزمات ذات القيمة الإقتصادية المرتبطة بملكية أموال غير مادية مثل المساعدة، الإستشارة، خدمات ما بعد البيع وغيرها.

2-الاستثمارات المنشئة والمنمية للقدرات والمعيدة للتأهيل والهيكلة: ويقصد بالاستثمار المنشأ ذلك الذي يترتب عنه إنشاء مؤسسة جديدة بمعنى استثمار جديد.

على أن المشرع الجزائري تدارك الوضع وجاء بالأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار[1] ليفصح بنص صريح مخصص لتعريف الاستثمار وذلك بموجب المادة 02 من الأمر المذكور كمايلي: «يقضد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

1-إقتناء أصول تندرج في إطار إستحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة.

2-المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

3-إستعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية

4-النشاطات الإقتصادية المنتجة وتلك المنجزة في إطار منح الإمتيازات والرخص»[2].

[1] **الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار** المؤرخ في 01 جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل 20 أوت 2001، ج ر عدد 47 لسنة 2001.

[2] رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص 13.

الفرع الثاني :

رجوع المحكمين لمعايير خاصة بالاستثمار

يعتمد المحكمون التابعون للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أربعة معايير محدّدة للاستثمار، وقد تم تفصيلها لأول مرّة في **قضية**Salini ضد المغرب، حيث إدّعت المملكة أن العقد المبرم مع الشركة **(إنشاء الطريق السريع الذي يربط مدينتين الرباط وفاس)** لا يعد استثماراً، بعد دراسة القضية رأت هيئة التحكيم أنه حتى وإن لم تحدد الإتفاقية مفهوم الاستثمار غير أنّها تتوفر على مجموعة من المعايير العامة التي تساهم في تحديد الاستثمارات التي تتطلب حمايتها بمقتضى إتفاقية المركز وهي: **وجود المساهمة**، و**مدة معينة** و**المخاطر**، زد على ذلك **المساهمة العملية المقدمة لغرض تنمية الدولة المضيفة** وكذا اعتباره شرطاً موجوداً في مقدمة إتفاقية المركز، وعليه يمكن للهيئة أن تقضي بعدم الإختصاص في حالة فقدان الاستثمار لأحد هذه المعايير لكونها تعتبر مستقلة عن بعضها البعض، وبعد ذلك بدأت تبرز مدى توفّر هذه المعايير في العقد المبرم.

ويجدر الاشارة إلى أن منذ عام **2001** وهي سنة صدور الحكم في قضية **Salini** أصبحت هذه المعايير يطلق عليها **باختبار ساليني**، اذ أخذت هيئة التحكيم من هذه المعايير متطلبات إلزامية لانعقاد الاختصاص للمركز.

غير أن تطبيق هذه المعايير في القضايا المعروضة على المحاكم المشكّلة في إطار المركز الدولي تمّ بصفة ليبرالية، الشيء الذي أثّر على المفهوم القانوني للاستثمار وبالتالي على الإختصاص الموضوعي للمركز، وتتمثل هذه المعايير في المساهمة (L'apport)، الزمن (Le temps)، المخاطرة (Le risque) ومعيار التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة (Le développement économique de l'Etat d'accueil) و هي معايير مترابطة لا يمكن تحديد معنى الاستثمار وفقا لكل معيار لوحده، فالاستثمار يتحدّد بضرورة توافر هذه المعايير مجتمعة [1].

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص56.

أولا: معيار المساهمة.

إعتمد محكمو المركز الدولي معيار المساهمة النقدية للمستثمر وهذا رغم إختلاف أشكال المساهمة التي يمكن للمستثمر تقديمها كحصة في المشروع الاستثماري، إذ يمكن للمستثمر المساهمة في المشروع بطريقة أخرى دون الإعتماد على المساهمة النقدية، بل تقديم مساهمة صناعية في إطار الاستثمار التقني، وأحسن مثال على ذلك قضية Holidays Inns ضد المغرب أين تم تمويل المشروع من طرف الدولة المضيفة وبقي الإلتزام الأساسي للمستثمر الأجنبي هو تمكين البلد المضيف من شهرته وتجربته في بناء وتسيير الفنادق الفاخرة وهناك أمثلة كثيرة على تمويل الاستثمار[1].

ولذلك على المحكم البحث عن حقيقة كل مساهمة وهل يمكن إعتبارها استثمارا، بالرجوع إلى الإتفاقيات الثنائية المبرمة مع البلد المنشؤ للمستثمر مع الدولة المضيفة، كما يمكن للدولة المضيفة أن تطعن في إختصاص هيئة التحكيم الدولية، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، على أساس أنه ليس باستثمار وهي مجرد صفقة مالية مثل قضية Fedax ضد فنزويلا [2]، أين كان التساؤل حول ما إذا كان من الممكن إعتبار السند الإذني**Le Billet à Ordre**، أنه يشكل استثمار أم لا؟ أم مجرد صفقة مالية، وقد نصت المادة 01 من الإتفاقية الثنائية بين هولندا وفنزويلا على إستفياء شروط معينة لإعتباره استثمارا، وقد كان واضحا أن السند الإذني يستوفي تلك الشروط حيث تم تضمين هذه الأداة المالية في المعاهدة وهذا ما يرقى إلى القول أن هذه العملية تشكل استثمارا.

---

[1] على سبيل المثال، أشارت محكمة التحكيم في قضية Lecto ضد ليبريا إلى «رصد الأموال من طرف المستثمر»، وعبرت المحكمة عن هذه المساهمة في قضية Fedax NV ضد فنزويلا ب«الرأس المال المستثمر» أما في قضية SGS ضد باكستان، فأشارت المحكمة إلى «ضخ الأموال على إقليم الدولة، كما أن إلتزام المستثمر في قضية Atlantic Triton ضد غينيا هو إعداد وتسيير السفن الموجهة للصيد، وأشارت محكمة التحكيم في قضية Salini ضد المغرب إلى تقديم المستثمر الإيطالي لآلاته (Son Outillage) ومعرفته الفنية(Son savoir faire) ،قصد إنجاز الجزء المكلف به من الطريق السيّار، راجع قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص ص 56-57.

[2] Affaire Fedax NV c/Venezuela, CIRDI n°ARB/96/3, décision sur la compétence du 11Juillet1997
Le Billet à Ordre, S'il peut être qualifié comme un investissement? La complétude des conditions de l'Article 1er du Traité bilatéral d'investissement entre les pays-Bas et le Venezuela était relativement simple, car cet instrument financier était inclus dans le traité, Ce qui revient à dire que cette opération est un investissement, en vertu de la conception subjective. Voir le cite Internet : https://www.memoireonline.com/11/17/10178/m_La-qualification-d-investissement-au-regard-de-la-jurisprudence-arbitrale-internationale-entre-conc2.html

ثانيا: معيار الزمن.

يواجه المحكم قضايا يطعن فيها أحد أطراف عقد الاستثمار في إختصاص الهيئة التحكيمية لأسباب تتعلق بكون العملية ليست استثمارا بل مجرد صفقة تجارية وهذا بالنظر إلى المدة الزمنية التي أخذتها العملية وبذلك وفقا لهذا المعيار لا يمكن إعتبار عملية الاستثمار موقوتة (Ponctuelle)، بل تمتدّ في الزمن أجلا متوسطا أو طويلا وهو ما يميزها عن العمليات القصيرة الأجل، إلا أن محاكم تحكيم المركز الدولي لا تحدّد حدا أدنى للزمن الذي يجب الإعتماد عليه لتكييف العملية بالاستثمار، مطبقة بذلك معيار الزمن بطريقة ليبرالية، ففي الوقت الذي أوضحت المحكمة في قضية Lecto ضد ليبيريا (ARB/83/2) أن المستثمر الأجنبي تكبّد مبالغ مالية معتبرة لفترة طويلة (ما بين 1970 و1982) في إستغلال وتطوير الإمتياز، نجد أن المحكمة في قضية Atlantic Triton ضدّ غينيا قد تمسكت بإختصاصها للنّظر في نزاع متعلّق بعقد لا تتجاوز مدّته السنتين مع إمكانية إنهائه من جانب واحد قبل مدّته [1].

ثالثا: معيار المخاطرة.

يعود المحكمون عند تحديد مفهوم الاستثمار إلى دراسة مدى تحمل المستثمر مخاطر المشروع وقد عبر الأستاذ Ch. OMAN عند تعريفه لمعيار المخاطرة بأنه« تعكس قرارات الاستثمار توقعات المستثمرين المتعلقة بالأحداث المستقبلية الغير متوقعة وبالتالي فإن الاستثمار غير مؤكد وبالتالي ينطوي على مخاطر»[2].

إن الخطر والمراهنة الذي تكتسيه عملية الاستثمار ناتج عن الكيفية التي يتحصل بها المستثمر على عوائده، فإذا كانت نتاج إستغلال المشروع أعتبرت العملية بمثابة استثمار، وذلك لتحمّل المستثمر المخاطر الإقتصادية التي لا يمكنه معرفتها وقت إتخاذ قرار الاستثمار، إلاّ أن المحكمين بمحاكم المركز الدولي لا يطبقون معيار المخاطر بهذا المفهوم بل تمنحه مرونة واسعة[3].

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص57.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع نفسه، ص58.

[3] قضية Fedex NV ضد فنزويلا تمسكت المحكمة بتوافر المخاطرة في عملية القرض وبتحقق معنى الاستثمار بحيث رفضت فنزويلا بدفع مبلغ القرض وبذلك طالبت فنزويلا بعدم إختصاص المركز في تسوية النزاع على أساس أنه لا يعتبر استثمارا بالعودة إلى الإتفاقية الثنائية المبرمة وأعتبر المركز العملية استثمار غير مباشرا وليس مجرد صفقة تجارية، كما إتخذت نفس الموقف في قضية Ceskaslovenska Obchodni banka ضد سلوفاكيا.

حيث وبالرجوع إلى المادة 25 فقرة 01 من المركز التي تنص على إمتداد إختصاص المركز إلى كل نزاع ناتج مباشرة عن استثمار بين الدولة المتعاقدة ومواطن دولة أخرى متعاقدة وبأن الطرفين قد عبرا عن رغبتهما كتابيا للتوجه للمركز لتسوية نزاعهما تظهر لنا أهمية تحقق مصطلح الاستثمار على العملية [1] وقد تم التأكيد على التطبيق المرن لمعيار المخاطرة، في قضية Salini ضد المغرب حيث اتّضح للمحكمة أنه من جهة أولى فالمستثمر الإيطالي يتحمل مخاطر عديدة منها خطر غلاء اليدّ العاملة وإنقاص حجم العمل، وأن البناء يمتد لسنوات طويلة يتضمن مخاطرة للمقاول، إلا أن هذه المخاطر تشارك جميع العقود ذات الأجل الطويل أو المتوسط، ممّا يفسر أن المحكمة لا تتقيّد بالمفهوم الصحيح لمعيار المخاطرة.

من جهة ثانية، أكدت المحكمة أنه لا يهمّ إن كان أجر المقاول غير مرتبط بإستغلال المشروع وهذا يخالف ما كان مستقراً عليه في الفقه بشأن معيار المخاطرة المشترط في عقود الاستثمار، بحيث غياب مشاركة المتعامل الأجنبي في استغلال المشروع وارتباط عوائده بهذا الإستغلال لا يمكن تكييف العملية بالاستثمار [2].

رابعا: معيار التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.

يعود المحكمون عند تمييز عقود الاستثمار إلى معرفة مدى مساهمة هذه العقود في التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة وذلك طبقا لإتفاقية واشنطن التي أشارت في ديباجتها على أن: «عند طرح الإتفاقية المرفقة على الحكومات، تتأثر رغبة الإداريين في تعزيز تعاون الدول في قضية التنمية الإقتصادية»[3].

ولقد عبر الأستاذ G.DELAUME على أن الاستثمار بمفهومه الإقتصادي والقانوني لا يتوقف على المساهمة في الملكية، بل على المشاركة الفعلية للاستثمار في التنمية الإقتصادية للدول المضيفة[4].

---

[1] https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/icsid-arbitration/ date de consultation :24/05/2021.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 59.

[3] Rapport des administrateurs sur la convention de washington, Para 09.

[4] DELAUME Georges, **Le centre international pour le règlement des différends relatives aux investissements,** JDI N°4, 1982, P. 801.

وقد أكّدت المحكمة التحكيمية في إطار الإجتهاد التحكيمي للمركز على الدور الذي يلعبه الاستثمار في التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة والذي يعتبر من مميزاته وقد أشارت إلى معيار التنمية الإقتصادية لأول مرّة في سنة 1997 في قضية Fedax NV ضد فنزويلا كما أتخذ نفس الموقف في قضية Salini ضد المغرب[1] أين اعتبرت محكمة التحكيم أن المشاركة في التنمية الإقتصادية معيارا لتحديد مفهوم الاستثمار، غير أنه معيار صعب التحديد لعدم معرفة الكيفية التي تعتمد عليها محاكم التحكيم لتقييم مدى مشاركة عملية إقتصادية معينة في التطور الإقتصادي للدولة المعنية[2].

المطلب الثاني:

القواعد المقيدة للمحكمين في إطار التحكيم المؤسساتي.

يتقيد محكمو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بمجموعة من القواعد في تحديد مفهوم الاستثمار الذي من خلاله يتعين الإختصاص الموضوعي المركز في تسوية منازعات الاستثمار طبقا لنص المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ويستعين المحكمون بالإتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين الدول في تحديد مفهوم الاستثمار كما يستعين بقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كما سنبين كيفية تعامل محاكم التحكيم المشكّلة في إطار المركز الدولي مع مسألة تحديد معنى الاستثمار من خلال استعراض بعض القضايا المطروحة على المركز بصدد تطبيق المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن.

وفيما يلي سنتطرق من جهة إلى إمكانية رجوع المحكمين إلى قواعد المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار (الفرع الأول) ومن جهة أخرى إلى تطبيقات لنص المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن (الفرع الثاني).

---

[1] Salini Costruttori S.P.A et Italstrade S.P.A c. Royaume du Maroc, **Affaire N° ARB/00/4, Décision du 23 Juillet 2001 sur la compétence**, 129 J.D.I 196 (2002) (Original en Français) , Traduction en anglais dans 42.11.M 609 (2003) (CIRDI) (Salini).

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص60.

الفرع الأول:

رجوع المحكمين إلى قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .CIRDI

سنستعرض فيمايلي بيان موقف إتفاقية البنك العالمي لتسوية منازعات الاستثمار بشأن مفهوم الاستثمار كما نتطرق إلى موقف إجتهاد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

أولا: بالرجوع إلى إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية ومنازعات الاستثمار CIRDI .

تعتبر إتفاقية واشنطن من الإتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف ذات البعد العالمي، نشأت من خلالها جهة قضائية دولية متخصصة في تسوية منازعات الاستثمار، غير أنّه لا تتضمن في طياتها تعريفا لمصطلح الاستثمار يمكّننا من تحديد مجال تطبيقها الموضوعي بصفة دقيقة، ويمكّن محاكم التحكيم المشكلة في إطار المركز من إعطاء التكييف الصحيح للعلاقة القانونية التي تربط الأطراف المتنازعة وبذلك نتساءل فيما تتمثل أسباب عدم تحديد مفهوم الاستثمار ضمن أحكامها؟ وماهي الأسانيد المقدّمة لتبرير هذا الموقف؟[1]

بالإطلاع على إتفاقية واشنطن نجد أنها اشترطت، في إطار تحديد الإختصاص الموضوعي للمركز الدولي ضرورة توافر علاقة مباشرة بين النّزاع وأحد الاستثمارات القائمة بين الطرفين، المستثمر من جهة والدولة المستضيفة للاستثمار من جهة ثانية دون أن تتضمّن أية تعريف لمصطلح الاستثمار، ماعدا الإشارة التي تضمنتها الديباجة بشأن نوع الاستثمارات المعنية المتمثلة في الاستثمارات الخاصة الدولية[2].

ونتيجة لتعارض مواقف ممثلي الدول خلال المفاوضات التي سبقت إعداد الصياغة النهائية للإتفاقية، لم يتم إعداد أية تعريف من قبل واضعي الإتفاقية بدليل أن مشروع الإتفاقية قد تضمن تعريفا محددا للاستثمار جاء في نص المادة 30/فقرة 1 بالصيغة التالية: « في خلال المحور الحالي، يعني الاستثمار كل إسهام مالي أو أية أصول لديها قيمة إقتصادية، يتخذ لفترة غير محدودة، إذا كانت الفترة محدّدة، على الأقل خمسة سنوات»[3].

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص41.

[2] راجع الفقرة الأولى من ديباجة الإتفاقية.

[3] MANCIAUX Sébastien, **Investissement étrangers et arbitrage entre états et ressortissants d'autre Etats**, Litec, Paris 2004.

ولم يتم وضع تعريف للاستثمار بالنظر إلى تباين وجهات نظر ممثلي الدول المشاركة في المفاوضات وتم التخلي عن كل محاولة في هذا السبيل وقد أدى ذلك إلى تبرير هذا الموقف من طرف المديرين التنفيذين للبنك في تقريرهم المرفق بالإتفاقية بحجة أن تراضي الأطراف على اختصاص المركز يشكل شرطا جوهريا كما أن الدول المتعاقدة تتمتع بحرية كاملة في تحديد أنواع النزاعات التي ترغب أو لا ترغب عرضها على المركز[1].

قد تم تبرير عدم تحديد معنى الاستثمار، في التقرير المرفق بإتفاقية واشنطن على أساس المكانة التي يحظى بها تراضي الأطراف على إختصاص المركز، وكذا الإمكانية المتاحة لكل دولة متعاقدة من حصر وتحديد المنازعات التي يمكنها أو لا يمكنها عرضها على المركز وفقا لما تنص عليه المادة 4/25 من الإتفاقية، وسنقوم بالتعرض لهاتين الحجتين.

تركت الإتفاقية المجال واسعا أمام الأطراف لتقدير ما إذا كانت معاملة ما أو صفقة من قبيل الاستثمارات، كما اتضح من خلال تقرير الإتفاقية أن حجة تراضي الأطراف على اختصاص المركز يشكل دليلا على أن العلاقة القانونية القائمة بينهم تعتبر استثمارا، زيادة على الشرط النموذجي الموضوع من قبل المركز الذي مفاده إقرار الأطراف بأن العملية موضوع التعاقد تشكّل استثمارا[2].

يرى الأستاذ **E.GAILLARD** أن تراضي الأطراف على اختصاص المركز لا يعد معيارا لتكييف العقد على انه استثمار زيادة على أن ذلك لا يحل مشكلة مفهوم الاستثمار، فإذا كان إتفاق الأطراف على إعتبار النزاع متعلقا باستثمار مؤشرا هاما لإختصاص المركز، إلا أنه لا يمكن أن يكون محددا بحد ذاته[3].

غير أن الإجتهاد التحكيمي أكد أن التراضي على الإختصاص لا يكفي لتحديد الإختصاص الموضوعي لهذا الأخير وهذا ما تم توضيحه في قضية **Autopista Concisionada** ضدّ فنزويلا [4].

---

[1] Rapport des administrateurs sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autre Etat, Doc/CIRDI, Para27.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص43.

[3] E.GAILLARD, **Chronique des sentences arbitrales**, JDI N°1, 1999, P281.

[4] Quoi qu'essentiel, le consentement en lui –même et par lui-même n'est pas suffisant pour assurer l'accès au centre. En effet, l'article de la convention CIRDI prévoit des conditions additionnelles objectives qui doivent être remplies en plus du consentement, Ces conditions objectives sont les suivantes :

*Le différend entre les parties doit être un différend d'ordre juridique.

*Le différend doit être en relation directe avec un investissement.

(ARB/00/05),Décision sur la compétence du 27/09/2001 , Para 96. Traduction de S.MANCIAUX :Op.Cit. ,P. 53.

نجد ثانيا، الإمكانية المتاحة للدول لتحديد اختصاص المركز وفقا للمادة 4/25 إذ برر واضعوا إتفاقية واشنطن عدم تحديد مفهوم الاستثمار بحجة ثانية تتمثل في إمكانية الدول المتعاقدة بتبليغ المركز عن أنواع النزاعات التي يمكن أو لا يمكن عرضها عليه وفقا لما تنص عليه المادة 4/25 من الإتفاقية[1].

غير أن هذه الحجة التي تتلخص في إمكانية الدولة المنضمة إلى الإتفاقية تبليغ المركز بقائمة أنواع النزاعات التي يمكن أو لا يمكن عرضها عليه لكي يتم تحديد إختصاصه الموضوعي هي حجة لا أساس لها من الصحة لأن هذه الإمكانية المتاحة للدّول المتعاقدة لا يمكن أن تحل مشكلة مفهوم الاستثمار.

ليس بالإمكان القول بأن تراضي الأطراف على اختصاص المركز الدولي أو الإمكانية الممنوحة للدول المتعاقدة لتحديد، بصفة إنفرادية أنواع النزاعات التي ستعرضها على المركز، وسائل كافية لتحديد الإختصاص الموضوعي للمركز الدولي، وبالتالي لا يمكنها أن تحلّ محل مفهوم الاستثمار، ولذلك سنقف عند بعض التطبيقات العملية لتوضيح معنى الاستثمار تطبيقا لنص المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن[2].

ثانيا: بالرجوع إلى اجتهاد المركز الدولي لتسوية ومنازعات الاستثمار CIRDI

اتّبعت محاكم التحكيم إتجاه في حصر مفهوم الاستثمار يتوقف على ما تمّ النص عليه في الإتفاقيات الثنائية لتشجيع الاستثمار أساسا، إلا أن تقدير مفهوم الاستثمار يجب أن يتم وفقا لنص المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن أولا، ثم وفقا لنصوص الإتفاقية الثنائية ثانيا.

لقد أدى إنحلال مفهوم الاستثمار في أدوات الحماية المختلفة، فبدلا من وضع تعريف دقيق للاستثمار، تم توسيع مفهومه بتعداد الأصول المشمولة بالحماية، وعن إتجاه محاكم التحكيم في تفسيرها الواسع لشرط وجود الاستثمار بمفهوم إتفاقية واشنطن، إعطاء المستثمر الخاص الحماية الفعالة، ولقد أصبح حق اللجوء إلى المركز الدولي والوقوف خصما ضد الدولة المضيفة متاحا لكل متعامل إقتصادي، مما يفسّر اعتبار تحكيم المركز الوسيلة

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص44.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع نفسه، ص45.

المحبذة لدى المستثمرين الأجانب في تسوية منازعاتهم مع الدول المضيفة، ويفترض المفهوم الدقيق للاستثمار من الناحية القانونية، توافر المعايير المحدد وللعملية من جانب المستثمر الأجنبي، الأمر الذي سيؤدي إلى حصر الاستثمار في العمليات الإقتصادية الهامة وإبعاد العمليات المالية أو التجارية البسيطة[1].

رغم المحاولات العديدة إلا أن الوصول إلى صياغة مفهوم للإستثمار من الأمور الصعبة المنال وذلك لما يوجد من تعارض المصالح بالنسبة للدول المتطورة وبالتالي مع أهداف المستثمرين الأجانب الخواص، كما أن ذلك سيؤدي إلى تغيير الإجتهاد التحكيمي للمركز الدولي بصفة جذرية وما سيترتب عن ذلك من أثر سلبي على إختصاصه الموضوعي، وإذا كان إختصاص المركز الدولي يتحدد بطبيعة موضوع النّزاع إلاّ أن ذلك غير كاف لإسناد الإختصاص للمحاكم المشكّلة تحت إشرافه، فعلاوة عن ذلك تشترط إتفاقية واشنطن شروطا خاصة بأطراف النّزاع.

الفرع الثاني:

تطبيقات لنص المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن

أولا: قضية Enron corporation et Ponderosa Assets , LP ضد جمهورية الأرجنتين[2].

القرار الصادر عن المحكمة التحكيمية بتاريخ 14 جانفي 2004، نتاج نزاع بين مستثمر أجنبي Enron Corporation and Ponderosa Assets والأرجنتين، يدّعي المستثمر أنه كان ضحية إجراءات جبائية تعسفية، يظهر من الواجب التوضيح أن هذا القرار التحكيمي تسجل بعد ثلاثين قضية تحكيم تم رفعها ضد الأرجنتين أمام المركز نتيجة الأزمة المالية التي بدأت في بداية عام2000 [3].

شركة نقل الغاز Enron Corporation and Ponderosa Assets التي تنشط على مستوى عدة مقاطعات أرجنتينية، قامت برفع قضية تحكيمية ضد الأرجنتين موضحة

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص ص 60-61.

[2] **Affaire N° ARB/01/3**, décision sur la compétence du 14 Janvier 2004 (CIRDI), en ligne : Investment Traty Arbitration, http :ita.law.uvic.ca/documents/Enron-jurisdiction_000.pdf [Enron].

[3] Julien Fouret and Dany Khayat**, Centre international pour le téglement des différents relatifs aux investissements (C.I.R.D.I)**, Revue québécoise de droit international, Volume 17, Numéros1, 2004, P160.

بذلك أن هناك خروقات للإتفاقية الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين الأرجنتين والولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ 14 نوفمبر 1991، الطلب يتضمن تعريفات جبائية وضرائب تدعى «Stamp taxes» من طرف الأرجنتين، بدأت المحكمة بتحليل مساهمات شركة Enron في مختلف الشركات الموجودة بالأرجنتين.

الطالبة أي شركة Enron تمتلك 50 % من أسهم شركة أولى متواجدة بالأرجنتين CIESA، والتي تتحكم بشركة أخرى تدعى TGS والتي تمتلك فيها % 55,30 من أسهمها، بالإضافة إلى شركتين تسيير إسهام Enron في CIESA والتي ترجع ملكيتهما له كل من EPCA و EACH الذين يساهمان بأكثر من 75% من شركة EDIDESCA شركة أرجنتينية أخرى والتي بدورها تساهم بنسبة 10 % من أسهم TGS والاستثمار الإجمالي للطالب يمثل ما قيمته 35,26% من أسهم شركة TGS، هذه الأخيرة أي شركة TGS تجد نفسها متابعة من طرف مختلف المقاطعات مبلغ قيمته 800 مليون دولار أمريكي وهذا ما يعادل حسب Enron Corporation، لعملية نزع الملكية، إدعاء رفضته الأرجنتين والتي حاولت كل الإمكانيات في إعتراض إختصاص المركز في الفصل في النزاع[1].

قدمت الأرجنتين ثمانية دفوع بعدم اختصاص المركز، وبالتالي محكمة التحكيم، للفصل في النزاع حيث ترى المدعى عليها أنه يشترط لإختصاص المركز وجود نزاع قانوني ناشيء مباشرة عن استثمار وفقا لنصّ المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن، وهو ما لم يتحقق في نزاعها مع شركة Enron Corporation فلا يمكن إعتبار الشركة المدعية قد قامت باستثمار بإعتبارها مجرد مساهمة في الشركة الأم صاحبة الاستثمار وأن نزاع بخصوص الضرائب ليس له أية علاقة مباشرة مع الاستثمار لأنه يحمل ضرر فقط بالنسبة للشركات التي ساهم فيها المستثمرون ولا يمس الأسهم بحد ذاتها، وقد أجابت محكمة التحكيم على هذا الدفع بالقول أنه ممكن التفرقة بين حقوق الطالبين وحقوق شركات الأسهم وبالتالي يكتسب المساهمون صفة المستثمرين.

ولقد تقدمت الأرجنتين بدفع ثاني يتمثل في عدم وجود ترخيص بالاستثمار، أو إتفاقية حول الاستثمار والتي يمنع تطبيق الإتفاقية الثنائية المبرمة بين الطرفين، الطالبين لا يعتبرون الإتفاق بتحويل أسهم من قبيل ترخيص بمعنى الإتفاقية.

[1] Julien Fouret and Dany Khayat, Opcit, P 161.

ثانيا: قضية الشركة العامة للمراقبة SGS ضد الفيليبين[1].

أبرمت الشركة السويسرية **SGS (société générale de surveillance)** المتخصصة في عمليات الفحص والمراقبة ومطابقة مختلف المواد لصالح زبائن خواص أو عموميين عقدا مع الحكومة الفليبينية عام 1991 لتقديم خدمات متعلقة بعصرنة عمليات التفتيش الجمركي في بلدها وعمليات الإفراج الجمركي للبضائع المستوردة وعمليات الفحص التي تسبق الشحن والتصدير وبالتالي تسليم شهادات المطابقة وتراخيص للمستوردين بإدخال بضائعهم للفيليبين، بالإضافة لتكفل **SGS** بوضع برنامج لتكوين مستخدمي الإدارة الجمركية، فهو عقد خدمات ينفذ جزء منه على إقليم دول مصدر البضائع والجزء الأخر على إقليم دولة الفيليبين [2].

وقد قامت الفيليبين بفسخ العقد الذي يجمعها بهذه الشركة سنة 2000 وبذلك تقدمت **SGS** بطلب دفع مستحقات الخدمات للفيليبين لأكثر من 140 مليون دولار أمريكي الذي رفضت الفيليبين تسديد هذه المستحقات مما أدى بهذه الأخيرة إلى عرض النزاع أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أساس الإتفاقية الثنائية القائمة بين سويسرا والفيليبين المبرمة سنة 1997، تقدمت المدعى عليها بدفع عدم إختصاص محكمة تحكيم المركز لنظر النزاع نظرا لعدم قيام شركة **SGS** باستثمار معين على إقليم دولة الفيليبين كما تشترطه الإتفاقية الثنائية، بإعتبار أن إلتزامها الجوهري تؤديه على إقليم أجنبي، إضافة لهذا فإن نشاط **SGS** لا يمثل استثمارا بمفهوم المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن كشرط موضوعي مستقل عن الشروط الأخرى لعقد اختصاص المركز. وترى الفيليبين أن شركة **SGS** لا تتحمل أي مخاطر ناجمة عن خدماتها، بإعتبار أنها تتلقى مستحقاتها عن كل عملية فحص تنجزها.

---

[1] SGS Société Générale de Surveillance S.A.c Les Philippines, **AF CIRDI n° ARB/02/6**, Décision sur la compétence du 29 Janvier 2004 et déclaration du professeur Crivellaro, en ligne sur le site du CIRDI, également publiée au 19 Int 'l Arb. Rep.C1(Février 2004) SGS c. les philippines et en extraits traduits en français dans Emmanuel Gaillard, **La jurisprudence du CIRDI** , Paris, Pedone, 2004 PP.865 et S (Gaillard).

[2] تجدر الإشارة أن قضية مماثلة قد عرضت على المركز الدولي تخصّ شركة SGS السويسرية ضدّ دولة باكستان وتتضمن نفس النزاع بين الطرفين، راجع:

Décision sur la compétence du 06/08/2003 ,Société Générale de Surveillance c/République Islamique de Pakistan,JDI N°1,2004,P258.

لجأت محكمة التحكيم إلى تفسير الإتفاقية الثنائية بين سويسرا والفيليبين، حيث أوضحت بأن حقوق الشركة الناجمة عن العقد القائم بين الطرفين تدرج ضمن مفهوم المادة 2/1 من الإتفاقية الثنائية التي تنص على أنه يقصد بالاستثمار كل أنواع الأصول بما فيها الديون وجميع الحقوق المتعلقة بخدمات ذات قيمة إقتصادية، إضافة لذلك قد تحملت شركة **SGS** أعباء مالية قصد تقديم خدماتها لسلطات الفيليبين[1].

إن نشاط شركة **SGS** بالفيليبين كان يتميز بخصوصية أنّه كان ينجز حصة منه بالخارج، بإعتبار أن شركة **SGS** كانت تقوم بعملية دعم وتحسين الجمارك الفيليبينية إنطلاقا من مكتب الإتصال بمنيلا، غير أن جزءاً كبيراً جدا من نشاطها كان يجرى عمليا في البلدان التي كانت ترسل البضائع بإتجاه الفيليبين، أين كانت شركة **SGS** تجري بعض المراقبات مع تحرير تقارير ترسل إلى الجمارك الفيليبينية، فهل بإمكاننا إعتبار استثمار شركة **SGS** قد أنجز بالفيليبين بمعنى المادة 2 من إتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار، الذي يحدد تطبيق الإتفاقية إلى الاستثمارات المنجزة على إقليم أحدى الدول المصادقة عليه؟

نفس الدفع تم التصريح به في قضية شركة **SGS** ضد دولة الباكستان لكن بطريقة مباشرة، محكمة تحكيم قضية شركة **SGS** ضد الفيليبين قد رفض دفوع الدولة المدعى عليها معتبرا أن الاستثمار المنجز من قبل شركة **SGS** قد تم بإقليم دولة الفيليبين لأجل تطبيق نصوص الإتفاقية الثنائية المتضمنة حماية وتشجيع الاستثمارات، الأمر كان قد يختلف إذا كان تعاقد شركة **SGS** مع ممثلية خارجية لدولة الفيليبين بدلا من مديرية الجمارك المركزية أو أن مكتب مانيلا المختص في إدارة وتنظيم نشاطات الشركة كان غير موجود أو لم تكن لديه نشاطات معينة.

وبرفض دفع الفيليبين، تكون المحكمة قد أقرت بنفس التفسير كقضية **CSOB** ضد سلوفاكيا [2]، الذي يتضمن أن الطابع الإجمالي لعملية الاستثمار التي تأخذ بعين الإعتبار وليست الجزئيات لهذه العملية التي يمكن بحسب الحالة أن تجرى بالخارج.

وبخصوص تقدير شرط «إقليمية الاستثمار»، يتجلى من موقف المحكمة أنها قامت بتفسيره بطريقة مرنة، إذ عمدت إلى تكييف مجمل الخدمات المقدمة من طرف شركة

---

[1] Julien Fouret et Dany Khayat,Opcit ,P172.

[2] Ceskoslovenska Obchodni Banka .as Contre République slovaque , **Affaire N° ARB/97/4**, Décision du 24 mai 1999 sur la compétance, 14 ICSID Rev.-Foreign Inv't L.J 251, (CIRDI). En ligne :CIRDI (http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob_decision.pdf).

SGS، دون التمييز بين ما يشكل استثمارا على إقليم الدول وبين النشاط الذي لا يستجيب لهذا التكييف، أكّدت المحكمة أن الخدمات التي تقدمها الشركة تهدف إلى تحسين فعالية مصالح الجمارك لدولة الفيليبين، عن طريق قيامها بالفحوص المختلفة في الخارج وتوفير كافة المعلومات بواسطة الشهادات والتقارير التي تسلمها للمصالح المعنية، قصد تمكين هذه الأخيرة من فوترة وتحصيل الحقوق الجمركية بصفة دقيقة، لتصل في النهاية إلى إعتبار هذه الخدمات في مجملها قد تمت في إقليم دولة الفيليبين[1].

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص52.

الفصل الثاني:
القيود الناشئة عن لجوء المستثمر الأجنبي لاتفاقية التحكيم ضمن عقد الاستثمار الدولي.

التحكيم هو وسيلة إستثنائية لفض النزاعات قوامه التلافي عن طريق القضاء العادي وما يكفله من ضمانات، وإختصاص هيئة التحكيم في الفصل في النزاع القائم وإن كان أجاز القانون سلب ولاية جهات القضاء العادي إلا أن التنظيم القانوني للتحكيم يرتكز أساسا على تراضي الطرفين في النزاع مهما كانت طبيعته وقبولهم به كوسيلة لفض النزاع القائم بينهما، فإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه.

نتطرق من جهة إلى نطاق لجوء طرفي عقد الاستثمار إلى التحكيم من أجل تسوية النّزاع الناشئ بمناسبة عقد الاستثمار (المبحث الأول) ومن جهة أخرى إلى اتّخاذ إتفاقية التحكيم كأساس للّجوء للتحكيم ونبين كذلك طبيعة منازعات الاستثمار التي قد تنشأ ضمن عقود الاستثمار الدّولية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

نطاق اللّجوء إلى التحكيم بالنسبة لطرفي عقد الاستثمار.

فالأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين نشب بين طرفين بمناسبة علاقة عقدية أو غير عقدية على محكم أو هيئة تحكيمية معينة، يتم تعيينهم بإختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط مسبقة قاما بتحديدها ليفصل هذا المحكم أو تلك الهيئة في النزاع، فالتحكيم لا يتولد إلا عن إرادة الطرفين، فالتحكيم لا يفرض من خلال قاعدة قانونية آمرة لا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها بل بالعكس فهو إتفاق بحد ذاته يدعى بإتفاق التحكيم وطالما اتّفق الأطراف على عرض نزاعها على التحكيم فتحجب مثل تلك المنازعات عن المحاكم، فلذلك تفقد ولايتها على مثل هذه المنازعات.

وقد يأخذ إتفاق التحكيم شكلين، شرط تحكيم أو إتفاق تحكيم le compromis، فالأولى هو إتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن عقد الاستثمار يفصل بواسطة التحكيم وقد يرد الشرط في العقد الأصلي ويدعى في هذه الحالة شرط

التحكيم وفي هذه الحال يكون التحكيم على أيّ نزاع يطرأ في المستقبل حول تفسير أو تنفيذ عقد الاستثمار فلا ينصب على نزاع بعينه وقد يرد الشرط في إتفاق لاحق على العقد قبل نشؤ أيّ نزاع، أما إذا أبرم إتفاق التحكيم لاحقا على نشأة النزاع فيسمى في هذه الحالة إتفاق التحكيم، فإتفاق التحكيم يعتبر إتفاقا مستقلا عن عقد الاستثمار بحدّ ذاته على اللّجوء إلى التحكيم ولاحق على النّزاع ومعرفة موضوعه.

نتطرق من جهة إلى مبررات اللّجوء إلى التحكيم الدّولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار (المطلب الأول) ومن جهة أخرى إلى الشروط الواجب توافرها لتصريح الأطراف المتعاقدة بالإرادة في التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول :

مبررات اللجوء إلى التحكيم الّدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار

نتطرق من جهة إلى الحوافز في اللّجوء للتحكيم والمتعلقة بطبيعة المنازعة من خلال تبيين أسباب ملائمة التحكيم لتسوية المنازعات أو كذلك في تمسك المستثمر الأجنبي بحقه في اللّجوء للتحكيم (الفرع الأول) ومن جهة أخرى إلى كون التحكيم ضمانة قضائية إجرائية لتشجيع الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الحوافز المرتبطة بطبيعة المنازعة:

تنصب عقود الاستثمار على إنجاز مشاريع ضخمة، تستغرق الكثير من الوقت والمال في تنفيذها وتتميز بطبيعة خاصة ناجمة عن طبيعة أطراف هذه العقود من جهة الدول المضيفة للاستثمار ومن جهة أخرى المستثمر الأجنبي، ويبقى الرجوع إلى التحكيم في تسوية منازعة هذه العقود مرتبط بالمزايا التي يتميز بها والتي تتلائم مع هذه الطبيعة الخاصة.

أولا : مزايا التحكيم التي ترتبط بالطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار.

يتميز التحكيم بمجموعة من المزايا التي تؤثر على مجريات تسوية المنازعة الناشئة عن عقود الاستثمار ومن هذه المزايا سنتطرق إلى أهمها مثل السرعة في إجراءات التحكيم، كذلك تمسك المحكمين بالسرية عند مجريات إجراءات التحكيم وصدور الحكم التحكيمي كذلك حرية الأطراف في ظل التحكيم وإعتبار التحكيم قضاء متخصص.

أ- السرعة في الإجراءات:

وضعت معظم أنظمة التحكيم قواعد إجرائية مبسطة عند اللجوء إليه وأجال مرتبطة بكل إجراء ليس لتقييد المحكمين بل من أجل تحقيق السرعة في إصدار قرار التحكيم,

يضع قضاء الدّولة والنظم القضائية التقليدية وقتاً كبيراً في الفصل بالمنازعات والذي يرتبط بإجراءات ونصوص قانونية عديدة تحول دون الوصول إلى تحقيق السرعة في البت في المنازعات، ويرتبط إطالة أمد التقاضي في قضاء الدولة بمسؤولية أطراف النّزاع في إطالة أمد التقاضي ، بحيث لو اتجهت إرادة الأطراف في تحقيق السرعة في حسم النّزاع كما هو الحال عند اختيارهم للتحكيم لتحقق لهم ذلك.

وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار وارتباطها بإنجاز استثمارات كبيرة تكلف أموال بالنسبة للمستثمر الأجنبي، والتي قد تبقى مجمدة في انتظار صدور حكم القضاء مما قد ينجر عنها خسارة كبيرة لأطراف عقد الاستثمار خصوصا للمستثمر الأجنبي والعدالة السريعة التي يقدمها التحكيم ترجع إلى عاملين:

فمن جهة العامل الأول هو ارتباط سلطات المحكم عند فصله بمنازعة بحيز زمني يتوافق عليه الأطراف منذ البداية كأصل عام، كذلك فمجمل قوانين التحكيم ولوائحه ومواثيقه تنصّ على ارتباط إجرءاتها بآجال معينة ومحددة للمحكم في إصدار قراره، بل وتسمح للأطراف بالتعديل في هذه المدّة عند اتفاقهم على التحكيم فيفقد بها المحكم صفته عند انتهائها[1].

ومن جهة ثانية، فالعامل الثاني يعود إلى كون التحكيم نظام للتقاضي في درجة واحدة كذلك فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه وهو غير قابل للطعن

[1] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، مرجع سابق، ص 350.

بأي طريق من طرق الطعن العادية، مع إمكانية رفع دعوى البطلان بشأنه للأسباب الواردة على سبيل الحصر في القانون مع مراعاة أن الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام [1].

كما ترجع تحقق السرعة في التحكيم إلى عامل التخصص الذي يمتاز به المحكمون الذين يتم اختيارهم لأداء مهمة الفصل في منازعة عقود الاستثمار وإلمامهم بكل ما يخص منازعة الاستثمار وفهمهم السريع للمشاكل المعروضة عليهم وايجاد أفضل الحلول [2].

كذلك بإرتباط عقد الاستثمار بالتنمية الإقتصادية للبلدان المضيفة للاستثمار، وباعتبار أن العلاقات التجارية تحبذ تحقق عامل السرعة والإئتمان بين المتعاملين الاقتصاديين فتحقق عامل السرعة في الفصل في منازعات الاستثمار يشجع الاقتصاد بصفة عامة والاستثمار بصفة خاصة، كذلك بإعتبار المستثمر الأجنبي قد استثمر أمواله التي تبقى معرضة إلى مجموعة من الأخطار ومن أبرزها هو التقلبات التي تعرفها أسعار المواد في الأسواق العالمية، ولعل أن أهم ميزة للتحكيم هو بساطة الإجراءات التي تسهّل من عمل المحكم وتجعله يتمتع بنوع من الاستقلالية فهي غير مقيّدة بعدد كبير من الإجراءات [3].

كما تحدّد بعض التنظيمات الخاصة بالتحكيم أجال ما بين ثلاثة أشهر كحد أدنى إلى ستة أشهر كحد أقصى لأجل الفصل في المنازعة وهذا الشيء الذي لا يمكن تحقيقه في القضاء العادي عند الفصل في المنازعات، إذ لا يتقيد القاضي بآجال محددة [4].

كذلك يتعين على المحكم أن يباشر سلطاته مراعاة للعامل الزمني في إدارة الإجراءات الخاصة بالنّزاع بطريقة تسمح له بالإسراع في الفصل فيه، معتمداً في ذلك على إرادة الأطراف وكذا انتهاج أسلوب منهجي في التعامل مع الوثائق المقدمة من أطراف النّزاع ومن مسؤوليته تحديد مسألة الوقت والتحكّم فيه بإعتبار التحكيم قضاء خاص متحرر من الإجراءات القضائية التي تباشرها محاكم القضاء العادي وبإعتبار أن كل تأخير في تسيير

---

[1] حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2004، ص 18.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 166.

[3] حرزي لوناس, **دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ,تيزي وزو، 2013، ص125.

[4] والي نادية، المرجع السابق، ص283.

إجراءات التحكيم سينجم عنه خسائر وخيمة لأن رأس المال لا يحبذ الانتظار وهو الهدف الأساسي المنتظر من التحكيم في منازعة الاستثمار [1].

ب- **شرط السرية في التحكيم:** إن من أحد مبررات لجوء الأطراف إلى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار يرجع إلى ما يتميز به من سرية فجلسات التحكيم غير العلنية وعدم نشر الأحكام تعتبر من المميزات الكبرى للتحكيم، حيث تظل الأسرار المرتبطة بالعقد والمقترحات سرية، وترغب الأطراف في عقود الاستثمار في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها نظراً لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة من المساس بمراكزهم المالية والاقتصادية ، أو زعزعة مكانتهم في السوق التجاري[2].

ففي الأصل أن أحكام التحكيم لا يجوز نشرها إلا بموافقة المحتكمين والمحكمين[3] غير أن البعض يرى أن تطبيق مثل هذا المبدأ على أحكام التحكيم رغم ايجابيته يقيد الباحثين في التطلع عليها ويشكل عقبة أساسية في طريق التقدم القانوني في مجال التحكيم، رغم ذلك يتم نشر بعض أحكام التحكيم في العديد من الدوريات المتخصصة في هذا المجال، على أن النشر لا يتم رغم إرادة الأطراف والمحكمين[4].

كما تضمنت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم بنودا متعلقة بسرية تحكيم الاستثمار، انصبت في معظمها على شطرين: يتمثل الأول في الطابع الخاص للجلسات التي تتم في غير العلنية، والثاني في عدم نشر أحكام التحكيم إلا بموافقة طرفي النّزاع، وغالبا ما تحذف بعض المعطيات من الحكم عند نشره[5].

جـ- التحكيم قضاء متخصص.

يعتمد التحكيم على حنكة وخبرة المحكمين في تسوية المنازعات المتعلقة في الاستثمار إذ يجب أن يكون المحكمون على أعلى درجة من الكفاءة العلمية والمعرفة والخبرة

---

[1] رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص232.

[2] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدّولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدّولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والأتفاقيات الدّولية والتشريعات الوطنية**، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 2009، ص 20.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 168.

[4] رفيقة قصوري، المرجع نفسه ص233.

[5] محمد عيساوي، **حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار أمام مطلب الشفافية**، مقال منشور في مجلة معارف الصادرة عن جامعة أكلي محند الحاج، البويرة، مجلد 10، العدد 18، ص 110، ص ص 105-121.

القانونية المتخصصة والفنية اللازمة والإلمام بالمعارف الاقتصادية والفنية الحديثة، فضلا عن تمتعهم بالخبرة العلمية والعملية في المنازعات التي يتم اختيارهم للفصل فيها، وكذلك بإحاطتهم بأعراف وعادات العقود محل النّزاع لكي يتمكنوا من تسوية النزاع الذي يطرح عليهم[1].

إضافة إلى ذلك فمنازعات التجارة الدولية، تستوجب الإلمام باللّغات الأصلية التي تتم بموجبها المعاملات وبإعتبارها تتعلق بخصائص تميز المنازعات عن بعضها باختلاف المعاملات الدولية وما يتعلق بها من أعراف وعادات ومصطلحات فهذه الأمور كلها يجب أن تتوفر في من يتم اختياره كمحكم للفصل في المنازعات[2].

كذلك، فإن التحكيم بإعتباره قضاءا متخصصاً والبديل عن التقاضي لما تقوم الأطراف بإختيار هيئة التحكيم، والمحكمين الذين تتوفر فيهم الخبرة والكفاءة والدراية الخاصة في المجالات المتعلقة بالنّزاع، كل ذلك يؤدي إلى سرعة الفصل والبت في النّزاع كما يؤدي إلى زيادة إحتمالات التنفيذ الإختياري لحكم المحكمين[3].

د- حرية الأطراف في ظل التحكيم.

فمرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم، لأنه ينفر من القوالب الجامدة، حيث يملك الأطراف أولا اختيار نوع التحكيم، فلهم أن يختاروا إما أن يكون التحكيم خاصاً **Adhoc** أو تحكيما مؤسساتياً كما أن لهم أن يختاروا سواء كان التحكيم خاصا أو مؤسساتيا أن يكون هذا التحكيم تحكيما بالقانون أو بالصلح، كما يفسح التحكيم المجال أمام إرادة الأطراف في إختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم وموضوع المنازعة محل التحكيم [4].

ثانيا: تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم.

بإعتبار إختلاف المراكز القانونية لطرفي عقد الاستثمار وإنعقاده يكون بين طرفين غير متكافئين، الدولة ذات السيادة من ناحية والمستثمر الأجنبي الخاص من ناحية أخرى،

---

[1] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**.....، مرجع سابق، ص 352.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 168.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 169.

[4] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**.....، المرجع نفسه، ص 352.

فإن قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرّضا التام من جانب المستثمر الأجنبي بسبب تخوفه من إنحيازها إلى الدولة المضيفة للاستثمار وإضافة إلى مختلف الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليها، ولعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو هذا النّزاع[1].

وبذلك يعمد المستثمر المتعاقد مع الدّولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار، خوفا من استعمال الدّولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم التابعة لها، فضلا عن عدم ثقته بعدالة محاكم الدولة المضيفة [2].

كذلك كون تمتع الدّول بسايدتها واستقلالها يجعل من الصعب الفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها أمام القضاء الوطني لدولة أخرى، وزيادة على تمتع الدّولة بحصانتها عند قيامها بأعمالها السيادية دون التصرفات الأخرى المتعلقة بممارستها لأنشطتها التجارية وأعمال الإدارة العادية، فهذا لا يعني إنتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام، إذ يظل الأصل هو التمتع بها، وهنا تظهر صعوبات الفصل في المنازعات عندما تتعارض الحصانات القضائية للدولة مع قيام محاكم دول أخرى بتسوية المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، مما قد يؤدي إلى إهدار الحقوق الخاصة للمستثمر الأجنبي، أما في حالة إسناد مهمة النظر في المنازعات إلى قضاء الدّولة المستضيفة للاستثمار فإن المستثمر الأجنبي الطرف في النزاع قد يتفاجأ بقرارات مجحفة أو تعسفية يمكن أن تصدرها الدولة بما لها من سيادة لتحقيق إعتبارات سياسية أو إقتصادية [3].

كذلك يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم لعدم ثقته بنزاهة وعدالة محاكم الدولة المضيفة، زيادة لعدم وثوقه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو النّزاع، فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة، وأيّاً كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها، فإنه في نهاية الأمر قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها مع متعاقد أجنبي[4].

لكل هذه الأسباب المذكورة انفا نجد المستثمرين الأجانب حريصين على أن يتم إدراج شرط التحكيم في عقودهم مع الدولة المضيفة، ولو على حساب عدم اتمام العقد، ولعل في

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 169.

[2] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**.....، مرجع سابق، ص 353.

[3] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**.....، المرجع نفسه، ص 353.

[4] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 169.

عقد ديزني وورلد الحاصل بين شركة أمريكية وفرنسا أفضل مثال على ذلك فلقد اشترط المستثمر الأمريكي حتى يمكنه الموافقة على الاستثمار أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار الذي يجري في ضواحي باريس إلى التحكيم، غير أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هي أن الرأي عند مجلس شورى الدولة الفرنسية وعلى عكس محكمة التمييز في شأن العقود الدولية المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم جواز اللّجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها، نزولا في ذلك على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية، وكانت قيمة العقد مليارات الدولارات وترددت فرنسا فكيف تتخلى عن مجلس الشورى الفرنسي الذي وضع القوانين الإدارية لفرنسا وللعالم؟ وتأخر توقيع العقد وأصبح: أمر أن يكون المشروع أو لا يكون متوقفاً على الشرط التحكيمي ... وأخيرا قبلت فرنسا بالشرط التحكيمي[1].

الفرع الثاني:

التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار.

تسعى الكثير من الدول المضيفة في سبيل تشجيع الاستثمار الأجنبي ولتحقيق الجذب الأكبر للاستثمارات لتنمية مواردها إلى توفير الحماية الكافية لتأمين استثمارات الطرف الأجنبي الخاص، فرأس المال جبان يحتاج إلى الأمان، والمستثمر ينتابه القلق والخوف ويحتاج إلى طمأنته، فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى توفير الجو الملائم لكي يطمئن المستثمر بشأن استثماره ولا يتحقق ذلك إلا بتوفير مجموعة من الضمانات ولعل أهمها توفير ضمانات قضائية لحماية استثماراته، وبإعتبار التحكيم هو القضاء الطبيعي في هذا المجال، فأصبح المستثمر الأجنبي يرتاح إلى قضاء التحكيم، خصوصاً وأن التحكيم من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي لا يرغب فيه المستثمرون الأجانب، ومن هنا تبدو العلاقة الوثيقة بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال وتنوعها[2].

---

[1] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، مرجع سابق، ص 354.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 170.

فقد أصبح التحكيم من وسائل إجتذاب الاستثمار الأجنبي ومن ضماناته ضد المخاطر غير التجارية، حيث تمكن التحكيم من خلال آلية تسوية المنازعات وضمانة العدالة الدولية التي يؤمنها من كسب ثقة التجارة الدولية والاستثمارات لذلك وحرصا من الدّول، ولا سيما النامية منها، على جذب الاستثمار فقد أقرت التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار[1].

كذلك، فمن هذا الباب جاء قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم 8 لسنة 1997 ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، وذلك في مادته السابعة على الوجه الذي يتفق عليه مع المستثمر، كما يجوز الاتفاق على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات الثنائية السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار إتفاقية واشنطن لعام1965 [2] الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى، أو وفقا لقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[3].

كذلك فقد أقر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09/08 لسنة 2008 التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات الدولية والوطنية، كما نصّت مختلف القوانين المتعاقبة والخاصة بالاستثمار على اللّجوء إلى التحكيم ونذكر منها المرسوم التشريعي رقم 39- 12 المؤرخ في 05 أكتوبر1993 المتضمن قانون الاستثمار إمكانية اللّجوء للتحكيم الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمار الأجنبي، كذلك الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار الذي أحال تسوية الخلافات الناشئة عن الاستثمار إلى التحكيم، وكذلك الأمر 06-08 المعدل والمتمم للأمر 01-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 الذي لم يمس بالمادة 17 من الأمر 01-03 التي تنصّ على أن التحكيم الدولي هو

---

[1] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، مرجع سابق، ص 355.

[2] تعتبر هذه الاتفاقية المنشئة لمركز لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول والمواطنين من دول أخرى والتي بموجبها توصل البنك الدولي للإنشاء والتعمير إلى إنشاء هذا المركز المختصّ في التحكيم والتابع عضويا له وتمّ المصادقة عليها والعمل بها اعتبارا من 14 أكتوبر1966.

[3] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، المرجع نفسه، ص 355.

وسيلة لتسوية النزاعات بين المستثمرين الأجانب والدولة الجزائرية وبعده القانون 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار الذي نص في مادته 24 على اللّجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار، زيادة على انضمام الجزائر إلى اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ونصّ أغلب الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع الاستثمار المبرمة بين الجزائر والدول الأخرى على اللجوء للتحكيم سواءا أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو هيئة تحكيمية خاصة من أجل تسوية منازعات الاستثمار.

وعلى هذا النحو فإن استهداف الدولة جذب الاستثمارات الأجنبية إلى اقليمها يستوجب في كل الحالات أن يقر القانون خصوصا تشريع الاستثمار مبدأ جواز عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثل أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة.

المطلب الثاني:

الشروط الواجب توافرها لتصريح الأطراف المتعاقدة بالإرادة في التحكيم

يعتبر التحكيم في عقود الاستثمار الدولية قضاء من نوع خاص يترتب عنه قواعد وإلتزامات للأشخاص الراغبين في اللّجوء إليه، وللتصريح بالرغبة في التحكيم فيستوجب توافر شروط منها ما يتعلق بالجانب العضوي أي شروط مرتبطة بأطراف النزاع ومنها ما يتعلق بالجانب الموضوعي أي ما يتعلق بطبيعة النزاع لذلك فسنتطرق من جهة إلى الشروط العضوية المرتبطة بأطراف النزاع في عملية التحكيم (الفرع الأول) ومن جهة أخرى إلى الشروط الموضوعية أي تلك المتعلقة بطبيعة النزاع المطروح للتسوية عن طريق التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول :

الشروط العضوية (أطراف النزاع):

يعدّ اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار الحلّ الأنسب لأطراف عقد الاستثمار الدّولي ولكي يتمكنوا من ذلك فلابد من تحقق بعض الشروط منها ما هو مرتبط بالطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار والمتمثل بخصوصية أطرافه من جهة طرف خاص وهو المستثمر

الأجنبي ومن جهة أخرى طرف عام وهو الدولة المضيفة للاستثمار والتعبير عن الرغبة في اللجوء إلى التحكيم يكون بعد توافر الرضا بين طرفي العقد سواءاً في التحكيم الحرّ أو في التحكيم المؤسساتي، وبإعتبار التحكيم المؤسساتي هو الأكثر طلبا على المستوى الدّولي فسندرس شروط اللّجوء إليه وسنتعرض للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كمرجع لدراستنا وصولا إلى قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة الكنودسي بإعتبار بعض المراكز الاقليمية يطبقون هذه القواعد.

كذلك يعتبر شرط تحقيق التنمية الاقتصادية للدّول مرتبط بعقود الاستثمار باعتبارها تمثّل بالنسبة للدّول النامية فرصة لتحقيق التطور الاقتصادي وكذا توسيع بنيتها الأساسية وتكون أغلب الدول المضيفة للاستثمار من الدّول النامية أما بالنسبة للدول المتطورة فهي تشكل فرصة لتوسيع هيمنتها الاقتصادية على الأسواق الدولية والرفع من رؤوس الأموال المستثمرة في الخارج وغالبا ما يكون المستثمر الأجنبي من الدّول المتطورة ، فالدّولة تبرم عقود الاستثمار مع شركائها الأجانب رغبة منها في تحقيق زيادة تدفق الاستثمارات الأجنبية إليها كمصدر للتمويل الخارجي، وهذا يؤدي إلى رفع حجم المبادلات التجارية وهذا ما يجذب المستثمر الأجنبي من أجل ولوجها والاستثمار فيها[1].

وبإعتبار عقود الاستثمار الأجنبي هي عقود من طبيعة خاصة فيستوجب الأمر دراسة أطراف هذا العقد والشروط الواجب توافرها لتحقيق الرغبة في التحكيم، فسنقوم بدراسة الشروط الواردة بإتفاقية واشنطن بإعتبارها الإتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

أولا : طبيعة الأشخاص الأطراف في المنازعة.

نظرا للتطور الكبير الذي يعرفه العالم في جميع الميادين وإلى التسارع الاقتصادي وبسط العولمة لهيمنتها على إقتصاديات البلدان النامية، التي أصبحت لا تكتفي بدورها كدولة حارسة[2] وأصبحت تبحث على تطوير إقتصادها وتنميته سعيا في الوصول إلى التقدم

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 99.

[2] يقصد بالدولة الحارسة: هي أن الدولة تقصر وظائفها على توفير الأمن الداخلي والخارجي والفصل في المنازعات التي تنشأ بين المواطنين.

الذي تشهده الدّول المتطورة ولذلك أصبحت تسعى في إبرام الكثير من العقود مع المستثمرين الأجانب، التي تثير العديد من المنازعات والتساؤل الذي يثور هو : هل مجرد وجود الدولة كطرف في عقود الاستثمار يكفي لانعقاد إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار ؟[1]

بالرجوع إلى نص المادة 25 فقرة 1 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار فإن إختصاص المركز يمتدّ إلى « **أيّ نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدّول المتعاقدة (أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعيينه تلك الدّولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها)، وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة**».

كذلك فقد أكّدت المادة **25** فقرة **1** وجوب توفر شرط أن تكون الدّولة متعاقدة حتى يمكنها الاستفادة من تحكيم المركز، وكذلك بالنسبة للمستثمر الأجنبي الذي لا بد أن يكون مواطنا لدولة متعاقدة، فما هو مفهوم الدولة المتعاقدة؟.

تعدّ الدولة متعاقدة بمفهوم الاتفاقية إذا كانت طرفا في اتفاقية إنشاء المركز، أو بعد مرور ثلاثين يوما من تاريخ إيداع وثائق التصديق أو القبول، أو الموافقة إلى السكرتير العام للمركز الدولي[2].

كما يمكن تحقّق شرط التعاقد لباقي الدول الأخرى العضوة بالبنك الدولي، أو عضوة في النّظام الأساسي لمحكمة العدل الدّولية، ولكن بعد موافقة المجلس الإداري للمركز على انضمامها بأغلبية ثلثي الأعضاء[3].

كذلك بإعتبار الطابع الاختياري للاتفاقية، فيمكن لأي دولة متعاقدة ترغب في الانسحاب منها بإخطار كتابي يوجّه إلى الجهة المودعة بها (البنك الدولي، غير أنّ هذا الانسحاب لا يعتبر فعليا إلاّ بعد مضي ستة (6) أشهر من وصول هذا الإخطار، ومن ثم

---

1 مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، **التحكيم في منازعات الاستثمار الدّولي بين الدّولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي**، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، 2013، ص 21.

2 المادة 68 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

3 المادة 67 من اتفاقية المركز.

يجوز سحب طلب الانسحاب خلال هذه الفترة، كما لا يؤثر هذا الانسحاب على قبول اختصاص المركز الذي أعطي قبل ذلك[1].

أ- الدّولة المتعاقدة طرف في المنازعة:

و حتى تتمكن الدّولة من اللّجوء إلى التحكيم في مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، يجب أن تكون من الدول المتعاقدة في الاتفاقية، فمشاركة الدولة المتعاقدة في إجراءات التحكيم شرط أساسي وجوهري لانعقاد اختصاص المركز إذ تشترط المادة **36** فقرة **2** من الاتفاقية أن يشمل طلب التحكيم تحديد أطراف النزاع بدقة، ويتكفل بمهمة مراقبة طلب التحكيم السكرتير العام ليتأكد أن الدولة الطرف في النّزاع هي دولة متعاقدة، وإذا لم تكن الدولة كذلك فيملك رفض تسجيل طلب التحكيم.

كذلك يمكن للدولة الطرف في النّزاع أن تكتسب صفة الدولة المتعاقدة في التاريخ الذي يقبل فيه السكرتير العام طلب التحكيم، أو بشروعها في الانضمام للاتفاقية عند تقديم طلب التحكيم، وهذا يعني أن للدولة قبول اختصاص المركز بالنظر في النّزاع في اتفاق الاستثمار قبل أن تصبح دولة متعاقدة، كونها ستكتسب هذه الصفة عند تقديم طلب التحكيم[2].

وقد أثيرت مسألة تاريخ الإنضمام إلى الاتفاقية أمام هيئة التحكيم في أول قضية عرضت على المركزسنة **1972** وهي Holidays Inns، والتي تتلخص وقائعها بأنه في عام **1966** أبرمت الحكومة المغربية اتفاقاً مع شركة Holidays Inns الأمريكية، التي تعهدت بمقتضاه هذه الأخيرة ببناء وتشغيل أربعة فنادق في دولة المغرب، وفي المقابل تعهدت الحكومة المغربية بتمويل هذا المشروع، ومنح إمتيازات ضريبية معينة، وتسهيلات في صرف العملات الصعبة، ومن أجل تنفيذ هذا المشروع بين الطرفين، أنشأت شركة Holidays Inns شركة أخرى تابعة لها في سويسرا هي شركة Glarus (الشركة التابعة)، التي وقّعت إلى جانب الحكومة المغربية والشركة الأمريكية على اتفاق الاستثمارو أنشأت

[1] المادة 71 و72 من اتفاقية المركز.

[2] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 21.

أيضا شركة أخرى وهي شركة Occidental Hotels of Morocco وهي شركة أمريكية[1].

لكنّه، لما نشب النزاع نتيجة توقف الحكومة عن دفع ديونها، تقدمت الشركة التابعة لهوليداي إنز بطلب تحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وأثناء الاجراءات دفعت الحكومة المغربية بعدم اختصاص المركز، لأنّ كل من دولتي المغرب وسويسرا عند توقيع عقد الاستثمار لم تكن طرفا في الاتفاقية المنشئة للمركز، وإن كانتا قد انضمتّا قبل تقديم المنازعة إلى المركز، وقد اعتبرت حكومة المغرب أن التّاريخ الذي يعتد به لعضويّة الدّولة في الاتفاقية هو تاريخ عقد الاستثمار نفسه والذي يحتوي على شرط التحكيم، فيما اعتبرت شركة هوليداي إنز أن التّاريخ الذي يعتد به هو تاريخ تقديم طلب التحكيم إلى المركز[2].

غير أنّه، قد رفضت المحكمة ما جاءت به الحكومة المغربية من دفوع، معتبرة أن الاتفاقية سمحت للأطراف بتعليق شرط التّحكيم حتى حدوث شرط معين كالإنضمام للاتفاقية أو استنفاذ السّبل الأخرى سواء القضائية أو الإدارية لحلّ النّزاع، وبأن التاريخ الذي يمكن فيه اعتبار الدّولة متعاقدة، وفقا لما يفهم من نصوص الاتفاقية، هو التاريخ الذي يتحقّق فيه رضاء الأطراف باللّجوء إلى تحكيم المركز[3].

نستنتج من خلال هذا الحكم أنّ التاريخ الذي يعتد به لاعتبار الاتفاقية نافذة في دولة ما وأن هذه الدّولة أصبحت دولة متعاقدة هو التّاريخ الذي يقدم فيه طلب التحكيم إلى المركز، كذلك ما جاءت به محكمة التحكيم في هذه القضيّة صحيح وقائم على أسس وضعتها الاتفاقية في المادتين **25 و26** [4].

وبذلك بإعتبار التاريخ الحاسم لإضفاء صفة الدّولة المتعاقدة هو تاريخ إحالة النّزاع إلى المركز قد عبّد الطريق لهيئات التحكيم، وأصبح بمثابة المرجع للفصل في هذه المسألة

---

[1] جلال وفاء محمدين، **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، ص 20.

[2] لما أحمد كوجان ، المرجع السابق، ص23.

[3] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 24.

[4] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص24.

مستقبلا، ففي قضية Amco ضد إندونيسيا[1]، أعطت هذه الأخيرة موافقتها على اللّجوء إلى تحكيم المركز في اتفاق الاستثمار المبرم مع شركة Amco في جويلية **1968**، غير أنّها لم تصبح طرفا في الاتفاقية إلاّ بتاريخ **28 أكتوبر 1968**، فقضت هيئة التحكيم بأنّها مختصة بنظر النّزاع، بإعتبار أن العبرة في تحديد العضوية هي بتاريخ تقديم طلب التحكيم، إذ أن إندونيسيا قد قدّمت طلب التحكيم بتاريخ: **1981/01/18**، وبالتالي تعتبر دولة متعاقدة وفقا لنص المادة **1/25** من الاتفاقية، ويمكنها الاستفادة من تحكيم المركز[2].

وبذلك فإن الاتفاقية لم تحدّد التاريخ الذي تعتبر فيه الدّولة متعاقدة بشكل دقيق إلاّ أنها حدّدت في المادة **68** التاريخ الذي تصبح فيه الاتفاقية نافذة وسارية المفعول بالنسبة للدّول التي أسّست الاتفاقية، وكذلك بالنسبة للدّول التي انضمّت لاحقا لهذه الاتفاقية[3].

كذلك فإن كون الدولة كطرف مع المستثمر الأجنبي في عقد الاستثمار لا يشكل بالنسبة لاتفاقية واشنطن أية صعوبة طالما تكون الدولة قد أبرمت هذا العقد عن طريق من يمثلها كرئيس الدّولة، أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء، إلا أن الصعوبة قد تثار إذا كان الطّرف الذي تعاقد مع المستثمر الأجنبي ليس الدّولة ذاتها، وإنّما أحد الأجهزة التّابعة لها، فقد إعتبرت المادة **25** من إتفاقية واشنطن **1965** المنشأة للمركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار بأن المركز يختصّ بنظر النّزاعات القانونية النّاشئة بين الدّولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدّولة تقوم الدّولة بتحديده أمام المركز.

فإن الدّولة التي تكون طرفا في عقد الاستثمار هي الدّولة بمفهومها المعروف في إطار القانون الدّولي العام، أي الدّولة ذات السيادة وهي تقوم بإبرام عقود الاستثمار الأجنبي مباشرة من خلال حكومتها أو من خلال هيئاتها أو أجهزتها أو المؤسسات التابعة لها، مع إنصراف الآثار الناجمة عن التعاقد إليها، ما دام أن مثل هذه الأجهزة والمؤسسات تتولى تنفيذ السياسة العامة للدّولة دون أن يكون هناك تأثير حول تمتع مثل هذه الهيئات من عدمه بالشخصية القانونية المستقلة [4].

---

[1] Amco corpoation and others v.Republic of Indonesia (ICSID Case N° ARB/81/1), Decision of jurisdiction, September 25, 1983, p403.

[2] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 24.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص24.

[4] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 101.

إذا كان مفهوم الأجهزة التابعة للدّولة غير موجود بالاتفاقية غير أنه يستوجب الأمر في البحث عن مفهوم الأجهزة التابعة للدّولة وهذا ما يؤدي إلى البحث في عدّة معايير تقليدية وحديثة، ففي المعايير التقليدية يظهر معيار تمتّع المشروع العام بالشخصية القانونية المستقلّة عن الدّولة، وإذا كان الأمر كذلك فإنّه يخضع إلى القضاء الوطني أما إذا كان لا يتمتع بتلك الشخصية بل إنّه يندمج في شخص الدّولة فهو يتمتّع بالحصانة القضائية، وبالتالي لا يخضع لقضاء الدّولة الأجنبية وبمواجهة هذا المعيار نشأ معيار معاكس يعتبر أن المشروع العام التّابع للدولة يتمتّع بالحصانة القضائية بغض النّظر عن تمتعه بشخصية قانونية مستقلّة عنها على اعتبار أنّه يعتبر مرفقاً من مرافق الدّولة[1].

كذلك هناك معيار آخر وهو معيار التّبعية، الذي بموجبه أن إنشاء شخص معنوي من طرف الدولة، وإعطائه الشخصية القانونية مستقلة ومنفصلة عن الدّولة لا يكفي لمعرفة مدى تبعيّة هذا الجهاز للدّولة ولمعرفة مدى تبعيّة هذا الجهاز للدّولة وأن هذه التبعيّة تفترض وجود أمرين أو معيارين لتكملة هذا المعيار وهما المعيار العضوي ومعيار طبيعة النشاط[2].

فالمعيار العضوي يعني توافر مجموعة من العناصر المتكاملة التي تساعد في تقرير مدى تبعية الجهاز للدّولة، وتأخذ هذه العناصر من خلال النّظام الأساسي أو القانون أو القرار الذي أنشأ الجهاز، ومن هذه العناصر عنصر رأس المال في الجهاز وكيفية إدارته زيادة على الأنظمة القانونية التي تحكم تصرفاته والوسائل المالية لتمويله[3].

وهناك معيار أخر يتعلق بطبيعة النشاط، ويعني أن يكون هذا الجهاز قد تصرف لتوجيهات الدّولة ولحسابها، مما يعني أنه جهاز تابع للدّولة، أما تصرف هذا الجهاز بناءا لتوجيهات جهاز أخر ولحسابه أو لحساب الغير، وليس باسم الدّولة ولحسابها فإن تبعية هذا الجهاز للدّولة لا تتحقق.

من خلال ما تقدم، فإن تحديد مدى تبعية الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي للدّولة ستوجب وجود أكثر من عامل للتأكد من هذه التبعية، ويستوجب النّظر في كل حالة على حده، فالأشكال التي تتخذها هذه الأجهزة متعدّدة ومتنوعة، فهذه الأجهزة أنشأت خصيصا

---

[1] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص25.

[2] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 67.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع نفسه، ص27.

لتحلّ محل الدّولة في إطار العلاقات الاقتصادية التجاريّة الدّولية، وتتصرف لحساب الدّولة وصالحها.

لذلك فعلى الدّولة تعيين المؤسسات والوكالات التابعة لها للمركز الدولي، والهدف من هذا التعيين هو تمكين المستثمر الأجنبي من التعرّف إلى المؤسسات والوكالات التابعة للّدولة والتي قد تصبح أطرافاً في نزاعات قانونية أمام المركز، والتأكّد من أنه يتعامل مع كيان معتمد من قبل الدّولة من ناحية، ولمنع الخلافات المستقبلية فيما إذا كان هذا الكيان يشكل مؤسسة، أو وكالة تابعة للدولة من ناحية أخرى [1].

كما أنّه من خلال المادة **25** يمكننا إستنتاج ثلاثة شروط والتي يمكن بها للأجهزة اللّجوء إلى التحكيم أمام المركز:

– أن يكون هذا الجهاز تابع للدّولة المتعاقدة.

– أن يكون هذا الجهاز أو هذه الوكالة معينة للمركز من قبل الدّولة المتعاقدة.

– رضا هذا الجهاز باللّجوء إلى تحكيم المركز مع موافقة الدّولة بمثل هذا الأمر، إلا إذا أعلنت هذه الأخيرة للمركز عدم وجود حاجة لقبول مسبق منها[2].

فتظهر أهمية عملية التعيين التي تقوم بها الدّولة أمام المركز في كون موافقة الدّولة للجوء إلى التحكيم المؤسساتي إجباري، سواء ممثلة بنفسها أو في شخص أحد أجهزتها أو هيئاتها، وقد تتراجع الدّولة عن موافقتها على امكانية لجوء المؤسسة أو الوكالة التي حدّدتها للمركز سابقا بهدف التحكيم.

غير أنّه لم تحدد الاتفاقية شكلا معينا يتم من خلاله التعيين للمركز، إلاّ أنّه من الناحية العملية ينبغي أن يتمّ التعيين بصيغة رسمية، فمجرد التعيين في اتفاق الاستثمار، أو في الاتفاق المبرم بين الدّولة المتعاقدة والمؤسسات والوكالات التابعة لها لا يعتبر كافيا لانعقاد الاختصاص للمركز[3].

بالرجوع إلى قائمة التعيينات المقدمة من الدول المتعاقدة إلى المركز فإن التعيين قد يكون عاما من خلال توجيه الدّولة إخطار التعيين إلى المركز، ويدرج في وثيقة تصديقها

---

[1] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 34.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 28.

[3] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع نفسه، ص 35.

على الاتفاقية، مثال ذلك تعيين البرتغال لشركة Investimentos Comércioe Turismo de Portugal، كمؤسسة تابعة لها، كما عينت الإكوادور شركة البترول الإكوادورية (Corporacion Estatal Pétrolera Ecuatoriana) وكالة تابعة لها، وعينت تركيا كذلك الشركة التركية لتوليد وتوزيع الكهرباء (Turkish Electricity Generation and Transmission Corporation) وكالة تابعة لها.

أما بالنسبة لوقت التعيين فقد أبقت الاتفاقية على باب التعيين مفتوحا دون تقييد الدولة المتعاقدة بميعاد معين، فمن الممكن أن يتم تعيين المؤسسات والوكالات التابعة للدّولة بعد نشأة النّزاع مباشرة طالما أن المركز قد استلم إخطار التعيين قبل أو عند تقديم طلب التحكيم.

كذلك فعلى الدولة أن تقوم بإجراء التعيين قبل إخطار المركز بعريضة التحكيم أو على الأكثر عند تقديم هذه العريضة للتسجيل ، وإلا رفضت المطالبة من قبل الأمين العام للمركز على أساس أن النّزاع يخرج بشكل جليّ عن اختصاص المركز، وفي نفس السياق تنص لائحة رفع الدعاوي أمام المركز على أن:

«يجب أن تتضمن العريضة:

2-الإشارة إن كان أحد الأطراف هيئة عامة أو جهاز تابع للدّولة، وأنّه معين من طرف الدّولة طبقا للمادة 1/25 و3 من الاتفاقية» [1].

وفي حالة ما إذا تم التعبير عن الرضا باللجوء إلى تحكيم المركز في القانون الوطني للاستثمار، أو في اتفاقية الاستثمار الثنائية أو متعددة الأطراف، فإنه حتى وإن لم تعين المؤسسة أو الوكالة التابعة للدولة، فإن هذه الأخيرة لا تتجرد من مسؤوليتها، وإنما تبقى مسؤولة وفقا للقانون الدولي (المادة 4 من مشروع اتفاقية مسؤولية الدولة عن الأعمال غير المشروعة لسنة 2001). [2]

كذلك تعتبر هيئات التحكيم شرط تعيين المؤسسة أو الوكالة التابعة للدولة شرطاً ضرورياً لانعقاد اختصاصها بنظر النّزاع، كذلك لم تكتف اتفاقية واشنطن وحرصا منها على حماية

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 76.

[2] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 38.

المستثمر الأجنبي بمجرد التعيين واخطار المركز بذلك، وإنما أكّدت على وجوب توفّر موافقة الدّولة المتعاقدة على مشاركة هذه المؤسسات والوكالات التابعة لها في إجراءات التحكيم[1].

كذلك، للتمكن من تحديد الأجهزة التابعة للدّولة، بإعتبارها تتخذ أشكالا متعددة ومتنوعة، وهو ما يجعل من عملية تحديد مدى تبعية المؤسسة أو الوكالة للدولة، ويمكننا تمييز معيارين يكفلان هذه العملية وهما المعيار القانوني الذي يقوم على أساس فكرة تمتع المؤسسة أو الوكالة بالشخصية القانونية المستقلة، ومعيار إقتصادي يرتكز على مدى تبعية الكيان للدّولة.

1- **المعيار القانوني:** بإعتبار أن كل مؤسسة أو وكالة تتمتع بالشخصية القانونية فهذا المعيار يرتكز بالتحديد على فكرة التوقيع المادي أو الفعلي لاتفاق الاستثمار[2].

بمعنى أنّه هذا الجهاز بإعتباره قائم بذاته، كونه يتمتع بشخصية قانونية وذمة مالية مستقلة فإنه يتحمل المسؤولية الكاملة عند توقيعه على العقد، وهذا بإفتراض إنقطاع رابطة التبعية للدّولة[3].

غير أن هذا المعيار قد لا يحافظ على حقوق المستثمر الأجنبي كاملة، كون الدّولة قد تتملص من مسؤوليتها على الجهاز بعدما كانت تلعب دورا أساسيا في إبرام عقد الاستثمار[4].

كذلك ، كون مسألة الشخصية المعنوية المستقلة هي مسألة فنية تستعيرها الدّولة لإدارة مرافقها بصفة جيدة، فلا يجوز لهذا الجانب التنظيمي أن يكون سبباً في حرمان الدّولة من حصانتها المقررة لها وفقا لمبادئ القانون الدولي العام [5].

غير أنّه وفي نفس الوقت قد تكون الشخصية القانونية مجرد ستار تستعيره الدّولة في دفع المسؤولية عنها، إذ أن الجهاز يكون قد تعاقد لصالحها رغم تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة، وبذلك فلا يجوز إعتبار المعيار القانوني معياراً حاسماً في تحديد تبعية الجهاز للدّولة[6].

---

[1] المادة 25 فقرة 3 من اتفاقية واشنطن.

[2] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، مرجع سابق، ص 17.

[3] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 44.

[4] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، المرجع نفسه، ص 20.

[5] حفيظة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، مرجع سابق، ص 45-46.

[6] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع نفسه، ص 44.

فبذلك، ولأجل ظهور عديد من الأراء التي تنتقد هذا المعيار، راح الفقه والقضاء الدوليين في البحث عن معيار أخر، وبذلك ظهر المعيار الاقتصادي.

2- **المعيار الإقتصادي(معيار التبعية):** إن مسألة الشخصية القانونية المستقلة للجهاز أو الوكالة، قد لا تكون كافية لنكران تبعيتها للدّولة، كون هذه التبعية ترتكز على مجموعة من العناصر سواء بما يتعلق بهيكل الجهاز، أو طبيعة النشاط الذي يؤدي، أو حتى الرقابة التي تمارسها عليه الدّولة.

أ- **المعيار العضوي:** هذا المعيار يتخد أساسه من وجوب توفر مجموعة من العناصر لكي نتمكن من معرفة مدى تبعية الجهاز للدولة، هذه العناصر تتكون من النظام الأساسي، أو القانون أو القرار الذي أنشأ هذا الكيان[1].

تضاف إلى تلك العناصر، عنصر رأس المال في الجهاز، عندما تكون الدّولة تستحوذ على الأغلبية من رأس مال الشركة، وكذلك من خلال أساليب إدارة الجهاز، والأنظمة القانونية التي تحكم تصرفاته، والوسائل المالية لتمويله[2].

ب-المعيار الوظيفي (طبيعة النشاط): بإعتبار أن الجهاز أو الهيئة المتمتعة بالشخصية القانونية، لا تحول هذه الأخيرة دون القول بأنه يمثل الدّولة على المستوى القانوني بإعتباره هو من أبرم عقد الاستثمار وقام ماديا بالتوقيع عليه، والذي سيسعى في تطبيق وتنفيذ سياسات مرسومة سلفا من قبل الدولة ويمثل مصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، على نحو يبدو فيه الجهاز كونه يتمتع بشخصية قانونية مستقلة، في حالة تبعية ضيقة بالنسبة للدّولة[3].

---

[1] عطار نسيمة، **النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2017-2018، ص 133.

[2] حفيظة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، مرجع سابق، ص 68.

[3] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، مرجع سابق، ص 20.

أي أن تتحقق تبعية الجهاز للدّولة بمجرد تصرّفه وفقاً لتوجيهات الدّولة ولحسابها، أما إذا تصرّف هذا الجهاز وفقا لتوجيهات جهاز آخر أو لحسابه أو لحساب الغير، وليس بإسم الدّولة أو لحسابها فإن تبعية هذا الجهاز للدّولة لا تتحقق[1].

كذلك فالمعيار الوظيفي هو قائم على أساسين وهما:

1- أن يكون هذا الكيان موجود ويتمتع بسلطة ممارسة وظائف حكومية، مما يلزم الحكومة أن تقوم بمنح الجهاز بعض اختصاصاتها.

2- أن يقوم هذا الجهاز بابرام اتفاق الاستثمار مع المستثمر الأجنبي في إطار ممارسة هذه الوظائف الحكومية الموكلة إليه.

كذلك بتوفر هذين الشرطين فيمكن إعتبار وجود جهاز تابع للدولة يسمح له بالمثول كطرف في إجراءات التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

جـ- معيار الرقابة الفعالة: إن هذا المعيار يرتكز على الرقابة التي تسلطها الدولة على الجهاز ومدى تحكمها فيه، من خلال التعليمات التي تصدرها، ودرجة الإشراف عليه، فيعتبر الكيان تابعا للدّولة إذا كانت تصرفاته نابعة من توجيهاتها ولحسابها، أما إذا تصرف هذا الجهاز بناءاً على توجيهات جهاز أخر، أو لحسابه أو لحساب الغير، وليس باسم الدّولة ولحسابها، فإن تبعية هذا الجهاز لا تتحقق[2].

إن فحص مسألة الرقابة التي تمارسها الدّولة على الكيان تتطلب من هيئة التحكيم الخوض في مسألتين مهمتين:

أ- درجة الرقابة العامة التي تمارسها الدّولة على المؤسسة أو الجهاز.

ب- درجة الرقابة الخاصة التي تمارسها الدّولة على تصرف المؤسسة، أوالجهاز محل العمل الغير المشروع [3].

غير أنّه، أصبح بالنسبة لهيئات التحكيم الكشف عن وجود رقابة فعّالة من قبل الدولة خصوصا مع تشابك الوظائف التي أصبحت تؤديها الدولة المعاصرة.

---

[1] لما أحمد كوجان ، المرجع السابق، ص28.

[2] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 47.

[3] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع نفسه، ص 47.

إن الغرض من دراسة هذه المعايير هو معرفة طريقة عمل المحكمين عند التطرق لمسألة تبعية المؤسسات والوكالات التابعة للدّولة، كأساس لإنعقاد الإختصاص الشخصي لهيئات التحكيم، وفقا لما نصت عليه المادة 25 فقرة 1 من الاتفاقية، ولا بد من التطرق إلى موقف هيئات التحكيم من هذه المعايير.

موقف هيئات التحكيم من هذه المعايير:

من خلال تفحص أهم القضايا التي فصلت فيها هيئات تحكيم المركز فيما يخص مسألة تبعية المؤسسات والوكالات للدولة، يظهر جليا اعتمادها على المعيار الاقتصادي في تحديد تلك التبعية ومنها بعض القضايا كمايلي:

1-قضية Consortium R.F.C.C ضد دولة المغرب:

إحتجت دولة المغرب بعدم الاختصاص الشخصي للهيئة على أساس أن عقد الاستثمار كان قد أبرم بين المستثمر الايطالي وبين الشركة الوطنية للطرق A.D.M (La société Nationale des Autoroutes du Maroc) وهي شركة تخضع للقانون الخاص.

حيث ذكرت هيئة التحكيم أنه لتحديد درجة مساهمة ورقابة الدولة للكيان، لا بد من الرجوع إلى النهج الذي اتبعته هيئة التحكيم في قضية Maffezini، وذلك بالاعتماد على كل من المعيار العضوي والآخر وظيفي.

قامت هيئة التحكيم بتحليل العناصر التي ينطوي عليها المعيار العضوي:

(1) ADM هي شركة تجارية تأسست وفقاً لقانون الشركات المغربية، وتم تسجيلها في السجل التجاري بتاريخ: 1989/08/03، ونتيجة لذلك اكتسبت الشخصية القانونية.

(2) يتوزع رأسمال الشركة على النحو الأتي: تمتلك خزينة الدولة 79,77%، بعض بعض الشركات العامة 10,57%، بعض البنوك والمؤسسات المالية 5,17%، بعض شركات التأمين 3 %، وبالتالي شركة ADM مملوكة بنسبة لا تقل عن 89 % من قبل الحكومة المغربية.

(3) أما عن إدارة شركة ADM، فيتكفل به مجلس إدارة يتمّ تعيين أعضائه من قبل الجمعية العامة العادية، وهذه الأخيرة تتكون من أغلبية المساهمين في رأسمال الشركة، ومن ثم فإن الحكومة المغربية لها التمثيل الأكبر فيها.

نستنتج من هذا التحليل، بخصوص تكوين شركة ADM أنها وبدون أي شك هيئة تخضع لرقابة الحكومة المغربية وإدارتها وسيطرتها.

أما فيما يتعلق بالمعيار الوظيفي، فلاحظت الهيئة أن الغرض الرئيسي لشركة ADM هو بناء وصيانة واستغلال الطرق. فيتضح من هذا الغرض أنها تقوم بالمهام التي تقوم بها الدولة من خلال استغلال أموال تتعلق بالصالح العام.

إستنادا إلى ما سبق، قضت الهيئة أن شركة ADM هي شركة تابعة لدولة المغرب ووكيلة عنها في إبرام العقد مع المستثمر الإيطالي[1].

2- قضية شركة Jan de Nul ضد مصر:

أدعت شركة Jan de Nul أن هيئة قناة السويس (Suez Canal Authority) SCA ليست مؤسسة تابعة للحكومة المصرية[2].

ولقد قامت هيئة التحكيم بعد محاولات من أجل إثبات التبعية لهيئة قناة السويس لدولة مصر من خلال المواد 4، 5، 8 من مسودة اتفاقية مسؤولية الدولة، وذلك من خلال طرح جملة من التساؤلات التالية:

أ- هل تصرف قناة السويس (SCA) ينسب إلى دولة مصر بسبب أن الهيئة جهاز تابع للدولة وفقا للمادة 4 من الاتفاقية:

وقد توصلت الهيئة إلى أن هيئة قناة السويس (SCA) ليست مؤسسة تابعة للحكومة المصرية استناداً إلى مايلي:

(1) تنص المادة 4 من القانون رقم 1975/30 الذي أنشأ هيئة قناة السويس(SCA) على أنّه :"تقوم هيئة قناة السويس (SCA) بإتباع أساليب مناسبة للإدارة والإستغلال وفقا لما يتّبع في المؤسسات التجارية دون الالتزام بالنظم الحكومية".

(2) تقضي المادة 5 من نفس القانون على أنّه: " يجب أن يكون لهيئة قناة السويس (SCA) ميزانية مستقلة وفقاً للقواعد المعتمدة في المؤسسات التجارية.

(3) تنص المادة 10 من نفس القانون على أنّه: "تعتبر أموال هيئة قناة السويس (SCA) أموالاً خاصة.

---

[1] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع نفسه، ص 52.

[2] Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case N° ARB/04/13) Award of November 6,2008.

ب–هل تصرف هيئة قناة السويس (SCA) ينسب إلى دولة مصر بسبب أن الهيئة كيان عام له سلطة ممارسة وظائف حكومية وفقاً للمادة 5 من الاتفاقية؟

وفقا للمادة 5 من الاتفاقية، لكي ينسب التصرف للدولة لا بد من توافر شرطين:

أولا: أن يتم التصرف من قبل كيان له سلطة ممارسة وظائف حكومية.

ثانيا: أن يكون القيام بهذا التصرف في إطار ممارسة هذه الوظائف الحكومية.

إذ قضت هيئة التحكيم أنه ليس هناك شك أن هيئة قناة السويس (SCA) لها سلطة ممارسة وظائف حكومية، فهي مسؤولة عن الإدارة والحفاظ على قناة السويس التي هي من أهم الممرات المائية في العالم، وأحد الأصول الأساسية للاقتصاد المصري، كما أن لها سلطة وضع مراسيم تتعلق بالملاحة في القناة.

لكن رغم أن هيئة قناة السويس (SCA) لها سلطة ممارسة وظائف حكومية، لكن تصرفها لم يكن في إطار ممارسة هذه الوظائف.

جـ– هل تصرف هيئة قناة السويس (SCA) ينسب إلى دولة مصر بسبب أنها تعمل تحت إشراف الدولة وفقاً للمادة 8 من الاتفاقية:

وصلت الهيئة إلى إستنتاج أنّه ليس هناك أي دليل على أن الدولة أعطت تعليمات لهيئة قناة السويس (SCA) للقيام بالأعمال محل التحكيم.

لهذه الأسباب قضت هيئة التحكيم أن أعمال هيئة قناة السويس (SCA) لا تنسب إلى دولة مصر.

ب– مواطن دولة متعاقدة أخرى طرف في المنازعة:

إستجابة إلى أزمة الثقة الموجودة بين المستثمرين الأجانب والدّول المضيفة للاستثمار، وإزاء خوف المستثمرين من المخاطر التي قد تلحق باستثماراتهم، والتي تنتج عن التدابير التي قد تتّخذها الدولة المضيفة للاستثمار، فقد منحت اتفاقية واشنطن الحقّ المباشر

باللّجوء إلى التحكيم بدون الحاجة إلى تدخل دولتهم أو إذنها في الاجراءات التحكيمية المتبعة[1].

زيادة إلى أن فكرة إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تتبلور حول الطبيعة الخاصة والمختلطة لأطراف النزاع (دولة وشخص من أشخاص القانون الخاص)، لهذه الأسباب فتشترط المادة 25 فقرة 1 من الاتفاقية أن يكون الطرف الأخر في النّزاع مواطن دولة متعاقدة أخرى وبصراحة هذه المادة فإن عبارة «مواطني إحدى الدّول الأخرى المتعاقدة» تضم الأشخاص الطبيعيين وكذلك المعنويين[2].

كذلك يمكن للشخص الطبيعي الذّي يتمتع بجنسية إحدى الدّول المتعاقدة، أن يباشر بطلب الإجراءات التّحكيمية ضد الدّولة المضيفة للاستثمار من خلال التحكيم المؤسساتي مثل المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار، شريطة توفّر الجنسية في تاريخين معا وفقاً لنص المادة 25 من الاتفاقية[3]، ويكون هذان التاريخان كمايلي:

1- التاريخ الذي وافق فيه الأطراف على طرح النّزاع على التحكيم.

2- التاريخ الذي يسجّل فيه الطلب باللّجوء إلى تحكيم المركز لدى السكرتير العام للمركز.

ويبقى شرط توافر الجنسية في التاريخين أساسي، فإن توفرها في إحدى التاريخين دون الآخر ينزع الإختصاص عن محكمة المركز بالنّظر في منازعة الاستثمار[4].

ففي قضية السيد Antoine Goetz ضد جمهورية بورندي، قضت هيئة التحكيم باختصاصها بنظر النّزاع، لأن المدعين يحملون الجنسية البلجيكية في التاريخين معا، وفقا لما نصّت عليه المادة 25 فقرة 2 من الاتفاقية[5].

---

[1] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 35.

[2] المادة 25 فقرة 1 من الاتفاقية.

[3] حفيظة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، مرجع سابق، ص 166.

[4] جلال وفاء محمدين، **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، المرجع السابق، ص 28.

[5] Antoine Goetz and others V. Republic of Burundi (ICSID Case N° ARB /95/3), Award of February 10, 1999, 15 ICSID Rev. FILJ 457 (2000), p495.

كذلك في قضية السيد Hussein Nuaman Soufraki ضد الإمارات العربية المتحدة، خلصت هيئة تحكيم المركز إلى أن المدعي ليس مواطناً إيطالياً في التاريخين 2002/05/16 تاريخ الرضا باللجوء إلى تحكيم المركز، و2002/06/18 تاريخ تسجيل الطلب، ومن ثم قضت بعدم اختصاصها بنظر النّزاع، وأيدت لجنة إبطال الحكم ما توصلت إليه هذه الأخيرة في قرارها[1].

أما بالنسبة للشخص المعنوي، فالجنسية التي يجب أن يتمتع بها هذا الأخير هي واردة في المادة 25 فقرة 2/ب كمايلي: «... **بجنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النّزاع، في التاريخ الذي يوافق فيه الطّرفان على طرح النّزاع على التحكيم، وإنّ أي تعديل لاحق لهذا التّاريخ على الجنسية ليس من شأنه أن يؤثر في اعتبار المركز مختصّاً**»[2].

كذلك، هنالك معايير محددّة لتعيين جنسية الشخص المعنوي في القانون التجاري الدّولي ومن هذه المعايير معيار مكان التأسيس ومعيار مركز الإدارة الرئيس هذا وإضافة إليه معيار الرقابة الذي يكشف بصورة جلية جنسية الشخص المعنوي.

1- معيار مكان التأسيس: فإذا أخذنا بهذا المعيار نجد أنّ أي شركة يتم تأسيسها وفقا لقوانين الدّولة المضيفة للاستثمار ستتّمتع بجنسية هذه الدّولة، وبالتالي لا يمكنها اللّجوء إلى تحكيم المركز لانتفاء شرط أن يكون الشّخص المعنوي منتميا لدولة أخرى غير الدّولة المضيفة للاستثمار، الطرف في النّزاع.

غالبا ما يحدث في البلدان النّامية، التي ترغب في الإشراف على الشركة الأجنبية المستثمرة، تخضعها لقوانينها الوطنية، وهذا ما ينشأ عنه إفلات النّزاع الذي قد يطرأ من اختصاص المركز، إلا إذا تمّ إعتماد معيار أخر لجنسية الشخص المعنوي غير معيار مكان التأسيس[3].

2- معيار مركز الإدارة الرئيس: وهو يرتكز على فكرة تمتع الشركة بجنسية الدولة التي توجد فيها أجهزتها المختصة باتخاذ القرارات، مثل مجلس الإدارة، والجمعية العامة،

---

[1] Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates (ICSID Case N° ARB/02/7), Decision Of The Ad Hoc Committee On The Application for Annulment of Mr. Soufraki, June 5, 2007, p37.

[2] المادة 25 فقرة 2/ب من اتفاقية البنك الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى.

[3] لما أحمد كوجان ، المرجع السابق، ص36.

والأجهزة المالية والإدارية والفنية، ويعتبر المعيار الأنسب لتحديد جنسية الشركات متعددة الجنسيات، ويطبق أساساً في الدول التي تتبع النظام القانوني اللاتيني[1].

3- معيار الرقابة: ولقد أعتمد هذا المعيار بالنّظر إلى ما يتخّذ المالك الحقيقي من إجراءات الرقابة على شركته، فقد يكون مساهماً في الشركة التي يسيطر عليها، وقد توسع إستعمال هذا المعيار بعدما كان أمر الرقابة يقتصر على ملكية الأسهم، أصبح يمتد ليشمل جنسية القائمين بالإدارة وحقوق التصويت المرتبطة بملكية الأسهم.

ثانيا: تراضي الأطراف على التحكيم

تستمد هيئات التحكيم سلطتها بالنظر في النّزاع من الموافقة الصادرة عن كل من الدولة والمستثمر الأجنبي، فهذه الطبيعة التبادلية للرضى أشارت إليها مقدمة الاتفاقية الدولية لواشنطن بقولها «**و مع التسليم بأن رضا الطرفين المتبادل بأن يعرضا مثل هذه المنازعات للتوفيق أو التحكيم بواسطة هذه الأداة**»، كذلك فقد أكّدت المادة 25 فقرة 1 «..... **ويوافق طرفا النّزاع كتابة**..... »، ولكن حرصا منها على الطابع الإختياري لم تحدد في الشروط الواجب توافرها في هذا الرضى المتبادل، إذ اكتفت بضرورة أن يكون مكتوباً، فإشتراط كتابة اتفاق التحكيم ليس بالأمر الجديد في ميدان التحكيم التجاري، إذ تنص المادة 2 فقرة 1 من اتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف بالأحكام الأجنبية لسنة 1958 على « أن تعترف كل دولة متعاقدة باتفاق الأطراف المكتوب الذي يلزمهم باللجوء إلى التحكيم....»، كما تشترط المادة 7 فقرة 2 من قانون الكنودسي النموذجي للتحكيم الدولي (CNUDCI) لعام 1985 أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا[2].

أما من الجانب الشكلي فلم تشترط إتفاقية واشنطن ورود أية صيغة معينة في اتفاق التحكيم، وإنما تركت للأطراف حرية التعبير عن رضاهم، عكس اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي حدّدت صور الشكل الكتابي في المادة 2 فقرة 2 منها تشمل (الاتفاق الخطي) لشرط التحكيم الوارد في أي عقد، أو في اتفاق التحكيم الموقع عليه من قبل الأطراف، أو الذي من الممكن استنتاجه من البرقيات المتبادلة أو التليغرامات.

---

[1] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 87.

[2] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع نفسه، ص 130.

كذلك، بالرجوع إلى تقرير المديرين التنفيذيين فقد أعتمدوا نفس الصيغة التي أتت بها إتفاقية نيويورك التي تقضي « **بينما تعتبر الموافقة الكتابية شرطاً أساسيا للجوء إلى التحكيم بمقتضى الاتفاقية، فليس هناك ضرورة لاثبات موافقة الطرفين في مستند واحد كعقد الاستثمار المبرم بينهما على سبيل المثال، وبناء على ذلك قد تتم الموافقة بموجب أي مستند قانوني بشرط أن يكون مكتوباً**»[1].

كما يعتبر الرضا بالتحكيم أمام المركز الدولي ملزماً ولا يجوز سحبه بالإرادة المنفردة، طالما صدر عن طرفي عقد الاستثمار، إلاّ أنّه بالعكس غير ملزم إذا صدر عن أحد الطّرفين، وبالتالي فالرضا الملزم هو الذي يصدر عن الطرفين معا، على أن يكون هذا الرضا سابقا لتقديم طلب التحكيم للمركز، وعندها لا فرق لو كان قد صدر قبل أو بعد نشوء النّزاع بين الطرفين[2].

كما يجب أن يصدر التعبير الصريح عن الرضا عن أطراف النّزاع أنفسهم، فمن جهة الدّولة المضيفة للاستثمار قد يصدر الرضا من قل الدولة نفسها، أو من إحدى المؤسسات أو الوكالات التي تعينها الدولة، التي لا تكفي موافقتها لانعقاد الاختصاص للمركز إلاّ إذا اقترنت بموافقة الدولة باستثناء حالة اخطار هذه الأخيرة للمركز أن موافقتها المسبقة ليست ضرورية[3].

أما من جانب المستثمر، فإن الاشكالية تثار في حالة وجود عدة شركات، ويتم التعبير عن الرضا من قبل الشركة الأم، بينما يتم تقديم طلب التحكيم أمام المركز من قبل الشركة الفرع ففي هذه الحالة ترجع سلطة قبول اختصاص المركز إلى هيئة التحكيم التي تنظر في مدى صحة رضا الأطراف[4].

كما يمكن أن تعبر الدّولة عن الرضا عن طريق معاهدة ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، وبموجب هذه المعاهدات قد تتعهّد إحدى الدولتين، سواء الدولة المضيفة للاستثمار، أو دولة المستثمر الأجنبي، بقبول إختصاص المركز في حال نشوء نزاع في المستقبل بين إحدى الدولتين ومستثمرى الدّولة الأخرى، إلا أن هذا التعهد لا يعتبر

---

[1] Report of The Executive Directors, p23-33.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص52.

[3] المادة 25 فقرة 3 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

[4] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 133.

ملزما للدّولة إلاّ عندما يعلن المستثمر عن قبوله باللجوء إلى تحكيم المركز وإخطار المركز بذلك، وإذا لم يعلن المستثمر عن قبوله فلا يتوفر الرّضا[1].

إلا أنّه في هذه الحالة فإن حصول الرضا في اللّجوء إلى التحكيم بين كل من المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار مرهون بقبول الطرف الثاني، فقد تقتضي المعاهدة بوجوب طلب المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم لكي تلتزم الدّولة المضيفة بدورها باختصاص المركز في النّظر في المنازعة، ولا يتحقق ذلك إلاّ بتضمن اتفاق الاستثمار شرط التحكيم باختصاص المركز للنظر في المنازعة، أو أن تلزم المعاهدة الدولة المضيفة للاستثمار باللجوء إلى تحكيم المركز متى طلب المستثمر ذلك دون أن تشترط قبول الدولة المسبق في اتفاق الاستثمار نفسه.

كذلك، قد تحصل المعاهدة الثنائية بين الدولتين لحماية الاستثمارات، بجواز رفع المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدّولة المضيفة للاستثمار بموجب اتفاق لاحق بينهما، إلاّ أن مثل هذه المعاهدات الثنائية لا تشكل بحدّ ذاتها قبولا باختصاص المركز من جانب الدّولة المضيفة للاستثمار[2].

كما، لا يقتصر تعبير الدّولة عن رضائها باللّجوء إلى تحكيم المركز على المعاهدات الثنائية، فقد تعبّر الدولة المضيفة للاستثمار عن رضاها عبر سنّها تشريع داخلي يتضمن في نصوصه إقراراً بقبول الدّولة باللّجوء إلى التحكيم أمام محكمة المركز، وتهدف في الغالب مثل هذه التشريعات إلى جلب الاستثمارات خصوصا في بلدان العالم الثالث.

وتعتبر الدولة في هذه الحالة ملزمة بالتقيد بموافقتها اللّجوء إلى التحكيم بموجب هذا التشريع ولا يمكن للدّولة التستّر وراء قيود تفرضها قوانينها الداخلية كي تحول رفض التحكيم باعتبار هذا المبدأ هو من القواعد المادية التي يفرضها النظام العام الدّولي[3].

غير أنّه، السؤال المطروح هو أنّه هل يمكن القول بصحة أو عدم صحة التحكيم الإلزامي؟ وللإجابة على هذا السؤال فسنكتفي بالعودة إلى المبادىء العامّة في التحكيم، إذ

---

[1] لما أحمد كوجان ، المرجع السابق، ص52.

[2] جلال وفاء محمدين، **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، المرجع السابق، ص 41.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع نفسه، ص55.

أن التحكيم أساساً يقوم على توافق وتراضي بين الطّرفين، وحتى يتمكّنا من اللّجوء إلى التحكيم لا بد من وجود بند تحكيمي في العقد الموقع بينهما يحيل النّزاع إلى التحكيم.

كذلك، وبإعتبار التحكيم الإلزامي يعبّر عن رضا الدّولة في اللّجوء إلى التحكيم سواء عن طريق الاتفاقية الثنائية أو القانون الداخلي، غير أنّه لا يمكنه أن يعبّر عن إرادة مواطنها في اللجوء إلى التحكيم عندما يكون في منزلة المستثمر الأجنبي، إنّما يكون دور هذه الاتفاقيات هو فقط فتح الباب للّجوء إلى التحكيم وفقا لمركز ما، ويبقى أن الدّخول إليه يكون عبر البند أو الإتفاق التحكيمي.

أما بالنسبة لإتفاقية واشنطن، فالرضا بمعنى المادة **25**، أنه ليست الدّولة الموقّعة مجبرة بمجرد تصديقها على هذه الاتفاقية، وبغير رضاً عنها بعرض أي نزاع للتحكيم، على الرغم من أنّ الإتفاق بين الطرفين باللّجوء إلى التحكيم ملزماً لهما.

كذلك، عند مقارنة قواعد إتفاقية واشنطن بقواعد الكنودسي، نجد أن كلا التسويتين منحتا الأطراف حرية إسناد محكمة التحكيم سلطات محددة كسلطة الفصل في المنازعة كمفوّض بالصّلح، وللتذكير بهذا الخصوص أنّه لا يمكن لمحكمة التحكيم أن تفصل في المنازعة التي عرضت عليها بموجب مبادئ العدل والإنصاف إلا إذا قرر الأطراف ذلك، وقد تعرضت كلا التسويتين لهذه المكانة، فقد نصت المادة **42** من إتفاقية واشنطن على أنّه: **«لا تمنع أحكام الفقرتين السابقتين المحكمة من الفصل في النّزاع بما هو أصلح ودون التقيد بأحكام القانون إذا اتفق الطرفان على غير ذلك»** [1].

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 35 من قواعد الكنودسي على أنّه: « **لايجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في المنازعة كحكم غير مقيد بنص أحكام القانون أووفقا لمبادئ العدل والإنصاف إلاّ إذا أذن الأطراف لها بذلك صراحة**». وتعني بالصّراحة توافر التصريح عن الرّضا كتابة.

وفي النهاية، يمكن القول أن التحكيم في المركز لا يبدأ إلزاميا، فاللّجوء إليه يبقى إرادياً، إلا أنّنا يمكن أن نصفّه بالإلزامي بعد اللّجوء إليه فبمجرّد قبول الطّرفين يصبح إلزاميّاً، حيث أن بمجرّد أن يعلن الطرفان قبول الخضوع إلى تحكيم المركز كتابياً، فإنّه لا يمكن

---

[1] بوالصلصال نور الدين، **التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد ونظام الأونيسترال (دراسة مقارنة)**، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات الأنسانية، جامعة 20 أوت 1955،سكيكدة العدد 10، 2015، ص 103.

سحب موافقته باللّجوء إليه من طرف واحد، ولا يجوز لأي طرف أن يفصل في المسألة بنفسة، بل هيئة التحكيم هي من تتولى الفصل فيها [1].

كذلك لا يمكن إلزام دولة باللّجوء إلى التحكيم إلاّ إذا ألزمت نفسها بذلك، عبر معاهدة أو اتفاقية أو قانون داخلي، فليس هناك من قواعد دولية تلزم دولة باللّجوء إلى التحكيم دون رضاها، غير أنّه توجد قاعدة دولية تلزم الدّولة بالالتزام بالمعاهدات التي عقدتها سواء هذه المعاهدات تخصّ التحكيم أم لا [2].

الفرع الثاني:

الشروط المتعلقة بطبيعة النّزاع:

لقد حدّدت اتفاقية واشنطن الشروط الموضوعية لإنعقاد إختصاص المركز من خلال ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة **25** التي نصت على إمتداد اختصاص المركز إلى أيّ نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار، فللجوء إلى تحكيم المركز يتوجب توافر الشرطين، فالأول هو وجود نزاع قانوني، وأماّ الثاني التابع للأوّل فلا بد من نشأة النّزاع عن استثمار [3].

أولا: وجود نزاع قانوني.

لقد أقرّ واضعوا اتفاقية واشنطن أن لا بد من توافر شرط النّزاع ذي الطبيعة القانونية، وهذا ما يؤدي بنا إلى البحث في مفهوم هذا النّزاع وتفرقته عن غيره من النزاعات ذي طبيعة سياسية، اقتصادية وحتى تجارية، والملاحظ أن الاتفاقية لم تحدّد المقصود بالنّزاع القانوني إلا أن في الأعمال التحضيرية لوثيقة الاتفاقية، اتفق المجتمعون على أن عبارة أيّ نزاع قانوني تتعلّق بخلاف يرتبط بحق أو بموجب قانوني، غير أنّه تبقى بعض التساؤلات واردة حول استخدام لفظ نزاع قانوني [4].

---

[1] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدّولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدّولية**، المرجع السابق، ص 155.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص60.

[3] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 14.

[4] لما أحمد كوجان، المرجع نفسه، ص62.

كذلك يرى الأستاذ P.REUTER أن المقصود من ذلك، تلك الإدعاءات المتعارضة المؤسسة على أسباب قانونية[1].

كما أقر جانب من الفقه بأن المنازعات القانونية هي :« **المنازعات التي تتعلق بوجود أو مدى أو كيفية احترام حق ما عن طريق تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق، ومن ثم تتميز المنازعات القانونية بانطلاقها أساسا من الاعتبارات القانونية المحضة، كالنّزاع على تفسير غامض في عقد الاستثمار**»[2].

إذن وجود نزاع قانوني يعني بالضرورة قابليته للتسوية عبر تطبيق قواعد القانون الدّولي، بمعني خروج أي نزاع لا يقبل بمثل هذه التسوية من دائرة اصطلاح النّزاع القانوني، أي لا يشمل الإصطلاح النّزاعات السياسية أو تلك التي لا توجد بشأنها قاعدة قانونية دولية تطبق[3].

كذلك نجد في قواعد أخرى غير قواعد الاتفاقية مثل قواعد الكنودسي (لجنة الأمم المتّحدة للقانون الدّولي)، عبارة النّزاع القانوني، إذ اشترطت فيما يخص في مجال تطبيق القواعد عن وجوب وجود نزاع قانوني ناشيء عن عقد التجارة الدّولية، وذلك إلى جانب توافر رضا الطرفين كتابة عن طريق إدراج شرط أو اتفاقية للتحكيم تسمح باللّجوء إلى مركز الكنودسي لحلّ المنازعة الناشئة عن ذلك العقد، بإستثناء حالة قيام الأطراف بعد ذلك بإعادة النظر في تلك الإتفاقية كتابة أيضا.

كما يمكننا الرّجوع إلى التصنيف الذي قامت به اتفاقية لاهاي لعامي 1899 و1907 الذي من خلاله قامت بإجراء تعدادا كاملا للنّزاعات التي يمكن اعتبارها تدخل ضمن إصطلاح النّزاع القانوني، أو بوضع معيار يسمح بالتفرقة بين النّزاعات القانونية والنزاعات السياسية[4].

---

[1] REUTER Paul, Réflexion sur la compétence du centre crée par la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre états et ressortissants d'autres états, in **« Investissements étrangers et arbitrage entre états et personnes privées »**, Pedons, Paris ; 1969, P 16.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 15.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص63.

[4] لما أحمد كوجان، المرجع نفسه، ص 24.

وبذلك عند الاطلاع على نظام محكمة العدل الدّولية في المادة **36** في فقرتها الثانية، وميثاق الأمم المتّحدة في مادتها **36** في فقرتها الثالثة، نجد ما نصّت عليه إتفاقيتا لاهاي المذكورتان أعلاه، والذي جاء في مقدمة التعداد الذي أعدّته الاتفاقية أن المسائل ذات الطبيعة القانونية هي تلك التي تتعلّق بتفسير أو بتطبيق الاتفاقيات الدّولية، غير أنه في الاجتماعات اللاحقة التي عقدتها المحكمة والتي تم إبرام من خلالها إتفاقيات دولية جديدة، تم التوافق على أنّ المسائل الدّاخلة في اصطلاح نزاع قانوني تشمل أولا الخلافات المتعلقة بتفسير معاهدة، ثم مسائل القانون الدّولي، ويأتي بعدها أيّ واقعة تشكّل خرقا لالتزام دولي، وأخيرا مدى وطبيعة التّعويض المترتّب على هذه المخالفة.

وبالرجوع إلى نصوص الاتفاقية والتي لم تحدّد ما يقصد باصطلاح نزاع قانوني، فيمكننا القول أنّه بعد مقارنة المادة **25** والمادة **64**، والتي تحيل أيّ نزاع ينشأ بين الدّول حول تفسير أو تطبيق الاتفاقية إلى محكمة العدل الدّولية، نجد أنّ هذه الاتفاقية تتبنى التّعداد الوارد في نظام محكمة العدل الدّولية وميثاق الأمم المتّحدة.

ثانيا : وجود رابطة مباشرة بين النزاع القانوني والاستثمار.

لقد أعطت المسودة الأولى من الاتفاقية الولاية القضائية للمركز على كل النزاعات القانونية التي تنشأ عن استثمار أو التي لها علاقة به، لكن هذا من شأنه أن يتيح لهيئات التحكيم سلطة واسعة في تحديد النزاعات القانونية، لذا اشترط واضعوا الاتفاقية أن ينشأ النّزاع مباشرة عن استثمار كمعيار موضوعي أخر للنّزاع[1].

كذلك، وبالعودة إلى الأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن، نجدأن المجتمعين حاولوا وضع تعريف لما يقصد باستثمار وفقا لهذه الاتفاقيّة، غير أن الصيغة النهائية للإتفاقية جاءت بدون تعريف محدد للاستثمار، وهذا قد يكون سببه أن الاستثمار ليس له تعريف محدّد، قد نجد بعض التعريفات له ذات الطابع الاقتصادي، ثم قد نجدها في التشريع الوطني المتعلق بحماية الاستثمارات أو التشجيع على الاستثمار لبعض الدّول، كذلك في الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار [2].

---

[1] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 256.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 24.

ولقد عمدت هيئات التحكيم الأخذ بمسألة وحدة عملية الاستثمار بالنّظر إلى صعوبة تحديد النّزاعات التي قد تنشأ أو لا تنشأ عن استثمار، ففي قضية شركة Amco ضد إندونيسيا، تمّ إبرام اتفاق استثمار على قيام هذه الشركة بتشييد وإدارة فندق في جاكرتا، وبعد افتتاح الفندق قام أفراد من الجيش الإندونيسي بالدخول إلى الفندق، وإخلاء موظفي الشركة والعاملين فيه، كما قامت الحكومة بإلغاء ترخيص الشركة، وبعد اللّجوء إلى التحكيم أمام المركز، قرّرت هيئة التحكيم إلزام الحكومة بدفع تعويض للشركة لخرقها اتفاق الاستثمار، فتقدمت الحكومة الإندونيسية بطلب إبطال حكم التحكيم على أساس أن هيئة التحكيم تختص فقط بنظر المنازعات التي تنشأ مباشرة عن استثمار، رفضت اللجنة التحكيمية الطلب المقدم من إندونيسا، واعتبرت تدخل الجيش الإندونيسي جزءاً لا يتجزأ من نزاع الاستثمار بين الشركة وإندونيسيا [1].

بذلك نفهم من الشرط الواقع على إرتباط النّزاع بالاستثمار أن أصل النّزاع ومصدره هو الاستثمار، ولتحديد هذا الارتباط الواقع بينهما والصّلة التي تربطهما، يميّز الاستاذ P.JUILLARD بين النّزاعات المتعلقة بالالتزامات المرتّبة بصفة خاصة من عملية الاستثمار وتلك التي تثور في إطار المحيط العام للاستثمار [2].

كذلك، ومن خلال الأعمال التحضيرية للاتفاقية، فإنه يمكن القول أن السبب الرئيسي فعدم إدراج تعريف للاستثمار في المادة **25** فقرة **1** هو كون أن اختصاص المركز ذو طابع اختياري، يمكن للأطراف تحديده ضمن اتفاقية الاستثمار أو في اتفاقيات الاستثمار، بالاضافة إلى الاختلاف الجلي حول هذا المفهوم من قبل ممثلي الدول، كما أن عدم تعريفه يجعل من اتفاقية المركز أكثر مرونة للتكييف، واستيعاب الأنماط الجديدة للاستثمار التي لم تكن متوقعة، وهذا قصد توفير أكبر حماية للاستثمارات الأجنبية [3].

أما بالنسبة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ولكي يحتفظ بدوره الريادي في تسوية منازعات الاستثمار ينبغي لهيئات التحكيم اعتماد معيار أكثر مرونة في تحديد مفهوم

---

[1] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 257.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 19.

[3] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع نفسه، ص 263.

الاستثمار، الذي يراعي رضا الأطراف من جهة، مع الأخذ بعين الاعتبار ما يسمى بإختبار ساليني بمعاييره الثلاث (المساهمة والمدة والمخاطرة) التي تعد كافية، ومتناسبة مع المعنى العادي للاستثمار.

المطلب الثالث:

طبيعة المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الدّولي.

إن المنازعات التي تنشأ عن الاستثمارات ترتبط بشكل وثيق بتغير الظروف السياسية والاجتماعية والإقتصادية التي تصاحب نشأة رابطة الاستثمار، سواء أكانت بعقد أو بترخيص صادر من الدّولة المضيفة، أو عبر اتفاقية دولية للاستثمار، ممّا يدعو إلى ضرورة إعادة النّظر فيه ومراجعته وقد تؤدي هذه الظروف المستجدة إلى قيام الدّولة المضيفة باتخاذ بعض الإجراءات أو اللجوء إلى أعمال نابعة من سلطتها السيّادية [1]، وفيمايلي نبحث في هذه المنازعات، فهناك منازعات مرتبطة بالمساس بشروط العقد أو التغيير فيه (الفرع الأول)، وهناك منازعات ناجمة عن الإجراءات التي تتخذها الدّولة المستضيفة للاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

المنازعات الناتجة عن التغيير في شروط التعاقد.

تتميز عقود الاستثمار الدولي بطول مدة تنفيذها، التي ترجع لإرادة الأطراف ورغبتهم، كذلك قد تحصل بعض المستجدات خلال تلك المدة، التي من شأنها التأثير في عقد الاستثمار والتي قد تؤدي إلى إختلال التّوازن العقدي في الموجبات التي تشكلت بصورة صحيحة عند التعاقد، والتي قد تؤدي إلى تعطيل تنفيذ العقد أو إبطال تنفيذه وعرقلتها، كما قد يؤدي بالعقد إلى الإلغاء من قبل الطرفين، مما يخلق نزاع بين طرفي العقد.

ومن الأسباب التي قد تؤدي إلى تغيير الظروف المحيطة بالعقد، والتي قد تجعل تنفيذ الالتزامات بالنسبة للطرفين المتعاقدين إما مستحيلا في التنفيذ، لسبب أجنبي خارج عن إرادة المتعاقدين (القوة القاهرة)، وإما مرهقا للمدين مما يهدده بخسارة فادحة إذا واصل في تنفيذ العقد كما هو (الظروف الطارئة).

---

[1] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 75.

بذلك، قد يتعرّض العقد إلى خلل في توازنه ولكن لا يستدعي إلغائه، وإنّما إعادة النّظر به والتفاوض مجدداً بشروطه، وسنتعرض فيما يلي إلى تأثير أحداث القوة القاهرة في عقد الاستثمار، ثم إلى تأثير الظروف الطّارئة في عقد الاستثمار.

أولا : تأثير أحداث القوة القاهرة في عقد الاستثمار .

يعتبر مبدأ عدالة العقد من أهم المبادئ التي تحكم تشكيل العقود، فلا بد من العقد أن يحقق التوازن الاقتصادي بين طرفيه، خصوصا في مجال الاستثمار، فلا يغتني طرف على حساب الطرف الأخر[1].

كذلك فمن أثار العقود تحقيق الربح والخسارة، فلا يمكن تحقيق الربح الفادح مقابل الخسارة الفادحة كنتيجة مقبولة لأي عقد، فالاستقامة والعدالة العقدية ترفض أي اختلال في التوازن العقدي، عندما يكون هذا الاختلال قد وصل إلى حد غير معقول [2].

وتشكل القوة القاهرة حدثا أو مجموعة من أحداث غير متوقعة وغير قابلة للمقاومة، وهي تحدث بفعل مستقل عمن يتذرّع به، ولم يكن باستطاعته توقعه أو الوقاية منه، والتي قد تؤدي إلى إختلال التوازن المالي لأي عقد، من حيث تحميل أحد أطرافه لتكاليف ومصاريف، تفوق تكاليف الظرف العادي لتنفيذ التزامات العقد[3].

كذلك فقد جرى العمل على وضع شرط خاص في عقود الاستثمار، يهدف إلى تعريف القوة القاهرة، وكيفية التعامل معها، وتحديد الأحداث والظروف التي تعتبر ظروفا غير متوقعة يمكن أن تشكّل قوة قاهرة وشروط تطبيقها وكيفية صياغتها، وأثارها على العقد ومدى اختصاص المحكم بالفصل في الأثار، غير أن ذلك قد لا يكون حائلا دون حدوث الكثير من المنازعات الناجمة عن إعمال هذا الشرط[4].

ولكن قد يكون الأمر مختلفاً عن حدوث القوّة القاهرة في عقد الاستثمار الدّولي، فالأطراف في غالب الأحيان يعتمدون على هذا العقد وما سوف يجنون من أرباح، ولهذا فهم يفضّلون الحفاظ

---

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 171.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 77.

[3] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 172.

[4] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 115.

على الرّابطة العقديّة بينهم، بغضّ النّظر عن هذا الحدث، وذلك خلافا للأنظمة القانونية التي إستقرت عليها معظم الأنظمة القانونية، التي تلغي العقد عن حصول حدث يشكّل قوة قاهرة [1].

كذلك تشكل القوة القاهرة سببا من أسباب إنهاء العقد وذلك بالرجوع إلى القواعد العامة المعمول بها في سائر العقود، بإعتبارها حدثاً قانونياً شرعياً لإنهاء القوة الملزمة للعقد عندما تتوافر شروط ثبوتها، كذلك أن الدولة قد تستبعد مسؤوليتها بسبب تصرفاتها المخالفة لالتزاماتها الدولية، عند توفر بعض الشروط في مجالات معينة قد حددتها لجنة القانون الدولي، التابعة لهيئة الأمم المتحدة في المشروع حول مسؤولية الدولة عن تصرفاتها غير المشروعة دوليا، والتي صادقت عليه في الدورة 53 المنعقدة بجنيف عام 2001، وهي المتمثلة في القوة القاهرة أو الخطر أو حالة الضرورة [2].

فأولا، وباعتبار أنّ الهدف من إدراج شروط القوّة القاهرة قد يتمثل في التمكن من مجابهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها حتى وإن كان مستعصيا توقعها، ويكون ذلك بتحديد المقصود بها بتضمينها بيانا يحدّد ويجمع الأحداث التي يمكن إدراجها ضمنها وبإعتبار هذه الأحداث مرتبطة بالحياة الإقتصادية والإجتماعية ومتصلة بطبيعة النشاط الاستثماري فإن تحديد تلك الأحداث التي تندرج تحت إطار القوة القاهرة والتي ترتبط بالاستثمار يساعد في تحديد الأثار التي تترتب عنها، وبالتالي النظام القانوني الذي تخضع له وهو الذي تخضع له والذي هو في أغلب الأحوال القانون الواجب التطبيق على العقد [3].

ثانيا، فقد يكون النّزاع الدّائر يتمحور حول تحديد درجة الضّرر التي لحقت الطرف الآخر، وإن شكلت سببا لوقف تنفيذه، كما قد يتمحور النّزاع حول طريقة التعويض وإمكانية إقراره وفقا لشروط العقد[4].

أما على الصعيد الدّولي، فمفهوم القوة القاهرة في أحكام التحكيم الدولي قد أخذت معظم أحكام التحكيم بفكرة القوة القاهرة، بإعتبارها حدثاً تتوفر فيه شروط عدم التوقع واستحالة الدفع والاستقلال عن إرادة المدين، ويؤدي إلى جعل الالتزام مستحيلا استحالة

---

[1] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 77.

[2] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 172.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 115.

[4] لما أحمد كوجان، المرجع نفسه، ص 79.

مطلقة، والنتيجة التي يرتبها قضاء التحكيم على ذلك هو فسخ العقد وعدم مسألة المدين عن عدم التنفيذ [1].

أما بالنسبة التحكيم الدّولي لدى المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار يعطي المستثمر الحق بالوقوف على قدم المساواة، جنباً إلى جنب مع الدّولة المضيفة لاستثماره، خصوصاً في ظل ضعف مركزه القانوني بمواجهة الدّولة التي يوجد بها استثماره[2].

أما عن التشريعات الوطنية المختلفة التي لم تتفق على تبني المصطلح الذي يعبر عن حالة القوة القاهرة، غير أن معظمها أجمعت على أن القوة القاهرة يجب أن تتوافر فيها صفات محددة وهي عدم التوقع واستحالة الدفع واستقلال الحدث عن ارادة المدين[3'].

كذلك فمهمة المحكم لا تقتصر في هذه النّزاعات الناجمة عن القوة القاهرة على التحقق من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القوّة القاهرة، بل تشمل بتحديد أثار هذه القوة القاهرة على العقد الأصلي[4].

وفي نفس السياق وخلافا عن ذلك، فالمحكم يعتمد القانون الذي يحدده الأطراف وإلاّ، في حال عدم إتفاق الأطراف فوفقا لأتفاقية واشنطن، يطبق قانون الدّولة المضيفة للاستثمار، وبالتالي فهو يطبق نفس القواعد التي يطبقها القاضي، إلا أنّ الأمر الذي يميز تحكيم المركز في هذه الحالة هو أنها تعطي الحقّ للطرفين بالإتفاق على قواعد قانونية لتحكم النّزاع 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، وإنّما إتفاق الأطراف يعطيه صلاحية أوسع، أضف إلى ذلك فإن مهمة المحكّم لن تقتصر في هذه النّزاعات على التحقق من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القوّة القاهرة، بل تشتمل كذلك تحديد أثار القوّة القاهرة على العقد الأصلي[5].

---

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 173.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 81.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 117.

[4] لما أحمد كوجان، المرجع نفسه، ص 82.

[5] لما أحمد كوجان، مرجع نفسه، ص 81.

وبتعريف القوّة القاهرة على كونها حدث فجائي، مستقل عن إرادة المتعاقدين، لم يكن متوقعا منهم عند إبرامهم للعقد، قد يؤدي إلى إستحالة تنفيذ الألتزامات التعاقدية كلّها أو جزء منها فكذلك ومن خلال هذا التعريف نستخلص وجوب توافر ثلاث شروط أساسية وهي:

1- إستقلال الحادث عن إرادة المتعاقدين، فإذا كان الحادث بسبب فعل أحد المتعاقدين فإنه لا يعد من قبيل القوة القاهرة، فهو شرط جوهري ومنطقي لثبوت القوة القاهرة كشرط معفي للمسؤولية [1].

2- عدم توقع الحادث عند إبرام العقد، تتشكل القوة القاهرة حدثا أو مجموعة أحداث غير متوقعة، وغير قابلة للمقاومة وهي تحدث بفعل مستقل عمن يتذرع به ولم يكن باستطاعته توقعه أو الوقاية منه ، ويترتب على حدوثها انقضاء التزامه لاستحالة تنفيذه دون أن يتحمل ذلك. فيجب أن يتّسم الحدث المشكل للقوّة القاهرة بعدم إمكان التوقّع فإن إمكانية توقعه تتجلى في أن يحصل في مواعيد دوريّة ولو كانت متباعدة كالفيضانات والأمطار أو يقع في بعض الأحيان كتعطّل الآلات والتجهيزات في المصنع، فلا يعتبر قوة قاهرة أو حادثا فجائيا، فيجب أن يكون الحدث غير ممكن التوقّع لا من جانب المدعى عليه فقط، بل حتى من أشدّ الناس يقظة أو تبصرا بالأمور، فلا يجوز للمتعاقد أن يحتجّ بوجود حالة القوّة القاهرة، أما عند ظهور حالة الاستحالة أثناء الشروع في التنفيذ فذلك لا يمنع المتعاقد قانونا من التمسك بحالة القوّة القاهرة [2].

3- وجود إستحالة مطلقة في تنفيذ الألتزامات التعاقدية: ويقصد بالاستحالة المطلقة أن يتواجد المدين، في موقف لا يستطيع معه أن يفعل ما يجب عليه، أو يمتنع عما يجب عليه أن يمتنع عن فعله[3].

فيختصّ قضاء التحكيم في الفصل في آثار القوّة القاهرة في حالات معينة، وفي هذه الحالات يستمد المحكم إختصاصاته في الفصل في تلك الآثار، إما من نصّ أدرجه الأطراف في العقد، أو من إتفاقية تحكيم عام تستند بموجبه الأطراف إلى هيئة التحكيم

---

[1] عطار نسيمة، مرجع سابق، ص 174.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 120.

[3] عطار نسيمة، المرجع نفسه، ص 174.

للفصل في كل نزاع ينشأ بينهم أثناء تنفيذ العقد، ومن ضمنها النّزاعات الناشئة عن شرط القوّة القاهرة [1].

أما بالنسبة لخصوصية القوة القاهرة في عقود الاستثمار الأجنبي فهي تختلف من حيث أنها في باقي العقود تعد سبباً قانونياً وشرعياً لإعفاء المتضرر منها، أما في العقود الدولية وبالخصوص عقود الاستثمار الأجنبي فطرفي العقد يسعون في الحفاظ على الرابطة العقدية بينهما، بغض النظر عن هذا الحدث، خلافا عن القواعد العامة التي استقرت عليها معظم الأنظمة القانونية، والتي تلغي العقد عند حصول حدث يشكل قوة قاهرة [2].

فعقود التجارة الدولية وبالخصوص عقود الاستثمار الأجنبي، تنطوي على أهمية اقتصادية كبيرة لا تقتصر فقط على أطراف العقد، فالدولة باعتبارها طرفاً في عقد الاستثمار الأجنبي، تسعى إلى تحقيق النهوض الإقتصادي وفتح المشاريع الكبرى، ذات المدى الخارجي كالصناعات الاستخراجية، وكذلك إلى اشباع الحاجات الاجتماعية أو الاقتصادية ذات النفع العام.

كذلك فإن الغرض من إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار الأجنبي، هو تحديد المقصود بها، وتحديد القانون واجب التطبيق، والذي يكون في الغالب قانون العقد نفسه، ومن العقود الذي لا يكتفي بتعريف القوة القاهرة بل يعطي أمثلة عنها، وقد احتوى نموذج العقد الذي وضعته غرفة التجارة الدولية على تعداد طويل يستغرق عدة صفحات للحوادث التي تعتبر من قبيل القوة القاهرة كالحرب والمصادرة والإضراب... إلح

ثانيا : المنازعات الناجمة عن الظروف الطارئة في عقد الاستثمار الدّولي.

إن عقود الاستثمار هي عقود ذات أجال طويلة وتنفذ في الغالب على مراحل، ولهذا فإن المستثمر قبل أن يقدم على التعاقد في مثل هذا النوع من الاستثمارات فإنه يقوم بإجراء دراسات تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع مع احتمالات الربح والخسارة[3].

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 122.

[2] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 177.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 122.

كذلك فالمستثمر يقوم بإجراء دراسات معمقة حول القوانين والنّظم المطبقة في هذه الدّولة التي يرغب الاستثمار بها لمعرفة الأعباء الضريبية التي سوف تتوجّب عليه والإعفاءات التي قد يحصل عليها، وكذلك ما يتعلق بقوانين العمل والضمان الإجتماعي وتنظيم النقابات العمالية، كذلك ما يتعلق بالتشريعات المنظّمة للرقابة على الصرف وبنظم تحويل عائدات الاستثمار، كون المستثمر يستعين بغالب الأحيان بالبنوك والمؤسسات المالية في تمويل استثماره، وهذه المؤسسات تطبّق شروط كثيرة قبل دخولها كشريك في العملية الاستثمارية ومنها التأكد من مضمون الأعباء التي يتحمّلها المستثمر، وعائدات استثماراته والضمانات التي يحصل عليها من حكومة الدّولة المضيفة، لكي تقوم بدراسة كل المخاطر المتأتية عن تمويل ذلك المشروع [1].

كذلك فإن بالنّظر إلى أن معظم عقود الاستثمار الأجنبي تبرم بين مستثمرين أجانب من دول صناعية قويّة ومتقدمة، ودول أخرى تصنف في اغلبها من دول العالم الثالث، التي تتعرض دوما إلى تغيرات متواصلة في مناخها السياسي والاقتصادي والاجتماعي، نتيجة حوادث متعدّدة سياسية في أغلب الأحيان[2].

تلك الإعتبارات والظروف الإقتصادية والإجتماعية والتي من شأنها التأثير في تدفق رأس المال وتوظيفه، تشكل ما يعرف برأس المال الجاذب للاستثمار، والذي يستند على مقومات أخرى عديدة أهمها الإستقرار السياسي والأمني، الذي يعدّ من أهم المقوّمات كون حصول أية إضطربات سياسية أو أمنية عادة ما يعرّض منظّمات الأعمال لمخاطر التخريب والمصادرة والتأميم، مما يضع المستثمر في حالة من عدم الإطمئنان على المشروع الذي يقوم بتنفيذه، وبالتالي يؤدي إلى هجرة رؤوس الأموال وعدم قدوم مستثمرين أجانب، وبالتالي ضياع التمويل اللاّزم لتحريك النشاط الإقتصادي في هذا البلد [3].

كذلك، في الواقع فإن أغلب المنازعات التي تقوم بين حكومات الدّول المضيفة والنامية منها بصفة خاصة والشركات الأجنبية، مبعثها تمسك هذه الحكومات بضرورة تحقيق المزيد من المرونة في النظام التعاقدي الذي يربطهما حتى يتسنى لها استيعاب المتغيرات

---

[1] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 82.

[2] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 186.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع نفسه، ص 84.

الجذرية في الظروف السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية للبلاد، على خلاف هذه الشركات التي تتمسك في إستقرار هذه العلاقات التعاقدية واستمرارها دون خضوعها لتعديل أو تبديل في نصوصها، فهذه الشركات الأجنبية التي تبحث عن ثبات واستقرار النصوص التعاقدية ترى في اتفاقات الاستثمار على أنها عقود عادية قائمة على الاتفاق الحر بين أطرافها [1].

إلا أن هناك مقومات أخرى يبحث عنها المستثمر ومنها البيئة الإدارية والإجتماعية الملائمة لاستثماره، خصوصا فيما تعلق بحرية التنقل والدخول والخروج من البلد وكيفية الإقامة فيه، وكل الأمور التي قد تعرقل إتمام الإجراءات الحكومية، بالإضافة إلى النّظام القانوني الذي يحكم الاستثمار في الدّولة المضيفة والذي يحدد المجالات المتاحة للاستثمار وشكل المشاريع الاستثمارية والحماية والضمان الذي توفره الدّولة لها [2].

كذلك، فالدولة ذات السيادة والمستقبلة للاستثمارات الأجنبية الطرف في العقد، قد تلجأ إلى استغلال نفوذها وسلطاتها العامة تحت لواء حماية المصلحة العامة، والقيام بإصدار قوانين جديدة أو إتخاذ إجراءات من شأنها التأثير على التوازن العقدي للأطراف، كصدور قانون يمنع الاستيراد أو خروج العملة الصعبة، وهذا ما قد يجعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية مرهقة للطرف الآخر، وتظهر الحاجة الملحة في إعادة التوازن إلى العلاقات التعاقدية، فهذه الحالات وأمثالها وإذ كانت لا تصل إلى مستوى القوة القاهرة من حيث قوتها وعدم القدرة على توقع الظروف، عدم القدرة على دفعها، فإن تنفيذ العقد مع الظروف الطارئة من شأنه أن يرهق المتعاقدين أو أحدهما، وهو الأمر الذي يستلزم إعادة التوازن بينهما [3].

ومن المعلوم أن الأحداث الطارئة أو الاستثنائية هي الأحداث غير المألوفة النادرة الوقوع، كما أنها غير متوقعة كما في حالة القوة القاهرة، إلا أنها تجعل تنفيذ الموجب العقدي مرهقاً وليس مستحيلا لأن الحدث الطارئ لا يصل إلى درجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 123.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 84.

[3] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 186.

وتؤدي في الغالب إلى إنهاء العقد وفقاً للمبادئ العامة ويكون تعديل العقد هو الحلّ الغالب في حالات الأحداث الاستثنائية الطّارئة عوضا عن إلغاء العقد [1].

إن تعديل العقد في الأحداث الطّارئة، يتخذ صورا متعددة، فهو قد يحصل عن طريق وقف تنفيذ العقد مؤقتا، أو منح المتعاقد المرهق مهلة لهذا التنفيذ، أو تعديل مقدار الإلتزام الذي إعتراه الخلل، أو ردّ الإلتزام المرهق إلى الحدّ المعقول[2].

ففي الصورة الأولى والمتمثلة في أن المستثمر الذي لا يتمكن من تنفيذ إلتزامه إلا بصعوبة أو بتحمل خسارة فادحة، يمكنه طلب وقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى زوال الحادث الطارئ إذا كان ممّا يحتمل زواله في وقت قريب، أو يمكن أن تمنح مهلة لهذا المستثمر حتي يتمكّن من تنفيذ إلتزامه بشكل لا يحمّله خسارة فادحة.

أما في الصورة الثانية والمتمثلة في تعديل الالتزام الذي أصابه الخلل، من خلال إعادة تقويمه لجعل قيمته في ظلّ الظروف الطارئة مطابقة لقيمته الحقيقية أو مما يقارب تلك القيمة.

أما في الصورة الثالثة والمتحققة في حالة حصول الإرهاق في تنفيذ الإلتزام بالنسبة للمستثمر وبعد التحقق من حصوله يردّ الإلتزام المرهق إلى حدّ معقول إما بإنقاصه أو بزيادة في الإلتزام المقابل، ويستوجب كذلك تحديد العبء الغير المألوف النّاتج عن ذلك الحادث الطارئ، وأن تعيّن الفترة التي حصل أثناءها حتى يتقرّر زيادة الإلتزام أو إنقاصه، ويتوجب على المتعاقد وبصفة تلقائية تحمل كل الأعباء المألوفة والتي بإمكانه أن توقع حدوثها منذ البداية، بإعتبارها جزءاً من العقد الأصلي وتبقى داخلة فيه، أما الزيادات غير المألوفة والتي يمكن إعتبارها مشكلة للإرهاق على المتعاقد في تنفيذ إلتزامه فهي خارجة عن نطاق التعاقد[3].

كذلك يدرج أطراف عقد الاستثمار الدّولي نظرية الظروف الطارئة كشرط في عقودهم، فإذا طرأت حوادث استثنائية طارئة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام العقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقا للمدين، بحيث قد يؤدي به

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 123.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 86.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع نفسه، ص 85.

إلى خسارة فادحة، يمكن للطرفين من خلال إدراجهما لشرط إعادة التفاوض في حالة الظروف الطارئة، مع مراعاة ظروف الطرفين، إلى إرجاع الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، أو برفع ما يقابله من مقابل ذلك الالتزام إلى الحد المرضي للطرفين[1].

«لقد جرى العرف في التعامل التجاري الدّولي إلى وضع شروط في عقود الاستثمار بحيث تسمح بإعادة النظر في مقومات العقد، والتفاوض فيه عند ظهور مؤشرات تحدث خللا في الألتزامات المتبادلة بين الطرفين»[2].

غير أن مثل هذه الشروط تبقى بدون جدوى إذا لم تحدّد فيها النتيجة التي يرغب الأطراف في الوصول إليها، فهي لا تهدف فقط إلى الدخول في مفاوضات جديدة لأجل مراجعة العقد، بل قد تصل إلى إعادة التوازن الإقتصادي بحسب الظروف الجديدة المحيطة به[3].

ولتحقق الظروف الطارئة لا بد من توافر شروط منها استقلالية الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين، وأن يكون الظرف الطارئ ليس سبباً في استحالة التنفيذ، وأخيراً أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، ونستعرضها فيمايلي:

1- استقلالية الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين: مثله مثل القوة القاهرة يشترط فيه، أن يكون مستقلا عن ارادة الطرفين، وألا يكون للمتعاقدين يد في حجم الأثار المترتبة عنه.

2- أن يكون الظرف الطارئ ليس سبباً في استحالة التنفيذ: فلا يمكن أن يمثل الظرف الطارئ حدثا يمنع من تنفيذ العقد، الشيئ الذي قد يجعله من قبيل القوة القاهرة، والذي قد يؤدي إلى إنقضاء العقد بصفة عامة، وبالتالي لا يمكن أن يكون محلا لتعديل العقد.

3- أن يكون تنفيذ الالتزام في الظرف الطارئ مرهقا للمدين: على نحو يهدده بالخسارة الفادحة، كذلك لا يمكن اعتبار الخسارة العادية كافيا بكون ذلك مألوف في التعامل،

---

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 187.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 123.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 88.

بل يستوجب أن يشكل تنفيذ الالتزام إرهاقا بالغاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة غير متوقعة [1].

كذلك يعرف شرط إعادة التفاوض على أنّه «ذلك الشرط الذي يدرجه الأطراف في عقد الاستثمار ويتفقون فيه على اعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة يحددها الأطراف في العقد، سواء في نفس العقد الذي يتضمن الشرط أو في اتفاق منفصل وتكون هذه الأحداث مستقلة عن ارادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد ويكون من طبيعتها الإخلال في توازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر ما وقع» [2]، كما يمكن تعريفه على أنّه الشرط الذي يتعهد بموجبه الطرفان بتعديل العقد الذي يربطهما إذا حدث تغيير في الشروط الأساسية التي تعهدا بموجبها وأدت لتغيير توازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح.

كذلك فبالنسبة للشرط الذي يسمح بإعادة التفاوض فلا بد أن يتضمّن الاشارة إلى المدّة التي يمكن من خلالها مراجعة العقد كذلك فلا بد من أن يذكر نوع أو ماهية الظروف التي تعتبر من قبيل الأحداث الطارئة، والأهم في كل ذلك هو أن يرد إتفاق بين الطرفين على أثر هذا التفاوض على العقد القائم بينهما[3].

كما عالجت أغلب الاتفاقيات والندوات والمؤتمرات المعنية بالتجارة الدولية، شرط إعادة التفاوض بنوع من التفصيل، بالنظر إلى الدور الكبير الذي يلعبه في مجال التعاملات التجارية الدولية ونذكر منها: تقرير غرفة التجارة الدولية لسنة 2003 وتقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الأونكتاد لسنة 1974 [4].

ويتصف شرط إعادة التفاوض بأنه شرط اتفاقي – محض– لأن مضمونه يتوقف على ما اتفقت عليه الأطراف في عقدها، فتسرد الأطراف الأحداث التي تستوجب تطبيق هذا الشرط، كذلك لا بد منها تعريف ما يقصد باختلال التوازن التعاقدي الذي يحدثه التغير، بالإضافة إلى تميزه بأنه تختلف صورته من عقد لأخر، ويعتمد ذلك على إرادة الأطراف في

---

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 188.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 124.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 89.

[4] عطار نسيمة، المرجع نفسه، ص 188.

تحديده، فقد يكون موضوعه الظروف الاقتصادية التي يواجهها، بينما قد يتمثل في عقد أخر في مواجهته ظروف غير اقتصادية، قد تكون سياسية أو مالية أو قانونية، وقد تكون الأحداث الطارئة بصفة عامة خارجة عن إرادة الأطراف وغير متوقعة منهم وقت إبرام العقد، وتتولى المحكمة أو هيئة التحكيم الفصل في هذه المسألة باعتبارها قانونية ناشئة عن العقد[1].

كذلك وبإعتبار أن المنازعات التي يكون موضوعها إعادة التفاوض، لا تتعلق بتفسير شرط من شروط التعاقد، بل تقوم في موضوعها على تعديل بعضها، وبالتالي فهي آيلة إلى الزّوال، وهذا ما يدفع بكونها غير قانونية، فقد تكون عرضة إلى عدم قبولها في التحكيم، خصوصا في ظل إتفاقية واشنطن ويكون هذا الأمر محققا فيما إذا كانت إتفاقية التحكيم لا تكفل كيفية حلّ النّزاع، أما إذا كانت تعطي للهيئة التحكيمية السّلطة والصلاحية في حلّ مثل هذه النّزاعات باللّجوء في إستعمال القواعد أو القوانين الأنسب، فلا شيء يمنع من خضوعها للتحكيم[2].

ولهذا فالنّزاع الذي يتطلب مراجعة العقد أو تعديله لا يقوم على اعتبارات قانونية محضة، إنما تحمل في موضوعها تعارض مصالح بين الطّرفين، وبالتالي ينبغي في هذه الحالة اللّجوء إلى التحكيم، حيث تعتبر المهمّة المسندة للمحاكم التحكيمية في هذا المجال بعيدة كل البعد عن دورها القضائي التقليدي المعتاد في حل النّزاعات[3].

في الأخير، فلا بد من إظهار أنّه لا بد من أن يتميّز طرفا عقد الاستثمار بالوعي الكافي من أجل تحديد الهيئة الأنسب لحلّ النّزاعات، والتي يجب أن تضمّ في غالبها محكّمين يتمتّعون ببعض الخبرة الإقتصادية والسياسية، أمّا الشرط الذي يسمح بإعادة التعاقد، فكان لا بد من الإشارة فيه إلى تحديد المدّة التي يمكن خلالها مراجعة العقد بالإضافة إلى نوع أو ماهية الظّروف التي يمكن وضعها في إطار الأحداث الطارئة، والأهمّ هو أن يتفق الأطراف على إثر هذا التّفاوض على العقد القائم بينهما.

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 124.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 89.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع نفسه، ص 90.

الفرع الثاني:

المنازعات الناتجة عن الإجراءات التي تتخذها الدّولة المضيفة للاستثمار

تسعى الدّولة في سبيل مسايرة التطورات الحاصلة على المستوى الدّولي ومواكبة التغير في الإطار التشريعي والتنظيمي للاستثمار وتحسين مناخ الأعمال لأجل جذب الاستثمارات الأجنبية من خلال القيام بتغيرات في قوانينها وتشريعاتها الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار، والمجالات الأخرى المحيطة بها مثل التشريع الجمركي والضريبي والمالي أو تلك القواعد القانونية التي تحكم تسوية نزاعاتها [1].

كذلك، فإن هذا التغيير في التشريعات الوطنية للدّولة المضيفة قد يزيد من مخاوف المستثمر الأجنبي في تعامله معها، ولا يقتصر الأمر في التغييرات التشريعية، وإنما فقد يتعداه، بقيام الدّولة بإستغلال سلطتها في إتخاذ بعض الإجراءات والأعمال التي قد تؤدي إلى إبطال أو إلغاء أو فسخ عقد الاستثمار الذي يتضمن شرط التحكيم، أو يحيل إلى إتفاق التحكيم الذي ينظم أسلوب فضّ منازعاتهم[2].

بذلك تؤثر الدولة المضيفة على عقد الاستثمار إما عن طرق تغيير تشريعي قامت به أو نتيجة إجرء إنفرادي إتخذته وهذا ما سنتعرض إليه فيمايلي:

أولا : النزاع الناشىء نتيجة التغيير التشريعي الذي قامت به الدّولة المضيفة.

تتخذ الدّولة عادة مجموعة من الإجراءات التشريعية التي تعمل على تشجيع الاستثمار وتحسين مناخ الأعمال، وتعطي من خلاله مجموعة من الضمانات للمستثمرين منها الضمانات الأمنية، إلى جانب توفيرها المناخ السياسي الملائم والذي يؤثر أي تغيير طارئ به في عقد الاستثمار، إلاّ أن الأمر لا يقتصر على توفير مناخ سياسي وإجتماعي وإقتصادي لينجح الاستثمار وإنّما الأهم في ذلك توفير النّظم القانونية التي يبحث عنها المستثمر بهدف تسهيل استثماره، سواء على مستوى التشريعات الضريبية أو الجمركية أو التشريعات المتعلّقة بالاستثمار، والتي يقوم المستثمر بإجراء دراسات معمقة حولها قبل الاستثمار في هذا البلد، والتي يستخلص من خلالها الحدود التي يعمل في إطارها، والحوافز

---

[1] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 91.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 127.

التي سيتمتع بها، ومدى مرونة نظام فضّ المنازعات وغيرها ممّا قد يؤثر على نتائج أعماله[1].

كذلك، فالتشريع هو الأداة التي من خلالها تظهر الدّولة سياستها الإقتصادية بصفة عامة، وسياستها الاستثمارية بصفة خاصة، فإذا كانت هذه الأداة عرضة للتغيير بتغيير الحكومة مثلا، أو أن الدّولة تشهد تغييرات متكررة في نظامها التشريعي، أو أن الدّولة لا تحترم تشريعها القائم من خلال تصرفاتها، فإنه من غير المتوقع أن يقدم المستثمر على الاستثمار في هذه الدّولة، فإنه من غير المعقول أن يتوجه المستثمر باستثمار أمواله في دولة يجهل أوضاعها الاقتصادية، أو كانت تشريعاتها الناظمة للاستثمار غامضة وغير مستقرة [2].

بإعتبار أن معظم النّزاعات التي تنشأ بين الدّول المضيفة للاستثمار بصفة عامة، دول العالم الثالث بصفة خاصة، والشركات الأجنبية، معظمها بسبب تمسك الدولة المضيفة بضرورة توفير المزيد من المرونة في النّظام العقدي الذي يربطهما، حتى يتسنى للمستثمر إستيعاب المتغيرات الجذرية في الظروف السياسية أو الإقتصادية أو الإجتماعية للبلاد، وبالمقابل يسعى المستثمر جاهدا، إلى التمسك عادة باستقرار العلاقات العقدية واستمراريتها دونما تعديل، أو تغيير في النصوص التشريعية للدولة المضيفة [3].

وتعتبر المشكلة التي يعاني منها بلدان العالم الثالث بشكل خاص وعدم إستقرار قوانينها، وقد يرجع السبب إلى تعرّض هذ البلدان إلى الحروب الأهلية أو الاضطرابات الداخلية أو في بعض الأحيان إلى الاحتلال أو الانتداب، وبعض الأحيان الأخرى إلى نكبات إقتصادية أو طبيعية تؤثر في إقتصاد هذه البلدان[4].

كذلك، فالتغييرات المتكررة في النّظام التشريعي للدولة المضيفة للاستثمار يزيد من مخاوف المستثمرين الأجانب في التعامل معها، ويظهر عدم استقرار مناخ الاستثمار فيها، هذا ما دفع ببعض الدّول للاستجابة لرغبات المستثمرين الأجانب في تضمين عقود

---

[1] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 92.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 128.

[3] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 196.

[4] لما أحمد كوجان، المرجع نفسه، ص 93.

الاستثمار شرطاً خاصاً بالثبات التشريعي معناه أن العقود التي تبرم في إطار قانون الدولة المضيفة للاستثمار تخضع له وهو الساري المفعول لحظة إبرامها[1].

تتعهد الدّولة المضيفة بموجب هذا الشرط، بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي، ويرمي شرط الثبات التشريعي إلى تجميد القواعد التشريعية في الدّولة المضيفة في علاقاتها مع الطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد بهدف حماية الطرف الأجنبي ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد، وذلك من خلال تغيير تشريعاتها حسب التطبيق سواء بوصفه القانون الذي يحكم العقد أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري[2].

وهذا الثبات التشريعي الذي يطمح إليه المستثمر الأجنبي لا نجده فقط في عقده مع الدّولة، وإنما يمكن أن نجده في قوانين بعض الدّول مثل قانون الاستثمارات الجزائري الذي ينصّ في مادته الخامسة عشر على أنّه: « **لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**»[3].

وكذلك نصّ قانون الاستثمارات التونسي في المادة **02** منه والتي بموجبها : « **أي تعديل على القانون الحالي لا يسلب الاستثمارات المصدّق عليها سابقا، المزايا المؤمّنة لها**»[4]، ولم يشير إلى هذا الثبات مثلا في قانون الاستثمار اللّبناني لأنّه في السياسة التشريعية اللّبنانية، غالبا ما يذكر هذا الأمر في التشريعات اللاحقة للقانون، والتي تعتبر أن أية تعديلات إما أن تسري على العقود المبرمة في الماضي أو أن لا تسري عليها.

ويكون الهدف، من شرط الثبات التشريعي هو إخضاع العقد المبرم بين الدّولة والمستثمر الأجنبي إلى قانون محدّد وثابت ومعروف لدى الأطراف، وذلك منذ لحظة إبرام

---

[1] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 94.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 132.

[3] **المادة 15 من الأمر 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل 20 أوت سنة 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار والمتضمن قانون الاستثمار الجزائري**، الجريدة الرسمية عدد 47 الصادر في 22 أوت 2001.

[4] **القانون 360 الجريدة الرسمية التونسية، العدد41**، الصادر بتاريخ 2001/08/18، ص 3553، والمعدل بموجب القانون 771، الصادر بتاريخ 2006/11/11، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 54، الصادرة بتاريخ 2006/11/11، ص 5732.

العقد وحتى الأنتهاء من تنفيذه، ويمكن تعريف شرط الثبات التشريعي بأنّه :«أداة قانونية تتمّ من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع، لناحية تعديل العقد بسنّ تشريع جديد، عبر تجميد دور الدّولة في التشريع والذّي يحد من سلطاتها التشريعية ولكن لا يجرّدها منها، كما يمكن أن يعرف بأنّه الشرط الذي يكون الهدف منه منع الدّولة من إستعمال سلطاتها السيادية في تغيير النّظام العقدي، بدون الإتفاق مع الطّرف المستثمر الخاص، وبالتالي فإنّ شرط الثبات في هذه الحالة يقابل سلطة الدّولة السيادية»[1].

إن تعدّد التّعاريف التي يمكن أن نعرّف بها شرط الثّبات تعكس وجود أنواع متعدّدة منها، ويتمتّع الأطراف بحرّية مطلقة في صياغة هذه الشّروط التي تتنوع وفقا للمعيار المتخّذ لتقسيمها، ويستخدم لهذا التقسيم معيارين أساسيين هما المعيار الشكلي والمعيار الوظيفي.

فالمعيار الشكلي يقصد به المظهر الخارجي لشرط الثبات من أجل تصنيفه، فتستند أحيانا إلى مصدر الشّروط لتفرّق بين الشروط ذات الأصل التشريعي، والشروط ذات الأصل التعاقدي.

- إماّ إلتزام من الدولة تشريعيا بألا تمس بالحقوق، التي سبق وأن اكتسبها المستثمر الأجنبي إذا تم تعديل أنظمة الاستثمار المرتبطة بها، ويتحقق ذلك من خلال سن نص قانوني صريح في تشريع الاستثمار الأجنبي، يقضي بأن لا يتم الإخلال بأي من حقوق المستثمر الأجنبي، التي اكتسبها بموجب قوانين الاستثمار الأجنبي السابقة.

- وإما إلتزام الدولة في العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي بأن لا تقوم بتعديل قوانين الاستثمار الأجنبي خلال فترة معينة[2].

وتستند المعايير الشكلية أحيانا على مضمون هذه الشروط فتقسم إلى شروط عامة، وشروط خاصة:

- الشروط العامة: وهي تهدف إلى التجميد الزمني للقانون واجب التطبيق على العقد وذلك عن طريق عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على هذا العقد.

---

[1] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 96.

[2] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 205.

- الشروط الخاصة: تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة (كتشريعات الضرائب والجمارك سواء أكانت هذه التشريعات نافذة وقت إبرام العقد أم تشريعات مستقبلية)[1].

كما تستند المعايير الشكلية من حيث الأشخاص المستفدين فيمكن أن نقسمها إلى شروط مطلقة ونسبية:

- الشروط المطلقة: وهي لا تحدد من المستفيد منها.
- الشرط النسبية: تحّدد من هو المستفيد منها، فتنص على أن المستفيد هو المستثمر أو الأفراد العاملين لديه أو شخص ثالث [2].

وهناك ذلك المعيار الوظيفي والذي مفاده الإستناد إلى الغاية التي يرجوها الأطراف من وضع شرط الثبات التشريعي، ويكون الهدف منه تجميد القانون واجب التطبيق على العقد، فيعبّر الأطراف في هذا الشرط عن رغبتهم في سريان قانون الدّولة على العقد، على النحو الذي كان عليه في لحظة إبرام العقد أو في وقت تنفيذه.

لقد أدرج المشرع الجزائري شرط الثبات التشريعي، لتوفير أكثر حماية للمستثمرين الأجانب، في تشريعاته المتعلقة بالاستثمار ولقد أكد على هذا الشرط في المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-21 المتعلق بترقية الاستثمار[3] ، كذلك في نص المادة 15 من القانون الاستثماري رقم 01-03 الجزائري الذي سبق التطرق إليها.

ولم يكتف المشرع الجزائري بالنّص على مبدأ الثبات التشريعي، وإنما ذهب أبعد من ذلك من خلال الإعتراف للمستثمر الأجنبي بامكانية الاستفادة من التشريع الجديد الذي ألغي أو عدّل التشريع الذي سبقه، والذي أبرم عقد الاستثمار في ظله، وهذا ما يستدل فيه في العبارة الأخيرة من المادة 15 من قانون 01-03 لترقية الاستثمار[4].

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 134.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 96.

[3] المرسوم التشريعي رقم 93-12، المتعلق بترقية الاستثمار، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، ج ر ج ج ع 64 ، الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1993.

[4] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 207.

يسمح شرط الثبات التشريعي للدولة القيام بتعديل تشريعاتها الخاصة بحماية وترقية الاستثمارات متى رأت الضرورة في ذلك في سبيل جذب وتشجيع المستثمرين الأجانب، حيث يخضع شرط الثبات التشريعي إلى النظام القانوني الذي يستند إليه العقد، إضافة إلى ذلك فعندما يتفق أطراف عقد الاستثمار على القانون الواجب التطبيق على العقد فيخضع كلاهما لمبدأ فورية القوانين الجديدة، الذي يقضي بتطبيق القانون بمجرد صدوره في الجريدة الرسمية، وتخضع مدى صحة الشروط الخاصة بالثبات التشريعي إلى القانون الوطني للدّولة المتعاقدة وتحديد ما إذا كانت هذه الشروط صحيحة أم أنه يجب إعتبارها كأنها لم تكن.

في الأخير، يمكن القول أنّه إذا سمح شرط التحكيم للدّولة القيام بتغيير تشريعاتها، بشكل يتعارض مع إعمال هذا الشرط، فقد يصبح بدون فعالية، وبالتالي فعند إختيار الأطراف للتحكيم في تسوية النّزاعات التي تنشأ بينهم فلا بد أن تتوفر إمكانية إعماله، فيصبح التحكيم بالإضافة إلى كونه آلية لتسوية المنازعات هو ضمانة حقيقية تتوفر أمام المستثمر الأجنبي، ولذلك فلا بد من تأديته لدوره على الوجه الأمثل في حماية المستثمر من المخاطر التي تحدق به، سواء كانت مخاطر ذات طبيعة تشريعية، سياسية أو اقتصادية، خصوصا وأن التحكيم عبر الزمن بدأ من المستجدات الإقتصادية الحاصلة بشكل يرضي جميع أطراف التجارة ويحصل على ثقتهم ويؤدي لهم مصالحهم القائمة [1].

ثانيا : النزاع الناشيء نتيجة إستيلاء الدّولة المضيفة على الاستثمارات الأجنبية بإجراء إنفرادي

يسعى المستثمر إلى جانب بحثه عن العائد الإقتصادي المجزي لاستثماراته إلى المحافظة على رأسماله قبل الإهتمام على نسبة العائد، فضلا عن البحث عن فرص جديدة لاستثمار ماله بين مختلف الدول، وهذا يستند إلى عنصر الأمان، إذ أن الاستثمارات الأجنبية تتعرض لمخاطر مختلفة، ولعل من أهم هذه المخاطر هو استيلاء الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية على المشروع الاستثماري المملوك للمستثمر الأجنبي الكائن في إقليمها، وما يترتب على ذلك فمثل هذا الإجراء من شأنه أن يرتب آثار وخيمة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، بحيث يؤدي إلى حرمانه من بسط سلطته على مشروعه والحقوق

[1] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 135.

المتصلة به، وقد تصل أحيانا إلى درجة طرده من إقليم الدّولة المضيفة للاستثمار وعليه لا يكون بإمكانه سوى المطالبة بالتعويض العادل والسريع [1].

ومن الإجراءات الفردية التي قد تتخذها الدّولة، أنها تأممّ مشروعا ما، وهذا الإجراء من شأنه أن يستلزم النظر في مدى شرعية العمل الذي قامت به الدّولة من جهة ، والضّرر الناجم عن هذا العمل من جهة أخرى ، فالعقد له ميزان قانوني وآخر اقتصادي [2].

حتى وإن كانت قواعد القانون الدّولي تفرض شروطاً معينة بالنسبة لإستيلاء الدّولة على أموال الأجانب الموجودة على إقليمها، إلا أنّه وجب أخذ هذا العمل في الحسبان ضمن الاعتبارات الرئيسية المكونة للمناخ الاستثماري لأية دولة، والتي يوليها المستثمر الأجنبي أهمية كبرى عند إتخاذ قراره بالاستثمار في دولة ما [3].

والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل بإمكان المحكم أن ينظر في التعويض المناسب للضّرر الناتج عن الإجراء المتّخذ من قبل الدّولة دون النّظر في أمر شرعية الإجراء نفسه؟ ففي الواقع لا يدخل في سلطة المحكم ولا المحاكم الدولية إجبار الدّولة على الرجوع عمّا إتخذته من إجراء، أو كذلك إلزامها بتنفيذ العقد [4].

وحتى ولو طغى الطابع السياسي لهذه الإجراءات الاستثنائية، إلا أن المنازعات التي تنشأ حولها تكون ذات طابع قانوني ينصبّ حول تحديد الضّرر الذي أصاب المستثمر بسبب إخلال الدّولة لالتزاماتها وتعهداتها، ومثل هذه الأمور تدخل ضمن الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم[5].

لكن عند تقصي المحكم فيما إذا كان النّزاع الناشئ عن إجراء فردي إتخذته الدّولة هو ذو طابع قانوني يخضع لتحكيم المركز أم لا، فيجب أن لا يخلط بين طبيعة الإجراء الذي أقدمت عليه الدّولة كالتأميم أو نزع الملكية، وبين طبيعة النّزاع الذي يدور حوله.

وبإختلاف الباعث الذي قد يؤدي بالدولة إلى إتخاذ بعض الإجراءات الفردية التي تعتبر إجراءات سياسية في معظمها، غير أن موضوع النّزاع الأساسي يغلب عليه الطابع

---

[1] خالد كمال عكاشة،المرجع نفسه، ص 135.

[2] لما أحمد كوجان، مرجع سابق، ص 99.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 136.

[4] لما أحمد كوجان، المرجع نفسه، ص 99.

[5] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 136.

القانوني كالتعويض، وبذلك عندما يكون النّزاع متعلق بتأميم دون تعويض فإنه يخضع للتحكيم في المركز كونه نزاعاً قانونياً، أما حين يدور النّزاع حول حقّ الدّولة في إتخاذ هذا الإجراء، ففي هذا الحال لا يكون النّزاع قانونيا ولا يخضع لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[1].

ولتوضيح وفهم أكثر للجوانب التي تحيط بالإجراءات الانفرادية المتّخذة من طرف الدّولة المضيفة للاستثمار على ممتلكات المستثمر الأجنبي لابد من معرفة المقصود بعبارة (الممتلكات العائدة للمستثمر الأجنبي)، وفي الواقع يصعب الوصول إلى معنى هذه العبارة، لكون القانون الدّولي لم يتضمن تعريفا محددا للممتلكات، ولذلك نجد أن هناك فئة ترى ضرورة الرّجوع إلى القانون الدّاخلي لتحديده، وهناك فئة أخرى ترفض ذلك، كما نجد من يرجع إلى مصادر القانون الداخلي والمبادئ العامة للقانون لتحديد مفهومها، وبالعودة الى سوابق التحكيم بتحديد في قضية « **لبماكو ضد ليبيا** » فقد تم تعريف الملكية على النّحو التالي «**الحق في استعمال واستغلال الشّيء المملوك أما إذا كان الشيء المملوك عقارا فإن حق الملكية يشمل الحيّز الموجود فوق وما تحت باطن الأرض**» [2].

ورغم إختلاف الطرق التي من خلالها يتم الإستيلاء بها على ملكية المستثمر الأجنبي إلا أنّها تتشابه في كونها إجراءات تتم بالإرادة المنفردة للدّول والتي غايتها نزع الفوائد المالية للمستثمر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

نستطيع أن نذكر ثلاث طرق المنتهجة في عملية الاستيلاء هذه، وهي نزع الملكية للمنفعة العامة، المصادرة، التأميم مع الإشارة إلى وجوب توفر شرط المنفعة العامة لتبرير مشروعية هذا الاستيلاء.

أولا- نزع الملكية للمنفعة العامة:

وهي من الإجراءات التي تتخذها الدّولة ممثلة في سلطتها العامة قصد تحقيق المصلحة العامة بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة وفي إطار الشروط المحددة قانونا في هذا المجال [3].

---

[1] لما أحمد كوجان، مرجع سابق، ص 100.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 137.

[3] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 247.

وهناك نوعان من نزع الملكية للمنفعة العامة، والأول يتعلق بنزع الملكية الفردي – Expropriation individuelle– الذي يتمثل في تلك الإجراءات المتخذة في مواجهة فرد أو مجموعة من الأفراد بدون أن يشتمل على بقية أفراد المجتمع، والثاني نزع الملكية العام – Expropriation générale– والمقصود منه تلك الإجراءات التي تتخذها السلطة العامة بشأن أخذ الملكية وتشمل جميع أفراد المجتمع إذ غالبا ما تتخذ على شكل تغييرات إقتصادية وإجتماعية في هيكل المجتمع وهو يشبه التأميم بصورة كبيرة ويشترك معه في نفس الأحكام، وتعود أهمية التفرقة بين النوعين عند الشروع في تقدير التعويض[1].

وتظهر أهمية التفرقة بين النوعين السابقين من نزع الملكية عند تقدير التعويض، فقد اتفق الفقه على دفع التعويض الكامل في حالة نزع الملكية الفردي، فإنه في المقابل اختلف حول مقدار التعويض المتطلب في القانون الدولي في حالة نزع الملكية العام، وهل يكون كامل كما تطالب به وتدافع عنه الدّول المتقدمة أم يكون جزئيا ومتناسبا مع القدرة المالية للدولة كما تنادي به الدول النامية [2].

كذلك ففقه الدّولة أخذ بالمفهوم الواسع لمصطلح الملكية بحيث يشمل كافة صور المساس بالحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي، سواء كانت تتمثل في صورة تطبيق ضرائب أو إجراءات البيع الجبري، أو الحدّ من سيطرة المستثمر على ممتلكاته أو حرمانه منها، أو بالتصرّف فيه أو عند منعه بإنشاء مشروع أو تشغيله[3].

وقد يكون أخذ ملكية المستثمر الأجنبي نزعا للملكية على المستوى الداخلي أما على المستوى الدّولي لم يتمّ الإكتفاء بهذا المفهوم الضيق لتعبير نزع الملكية، إنما تم إضافة صور أخرى ، منها ما يتمثل في قيام الدولة المضيفة باتخاذ إجراءات تؤدي بصفة تدريجية وبشكل غير مباشر إلى نفس النتائج المترتبة عن نزع المليكة الصريح وهو ما يعرف بالإجراءات المماثلة لنزع

---

[1] عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 35.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 249.

[3] خالد كمال عكاشة،المرجع السابق، ص 138.

الملكية (Les meusures équivalant à une expropriation)، كما ذهب البعض إلى تكييفها من قبيل التأميم غير المباشر[1].

ثانيا- المصادرة:

تتمثل في ذلك الإجراء المتخذ من طرف السلطة العامة للإستيلاء على ملكية بعض الأموال أو الحقوق المالية، أو كاملها تلك المملوكة لأحد الأشخاص دون مقابل[2].

وتعد المصادرة -La confiscation- إحدى صور إستيلاء الدولة على الملكية الخاصة، وقد تصدر بصفة مماثلة عن السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية، إلاّ أنها تختلف عن الأساليب الأخرى لأخذ الملكية [3].

وتختلف المصادرة عن نزع الملكية في إنتفاء عنصر التعويض من جهة، وورودها على المنقولات من جهة أخرى، وهي من إجراءات السيادة التي يمكن إعتبارها عقوبة جنائية تستولي بمقتضاها الدولة على ممتلكات الأشخاص الجناة، المرتكبون للجرائم الإقتصادية أو المالية وأخرى تتعلق بخرق قواعد المنافسة الحرّة أو ذات الطابع الجمركي أوتلك الماسّة بسلامة الإقتصاد وأمن الدّولة [4].

تجدر الإشارة أن القانون الجزائري نصّ عن المصادرة الإدارية في قانون تطوير الاستثمار لسنة 2001، إذ جاء فيه مايلي:

« لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلاّ في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ويترتب عن المصادرة تعويض عادل ومنصف»[5].

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 250.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 139.

[3] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع نفسه، ص 250.

[4] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 139.

[5] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع نفسه، ص 250.

ثالثا – التأميم:

هو الإجراء الذي يراد به نقل مشروع أو مجموعة من المشروعات الخاصة من ملكية الأفراد أو الشركات إلى ملكية الأمة ممثلة في الدولة بقصد تحقيق مصالح الجماعة [1].

وقد عرّف الفقيه الفرنسي DE LAUBADERE التأميم على أنّه: «عملية تتّصل بالسيادة العليا تقوم بها الدّولة من أجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييراً كلياً أو جزئياً، بحيث تكفّ يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية بضمّها للقطاع العام خدمة لمصالح الأمّة»[2].

«و يختلف التأميم على إجراء نزع الملكية والمصادرة، التي هي إجراءات تتعلق عادة بالمصلحة المحلية، عكس إجراء التأميم الذي يتناول الكيان الاقتصادي للدول بصفة عامة أو قطاع شامل كل مجالاته، فمداه يمتد إلى قطاع بأسره من النشاط الإقتصادي لأن الأمر المقصود من إجراء التأميم ليس الأموال بحد ذاتها وإنّما المقصود هو القطاع ككل، كما أنّه إجراء لا يستهدف عقاب طائفة من الأشخاص، كما هو الحال في إجراء المصادرة»[3].

ويدور التأميم حول محور واحد وهو نقل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة بواسطة قرار يصدر عن السلطات العامة المختصة، لذا يفترض التأميم توفر ثلاثة عناصر:

- **من حيث الشكل** : يتسم بقرار السلطة العامة التنفيذية او التشريعية دون القضائية
- **من حيث الموضوع:** يرد على أموال خاصة (عقارية او منقولة) كذلك فلا يمكن تأميم أموال ملك للدولة.
- **من حيث الغاية** : وهو يتمثل في تحويل ملكية خاصة إلى ملكية عامة عن طريق بسط سلطة الدّولة عليها سواء كلية وتدعى التأميم الكلي أو جزئيا وتدعى التأميم الجزئي [4].

غير أنّه، لا يملك المحكم في إطار تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار سلطة النّظر في مدى مشروعية قرار التأميم بالنّظر إلى الأسباب التالية:

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 139.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 251.

[3] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 221.

[4] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 140.

أ- إن النّظر في مدى مشروعية التأميم من قبيل الأطر السياسية وهذا خارج عن إختصاص المحكم ويشكّل إبتعاد عن الإطار القانوني الذي يجب عليه احترامه.

ب- يمتلك المركز الدولي الإختصاص بالنّظر في المنازعات ذات الطابع القانوني وفضلا عن ذلك فقد تضمنت اتفاقية المركز على امكانية الدول الأطراف استبعاد أنواع معينة من النزاعات ضمن اختصاصه ولو كانت قانونية، وبذلك لا يمكن البحث في الاتفاقية عن نص قد يسمح باختصاص المركز في المسائل ذات الطبيعة السياسية.

ج- إن الخوض في المنازعة حول مشروعية التأميم قد يكلف التعرّض لحق الدّولة في اتخاذ هذا الإجراء، الشيء الذي لا يمكن الاعتداد به لثبوت حق الدّولة ذات السيادة في تأميم ممتلكات الأجانب بدافع المصلحة العامة، ولهذه الأسباب فلا يمكن للطرف الأجنبي المتضّرر سوى المنازعة التي تخص النّظر في التعويضات المستحقّة [1].

ومن خلال ما سبق يمكن القول أن الفقه الدّولي إستقر على أحقية الدّولة في إتخاذ مثل هذه الإجراءات على أساس مبدأ سيادتها الإقليمية ،غير أن ذلك يجب أن يكون بغرض تحقيق النفع العام، وليس بغرض القضاء على المستثمر أو الإنتقام منه، مع مراعاة عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب، أو بين المواطنين كما لابد من توفير تعويض كاف يأمّن للمستثمر إقامة مشروع جديد في مكان أخر [2].

المبحث الثاني:

اتفاقية التحكيم كأساس لبدئ إجراءت التحكيم وطبيعة منازعات الاستثمار.

يمكن الإعتراف للتحكيم التجاري الدّولي بإرتباطه بالإرادة المتبادلة لأطراف النّزاع، وبطبيعته الإختيارية إذ لا يقوم إلا بالأتفاق بين الأطراف، وبالنّظر إلى الدّور الهام الذي تلعبه إتفاقية التحكيم في بدئ إجراءات التحكيم، فإن ما يكتنفه من أحكام وما يستوجبه من شروط وما قد يترتب عنه من أثار يؤدي إلى تدعيم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 255.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 140.

أو إلى تضييقها [1]، إذا فلا بد أن نتطرق إلى مفهوم إتفاقية التحكيم في منازعات الاستثمار (المطلب الأول)، إلى إظهار مختلف أنواع المنازعات التي قد تنشئ عن عقود الاستثمار الدّولي وتبيين طبيعتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

اتفاقية التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار.

بإعتبار أن إتفاقية التحكيم عقد رضائي، لا يوجد تعريف موحد لإتفاقية التحكيم في مختلف التشريعات والقوانين والأتفاقيات الدّولية، وتربطه تارة بصوره المختلفة وتارة أخرى بشروط صحته. تعريف إتفاقية التحكيم يؤدي إلى توضيح الرؤية للمحكمين عند نظرهم في النّزاع، فلا بد علينا تعريف هذه الأتفاقية والتطرق لمختلف التعريفات الموجودة في القوانين والأتفاقيات الدّولية (الفرع الأول)، ثم إثبات لجوء الأطراف إلى إتفاقية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

اتفاقية التحكيم في مختلف التشريعات.

لقد تطرقت لإتفاقية التحكيم الإتفاقيات الدولية سواء المتعددة الأطراف أو الإتفاقيات الثنائية التي تعنى بالتحكيم في مجال الاستثمارات الأجنبية، وتطرقت لتعريفها نظرا لأهميتها الكبرى في تحقيق رضا أطراف عقد الاستثمار في اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم ولتعريف إتفاقية التحكيم إرتأينا إلى الرجوع إلى هذه الإتفاقيات الدولية سواء المتعددة الأطراف (أولاً) أو المعاهدات الثنائية (ثانياً) وفي التشريع الجزائري (ثالثاً).

أولا: في الإتفاقيات المتعدّدة الأطراف.

تعدّ الإتفاقيات أو المعاهدات المتعددة الأطراف تلك التي تبرمها مجموعة من الدّول أو الكيانات التي تجمعها المصلحة المشتركة سواء أكانت إقتصادية أو أمنية أو غيرها، أو مصالح من

---

[1] عيساوي محمد، **فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر (على ضوء الاتفاقيات الدّولية للجزائر)**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 18.

طبيعة أخرى، أما في مجال التحكيم الدّولي فنجد مجموعة من الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي أبرمتها الدول فيما بينها نذكر أهمها وهي إتفاقية نيورك **1958**، وإتفاقية واشنطن للبنك الدّولي **1965**، وقواعد لجنة الأمم المتّحدة للتجارة الدولية لسنة **1985** التي من خلالها سوف نتعرض لمفهوم إتفاقية التحكيم.

أ- إتفاقية نيورك في10 جوان1958 :

لقد إرتأت إتفاقية نيورك المتعلقة بالإعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها لسنة **1958** إلى تعريف إتفاقية التحكيم بصفة غير مباشرة إذ نصّت في المادة الثانية في فقرتها الأولى والثانية على أنّه: « تعتمد كل دولة من الدّول المتعاقدة في الاتفاقية المكتوبة التي تلزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية عن طريق التحكيم».

والجدير بالذكر أن المقصود هنا ب «الإتفاقية الكتابية» هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو عند إبرام اتفاقية التحكيم الموقع عليها من الأطراف، أو الوارد في مضمون الرسائل أو البرقيات المتبادلة بينهم، والملاحظ هنا أن الاتفاقية وحّدت مفهوم إتفاقية التحكيم حيث أخذت بفكرتي النّزاع الواقع ويعبّر عنه بـ «شرط التحكيم» والنّزاع المحتمل ويعبّر عنه بـ «إتفاقية التحكيم» واستعمال مصطلح الاتفاقية الكتابية لهو دليل عن عدم التفضيل بين المصطلحين للتعبير عن المعنيين معا، رغبة من المشرّع في إدماجهما في مصطلح موّحد، وهذا ما انتهجه المشرع الجزائري الذي تأثر بنصوص هذه الاتفاقية التي إنضمت إليها الجزائر في **1988** [1].

ب- إتفاقية واشنطن في 18 مارس1965 :

لم تعرّف هذه الاتفاقية إتفاقية التحكيم بل إكتفت إلى التطرّق لشرط التحكيم الذي يكون في صلب عقد الاستثمار، وإلى إتفاقية التحكيم بين المستثمر والدّولة المضيفة في حالة وقوع نزاع فعلي، وعلى إثره يمكن اللّجوء إلى مركز التحكيم كجهة تحكيمية بإرادة أطراف العقد.

[1] عيساوي محمد، المرجع السابق، ص 22.

ج- في قواعد التحكيم للّجنة الأممية للتجارة الدّولية الكنودسي CNUDCI لسنة1985:

فقد عرفت اتفاقية التحكيم في المادة السابعة منه وبالصيغة التي إعتمدتها اللّجنة في دورتها التاسعة والثلاثين في 2006 على **أن** « إتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على أن يحيلا على التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية».

ثانيا: في الإتفاقيات الثنائية:

من خلال التطرق إلى الإتفاقيات الثنائية التي أبرمت الجزائر العديد منها في مجال تشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي، نذكر أنها إكتفت فقط بذكر صور اتفاقية التحكيم دون تعريفها، ففي حالة نشوب نزاع يتعلق بالاستثمار أو تفسير الاتفاقية، أجازت مثل هذه الاتفاقيات للخصوم باللّجوء إلى التحكيم الخاص أو المؤسساتي.

كذلك، مثل ذلك اتفاقية تشجيع الاستثمار بين الجزائر وليبيا في مادتها السابعة الفقرة الثانية، التي تنص على أنّه «إذا لم تتم تسوية النّزاع وديا في مدة ستة أشهر إعتباراً من الإشعار الكتابي لهذا النّزاع ،يتم عرضه بطلب من المستثمر، إما على السلطة القضائية المختصة التابعة للطرف المتعاقد المعني بهذا النّزاع أو التحكيم الدّولي ،يكون اختيار أحد الإجرائين نهائيا»[1].

كما نتطرق أيضا إلى الاتفاقية التي وقعتها الجزائر مع سلطنة عمان في **14افريل1987** المتعلقة بالتحكيم التجاري بين الدّول العربية إذ نصت مادتها الاولى على ان :«اتفاق التحكيم، اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل النّزاع او بعده» [2].

ثالثا: في التشريع الجزائري:

ولقد سلك المشرع الجزائري نفس التوجه الذي إتخذته إتفاقية نيويورك لسنة **1958**، والتي أنظمت إليها في سنة **1988** حيث عرفت المادة **1011** من ق إ م إ الجزائرية شرط

---

[1] عيساوي محمد، المرجع السابق، ص 23.

[2] صديقي بغداد، إتفاقية **التحكيم التجاري الدّولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2002، ص 15.

التحكيم على أنه «الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم».

كما عرف شرط التحكيم في المادة **1007** على انه «شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة **1006** أعلاه، لعرض النّزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم».

نلاحظ من خلال المادتين أن المشرع الجزائري ميز بين «إتفاق التحكيم» و«شرط التحكيم» الذي سماه «اتفاقية التحكيم» لكن فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدّولي نجد أنه استغنى عن هذا التميز بإعتبار أن مصطلح «اتفاقية التحكيم» تعني «شرط التحكيم» و«إتفاق التحكيم» في أن واحد[1].

الفرع الثاني:

إثبات اللجوء إلى إتفاقية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

إن لإثبات اللّجوء إلى إتفاقية التحكيم لا بد من دراسة نماذج التحكيم بإختلافه فقد يكون قد أورد طرفا العقد في إتفاقية التحكيم التي تظهر على عقد الاستثمار أو بعقد لاحق عليه إختيارهما على نوع التحيكم الذي يرغبون فيه فقد يكون التحكيم في إطار مؤسساتي مثلا عند تولي المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار لعملية التحكيم، أو يمكن لجوء الأطراف ضمن نفس الأتفاقية للتحكيم الحرّ على أن يقوم الطرفان بأختيار المحكمين الذين يتولون العملية التحكيمية في حالة نشوب منازعة أو أن يقوم بإختيار المحكمين عند نشوب المنازعة الاستثمارية، كما يتعين مراعاة شروط السرية في إجراءات التحكيم لإرتباطها بمصالح الدولة.

أولا : حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم (خاص أو مؤسساتي)

يتميز التحكيم بكونه وسيلة خاصة لحسم المنازعات تعتمد على اتفاق الأطراف وبإعتبار الطابع التعاقدي للتحكيم فإنه بالإمكان للأطراف عند الموافقة على اللّجوء إليه لتسوية منازعاتهم الاتفاق على أن يستقلوا في إدارة العملية التحكيمية وهو ما يطلق عليه (التحكيم الخاص)، أو الاشارة إلى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة لتتولى إدارة هذه العملية وهو ما يطلق عليه (التحكيم المؤسساتي).

[1] عيساوي محمد، المرجع السابق، ص 20.

سنتطرق فيما يلي إلى مفهوم كل من التحكيم الخاص والتحكيم المؤسساتي.

أ- التحكيم الخاص L'arbitrage Ad Hoc:

التحكيم الخاص أو تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر أو التحكيم الذاتي فأطراف النّزاع في هذا النوع من التحكيم هم من يتكفلون بتحديد المواعيد وتعيين المحكمين أو عزلهم أو ردّهم، كما يقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم، ويعد التحكيم خاصاً ولو تم الاتفاق بين أطراف النّزاع على تطبيق قواعد وإجراءات منظمة أو هيئة تحكيمية، طالما أن التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة، ومن ذلك على سبيل المثال أن يختار الطرفان تطبيق القواعد الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، والمعروف بقواعد الكنودسي للتحكيم[1].

بذلك، يمكن القول أن التحكيم الخاص هو تحكيم أعد لحالة خاصة بعينها، يتميز عن غيره من حيث تشكيل هيئة التحكيم، أو من حيث القواعد والإجراءات التي تطبق عليه، وهو ما أخذ بالبعض إلى أن يصف هذا التحكيم بأنه (نفذ التحكيم بنفسك) لذلك فإن من يختاره من الأطراف يحتاج إلى عناية كبيرة في تحديد كافة القواعد التي تنظمه في كافة مراحله[2].

ومن مميزات التحكيم الخاص بأنه أقل تكلفة وأكثر مرونة وسرعة ويتم اللجوء إليه في بعض المنازعات مثل المنازعات الدولية ومنازعات إعادة التأمين[3].

كذلك من الأمثلة الواردة عن اللّجوء إلى التحكيم الخاص في اتفاقيات تحكيم منازعات عقود الاستثمار ما ورد في نص العقد المبرم بتاريخ **1994/11/18** بين الحكومة اللبنانية وبعض الشركات الفرنسية الخاصة من أجل تنفيذ ما يسمى «الأوتستراد العربي» حيث جاء شرط التحكيم بالصيغة التالية: « من أن تسوية الخلافات الناشئة من هذه الاتفاقية يكون خاضعاً للتحكيم وفقاً لدفتر الشروط وملاحقه، مع تطبيق أحكام نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الكنودسي) على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية وعلى أن يطبق القانون اللبناني في أساس الموضوع »[4].

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 174.

[2] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، مرجع سابق، ص 359.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 175.

[4] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، المرجع نفسه، ص 359.

ب- التحكيم المؤسساتي L'arbitrage institutionnel:

التحكيم المؤسساتي أو تحكيم هيئات التحكيم الدائمة أو التحكيم النظامي بإختلاف تسميته يعني أن يقع إختيار الأطراف بإحالة عملية التحكيم وفقا لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة وبمساعدتها بدءاً من تعيين هيئة التحكيم ومروراً بإجراءات التحكيم وإنتهاءاً بصدور حكم التحكيم وتبليغه لأطراف النّزاع.

كذلك لا بد من أن يجري إختيار الأطراف على هيئة التحكيم التي سيتم اللّجوء إليها صراحة، ويتحقق ذلك في الغالب في شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها أو في إتفاق التحكيم الذي يوقعه الأطراف بشكل مستقل عن العقد.

يتحقق التحكيم في ظل منظمة التحكيم عندما تلتزم هذه الأخيرة بوضع لائحتها وقواعدها التنظيمية أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النّزاع شريطة أن تحتفظ لنفسها بإختصاص معين تطبيق لائحتها المذكورة، وبذلك تكون هذه المنظمة بصدد التكفّل بمهمة النّظر في النّزاع والفصل فيه[1].

بذلك فقد إزدادت مؤسسات التحكيم الدائمة، بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولاً في حسم منازعات التجارة الدولية والاستثمار ومن أهم هذه المؤسسات يمكن أن نذكر محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريسِ CCI والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن CIRDI، والمركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي AAA، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي CRCICA[2].

كما ظهرت كذلك بعض مؤسسات التحكيم الدائمة المختصة في نوع معين من المنازعات دون غيرها مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار CIRDI،

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 176.

[2] أسس مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي عام 1978 تحت رعاية المنظمة الاستشارية القانونية لدول أسيا وإفريقيا بمساعدة حكومة جمهورية مصر العربية، والنشاط الرئيسي للمركز هو إدارة قضايا التحكيم المحلية والدولية، وخلال عام 2002 وأوائل عام 2003 بلغ عدد القضايا الجديدة التي أحيلت للمركز ما يزيد عن 62 قضية ليصل العدد الإجمالي للقضايا التي نظرها المركز إلى 346 قضية وقد تعلقت هذه القضايا بمنازعات الإنشاءات وإدارة الفنادق وعقود برامج الحاسوب وعقود البترول وعقود التأمين وحقوق الملكية الفكرية وغيرها ولمزيد من التفاصيل أنظر مجلة التحكيم العربي، العدد السادس، أوت 2003، ص 183.

وكذلك مركز التحكيم والوساطة التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO[1]، وأيضا مركز الاسكندرية للتحكيم البحري الدولي[2].

كذلك من الأمثلة الواردة عن إتفاقيات التحكيم لمنازعات عقود الاستثمار التي تحيل على التحكيم المؤسساتي، ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة (21) من عقد امتياز البحث عن البترول المبرم سنة 1987 بين الشركة الألمانية –Deustsch–Schactbun Und– Tiefbohrgesellschaft وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول Rakoilv من أن: «جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها ستتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد»[3].

ج– التحكيم الأنسب في منازعات عقود الاستثمار:

نستخلص من دراستنا أن هناك نوعين من التحكيم خاص ومؤسساتي وتعرفنا عن ماهية كل منهما وأن لكل من النوعين خصوصيات، وأمام الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار يثور التساؤل عن ما إذا كان التحكيم الخاص أم التحكيم المؤسساتي هو الأجدى في تسوية منازعات عقود الاستثمار؟

يمكن القول أنّ واقع التحكيم في الماضي كان يتميز بكون أغلب إتفاقيات تحكيم منازعات عقود الاستثمار تختار التحكيم الخاص، الذي كان يمثل الصورة المعروفة أصلاً للتحكيم، لكن بعد التطورات الكبيرة التي عرفها مجال الاستثمار وعمليات التجارة الدولية وازدياد المنازعات التي تثيرها وتنوعها، وظهور عدة مؤسسات تحكيمية، وقيام بعضها بتطوير قواعدها، لكي تتمكن من مواكبة هذه التطورات، فقد تغير الأسلوب المتبع في أغلب اتفاقيات منازعات عقود الاستثمار التي أصبحت تحيل النّزاعات إلى التحكيم المؤسساتي لما يتميز به من مزايا عملية بعكس التحكيم الخاص الذي كان يفقد القدرة على التنبؤ بالمشكلات مما قد يؤدي إلى عدم القدرة على حسم المشكلات التي لا يغطيها اتفاق التحكيم

---

[1] يقع مركز التحكيم والوساطة التابع لويبو في جنيف، وقد أسست ويبو هذا المركز عام 1994 لتقديم خدمات التحكيم والوساطة لحسم منازعات التجارة الدولية بين أشخاص القانون الخاص ، وقد تم تصميم إجراءات المركز بشكل خاص لحسم منازعات التكنولوجيا والأعمال الفكرية التي تتضمن حقوق الملكية الفكرية.

[2] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**.....، مرجع سابق، ص 363.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 177.

الخاص، فضلاً عن إحتمال وجود مسائل لا يغطيها القانون المحلي مع وجود صعوبات في تنفيذ حكم التحكيم[1].

بذلك أصبح التحكيم المؤسساتي يمثل البديل الأمثل للتحكيم الخاص في حسم المنازعات والأكفأ في إدارة تحكيمات المنازعات الكبيرة القيمة، ذات الطبيعة الفنية والمعقدة، زيادة لما كان يوفر من مزايا للمحكمين والتي تتمثل فيمايلي:

1- تتوفر أغلب مؤسسات التحكيم على قوائم إسمية للمحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات، يستطيع من خلالها المحتكمون إختيار محكميهم منهم، لا يكلفهم عناء البحث عن المحكم المناسب خصوصاً لما يكون الأمر مرتبطاٌ بمسائل فنية تستدعي خبرة خاصة لا تتوافر على نطاق واسع.

2- يضمن التحكيم المؤسساتي اللّجوء إلى مجموعة من القواعد المعدّة سلفاً والمختبرة من قبل.

3- إن التحكيم المؤسساتي يزود المحكمين بصلاحيات مناسبة تعينهم بممارسة اختصاصهم ويمدهم بسلطات بخصوص المسائل المتعلقة بعملية التحكيم، ومن أبرز هذه القواعد التي حفلت بها المؤسسات التحكيمية الحديثة مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يتيح لهيئة التحكيم الفصل في الدفوع الخاصة باختصاصها ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن باقي شروط العقد.

4- يقدّم التحكيم المؤسساتي المرافقة للمحتكمين لما يتوفر عليه من إمكانيات مالية وإدارية تتمتع بها مراكز التحكيم الدائمة التي من خلالها تقدم تسهيلات لهم، وهذا يساعد على هيمنة التحكيم المؤسساتي.

5- تقام أغلب عمليات التحكيم في مقراتها (مراكز التحكيم المؤسساتي) وهذا ما يجنب المحكمين مؤنة الإنفاق على مكان التحكيم، هذا وقد يؤثر مكان التحكيم المختار على عملية التحكيم، الذي قد يختص قضاء التحكيم في البلد المختار في العرائض المقدمة إليه أو بالطعن على حكم التحكيم[2].

6- إن مؤسسات التحكيم الدائمة ترافق الطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه في عملية التنفيذ.

---

[1] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**.....، مرجع سابق، ص 365.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 179.

ثانياّ: عوامل إختيار المحكمين في منازعات عقود الاستثمار

تتميز منازعات عقود الاستثمار بخصوصية ناجمة عن الطبيعة الخاصة لأطراف هذه العقود الدولية والعملية محل العقد، وتشوبها مشاكل قانونية في بعض الأحيان متشعبة ومتعددة الأوجه والتي لا توجد في غيرها من العقود، بالإضافة إلى ما تثيره هذه العقود من مشاكل فنية بالغة التعقيد ومختلفة في التخصص، فلذلك فإن المؤهلات المتطلبة في المحكم الذي يفصل في منازعات هذا النوع من العقود يجب أن تتلاءم مع هذه الخصوصية.

فقد تتعلق هذه المشاكل بأحكام القانون الدولي العام، كما لو كانت المنازعة تتعلق بمسؤولية الدولة عن تأميم المشروع الاستثماري والتعويض عنه، ويمكن أن تكون المنازعة مرتبطة بأحكام القانون العام، كما لو كانت المنازعة تتعلق بطلب إعادة شروط العقد إلى التوازن في حالة الإخلال بالتوازن بين التزامات المتعاقدين أو بتجميد بعض القوانين التي يؤثر تعديلها على الاستثمار، كما قد تتعلق المنازعة في مشكلة من مشاكل البيئة، أو مسألة مرتبطة بنقل تكنولوجيا متقدمة، لذلك يتوجب الأمر أن تضمّ هيئة التحكيم محامياً أو رجل قانون على دراية بأحكام القانون الدولي العام أو القانون الدولي الخاص أو القانون العام أو أحكام قوانين البيئة أو أحكام العقود الخاصة بنقل التكنولوجيا حسب طبيعة المنازعة، حيث كثيرا ما يستوجب الأمر من المحكم البحث في فروع مختلفة من القانون لتشعب المشاكل التي تثيرها عقود الاستثمار[1].

كذلك قد تتعلق منازعات عقود الاستثمار بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات نادرة لحسمها، كأن يكون موضوعها في عقود البترول بالنواحي الفنية لاستغلال الحقل أو معدل الانتاج، كما قد ترتبط بمشاكل هندسية بحتة تتعلق بكفاءة المنشأت في عقود الأشغال، أو قد يكون موضوعها مشاكل في المحاسبات المالية أو بنوعية التكنولوجيا المستخدمة في إنشاء مصنع في عقود التعاون الصناعي وبهذا فلا بد من أن تتشكل هيئة التحكيم بقدر الإمكان من التخصصات المطلوبة لتمكينها بحل النزاع بالشكل الأوفق، فقد تدعو الحاجة أن تضم هيئة التحكيم خبراء ومهندسين[2].

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 179.

[2] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، مرجع سابق، ص 367.

لذلك نصادف العديد من عقود الاستثمار الحديثة التي تسمح باللّجوء إلى التحكيم الفني Technical Arbitration وذلك في الحالات التي تتطلب تدخّل خبير فني، وقد وجدنا مثال عن هذا التحكيم في عقد الامتياز المبرم بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة SA.AM للبترول والغاز، حيث تقضي المادة السابعة من العقد بتعيين محكم ذي سمعة وخبرة جيدتين في مجال صناعة البترول للإستفادة منه بخصوص تسويق الزيت الخام وتسعيره في التجارة الدولية، وتكون مهمة هذا المحكم إصدار الحكم أو القرار الخاص بالسعر، ويكون ذلك بعد إفادته بالبيانات االمتعلقة بعقود البيع من قبل الأطراف ذات العلاقة والشركات والجهات التابعة لهم[1].

بذلك يمكن إعتبار المحكم كالعنصر الأساسي في عملية التحكيم، إذ يتولى خصومة التحكيم وبقدر دقته ومهارته تتحقق سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر به، كما يرتبط حسن أدائه لمهمته بمدى تحكمه في تخصصه ومرهون بشخصه وما يحمله من مؤهلات وخبرات، ويقوم الأطراف بإختيار المحكم متوقعين منه المعاملة العادلة والأسلوب المتخصص في إدارة الإجراءات، وتوافر المستوى الأخلاقي والفني الرفيع لديه.

وفي الأخير، فإنه يستوجب على الأطراف عدم التسرع في وضع الشروط الواجب توافرها في المحكمين في اتفاق التحكيم قبل قيام المنازعة، وذلك حتى يتسنى لهم إختيار المحكمين المناسبين للمنازعة بعد قيامها وعلى النحو الذي يناسب طبيعتها[2].

ثالثا: الإلتزام بسرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

يعتبر مبدأ الحفاظ على السرية في الإجراءات من أهم مبادىء التحكيم وأحد المزايا التي من أجلها يلجأ المتنازعون إلى التحكيم في حسم منازعاتهم، فميزة السريّة التي تغلف التحكيم تعدّ من العناصر الطبيعية المكونة لهذا النّظام، والتي من خلالها يلجأ الأفراد إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم، فالتحكيم ليس مجرد قضاء خاص، لكنه زيادة على ذلك فهو قضاء يتم في سرية .

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 180.

[2] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**.....، مرجع سابق، ص 368.

كذلك تزداد أهمية سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار عن سرية الإجراءات في باقي المنازعات وذلك بالنظر عن الأثر الذي قد يترتب عند إفشائها أو علانيتها وماقد يلحق من أضرار بمركز أطراف العلاقة محل النّزاع، وللسرية في إجراءات التحكيم مزايا منها الحد من تضخيم النّزاع، كما أنها قد تفضي إلى التسوية الودية بين أطراف النّزاع، والتي بفضلها كذلك قد تستمر العلاقة فيما بين الأطراف المتنازعة، والأصل هو عدم نشر أحكام المحكمين[1].

بهذا، يرى البعض أن الالتزام بالسرية مرتبط بالطبيعة الخاصة للتحكيم في عقود الاستثمار باعتباره وسيلة خاصة لحسم المنازعات وأن ذلك يقوم على الالتزام الضمني للأطراف بالحفاظ عليه، وأنه يمكن إعتباره في ظل القبول الكبير الذي يزخر به على أنه قاعدة عرفية في قضايا التحكيم، حيث تفرض أخلاقيات التحكيم على المحكم الالتزام بالسرية[2].

كذلك فللسرية في إجراءات التحكيم أهمية كبيرة في منازعات عقود الاستثمار بالنظر إلى الأثار المترتبة على هذا النوع من العقود التي هي من طبيعة سياسية واقتصادية تؤثر في مصالح الدّول وكذلك الشركات الكبرى القائمة بالاستثمار، فالمحكم عند إطلاعه على حيثيات القضية محل التحكيم يطّلع بنفس الوقت على أسرار ومعلومات حساسة ووثائق مرتبطة بإبرام هذه العقود، لذلك فلا ترغب الأطراف في عقود الاستثمار أن تكون هذه المعلومات والبيانات متاحة للجميع للإطلاع عليها، إذ تكون العلانية ضارة بالنسبة لهما[3].

رابعا: الشروط اللاّزم توافرها في إتفاقية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار:

أ- الشروط الشكلية:

من الشروط الشكلية المطلوبة في إتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار هو أن يكون مكتوبا، فإذا كانت القاعدة العامة في شأن اتفاق التحكيم تقضي بخضوعه للقانون

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 181.

[2] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.....**، مرجع سابق، ص 369.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 181.

الموضوعي المطبق على العقد، لذلك يتوجب الرجوع إلى مثل هذا القانون لمعرفة مدى تطلبه شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم من عدمه.

وباستقراء مواقف قوانين الدّول من النص على هذا الشرط نجد أنها متباينة، فبالنسبة للدول الأنجلوسكسونية لم تجد مبرراً يوجب إخضاع إتفاق التحكيم لشكل معين فأخضعته للقواعد العامة التي تحكم التصرفات القانونية، أما بالنسبة للدول العربية، فنجد أن القانون المصري للتحكيم يتطلب الكتابة لصحة اتفاق التحكيم من خلال نص المادة 12 من قانون التحكيم الجديد وكذلك القانون الكويتي من خلال نص المادة 173 فقرة 2 من قانون المرافعات، ومعظم الدّول العربية[1].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد نص التعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري صراحة على أن تكون اتفاقية التحكيم مكتوبة في المادة **1012** التي تنصّ على أنه :« **يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا**»[2] لكن هنا نلاحظ أن الكتابة شرط للإثبات، وليس ركنا من أركان العقد أو شرط لصحته.

كما يجب وذلك تحت طائلة البطلان، أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة (المادة 1040 من ق إ م إ الجزائري)[3].

وتبدو الصور الواضحة على وجوب «**أن تكون إتفاقية التحكيم مكتوبة**» في ورود الإتفاقية كشرط في العقد الأصلي أو الإتفاق عليه في وثيقة مستقلة تسمى «**إتفاق التحكيم**»، وتعد هذه الأخيرة محررا يتم الإتفاقق عليه، بعد قيام النّزاع ويجب في كل الأحوال التوقيع على إتفاقية التحكيم، شرطا كان أو إتفاق تحكيم وهذا ما أشار عليه كل من المشرعين المصري والسوري[4].

---

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص 119.

[2] **القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008**، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في الجريدة الرسمية العدد 21.

[3] عبد الحميد الأحدب، **قانون التحكيم الجديد**، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح والوساطة والتحكيم، 15 و16 جوان 2008، ص ص 21-216.

[4] يسعد حورية، **التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية**، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، عدد حجم 47 رقم 01، ص ص 313-327.

أما بالنسبة للإتفاقيات متعددة الأطراف فقد نصت إتفاقية نيويورك لعام **1958** في المادة الثانية صراحة على ضرورة الكتابة لصحة إتفاقية التحكيم والكتابة هنا تعد شرطاً لصحة الإتفاقية وليست للإثبات، كما أنه لا يكفي أن تكون إتفاقية التحكيم مكتوبة، بل لابد أن يوقع عليها الطرفان .

فقد نصت المادة **2** من إتفاقية نيورك على أنه: «**يقصد بإتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو إتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات**»[1].

وبالإضافة إلى إعتراف الاتفاقية بأشكال أخرى من وسائل الإتصال، كالخطابات والبرقيات المتبادلة بين الأطراف، أما بالنسبة للإتصالات التي تجري عن طريق الفاكس، فهي لم يتم ذكرها في الإتفاقية لكن لم يمنع ذلك القوانين الحديثة من الإعتراف بمثل هذه الوسائل كالفاكس فعلى سبيل المثال قانون التحكيم المصري رقم **27** لعام **1994** في المادة **12** وكذا المادة **807** من القانون الإيطالي لعام **1994**[(2)].

كذلك فهناك شروط شكلية أخرى لا بد من توافرها في إتفاق التحكيم وهي ما نستقرئه من المادة **1012** فقرة **2** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وهي كما يلي: « **يجب أن يتضمن إتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النّزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم إذا رخص المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة**»[(3)].

ب- الشروط الموضوعية:

بالنسبة للشروط الموضوعية لإتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، فهي مرتبطة من جهة بإرادة طرفي عقد الاستثمار في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فلا بد من اتفاقية التحكيم أن تبرم بإحترام قواعد القانون الذي إختاره الأطراف في العقد لكي

---

[1] عليوش قربوع كمال، **التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005، ص 34.

[2] مناني فراح، المرجع السابق، ص 119.

[3] **القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008**، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في الجريدة الرسمية العدد 21.

تكون صحيحة من حيث الموضوع وهذا حسب الحلول التي قام المشرع الجزائري بنقلها من المادة **178** الفقرة **2** من القانون السويسري، إذا تم إبرامها وفقا للقواعد المنصوص عليها في القانون الذي إختاره الأطراف أو القانون المنظم لموضوع النّزاع، وبالأخص القانون المطبق على العقد الأصلي.

كما نصت إتفاقية نيويورك لسنة **1958** في المادة **5** فقرة على « **قانون البلد الذي صدر فيه الحكم** »، فإن القانون الذي يجب العودة إليه في النّظر في صحة إتفاقية التحكيم هو القانون الذي صدر فيه حكم التحكيم.

كذلك فقد عمل المشرع الجزائري بإزدواجية الإرادة، كما فعل القانون السويسري، وترك إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع إتفاق التحكيم إلى الأطراف، وفي حالة غياب ذلك، فالحكم التحكيمي هو الذي يحدده ولا سيما القانوني المطبق على موضوع النّزاع. فعلى الأطراف اختيار أي قانون، أكثر من ذلك يمكنهم إختيار المبادئ العامة للقانون، مما يسمح بإيجاد حلول غير منتظرة بسبب الغموض الذي يحيط بهذه المبادئ.

أما في حالة غياب إختيار الأطراف، فالمهمة توكل للمحكمين للبحث عن القانون الذي يحكم العقد وموضوع النّزاع، إذا جرى التحكيم في الجزائر يمكن تطبيق القانون الجزائري، أي قانون المقر ولا يرفض قراره إلا إذا أخلّ بالنظام العام[1].

هذه الأولوية المعطاة للأطراف بتدويل إتفاقية التحكيم، تم تبريرها للتهرب من ضغوط القانون الوطني الذي بإمكانه أن يؤدي إلى إبطال اتفاقية التحكيم، زد على ذلك الاتجاه الليبرالي المكرّس في المادة **18** من القانون المدني الجزائري، التي تخضع الإلتزامات التعاقدية إلى القانون الوطني، فلا يمكن للمحكمين أو القضاء التهرب من قانون إذا تم اختياره من الأطراف[2].

كما نستقي من خلال بقية الشروط الموضوعية من خلال المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كمايلي : « **يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو**

---

[1] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص ص 34،35.

[2] **المادة 18 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975**، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم الصادر في الجريدة الرسمية عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975.

حالة الأشخاص وأهليتهم، لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقتها الإقتصادية الدّولية في إطار الصفقات العمومية »[1].

نفهم من خلال هذه المادة أن وجوب توفر شرط الأهلية لإبرام إتفاق التحكيم خصوصا بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، الذي لا يمكن لهم اللجوء إلى التحكيم سوى في المسائل المتعلقة بالتحكيم الدّولي، نضيف إليها الرضا في طرفي إتفاق التحكيم فلا بد من توفر الرضا لطرفي الإتفاق لأجل إبرامه وموضوع الإتفاق أي المحل وسنتعرض إليها كمايلي:

أولاّ- الأهلية: إن المقصود بالأهلية في مجال العلاقات الدّولية الصلاحية للقيام بالأعمال القانونية الدّولية، وهذه الصلاحية لا تتمتع بها الوحدات القانونية الطبيعية في المجتمع الدّولي كافة على حد سواء، فمثل هذه الصلاحية نجدها في بعض الوحدات بصورة كاملة وأخرى بصورة ناقصة، والبعض الأخر لا يتمتع بأي صلاحية، فهناك دول كاملة السيادة ودول ناقصة السيادة.[2]

فالدول الكاملة السيادة هي الشخص القانوني الذي يتمتع بأهلية اللجوء إلى التحكيم لأنها تتمتع بالشخصية القانونية الدولية، أي أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات ولأنها تملك الإرادة للقيام بالتصرفات القانونية، في إطار العلاقات الدولية.

والدولة هي كيان يحوز إقليم وشعب وحكومة، ويعد صاحب سيادة ومستقل، وخاضع لقواعد القانون الدولي، فيفترض وجود الدولة ثلاثة عناصر مادية هي الشعب والإقليم والسلطة السياسية.

أما الدول الناقصة السيادة فهي تلك الوحدات القانونية الطبيعية في المجتمع الدولي والتي لا تتمتع بالأهلية الكاملة وبعبارة أخرى فإن هذه الوحدات تصطبغ بصيغة قانونية خاصة أو تتمتع بوضع قانوني خاص.

فنجد في قانون الأجراءات المدنية والإدارية عدة قواعد متعلقة بالأهلية من بينها نص المادة **975** التي نصت على أنه: «**لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقات الدّولية التي صادقة عليها الجزائر وفي**

---

[1] **المادة 1006 من قانون الأجراءات المدنية والأدارية**، المرجع السابق.

[2] مناني فراح، مرجع سابق، ص 101.

مادة الصفقات العمومية » بالنسبة للأشخاص المذكورة في المادة **800** نجد كل من الدّولة، الولاية، البلدية وكذا إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية[1].

وبالعودة إلى المادة 800 فإن الأشخاص المذكورة فيها هي:

أ- الدولة.

ب- الولاية.

ج- البلدية.

د- إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

1- أبقى التشريع الجزائري شرط أهلية التصرف في الحقوق لإبرام عقد التحكيم وليس مجرد أهلية التقاضي وإدارة الحقوق فيكون بذلك مازال يعتبر التحكيم طريقا إستثنائيا للتقاضي والتركيز على الإنفتاح انصب على التحكيم الدولي.

2- صار بإمكان الدولة والمؤسسات العامة والبلديات أن تبرم إتفاقيات التحكيم إذا كان موضوع العقد ما يسميه المشرع الجزائري الصفقات العمومية أي الأشغال العامة، أما خارج الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام هو أن تكون هذه العقود داخلة في اتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر.

3- إن كل المسائل المتعلقة بالنظام العام غير قابلة للتحكيم، ويعود نطاق تحديد النظام العام للمحاكم القضائية [2].

ثانيا- الرّضـا: أن الرضا هو الشرط الثاني في صحة إتفاقيات التحكيم، فرضا طرفي عقد الاستثمار الدولي لا بد من تبادلهما الرضا لكي يوقعان على إتفاقية التحكيم وإلا تكون باطلة، فالأهلية وحدها لا تكفي لكي تكون الاتفاقية صحيحة، بل يجب أن يكون قبول الدولة نابع من إرادة حرة، بمعنى أن يكون رضاء الدولة بالاتفاقية غير مشوب بأي عيب من العيوب المفسدة للرّضا، كالغلط أو التدليس أو الإكراه وإلا فيكون مصير إتفاقية التحكيم هو البطلان والحقيقة أن الدول التي ترغب بحل خلافاتها عن طريق التحكيم الدولي وتبرم اتفاقات التحكيم عادة ما تفوض ممثليها في إبرامها تفويضا صحيحا وخاليا من عيوب الرضا.

---

[1] **المادة 975 و800 من القانون 08-09** المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في الجريدة الرسمية العدد 21.

[2] مناني فراح، المرجع السابق، ص ص 105، 107.

ثالثا- الموضوع: لا بد من إتفاق التحكيم أن يقع على مسألة تقبل الفصل فيها على التحكيم، وأن يتم بين طرفين يجوز لهما الإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعاتهما ومن ثم يتعين أن يكون الموضوع من النزاعات الدولية القابلة للتحكيم والنزاع حسب تعريف محكمة العدل الدولية: «**هو عدم الاتفاق حول مسألة من الواقع أو القانون أو هو تعارض في الدعاوى القانونية أو المصالح**» ولكي يتم اللجوء إلى التحكيم الدّولي، لابد من الأطراف الإتفاق على قابلية النزاع للعرض على هذا الطريق لتسويته، كما يطلق عليها في الفقه الحديث تسمية «**المشكلة التحكيمية**»L'arbitrabilité.

المطلب الثاني:

حدود سلطات المحكم في إطار إتفاقية التحكيم.

إن مرونة نظام التحكيم وما يحققه للأطراف من مميزات تقتضي تمتع المحكم بسلطات واسعة، خاصة فيما يتعلق بالتدخل لإستكمال ما قد تغفله الأطراف في إتفاق التحكيم، ولقد حرصت معظم التشريعات الوطنية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة على منح المحكم هذه السلطات، إلا أن تلك السلطات بمثابة سلاح ذي حدين، فيقدر المميزات التي يمكن أن يحققها نظام التحكيم للأطراف من خلال لجوئهم إليه، بقدر الضرر الذي يمكن أن تسببه في حالة إساءة إستخدامها وتتعدد سلطات المحكم من خلال مباشرته للمهمة التحكيمية، فمنها ما هو مستمد من القانون، وإن كان يرى البعض أن المشرع هو الذي يحدد أقصى سلطة للمحكم ويترك فقط للأطراف حرية الإتفاق – على مدى ما يتمتع به من سلطات – في إطار لا يخرج عن الحد الذي يسمح به[1].

ولا يمكن تناول سلطات المحكم إلا ونجدها مرتبطة بمعظم موضوعات العملية التحكيمية، لذلك وجدنا أنه من الأهمية أن نركز الضوء على عدة نقاط متعلقة بسلطات المحكم، ثار حولها جدل واسع وفي البداية ندرس إتفاقية التحكيم وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول ثم سلطات المحكم فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق وهو ما سنتناوله بالبحث في الفرع الثاني.

---

[1] طارق فهمي الغنام، **التنظيم القانوني للمحكم (الشروط – الواجبات- الإلتزامات- المسؤولية) طبعة مزودة بأحدث التشريعات القانونية والأحكام القضائية والتحكيمية**، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015، جمهورية مصر العربية، ص 167.

الفرع الأول:

تعريف إتفاقية التحكيم.

يمكن لإتفاقية التحكيم أن تكون بشكلين سواء شرط تحكيم أو إتفاق تحكيم كما نص عليه القانون الجزائري وأغلب القوانين الدولية هذا قد ينطبق على التحكيم الداخلي كما أنّه يطبق عادة على التحكيم الدولي فإتفاقية التحكيم هي: « الإتفاقية التي يلتزم من خلالها الأطراف في عقد أو عدّة عقود إلى اللّجوء إلى التحكيم في حالة نشوب منازعة في المستقبل تتعلق بهذا أو هاته العقود» ويرتبط هذا التعريف بشرط التحكيم أما إتفاق التحكيم فهو: «الإتفاقية التي يلتزم من خلالها أطراف المنازعة الناشئة بخصوص عقد من العقود إلى اللجوء إلى التحكيم» ويظهر جليا إلى أن الإختلاف بين الإتفاقيتين يرجع إلى موعد إبرامهما إذا كان النزاع محتملا الوقوع في المستقبل فهذا عبارة عن شرط تحكيم.

أولا : إتفاقية التحكيم وسلطة المحكم:

يستمد المحكم سلطاته من إتفاقية التحكيم الذي يجب أن ترد بنص صريح بالإلتجاء إلى التحكيم لتسوية الخلافات، فإذا أختير التحكيم سبيلا لفض نزاع قائم بين الأطراف أو لفض ما عساه أن يقع مستقبلا من خلافات تنشأ على علاقتهم التعاقدية، فإن سلطة المحكم تبعث من هذا الإتفاقية [1]، فالحد الأقصى لسلطات المحكم هو إتفاقية التحكيم التي يعقدها

---

[1] لم تر المحكمة الدستورية العليا المصرية في اللجوء للتحكيم ما يخالف الدستور المصري وأعتبرت أن المادة 1/13 من قانون التحكيم المصري لا تخالف أحكام المواد 64،40، 65، 68 من الدستور فاللّجوء إلى التحكيم لا يهدر حق التقاضي أو لا يحول بين الأطراف وبين اللجوء إلى القضاء صاحب الولاية العامة، لأن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع بين طرفين على محكم يعين بإختيارهما أو بتفويض منهما بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضي فالتحكيم عمل إرادي أساسه اتفاق التحكيم ومبناه إتجاه إرادة المحتكيمن إلى ولوج هذا الطريق لفض الخصومات بدلا من القضاء، وأعتبرت أن ولوج الأطراف للتحكيم يستهدف تغليب إرادة المحتكمين الذين ارتضوه على قدم المساواة وفقا للمادة 40 من الدستور المصري مما يعني أن نص المادة السابق يكون قد إستند على أسس موضوعية.

حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة 2002/01/13 في القضية رقم 155 لسنة 2002 والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 4 في 2002/1/24 ص 03 وما بعدها.

أنظر: علي بركات، **الرقابة الدستورية على نصوص القانون**، دراسة تحليلية لموقف المحكمة الدستورية العليا من النصوص المنظمة للتحكيم، دار النهضة العربية، 2003، ص ص 24، 26.

أنظر أيضا : طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 170.

الأطراف والذي بموجبه يخرج النزاع من إختصاص القضاء[1].

لذلك من الضروري أن تكون إتفاقية التحكيم واضحة وصريحة يعلم بها من يطلع عليها دون اللجوء إلى الإجتهاد العادي، أما إذا إحتوت إتفاقية التحكيم على غموض أو معاني متناقضة، فإن الأمر يرد إلى القضاء صاحب الإختصاص الأصيل.

وفي حالة وجود إتفاقية غير صحيحة يفضي ذلك إلى إنعدام حكم التحكيم لإنعدام ولاية المحكم في إصداره، ويعد صدور الحكم بناءا على إتفاقية غير صحيحة إختصاصا لولاية القضاء صاحب الولاية العامة، بما يشكل إعتداءا عليها، على أن مسألة صحة أو بطلان اتفاقية التحكيم لا تتعلق بصحة أو بطلان العقد الأصلي عملا بمبدأ الإستقلال التام لإتفاقية التحكيم[2].

ويتعين على هيئة التحكيم عند تفسير نطاق سلطاتها المستمدة من إتفاقية التحكيم، أن تفسره تفسيرا ضيقا حتى لا يتعرض ما تتخذه من إجراءات للبطلان، فقد قضت محكمة النقض بأن ولاية هيئة التحكيم تقتصر على نظر الموضوع التي انصرفت إليه إرادة الأطراف، ففصلها في مسألة لا يشملها هذا الموضوع أو تجاوزها أثاره بأن يرد قضاؤها على غير الإتفاقية يعد باطلا لصدوره على غير محل خصومة التحكيم ومن جهة لا ولاية لها بالفصل فيه، لدخوله في إختصاص جهة القضاء صاحب الولاية العامة[3].

ويولد التحكيم من إتفاق أساسه حسن النية، فلا يجب أن ينطوي على أحد حالات الغش نحو القانون، كما لو كان اللجوء إلى التحكيم بقصد التهرب والإفلات من ضمانات

---

[1] إن إلتجاء أحد الأطراف إلى القضاء يعني تخليه عن إتفاق التحكيم ورغبته في العودة للقضاء المختص أصلا، فإذا حضر الطرف الأخر وساير خصمه في هذا، فإن ذلك يعني تخليه هو الأخر عن إتفاق التحكيم وبالتالي يعود النزاع إلى إختصاص القضاء.

أنظر: طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 170.

[2] راجع حكم محكمة النقض الفرنسية في 4 يوليو سنة 1972 في القضية المعروفة باسم «Hecht» والذي قضت فيه بتمتع شرط التحكيم بالإستقلال القانوني التام.

أنظر: باسمة لطفي دباس، **شرط إتفاق التحكيم وأثاره**، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر 2005، ص 324.

[3] نقض مدني في الطعن رقم 86، جلسة 2002/11/26، محكمة النقض الفرنسية ويشابه هذا الإتجاه المادة 1458 من قانون المرافعات الفرنسي الحالي والتي تنص على أنه «إذا رفع أمام القضاء نزاع اتصلت به محكمة تحكيم بمقتضى إتفاق تحكيم، فيجب على هذا القضاء إعلان عدم إختصاصه...».

أنظر: طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 171.

التقاضي بقصد إغتيال حقوق الأخرين[1]، كأن يكون الإجراء متحايلا لخدمة مصالح أحد الطرفين، فيأخذ صورة خدعة أو فعل تنصرف إليه رغبة الأطراف والمحكمين، فإتفاقية التحكيم المبنية أسبابها على الغش نحو القانون والتحايل على أحكامه الأمرة تعد باطلة [2]، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لتعلق الأمر بالنظام العام عملا بالفقرتين (أ) والثانية من المادة 53 من قانون التحكيم، فعلى المحكمة أن تقضي بالبطلان دون حاجة لبحث أسباب البطلان الأخرى.

ولقد أكد على إلتزام المحكم بالإجراءات المنصوص عليها في إتفاقية التحكيم، العديد من النصوص الدولية فقد نصت المادة 19 من القانون النموذجي على «أن يكون للطرفين حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في

---

[1] راجع حكم محكمة إستئناف القاهرة دائرة (91) تجاري في الدعوى رقم 95، جلسة 2006/05/30، وكذلك حكم محكمة إستئناف باريس في 14 أكتوبر 1987 بشأن دعوى Berltroclincs والتي تتعلق بإبرام إتفاق تحكيم بين شركة فرنسية وشركة Berltroclincs الكندية بمقتضاه يرتبط الأطراف والمحكمون بعقد صوري يأخذ مظهرا مصطنعا مخالفا للحقيقة يحكم بمقتضاه المحكمون على الشركة الكندية بمبالغ معينة لها أهميتها، إلا أنه نظرا لتوقيع المحكمين ومركز التحكيم المختص سلفا اتفاقا بتقسيم المبلغ المقضي به على الشركة الكندية فقد أكتشف هذا الإتفاق على أثر شكوى من الشركة الكندية وقد قضت المحكمة ببطلان الإجراءات وقضى بمؤاخذة المدلسين.

أنظر طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 172.

[2] وقد قضت محكمة إستئناف القاهرة في نزاع تتلخص وقائعه في قيام شركة مودكو سيد للقرى السياحية والفنادق برفع دعوى تحكيمية برقم 217 لسنة 2005 إيداع محكمة جنوب القاهرة الإبتدائية ضد شركة شبكة العمل الدولية للتنمية السياحية والعقارية بقصد المطالبة لها بإلغاء عقود البيع المبرمة بين الشركة المدعية والشركة المدعى عليها وأخرين والتي تضمنت قيام الشركة المدعية ببيع الحصص الموضحة بتلك العقود بنظام اقتسام الوقت بقرية جردفيا شارم بمدينة شرم الشيخ إلى المشترين لتلك الحصص الموضح أسماؤهم بإتفاق التحكيم المبرم بين الشركتين بواسطة المدعى عليها بموجب تفويض صادر من الشركة مالكة تلك الحصص، وقد طالبت الشركة المدعى عليها أجلا لإدخال مشتري الحصص المبيعة بموجب تلك العقود، حيث قضت هيئة التحكيم بإلغاء عقود البيع بين الشركة المدعية والمشترين الموضحة أسماؤهم بمنطوق ذلك الحكم وإعتبار المبالغ المدفوعة بالعقود عربونا ينطبق عليها قواعد القانون المدني مع إلزامهم بالمصاريف ومقابل الأتعاب، وعلى إثر ذلك أقام أحد المشترين طعنا في حكم التحكيم مؤسس على عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين هيئة التحكيم وإجراءات التحكيم ولكونه لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم الصوري وبطلان حكم التحكيم لوجود تواطؤ بين الشركتين بقصد إغتيال حقوقه وحق الخصوم المدخلين في النزاع الذين لم يكونوا أطرافا في إتفاق التحكيم، وبعد تناول الدعوى قضت المحكمة بأنه يشترط في الإتفاق أن يكون سببه مشروعا وإلا كان باطلا ويكون السبب غير مشروع إذا انطوى على إحدى حالات الغش بقصد التهرب والإفلات من إعلان الخصوم التي توفرها إجراءات التقاضي بقصد اغتيال حقوق الأخرين ولما لم يكن المشترون لوحدات النزاع طرفا في إتفاق التحكيم فإنه لا يجوز إدخالهم في الدعوى التحكيمية وأن إتفاق التحكيم ابرم تواطؤا بين الشركتين، إذ لم يوجد ثمة نزاع مطروح على التحكيم بقصد إغتيال حقوق المشترين لذا فقد انتهت المحكمة إلى بطلان حكم التحكيم الصادر في الدعوى التحكيمية، محكمة استئناف القاهرة الدائرة (91) تجاري في الدعوى 95 جلسة 2006/05/30.

أنظر طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 173.

التحكيم»، فعدم إلتزام المحكم بتلك الإجراءات يمكن أن يفضي إلى حكم غير قابل للتنفيذ، وفقا للمادة الخامسة من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي تقضي برفض الإعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، لعدم مطابقة إجراءات التحكيم لإتفاق الأطراف[1].

وعلى هذا الأساس يجب أن يكون إتفاق التحكيم صحيحا موقعا من الأطراف أنفسهم أو وكلائهم، فإذا عقد الإتفاق بمعرفة وكلائهم فإنه يشترط في تلك الوكالة أن تكون خاصة وقاطعة وصريحة طبقا للمادة 76 من قانون المرافعات[2] وطبقا للمادة 702 من القانون المدني[3]، فقد قضت محكمة إستئناف القاهرة بأن إختيار أحد الأطراف وكيلا عنه في بيع عقار مع القيام بكافة الأعمال الإدارية التي يقتضيها التعامل مع الجهات الحكومية دون تفويضه في إبرام اتفاق التحكيم أو إختيار محكم نيابة عنه أو الحضور عنه أمام جهات القضاء والتحكيم، يفضي إلى عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح لأن التوكيل لا يبيح إبرام إتفاق التحكيم حيث يشترط في هذا التوكيل أن يكون خاصا وقاطعا وصريحا، ومن ثم فإن ما يتخلف عن هذا التوكيل من إتفاق على التحكيم، يكون هو والعدم سواء وكذلك ما يتخلف عنه من حكم تحكيم لأنه مبني على باطل وما بني على باطل فهو باطل[4].

ثانيا : شرط وإتفاق التحكيم:

كل من شرط وإتفاق التحكيم Le compromis يعبر على معنى واحد وهو إتفاقية التحكيم أي إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات المعنية

---

[1] فإذا توافرت إحدى الحالات الخمس الواردة على سبيل الحصر في المادة الخامسة من الفقرة الأولى من إتفاقة نيويورك لعام 1958 وهي (أ) نقص أهلية أطراف اتفاق التحكيم أو بطلانه (ب) عدم إعلانه إعلانا صحيحيا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو استحالة تقديمه دفاعه لسبب أخر (ج) مجاوزة الحكم في قضائه حدود اتفاق أو شرط التحكيم (د) مخالفة تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءاته لاتفاق الطرفين أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الإتفاق (هـ) صيرورة الحكم غير ملزم للطرفين أو إلغائه أو وقفه، أو تبين لقاضي التنفيذ طبقا للفقرة الثانية من المادة المشار إليها أنه لا يجوز قانونا الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية النزاع، أو أن تنفيذ الحكم يخالف النظام العام، فعلى المحكمة أن تقبل الدفع وترفض إصدار الأمر بالتنفيذ، ولكن ليس للمحكمة أن تقضي ببطلان حكم التحكيم فهذا القضاء يخرج عن إختصاصها، وإذا قدم المدعى عليه في دعوى الأمر بالتنفيذ طلبا عارضا يطلب فيه الحكم ببطلان حكم التحكيم المطلوب الأمر بتنفيذه، فعلى المحكمة أن تقضي بعدم إختصاصها بهذا الطلب لخروجه من ولايتها.
راجع طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 174.

[2] قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 الصادر بتاريخ 1968/05/09.

[3] القانون المدني المصري رقم 131 الصادر بتاريخ 1948/07/29.

[4] محكمة إستئناف القاهرة الدائرة (91) تجاري في الدعويين 43، 89 جلسة 2006/05/30.

بذلك الإتفاق إلا أن شرط التحكيم يكون دائما سابقا على قيام النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد ضمن عقد معين ومن ثم فإنه لا يتصور أن يتضمن تحديدا لموضوع النزاع الذي لم ينشأ بعد ولا يكون بإمكان الطرفين التنبؤ به حصرا ومقدما ومن هنا لم يتطلب المشرع أن يتضمن شرط التحكيم تحديدا لموضوع النزاع في حين أن إتفاق التحكيم هو إتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم ولكنه إتفاق لاحق على قيام النزاع ومعرفة موضوعه، ومن ثم أوجب المشرع أن تتضمن إتفاقية التحكيم تحديد النزاع الذي يشمله التحكيم وإلا كانت الإتفاقية باطلة[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن شرط التحكيم (La clause compromissoire) هو إتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم ويرد الشرط عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، وبالتالي فإن شرط التحكيم إنما يقصد منه تنازل المتعاقدين مسبقا، وقبل نشوء النزاع عن مراجعة المحاكم وإلتزامهما بعرض الخلاف على المحكمين[2].

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم[3].

أما إتفاق التحكيم (le compromis) هي الإتفاق الذي يتم بين طرفين بعد قيام النّزاع بينهما لعرض هذا النّزاع على التحكيم، ولقد أجازه المشرع صراحة في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن« إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم »، والمميز لإتفاق التحكيم هي أنه يتم بعد نشأة النزاع فنشأة النّزاع ضروري لصحة إتفاق التحكيم [4].

وبذلك فإن إتفاق التحكيم طبقا للقانون الجزائري يتخذ إما صورة شرط التحكيم والذي يكون في عقد متصل بشأن النزاعات التي قد تنشأ بين الطرفين المتعاقدين، ويثبت شرط التحكيم

---

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 175.

[2] العرباوي نبيل صالح، **إتفاق التحكيم**، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 15، 2016، ص ص 361- 371.

[3] **المادة 1007 من قانون الأجراءات المدنية والأدارية**، مرجع سابق.

[4] **المادة 1011 من قانون الأجراءات المدنية والأدارية**، المرجع نفسه.

بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها، أو في صورة إتفاق التحكيم[1].

نشير إلى أن إتفاق التحكيم يختلف عن الإتفاق اللاحق على النزاع المستند إلى شرط التحكيم، فقد تتفق الأطراف بعد وقوع النزاع على أحكام أخرى غير المتفق عليها في شرط التحكيم تتعلق بتسوية النزاع، مثل تحديد طبيعة النزاع وتشكيل هيئة التحكيم ومدة التحكيم وصلاحية هيئة التحكيم وبذلك لا نكون أمام إتفاق تحكيم ولكن أمام إتفاق جديد لا يجبر الأطراف على إبرامه، هذا وقد يرى المحكمون إعداد وثيقة يقومون فيها بوضع الإجراءات التي سوف يتبعونها في التحكيم موقعة من الأطراف، فعندئذ تأخذ هذه الإجراءات حكم الإجراءات التي اتفق عليها الأطراف، فلا تتقيد بما تتقيد به سلطة المحكم من وجوب مراعاة قواعد قانون التحكيم وتأخذ حكم إتفاق التحكيم ولذا يجب إيداعها عند إيداع حكم المحكمين[2].

غير أنه إذا حدث تعارض بين إتفاق أو شرط التحكيم وتلك الوثيقة فإن الغلبة تكون لإتفاق التحكيم [3].

وتنص بعض التشريعات عن الفرق الموجود بين شرط التحكيم وإتفاق التحكيم مثل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في مادته 1442[4]، هذه الترتيبات لا تطبق نظريا إلا على التحكيم الداخلي لكن التعريفات المنصوص عليها هي عامة، فمن جهة «شرط التحكيم هي الإتفاقية التي من خلالها تتعهد الأطراف في عقد أو عدة عقود على إخضاع النزاعات

---

[1] أنظر المواد من 1007 إلى 1011 **من قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، المرجع السابق.

[2] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 175.

[3] في إحدى القضايا التي نظرتها غرفة التجارة الدولية والتي تقدم فيها أحد الطرفين بطلبات جديدة لم تذكر في الوثيقة المذكورة والتي قابلها الطرف الأخر بطلب إستبعاد هذه الطلبات لكونها لم ترد في وثيقة مهمة المحكمين ولكن المحكمين نظروا الطلبات وقبلوها وحكموا بموجبها على الطرف المعترض فاستأنف الطرف المعترض على حكم التحكيم وطلب إلغاءه بسبب قبول الطلبات الجديدة فألغته محكمة الإستئناف، فطعن صاحب الطلبات الجديدة بالنقض وهنا قالت محكمة النقض أن العبرة ليست بوثيقة مهمة المحكم وإنما بإتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، فإذا كان شرط التحكيم أو إتفاق التحكيم يتسع للطلبات الجديدة وكانت عبارته من الشمول بحيث تشملها فإن الطلبات الجديدة تكون مقبولة.

أنظر: طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 176.

[4] L'article 1442 du code de procédure civile prévoit que : « La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naitre relativement à ce ou ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage. » voir code de procédure civile Français.
Source : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000023450909. date de consultation: 04/03/2022.

التي قد تنشأ عن تلك العقود للتحكيم»، ومن جهة أخرى «إتفاق التحكيم هو الإتفاقية التي من خلالها يتعاقد الأطراف بخصوص نزاع نشأ بينهما لإخضاعه للتحكيم»، ويظهر أن الإختلاف بين الإتفاقيتين يكمن في زمن إبرام هاته الأخيرة : إذا كانت نشأة النزاع في المستقبل ومتوقعة فهي تعد شرط التحكيم، أما إذا نشأ النزاع قبل إبرامها بين الأطراف فالإتفاقية هي عبارة عن إتفاق تحكيم[1].

عمليا فالفرق بين الإتفاقيتين ليس لديه أهمية، في الوقت الذي تخضع كلا الإتفاقيتين – على الأقل في القانون الفرنسي للتحكيم الدولي – لنظام قانوني موحد ولهذا السبب لم ير المشرع إلى تمديد تطبيق المادة 1442 إلى للتحكيم التجاري الدولي، لكن التفرقة بين شرط وإتفاق التحكيم قد تكتسي أهمية حتى في مجال التحكيم الدولي في دراسة مدى نجاعة إتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين.

بالإضافة إلى مجموعة من النصوص القانونية الذي أضافته تعديلات قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم 2011-48 الصادر بتاريخ 13 جانفي 2011 المتضمن إصلاح التحكيم[2] والتي تتمثل في إضفاء المرونة على قواعد التحكيم والتوحيد في إشتراط الكتابة لصحة شرط وإتفاق التحكيم، وصحة شرط التحكيم على بياض، والتأكيد على استقلال شرط التحكيم[3].

كما يساهم إتفاق التحكيم بدور أساسي في تحديد نطاق سلطات المحكم الموضوعية والإجرائية، فهل يستوي في ذلك أن يأخذ إتفاق التحكيم شكل الشرط أو إتفاق التحكيم؟ يرى البعض أن نطاق سلطة المحكم تتحدد نهائيا بمقتضى إتفاق التحكيم، أي قبل بدء الخصومة[4].

سوف نتطرق فيما يلي إلى نظام إتفاقية التحكيم، كيفية نشأتها، والأثار المترتبة عنها ولكن قبل ذلك لا بد من دراسة فكرة أساسية وهي إستقلالية إتفاقية التحكيم، التي تترتب عنها نتائج مهمة:

---

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 670.

[2] Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, journal officiel de la république française N°0011 du 14 janvier 2011.

[3] أحمد إبراهيم عبد التواب، **إتفاق التحكيم مفهومه –أركانه وشروطه– نطاقه، دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم 48-2011 بتاريخ 13 جانفي 2011 وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 28.

[4] ضحى ابراهيم محمد صقر الزياني، **شرط التحكيم في العقود المدنية**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2003.

ثالثا : إستقلالية إتفاقية التحكيم:

وفقا لمبدأ أساسي لقانون التحكيم، فالإتفاقية أساس إختصاص التحكيم تظهر إستقلاليتها عن عقد الاستثمار والتي تستنتج منه العديد من النتائج خاصة عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على إتفاقية التحكيم.

أ- مبدأ إستقلالية إتفاقية التحكيم:

سنظهر مدى تبعية أو إستقلالية إتفاقية التحكيم عن عقد الاستثمار، عندما تنشأ إتفاقية التحكيم على شكل شرط تحكيم وهو المعمول به في غالب الأحيان، فهي تظهر على شكل بند من بنود عقد الاستثمار وهي إذا من الجانب الرسمي تشكل ترابطا مع هذا الأخير، وفي الواقع أكان شرط تحكيم أم إتفاق تحكيم فموضوع إتفاقية التحكيم تمده الصبغة التبعية لعقد الاستثمار، وتشكل مسألة تحديد مستوى معين لنظام العلاقة القانونية الموجودة، والتي في حالة وجود شرط التحكيم هي تلك الناتجة عن العقد الرئيسي، نتطرق في هذه الحالة إلى الطبيعة الخاصة للأثر القانوني المترتب عن الإتفاقية والذي يشكل حق الإجراء الذي يملكه كلا طرفي العقد من أجل إحقاق حقوقه التعاقدية[1].

على الرغم من ذلك، فإن نصوص القانون الوضعي يهيمن عليها بشكل كبير مبدأ «إستقلالية شرط التحكيم»، هذه الإستقلالية صالحة بالخصوص في فرضية الوصول إلى تسوية، والتي أسسها الفقه الفرنسي منذ أمد طويل ومعمول به على نطاق واسع في القانون المقارن والإجتهاد التحكيمي، كما تم ذكر مبدأ إستقلالية شرط التحكيم، منذ تعديل 13 جانفي 2011 بموجب المادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[2] كمايلي: «إتفاق التحكيم مستقل عن العقد الذي يتعلق به، فهي لا تتأثر بعدم كفاءة هذا الأخير»، وتنص المادة على أن بطلان إتفاقية التحكيم يعتبر كعدم كتابتها، ما معناه أنه لا ينتج عن بطلانها بطلان باقي عقد الاستثمار، هذا الفصل في مصير إتفاقية التحكيم عن العقد الرئيسي مستوحى بوضوح من الإهتمام بتعزيز كفاءة اتفاق التحكيم وتقوية إختصاص

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 671.

[2] **L'article 1447** du code de procédure civile prévoit que : « La convention d'rbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci, lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite ». code de procédure civile Français.
Source : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000023450946. Date de consultation: 04/03/2022.

التحكيم، وعلى وجه الخصوص لحماية المحكم ذاته من إسقاط الشرط الذي سمح له بأداء مهامه، عندما يطلب منه النطق بإلغاء أو حل العقد الذي يحتوي على شرط التحكيم، كما نستطيع القول بأن هذا الإستقلال يتوافق في غالب الأحيان مع إرادة الأطراف.

الحقيقة أن شرط التحكيم هو تصرف قانوني مستقل وإن تضمنه العقد الأصلي، ويقصد باستقلال شرط التحكيم عدم تعلق الشرط من حيث وجوده وصحته وبطلانه بموضوع العقد الأصلي، فلا يترتب عن ابطال أو بطلان الشرط أو عدم صحته بطلان العقد الأصلي، كما لا يترتب على بطلان موضوع العقد الأصلي أو صحته أو بطلانه بطلان شرط التحكيم، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل شرط التحكيم [1].

عادة، لا يؤثر شرط عدم فعالية العقد (بسبب البطلان، الإنهاء، انقضاء المدة، وما إلى غير ذلك.....) على شرط التحكيم بشكل مباشر ويستحق فعليا الإبقاء عليه لأن الحل المعاكس سيؤدي إلى الاستبعاد من اختصاص التحكيم في النزاعات وسقوط سلطة المحكم التي سبق وأن منحها إياه الأطراف بإرادتهم، بدون مبدأ استقلالية شرط التحكيم، لن يتمكن المحكمون في النهاية من التطرق إلى النزاع الواقع حول صلاحية العقد الرئيسي، بسبب عدم وجود سلطة المحكم في الإلغاء إذا لزم الأمر [2].

وعلى نفس المنوال، يكفي أن يقوم أحد الطرفين بإنهاء العقد لإبطال شرط التحكيم، وبهذه الطريقة، منع الطرف المتعاقد معه من الشروع في إجراءات التحكيم، ومن حسن الحظ أن استقلالية شرط التحكيم تؤدي إلى إستبعاد مثل هذه العواقب التي من شأنها أن تكون كارثية على كفاءة التحكيم.

وقد يستحيل الجمع بين الطابع التبعي لشرط التحكيم مع عقد الاستثمار وإستقلالية شرط التحكيم عن العقد الرئيسي كونهما بعدين متناقضين أو لا يمكن حتى التوفيق بينهما بكل بساطة غير أن كليهما يرتبطان بصفة غير متساوية مع نظام شرط التحكيم.

فمن جهة، تمنح أحكام المادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[3] مكانة الصدارة لاستقلالية شرط التحكيم، ومن جهة أخرى نجد أنها تتوافق مع الحلول المقترحة من

---

[1] أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 120.

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 672.

[3] L'article 1447 du code de civile Français.
Source : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000023450946. date de consultation: 04/03/2022.

طرف الإجتهاد القضائي الفرنسي، أما في الواقع، نجد الجهات القضائية الفرنسية لا تتردد في استخلاص إستنتاجات عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم، والتي تعتبر أنه حتى عند غياب العقد الرئيسي، أو عند عدم دخوله حيز التنفيذ الفعلي، فهذا لا يؤثر على فعالية شرط التحكيم ،حتى أنه ترفض هذه الجهات في تدخل تشريعات قانون العقودLex contractus للرد على فعالية شرط التحكيم، هذا قد يؤدي بنا إلى القول أن الأطراف قد تراضت على شرط التحكيم وليس على العقد الرئيسي الذي يظهر عليه كبند من بنوده، ومن المحتمل أن العديد من التشريعات الأجنبية، على الرغم من إعترافها مبدأيا باستقلالية شرط التحكيم، لن تصل إلى ما وصل إليه التشريع الفرنسي في ذلك غير أنّه ومن من جهة أخرى، فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي لا يتبع هذا المنطق إلى أقصى حدوده، كون مصير شرط أو بند التحكيم لايستطيع أن ينفصل عن مصير العقد الرئيسي الذي يحتوي عليه ويشهد على ذلك حلول الإجتهاد القضائي المتعلقة بنقل شرط التحكيم، والتي تتميز بتضامن البند والعقد الرئيسي، الحقيقة إذن هي أن صياغة المادة 1447 مفرطة، لا تأخذ في الحسبان نظام شرط التحكيم في شكله العام[1].

ب- الاستقلالية وتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم:

الإشكال منهجي فبنفس الطريقة التي تنشأ مسألة معرفة القانون الواجب التطبيق على عقد دولي، يظهر من الضروري تحديد أي قواعد القانون يخضع لها نظام اتفاقية التحكيم، في هذا الصدد، هل يجب التفكير من حيث تنازع القوانين؟ وإذا كانت الإجابة بنعم، فما هي قاعدة التنازع المناسبة؟ أم أنه من المناسب، على العكس من ذلك، التحرر من طريقة التنازع، وإخضاعها مباشرة للقواعد المادية الموضوعة لضمان أحسن معالجة لهذه الإتفاقية ؟

✓ **تحديد مستقل للقانون الواجب التطبيق:** عندما يتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم، يمكن التوقع أن تكون خاضعة لقانون العقد الذي يحتويها، ومع ذلك، فالقانون الوضعي لا يتأثر من هذه الجاذبية لقانون العقد lex contractus، كما يمكن رؤيته بالفعل في إتفاقية نيويورك لعام 1958، التي تنص في مادتها 5-1 أ) على عدم الاعتراف بالحكم عندما «كان أطراف اتفاق التحكيم بموجب القانون المطبق عليهم، قد تعرضوا لعجز ما أو

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 673.

أن الاتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي يخضع له الطرفان أو، في حالة عدم وجود أية إشارة في هذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه الحكم »[1].

وبالتالي لا توجد إشارة إلى القانون المطبق على العقد الرئيسي. صحيح أن قراءة معينة للمادة 1/5 أ) من اتفاقية نيويورك يمكن أن تؤدي إلى تطابق قانون العقد الأصلي على القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم مع إفتراضنا أن العقد يتطرق إلى القانون الواجب التطبيق من خلال إحتوائه على ما يسمى بشرط الإختصاص éléctiojuris الذي ينص صراحة على القانون الواجب التطبيق على العقد، وغالبا ما يجوز للقانون الذي إتفق الطرفان على إختياره أن يحكم العقد بأكمله بما في ذلك شرط التحكيم، حتى مع كون تفسير شرط الإختصاص معقولاً إلى حد كبير، إلا أنه الواقعية تجبرنا على إعتبار أنه يصعب إقناع أي قاضٍ يطبق اتفاقية نيويورك بذلك ومعنى ذلك أنه يمكن للقاضي إذا كان لديه تصور شامل لاستقلالية اتفاق التحكيم أن يعتبر أن البحث عن القانون المعمول به يجب أن يتم بطريقة مستقلة تماما عن بند الإختصاص وبقية العقد، لدرجة أن على الطرفين الذكر صراحة على إمتداد القانون الواجب التطبيق على العقد إلى شرط التحكيم.

ويعتبر التشريع الفرنسي، حسب ما تذكره نصوص الإجتهاد القضائي واضحا في إخضاع إتفاق التحكيم إلى القواعد الموضوعية التي تعتبر قابلة للتطبيق بغض النظر على تنفيذ أي قاعدة أخرى وعلى وجه الخصوص عن القانون المختص لحكم العقد الرئيسي.

وظهر في بداية التسعينات إجتهاد قضائي يدعى بطريقة القواعد المادية، من خلال أحكامHecht [2] ثم تم تعزيزه بسلسلة من القرارات الصادرة عن محكمة استئناف باريس، إلى ذروته مع حكمDalico الصادر عن محكمة النقض في 20 ديسمبر1993 [3]، وفقا لهذا الأخير «بموجب قاعدة موضوعية من قانون التحكيم الدولي شرط التحكيم مستقل قانونيا عن العقد الرئيسي الذي يحتوي عليه بشكل مباشر أو بالإحالة ويتم تقييم وجوده وفعاليته وفقا

[1] L'article 5-1 a) prévoit la non-reconnaissance de la sentence lorsque «les parties à la convention d'arbitrage étaient en vertus de la loi à elles applicable, frapées d'une incapacité, ou que la dite convention n'est pas valable en vertus de la loi à la quelle les parties l'ont subordonnée ou, a défaut d'une indication à cet égard en vertus de la loi du pays ou la sentance a été rendue».

[2] Cour de cassation, 1er Chambre Civile, du 04 Juillet 1972, France Revue crtitique du droit international Privé , P82 note P. LEVEL.

[3] Cour de cassation, chambre civile1, du 20 décembre 1993, France, 91-16.828, publié au bulletin 1993, N°372 p 258.

للقواعد الإلزامية للقانون الفرنسي والنظام العام الدولي طبقا للإرادة المشتركة للطرفين، دون أن يكون ضروري للإشارة إلى قانون الدولة »[1].

وإذا ما يدعى بمبدأ إستقلالية شرط التحكيم، الذي يشير إلى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الرئيسي الذي يتعلق به، ينص مبدأ الإستقلالية على أن شرط التحكيم صحيح بغض النظر عن صلاحية العقد الرئيسي الذي يحتوي عليه[2] وهكذا شرط التحكيم ساري المفعول بالرغم من أي بطلان أو انقضاء أو فسخ وحتى في حالة عدم وجوده، هذا هو السبب في أن بعض المؤلفين يتحدثون أيضا عن «مبدأ صحة شرط التحكيم» بدلا من مبدأ الإستقلالية [3] هذا المبدأ ينبع من الإجتهاد القضائي الفرنسي، Dalico [4]، Zanzi [5] و Soerni [6].

وقد تم إعتماد هذا الحل لمرات عديدة، ورغم أنه قد تبدو صيغة حكم Dalico غامضة إلى حد ما، إلا أن النهج الذي تنتهجه مرن للغاية من حيث المبدأ، فبهذه الصيغة فمن وجهة نظر التشريع الفرنسي الذي يعتمد وجود وصلاحية ونطاق إتفاقيات التحكيم الدولية حصريا على عنصرين، الأول هو الإرادة المشتركة للأطراف في اللجوء إلى التحكيم الذي من المفترض أن يقيّمه القاضي الفرنسي دون الرجوع إلى قواعد قانون دولة معين، ويتعلق العنصر الثاني باحترام المتطلبات الأساسية للنظام القانوني الفرنسي وهي تلك التي يشار إليها بمصطلحي «القواعد الملزمة للتشريع الفرنسي» و«النظام العام الدولي».

وما المعنى المراد من «القواعد الملزمة» و«النظام العام الدولي» المشار إليها في حكم داليكو Dalico؟ ففي الواقع، هذه القيود على فعالية إرادة الأطراف لا تتلخص أساسا في مجموعة من القواعد المحددة بدقة فهي تستند ببساطة إلى توجيه منهجي عام، والذي يقتضي بموجبه على القاضي الفرنسي الإهتمام بعدم تفعيل اتفاق التحكيم الذي قد يشوبه عيب من العيوب الخطيرة منها على وجه خاص فقد يمكن للمرء أن يدرك أن القاضي يحكم على عدم قدرة أحد الطرفين،

---

[1] « En vertu d'une régle matérielle du droit international de l'arbitrage. La clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficcité s'apprécient, sous réserve des régles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ».
Source : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007030314/. date de consultation : 04/03/2022.

[2] ANCEL Jean-pierre **« l'arbitrage international en France (Principe et systéme) » dans l'arbitrage, Archives et Philosofie du droit**, Tome 52, Dalloz, 2009, p 199.

[3] ANCEL Jean-pierre **«L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », Travaux du comité français de droit international privé**, Edition Pedone, 1994, p91.

[4] Cassation Civile, 1re, 20 décembre 1993, Dalico, Rev arb, 1994,P 116, note H.Gaudemet-Tallon.

[5] Cassation Civile, 1re, 5 janvier 1999 ; Zanzi, Rev. Arb 1999, p 260, note Ph Fouchard.

[6] Cassation Civile, 1re, 8 juillet 2009, Soerni, Rev arb 2009, p 2009, p 529, note D. Cohen.

الذي كان من الممكن أن تؤدي حالة ضعفه إلى قبول اللجوء إلى التحكيم بشكل قصري، كذلك، فإن الاتفاق الذي يهدف إلى تقديم نزاع يتعلق بحالة أطراف التحكيم لن يتم بالتأكيد اعتباره متوافقا مع النظام العام الدولي، ومع ذلك، فإن هذه الأمثلة المذكورة لا يجب أن تحجب علينا الأمور الأساسية المتمثلة في أن أحكام فقه داليكو Dalico تميل إلى كونها ليبرالية للغاية غايتها في معظم الحالات، هو جعل اتفاقيات التحكيم سارية المفعول عن طريق تفضيل اللجوء إلى التحكيم بحماية الاتفاقيات من معظم أسباب الإبطال التي قد تنجم عن تطبيق تشريعات الدولة [1].

رابعا : تشكل اتفاق التحكيم:

لكي تكون إتفاقية التحكيم مشكلة بشكل صحيح لا بد أولا من توافر رضا الطرفين (أ) لكن يجب كذلك ذكر الحلول المقترحة حول شكل إتفاقية التحكيم (ب) إمكانية عرض المنازعة على التحكيم (جـ).

أ- **التراضي على التحكيم:**

1- **شرط الرضا:** يعتبر وجود الرضا وصحته أساسيا وفقا للإجتهاد القضائي Dalico، التي ينظر في صحته وسلامته القاضي دون أن يرجع إلى قواعد قانونية معينة.

على الرغم من ذلك، يقترح الإجتهاد القضائي مجموعة من القواعد الدقيقة، التي تسمح في تحديد صحة وصلاحية التراضي الممنوح وقابلية نفاذ إتفاق التحكيم على أطراف عقد التحكيم.

مع ذلك لا يتصور إختصاص هيئة التحكيم بالنزاع دون رضاء كل الأطراف على التحكيم، والرضاء على التحكيم يتصور أن يكون صريحا أو ضمنيا، ويتعين في جميع الأحوال أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان التحكيم باطلا (المادة 12 من قانون التحكيم المصري)[2].

ويهتم القضاة عادة بالنظر في صحة شرط التحكيم أكثر منه بالنظر في صحة التراضي الواقع بين طرفي إتفاقية التحكيم، غير أن الإرادة في الخضوع إلى التحكيم تتميز بمجرد الإطلاع أو المعرفة البسيطة لإتفاق التحكيم من قبل الطرف الذي يخضع إليه، وأنه في بعض الأحيان نلاحظ أن الإجتهاد القضائي يكتفي بوقوع الإتفاق على التحكيم، الذي يكون وجوده غير مؤكد أو غير صريح، وبذلك ندد فريق من القانونيين من خطر تهميش الموافقة والتراضي في هذه المسألة.

---

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 675.

[2] أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 28.

2-**نطاق الموافقة على التحكيم :** بعد تعرضنا لتراضي الطرفين على تقديم النزاع على التحكيم نبحث في نطاق الموافقة التي صرحا بها لمعرفة ماهي النزاعات التي أراد الأطراف عرضها على التحكيم؟ المشكل في أساسه يكمن أنه في بعض الأحيان إتفاقيات التحكيم لا يتم إعدادها بطريقة صحيحة فهي تذكر فقط تسوية النزاعات المتعلقة بتفسير العقد أو تنفيذه وتنزع من إختصاص المحكمين النظر في صحة العقد، الذي هو أمر أساسي في إتفاقية التحكيم وهناك فعلا علاقة بين صحة العقد وتنفيذه، بسبب أن العقد لا يمكن تنفيذه إلا إذا كان صحيحا وساري المفعول، وأن غالب الدفوع المثارة من طرف ما من أطراف التحكيم من أجل تعطيل مسار العملية التحكيمية تتعلق ببطلان العقد، إذا فإحترام محتوى شرط التحكيم حرفيا قد يضر بالتطبيق المناسب له وبالتالي يأتي معارضا للرغبة الحقيقية للأطراف. ومن أجل تجنب مثل هاته النتيجة المؤسفة، فإن الإجتهاد القضائي يعطي تفسيرا واسعا لنطاق إتفاق التحكيم فهو يوصي أنها تمتد إلى « كل ما هو سببي أو متعلق بموضوع إتفاقية التحكيم»، بحيث يكون البند المتعلق بتنفيذ العقد قابلا للتطبيق على النزاع المتعلق بصحة العقد عند إنهاء العقد أو إنقضائه، وقد يصل الإجتهاد القضائي إلى تمديد إختصاص المحكمين ليشمل النزاعات التي هي في الأساس خارج نطاق التعاقد على الرغم من إرتباطها بالعقد المبرم بين الطرفين، وفي نفس السياق، يعتبر القضاة أحيانا أن الأطراف لهم الرغبة الضمنية في توسيع نطاق تطبيق إتفاق التحكيم ليشمل عقودا غير تلك المنصوص عليها فيه ويستند هذا التقييم للإرتباط الموجود بين العقود المختلفة مثل (علاقة العقد الملحق للعقد الرئيسي، عدم القابلية للتجزئة، علاقة تكاملية،.... إلى غير ذلك)، نفس التوجهات نجدها منبثقة عن الممارسات التحكيمية [1].

3- البنود المعيبة: هناك حالات أخرى أين تكون صياغة إتفاق التحكيم معيبة جدا لدرجة أننا نتحدث عن الشرط المعيب Clauses pathologiques [2] وتعرف على أنها

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 677.

[2] **Les clauses pathologique** sont définie dans Fouchard, Gaillard, Goldman sur l'arbitrage commercial international comme suit : « Il désigne des conventions d'arbitrage , et notamment les clauses d'arbitrage. Les conventions d'arbitrage peuvent être pathologiques pour diverses raisons. La référence à une institution d'arbitrage peut être inexacte ou totalement incorrecte, l'accord peut sembler autoriser la soumission des différends à l'arbitrage comme facultative, il peut contenir un mécanisme défectueux de nomination des arbitres en ce que, par exemple, l'autorité de nomination choisie refuse d'exercerr cette fonction ; alternativement, l'accord ourrait lui-méme désigner des aritres décédés au moment ou le différend surgit. L'accord peut stipuler que le tribunal doit comprendre trois arbitres lorsque le différend implique trois parties ou plus dont les intérêts différents, il peut imposer des conditions irréalisables pour la procédure arbitrale (comme des délais impraticables) ou prévoyez que certains problémes (comme la validité du contrat) ne doivent pas étre traités par les arbitres, malgré le fait que des questions sont étroitement liées au différend que les arbitres sont appelés à trancher.
Source : E.Gaillard, J.Sauvage, **« Fouchard, Gaillrd, Goldman sur l'arbitrage commercial international »,** Kluwer Law International, 1999, PP.261-262.

البند الذي يعني المؤسسة التحكيمية المعينة بشكل غير صحيح أو حتى غير موجودة، أو أنه البند التي تبدو شروطه متناقضة (مثال: بند ينص على كل من اختصاص هيئة التحكيم وسلطة محكمة الولاية) بند ينص على طرق تنظيم التحكيم التي لا يمكن الامتثال لها (على سبيل المثال: التعيين كمحكم لشخص متوفى)، البند «الفارغ» « clause » blanche والتي أتت صامتة تماما بشأن شروط التحكيم (تشكيل هيئة التحكيم، موقع مقر التحكيم، إلخ) أو بند يعدل نظام إجراءات الإستئناف عندما يكون ذلك متعلقا بالنظام العام، مثل هذه البنود إذا تضمنتها إتفاقية التحكيم وقبل إثارة الصعوبات في تنفيذها فهي تشكل وبدرجات متفاوتة مشكلة الصلاحية في الإتفاق على التحكيم وبالتالي تثير التساؤل عما إذا كانت الإرادة المعبر عليها بعبارات غير متناسقة يمكن أن تشكل تراضي حقيقي على التحكيم، وفي حالة الإتفاق الفارغ مثلا فعدم تحديد فيما يتعلق به إتفاق الأطراف على وجه التحديد يثير التساؤل المطروح إذا كانت الموافقة المبدئية الممنوحة للجوء للتحكيم وحدها كافية [1].

وفي نفس السياق، يمكن التساؤل عن صحة الموافقة عندما يكون تطبيق الشرط يصطدم من جهة بمجموعة من العقبات الفعلية (على سبيل المثال مؤسسة التحكيم التي عينها الطرفان ثبت عدم وجودها) ومن جهة أخرى عقبات قانونية (على سبيل المثال إتفق الطرفان على أنه يمكن إستئناف الحكم أمام جهة قضائية فرنسية، غير أن الأحكام القانونية لا تجيز ذلك)، ومع ذلك فإن إتفاقيات التحكيم مثل هذه لا يمكن دوما «إنقاذها» ولا يزال الإتجاه السائد في هذا المنوال يتميز إلى حد كبير بما يسمى «محاباة الصلاحية» «La favor validitatis» الذي في مغزاه أنه بمجرد تراضي الأطراف على مبدأ اللجوء إلى التحكيم، يعتبر القضاة ذلك بمثابة الجانب الأكثر أهمية ويسعون جاهدين وبشكل عام لضمان عرض النزاع على التحكيم، ويسلك هذا النهج المؤيد للتحكيم مسارات متعددة، في بعض الحالات يتم الوصول إلى نتيجة عبر تفسير شرط التحكيم، والمبدأ الأساسي في ذلك هو «الأثر المفيد، الذي بموجبه لما يقوم الأطراف بإدراج شرط التحكيم في عقدهما، لا بد من الإفتراض أن قصد كلاهما في ذلك إنشاء ألية فعالة لتسوية المنازعات التي شملها شرط التحكيم»[2].

---

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 678.

[2] « d'effet utile selon lequel , lorsque les parties insérent une clause d'arbitrage dans leur contrat, on doit présumer que leur intention a été d'établir un mécanisme efficace pour le règlement des litiges visés par la clause compromissoire ».

في حالات أخرى، يتطلب إنقاذ الولاية التحكيمية تدبيرا أكثر راديكالية، تنقية إتفاقية التحكيم مما هو يشكل فيها إشكالات، على سبيل المثال الشرط الذي ينص على حق الإستئناف سيعتبر غير منصوص عليه أصلا.

أخيرا، المصادقة على صحة شرط التحكيم يمكن أن تمر عبر وسيلة أخرى، ففي بعض الحالات تتطلب أوجه القصور في إتفاق التحكيم تدخل «القاضي المؤيد للإجراء التحكيمي» « juge d'appui de la procédure arbitrale »، الذي بإمكانه إتخاذ الإجراءات المناسبة للسماح بإنعقاد التحكيم.

ب – شكل إتفاق التحكيم: يعتبر عدم تحديد شرط شكلي لإتفاق التحكيم كما تنص عليه المادة 1507 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي كمايلي « اتفاق التحكيم لا يخضع لأي شرط من شروط الشكل»، وبالتالي، فإن الاختلاف عما هو منصوص عليه في مجال التحكيم الداخلي (قانون الإجراءات المدنية المادة 1443) وفي اتفاقية نيويورك (المادة 1/2 و2)، التي لا تشترط حتى شرط الكتابة أو وجود وثيقة مكتوبة، غير أنه تظل الكتابة إلى حد بعيد الشكل الأكثر شيوعا، لأسباب واضحة من اليقين القانوني الذي بمثابته قد يصعب بالفعل إثبات إتفاق شفهي بحت[1].

غياب الشروط الشكلية تجعلنا وبشكل خاص نعتبر شروط التحكيم صالحة «مرجعيا» أي تلك التي تظهر في المستند الذي يشير إليه العقد الموقع من قبل الطرفين (على سبيل المثال: الشروط العامة للبيع)، كما هو مذكور في الإجتهادات القضائية السابقة لمرسوم 13 جانفي 2011، كمايلي «في مسائل التحكيم الدولي، شرط التحكيم بالإشارة لمرجع مستند ينص على أنه صالح عندما يكون الطرف المقابل على علم في وقت إبرام العقد وأنها حتى من خلال صمتها قبلت ضمنيا هذا المرجع» [2]، بشكل عام، فهو من الواضح أن غياب الشروط الشكلية في إتفاق التحكيم قد شجع ظهور سلسلة من الإجتهادات القضائية في المجال التي تذهب بعيداً في بعض الأحيان في وصف الموافقة على التحكيم.

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 679.

[2] « en matiére d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a , fût-ce par son silence, accépté cette référence »

جـ- قابلية التحكيم في المنازعات:

قابلية التحكيم والنظام العام: قابلية التحكيم l'arbitrabilité، تعتبر إمكانية اللجوء إلى التحكيم غير مقبولة في جميع المنازعات، خاصة تلك المتعلقة بمسائل حساسة أين يستبعد تراضي الأطراف بشكل صحيح على إحالة نزاعاتهم فيها على التحكيم، وتختلف حدود قابلية التحكيم بشكل طبيعي من قانون وطني إلى أخر، لكن وبشكل عام عندما يتم إستبعاد قابلية التحكيم، يكون ذلك بسبب عدم توفر الحقوق المتنازع عليها أو عندما تندرج ضمن مسألة تعتبر متعلقة بالنظام العام. حتى في مجال التجارة الدولية أين يحتل العقد مكانة مركزية، فمن المحتمل أن تؤدي بعض الإعتبارات المتعلقة بالنظام العام إلى ظهور حالات عدم القابلية للتحكيم، بشكل أساسي عندما يقع الوضع المتنازع عليه ضمن نطاق القواعد الآمرة للقانون، الإلزامية التطبيق، في الواقع قد تخشى الدولة التي سنت مثل هذه الأحكام من أن المحكمين لا يطبقونها دائما بالشكل الصارم، ولإجتناب مثل هذه الحالة توقّع عدم القابلية للتحكيم على النزاعات التي تشكك في هذه القواعد الآمرة كونها من النظام العام[1].

على سبيل المثال، قد يكون من الإمكان استبعاد التحكيم في المنازعات التي تتطلب تنفيذ قانون المنافسة، من أجل ضمان الفعالية الكاملة للقواعد التي لا بد من تطبيقها على موضوع النزاع، في بعض الأحيان، قد تدفع أنواع أخرى من الاعتبارات الدول أيضا إلى حظر عرض نزاعات معينة إلى التحكيم، سنرى أن هذا هو الحال، على سبيل المثال، في مسائل الملكية الصناعية أو عندما يكون أحد الأطراف موضوع إجراءات الإعسار.

ومع ذلك، فإن عدم قابلية التحكيم في النزاعات التي تنطوي على القواعد الآمرة لا يعمل بها في كل الحالات، اللجوء إلى التحكيم رغم ذلك هو الأكثر شيوعا في القانون الحديث هذا لأنه في معظم الحالات من الممكن ضمان احترام النظام العام بخلاف عدم قابلية التحكيم، وذلك بضمان التطبيق السليم للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع والهامة جد، وليس من الضروري المنع المسبق للجوء إلى التحكيم، يكفي عند صدور الحكم التحكيمي التحكم في توافق هذا الأخير مع النظام العام.

بعبارة أخرى، يبدو أنه من الممكن، الوصول بتطبيق خطة سيطرة لاحقة على التحكيم، بغرض الدفاع على مصالح الدولة دون إضعافها، وقد ترسخ هذا المنطق المؤيد للتحكيم تدريجيا

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 680.

في القوانين الوطنية، وبدأت هذه الحركة من خلال اجتهاد المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية التي اعترفت بحق اللجوء إلى التحكيم في حكم متميز يدعى ميتسوبيشي arrêt Mitsubishi، في تحكيم النزاعات التي تتطلب تطبيق قانون مكافحة الإحتكار، وقد إنتشر هذا النهج على نطاق واسع في القانون المقارن، وتبعته بعد ذلك الممارسات التحكيمية، أما في وقتنا الحاضر لم يعد المحكمون يترددون في الفصل في النزاعات التي دعت إلى تطبيق أحكام النظام العام، ويبدو بذلك هذا الحل صائبا، إذ يمكن المحكمون من عدم التصريح بعدم إختصاصهم في النظر في منازعات التحكيم التي تعرض عليهم عندما تكون قواعد النظام العام قابلة التطبيق على العقد موضوع النزاع، أو أن العقد يبدو غير قانونيا بالنسبة لهاته القواعد[1].

خامسا : أثار إتفاقية التحكيم على سلطة المحكم:

أثار إتفاق التحكيم مهمة ولا بد من التطرق إليها (أ) وهي تمتد لتشتمل مجموعة من الأشخاص الخاضعين لها (ب) وأخيرا نؤكد على أهمية مبدأ الإختصاص بالإختصاص الذي يعزز آثار إتفاق التحكيم (ج).

أ- أثار إتفاقية التحكيم:

1- طبيعة آثار اتفاق التحكيم: بشكل عام، يكون لاتفاق التحكيم تأثيران رئيسيان، أحدهما إيجابي، وهو إعطاء الاختصاص القضائي للمحكم في النزاعات المشار إليها في الاتفاقية، الآخر سلبي هو استبعاد الاختصاص القضائي لأي ولاية قضائية فيما يتعلق بنفس النزاع، من الواضح أن هذين التأثيرين مترابطان إلى درجة معينة، لدرجة أنه بالإمكان الإتفاق للطرفين على شرط تحكيم إختياري يسمح لهما بعرض النزاع على محكمة تحكيمية أو جهة قضائية من أجل تسويته، وفي مثل هذه الحالة لا ينتج عن إتفاق التحكيم تأثيرا سلبيا، ويتألف عن إتفاق التحكيم قوة ملزمة، فقد لا ينجر عن التأثير الإيجابي والتأثير السلبي فرض إلتزامات معينة عن الأطراف لكن هذا لا يعني أن إتفاقية التحكيم ليست لديها تأثير إنشاء إلتزام، فهي تنشأ على سبيل المثال الإلتزام بعدم تعطيل التحكيم من خلال السلوك المستوحى من سوء النية الذي قد يصدر عن الأطراف[2].

لكن هذا التأثير "الإجباري" لاتفاق التحكيم ليس لديه أهمية كبيرة بقدر ما يشكله التأثير

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 681.
[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, ibid, p.690

الإيجابي والسلبي لإتفاقية التحكيم والذي يرتكز على مستوى أخر منه، حتى في حالة رفض المدعى عليه في قضية التحكيم المشاركة فيها، فإن الأليات التي تسمح بمجابهته في القانون الفرنسي كما في قوانين دولية أخرى يتم تفعيلها على مستوى أخر غير مستوى التنفيذ الجبري للإلتزام.

وبالتالي فإن القاضي الوطني الذي قد تتصل به الدعوى بشكل يخرق إتفاق التحكيم سيعتبر نفسه غير مختص بكل بساطة، وبذلك يجوز للمدعى أن يتقدم بطلب لمؤسسة التحكيم أو القاضي الداعم – حسب الحالة – بإتخاذ التدابير اللازمة من أجل تشكيل هيئة التحكيم، وإذا وقع تقصير من جانب المدعى عليه في الدعوى التحكيمية، فيجوز للمحكمين إصدار حكم التحكيم غيابيا، وتعتبر إمكانية إصدار حكم التحكيم غيابيا مقبولة جدا في القانون المقارن الدولي كما أن ممارسة التحكيم حازمة في إتخاذ مثل هذا الإجراء.

2- التأثير السلبي وطلبات التدابير المؤقتة والتحفظية :

رغم إتساع التأثير السلبي لإتفاق التحكيم إلا أنه لا تذهب معظم التشريعات الوطنية إلى حد منع الأطراف من الإتصال بالجهات القضائية الوطنية بقصد تقديم طلبات لإتخاذ تدابير مؤقتة أو وقائية، وتنص بعض قوانين التحكيم على ذلك صراحة مثل قانون غرفة التجارة الدولية (المادة 2/28)، والمبدأ المعمول به في منح مثل هذه التدابير هو الإختصاص القضائي المتزامن، بمعنى أن المحكمين يعتبرون أنفسهم عموما على أنهم يتمتعون بالإختصاص القضائي لمنح مثل هذه التدابير، أما في فرنسا فمنذ صدور المرسوم المؤرخ في 13 جانفي 2011 الذي يحد بشكل كبير الحق في اللجوء إلى القاضي الوطني من أجل طلب التدابير، وتحتفظ المادة 1449 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بإمكانية اللجوء للقاضي الوطني في الحالة التالية «طالما لم يتم تشكيل هيئة التحكيم، غير أنه بعد تشكيل المحكمة التحكيمية، لا يجوز للأطراف تقديم الطلب للقاضي الوطني»، كذلك حتى قبل تشكيل المحكمة التحكيمية، تحدّ المادة 1449 من فرص اللجوء إلى القاضي الوطني إلاإستثناءا في حالة الإستعجال، مهما كانت التدابير الموقتة والتحفظية المطلوبة، ولا يسقط شرط الإستعجال إلا بالنسبة لطلبات إجراءات التحقيق بناءا على المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية، وفي كل الحالات لا بد من تقديم طلب الإجراءات أمام رئيس المحكمة الكبرى أو التجارية «مع مراعاة الأحكام التي تنظم عمليات الحجز والأمن القانوني» [1].

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 691

ب – التأثير الشخصي لإتفاق التحكيم:

1- الأشخاص الخاضعون لآثار اتفاق التحكيم:إن تحديد الأشخاص المرتبطين بإتفاقية التحكيم واضح، وهما الطرفان المتراضيان على إتفاقية التحكيم اللذان من خلال تبادل موافقتهما على اللجوء إلى التحكيم، نشأت إتفاقية التحكيم التي يحكمها مبدأ الأثر النسبي للإتفاقيات، لكن في الواقع فالأمور أكثر تعقيدا مما قد تبدو عليه، فمن جهة فمبدأ الأثر النسبي للإتفاقيات لا يعارض أن يصبح الشخص الذي في الأصل لم يكن طرفا في العقد طرفا فيه عن طريق ميكانيزم نقل، على سبيل المثال التنازل عن عقد لصالح ذلك الشخص، ومن جهة أخرى، قد يتدخل أشخاص وإن لم يكونوا أطرافا في العقد في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه، تحت شروط معينة قد تخضع هذه الأطراف المتدخلة في العقد لآثار شرط التحكيم في العقد[1].

2-إحالة اتفاق التحكيم:

مبدأ إحالة الحقوق التعاقدية: يقر الإجتهاد القضائي في مجال التحكيم على أن إحالة أو نقل العقد أو دين نشأ عن ذلك العقد لصالح شخص آخر ينتج عنه إحالة أو نقل شرط التحكيم الوارد في ذلك العقد وينتج عن ذلك أن الشرط التحكيمي « يصبح ملزما لأي طرف يتحصل على حقوق أحد الأطراف المتعاقدة» ويجوز هذا الإجراء مهما كانت طريقة نقل الحقوق التعاقدية : التنازل عن الديون، والحلول في مكان أحد المتعاقدين، أو في حالة وجود سلسلة من عقود التنازل عن الملكية التي يتم فيها نقل الحقوق التعاقدية من المشتري الأصلي إلى المشتري الفرعي...إلى غير ذلك، ويتقبل القانون المقارن على نطاق واسع هذا المبدأ الخاص بنقل الحقوق.

تمديد اتفاق التحكيم: إن الإجتهاد القضائي الفرنسي يجعل- بغض النظر عن أية ألية إحالة- من إمكانية إمتداد نطاق إتفاقية التحكيم إلى أشخاص لم يوافقوا عليها رسميا، ولكن شاركوا في إبرام أو تنفيذ العقد الرئيسي، وقد التزم الإجتهاد القضائي الفرنسي في هذا النهج إلى حد بعيد جدا، من خلال إظهار فكرة أن مثل هذا التدخل في إنجاز العملية التعاقدية توحي بإفتراض الإرادة الضمنية لمختلف الأطراف الموقعة على العقد أو غير الموقعة كانت بتوسيع أثار شرط التحكيم إلى الطرف الغير الموقع.

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 692

وفقا للصيغة الموجودة في العديد من الأحكام «في قواعد قانون التحكيم الدولي»، تمتد أثار شرط التحكيم إلى الأطراف المشاركة مباشرة في تنفيذ العقد بمجرد أن تؤدي أوضاعهم وأنشطتهم إلى افتراض أنهم كانوا مدركين بوجود ونطاق هذا الشرط بحيث يمكن للمحكم أن يحكم على جميع الجوانب الاقتصادية والقانونية للنزاع، ونجد أيضا أن هذا الحل يطبق أيضا في حالة وجود مجموعة من الشركات، وتمكننا من السماح، إذا كانت الظروف المحيطة بالعقد تبرر ذلك، تجاوز التطبيق الصارم لتقسيم المجموعة إلى أشخاص متميزين قانونا لتوسيع نطاق إتفاقية التحكيم الموقع من قبل كيان المجموعة إلى الشركات الأخرى المنبثقة من المجمع الرئيسي، على سبيل المثال شركات تابعة> للمجمع التي لم توقع على العقد ولكنها تشارك في تنفيذه. قد ينطبق الشيء نفسه عندما يتم إبرام إتفاق التحكيم من قبل دولة أو من قبل كيان تابع لها، على سبيل المثال شركة عامة، ومن ثم الإتفاقية الموقعة من قبل الدولة معرضة لتمديدها إلى الكيان الذي تسيطر عليه، والعكس صحيح، لكن تمديد شرط التحكيم يمكن أن يتدخل أيضا في الفرضيات التي لا توجد فيها صلة معينة بين الموقعين وغير الموقعين، بصرف النظر عن حقيقة أنهم قد أبرموا عقودا تشكل جزءا من نفس الكل أي تشكيل واحد، على سبيل المثال، بموجب عقد رئيسي وعقود من الباطن[1].

جـ- مبدأ الإختصاص بالإختصاص:

1- التأثير الإيجابي والتأثير السلبي: يستجيب ما يسمى بمبدأ "الاختصاص القضائي" لسؤال إجرائي: من هو المختص القاضي أم المحكم، للحكم على صلاحية وقابلية تطبيق اتفاق التحكيم عندما يتم الطعن في التحكيم من قبل أحد الأطراف؟ السؤال الأول الذي يطرح نفسه هو ما إذا كان يمكن للمحكم أن يحكم في إختصاصه في الفرضية أين يتم الطعن فيه أثناء التحكيم، هذا هو الجانب الأقل إشكالية، من المقبول في القانون المقارن وفي الإجتهاد التحكيمي بالإجماع تقريبا، أن المحكم لديه هذه السلطة، هذا ما نسميه "التأثير الإيجابي" للإختصاص بالإختصاص، نتيجته الرئيسية هي أن المحكم غير ملزم بوقف الإجراءات أثناء انتظار القاضي الوطني ليحكم في اختصاصه.

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 695

السوال الثاني الذي يطرح نفسه هو أكثر تعقيدا ويتلقى عدة إجابات من التشريعات الوطنية، والسوال هو ما إذا كانت السلطة الممنوحة على هذا النحو للمحكم تستبعد القاضي الوطني من الحكم أيضا على صحة اتفاق التحكيم وقابلية تطبيقه؟ قد يطرح المشكل في حالة إذا تم رفع دعوى أمام القاضي الوطني بطلبات في الموضوع وأن أحد الأطراف دفعت بعدم إختصاصه من خلال الإحتجاج بإتفاق التحكيم، أو حتى إذا تقدم أحد الطرفين أمام هذا القاضي نفسه إجراء توضيحيا يهدف إلى إصدار حكم بأنه لا يمكن لإتفاق التحكيم أن يعرض عليه بشكل صحيح، أمام مثل هذه الفرضيات، تتمثل أحد الحلول الممكنة في إعتبار القاضي الوطني لا يمكنه الفصل في هذا النّزاع طالما لم يفصل المحكم في ذلك بنفسه، في مثل هذه الحالة نكون أمام التعبير المسمى «الأثر السلبي» للإختصاص بالإختصاص، الكثير من التشريعات الدولية ترفض مثل هذه الحالة لكن التشريع الفرنسي يعترف بذلك على نطاق واسع[1].

وتجدر الإشارة إلى أنه لم يعد لمبدأ الإختصاص بالإختصاص أي دور يلعبه بعد صدور القرار التحكيمي، وفي الواقع يقبل القانون المقارن بصفة واسعة، أن إختصاص المحكم يمكن التحكم فيه بحرية من قبل القاضي الوطني إذا كان بصدد النظر في مدى سريان أو بطلان القرار التحكيمي، وبعبارة أخرى فإن قرار المحكم المتعلق بإختصاصه لا يفصل نهائيا في المسألة، وسيكون للقاضي الوطني الكلمة الأخيرة في ذلك.

في التحليل النهائي، يبدو جليا أن مبدأ الإختصاص بالإختصاص ليس له تأثير القضاء نهائيا على إمكانية القاضي الوطني في التحكم في سريان وقابلية تطبيق إتفاقية التحكيم، لكنه النتيجة القصوى التي يمكنه الوصول إليها هي التأجيل الزمني لسيطرة القاضي الوطني على إتفاقية التحكيم، وهذه النيجة الكرنولوجية هي تمثل التأثير السلبي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص.

هذا هو الحال في القانون الفرنسي حيث يمكننا أن نرى في محتوى المادة 1465 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي أنه مفرط ومضلل في بعض الأحيان كونه ينص على

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 697

مايلي «المحكمة التحكيمية هي الوحيدة المختصة في النظر في المنازعات المتعلقة في سلطاتها القضائية » [1].

2-نطاق التأثير السلبي: إن التأثير السلبي للإختصاص بالإختصاص لا يتلخص في الإعتراف بإتفاقية التحكيم أو رفضها من حيث المبدأ، لكن يمكن إعطاء بعد أكثر أهمية إلى هذا التأثير السلبي، في التشريع الفرنسي الذي يذهب بعيدا جدا في هذا الصدد، أكثر من التشريعات الدولية الأخرى، دون إلغاء إمكانية القاضي لممارسة السيطرة على إتفاقية التحكيم، كما تنص عليه المادة 1448 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي كمايلي: «عندما تعرض منازعة متعلقة بإتفاقية التحكيم أمام محكمة الدولة، تقر هذه الأخيرة بعدم إختصاصها إلا في الحالة التي لم يتوصل النزاع بعد بالمحكمة التحكيمية، أو إذا كانت إتفاقية التحكيم باطلة أو غير قابلة للتنفيذ» [2].

ويكون التأثير السلبي للإختصاص بالإختصاص في بعض الأحيان مطلقاً وفي أحيانا أخرى نسبياً، إعتمادا على مدى إتصال هيئة التحكيم بالنزاع من عدمه، أما في جميع الحالات فالفقرة الثانية من المادة 1448 تحدد أن: « **لا يمكن للولاية القضائية للدولة أن تثير تلقائيا بعدم إختصاصها** »[3].

إن رقابة القاضي الوطني لم يتم إستبعادها بشكل نهائي ولكن تم الحد منها ففي هذه الفرضية التي يفترض فيها أن لم يتم بعد إيصال النّزاع بالمحكمين فإن التأثير السلبي للإختصاص بالإختصاص لديه أثر كبير، في الواقع، فمن النادر جدا أن الرقابة الواضحة التي تسمح بها المادة 1448 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية تسمح للقاضي بالإحتفاظ بإختصاصه، إن الإجتهاد القضائي مقيد للغاية في هذا الصدد، فلا يتم قبول بطلان أو عدم قابلية التنفيذ لإتفاقية التحكيم، إلا في حالات إستثنائية.

---

[1] L'article 1465 du CPC « le tribunal arbitral est seul compétent pour satatuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel»

[2] L'article 1448 alinéa 1 du code des procédures civile : « lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'etat, celle-ci de déclare incompétante sauf si le tribunal d'arbitrage est n'est pas encor saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement innaplicale »

[3] L'alinéa 2 de l'article 1448 précise « la juridiction de l'état ne peut relever d'office son incompétence ».

الفرع الثاني:

حدود سلطات المحكم فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق:

تعد قواعد إجراءات التحكيم هي القانون الإجرائي واجب التطبيق من حيث الأصل، فجميع إجراءات التحكيم منذ بدايتها إلى نهايتها يسري عليها هذا القانون، وذلك من حيث بدء الخصومة وتنظيم قواعد سير المرافعات وتقديم المستندات وسماع الشهود والخبرة والإنابة في الحضور وتنظيم حقوق الدفاع وكيفية مراعاة مبدأ المساواة بين الخصوم وكذلك مبدأ المواجهة بينهم، وهو يحكم كذلك كيفية إصدار حكم التحكيم وكيفية كتابة القرار وبيانه واللغة المستخدمة فيه، وما يتعلق بتسبيب حكم المحكم، وميعاد صدور الحكم وإيداعه ومدى إمكانية الطعن عليه وتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع وغيرها من المسائل التي من المحتمل أن تثار بمناسبة خصومة التحكيم، طالما أن الأمر يتعلق بمسألة إجرائية[1].

أما فيما يتعلق بسلطات المحكم في القانون واجب التطبيق على موضوع النّزاع فإن المحكم لا يستطيع أن يتخطى القانون الذي إستقرت عليه إرادة الأطراف، وفي التحكيم بالصلح، فإن كانت سلطات المحكم تتسع إلى الحد الذي تتحرر فيه من القانون إلا أنها مقيدة بضوابط وسوف نتناول هذه الموضوعات على النحو التالي:

أولا : حدود سلطات المحكم في تطبيق القانون الواجب تطبيقه على إجراءات التحكيم:

إذا كان إتفاق التحكيم لا يشير إلى القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أو لم يتفق الأطراف على هذا القانون، كان تحديد ذلك القانون من اختصاص هيئة التحكيم، فلها أن تختار أحد قوانين التحكيم القائمة أو لائحة أحد هيئات التحكيم، ولها أن تضع قواعد الإجراءات بالقدر الذي تحتاجه بل، لها أن تطبق تلك الإجراءات حالة بحالة أثناء سير الإجراءات فهي غير ملزمة بوضع نصوص مسبقة لتنظيم إجراءات التحكيم وهي في جميع الأحوال تتقيد بما يتفق عليه الأطراف فإذا ما رأت تطبيق قانون وطني معين فإن هذا القانون يجب أن يكون متوقعا للأطراف بحيث يكون تأثيره إيجابيا وفاعلا على سير الإجراءات، ولكن يجب الإشارة إلى أن الحرية التي يتمتع بها المحكمون في تنظيم إجراءات التحكيم ليست واسعة بالقدر الذي يتحللون فيه من أي قيود، إذ أن هناك رقابة وطنية تمارس من قبل

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 169.

السلطة المختصة في دولة مقر التحكيم أو في دولة تنفيذ الحكم لذا يجب أن يكون المحكم حذرا، فبقدر الحرية المتاحة للمحكم في شأن إجراءات التحكيم تكون السهولة التي يمكن أن ينهار بها التحكيم للخطأ في الإجراءات بنفس القدر[1].

وعلى هذا الأساس فعندما يمارس المحكم أعمال التحكيم وفقا لقانون التحكيم المصري عليه الإلتزام باتباع الأحكام الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون وذلك تطبيقا للمادة الأولى الفقرة الأولى منه والتي تنص على أنه «مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيّا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها هذا النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفقت أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون».

إذا يلتزم المحكم بضرورة احترام القواعد الإجرائية الآمرة وإلا تعرض حكمه لرفض الإعتراف وبالتالي رفض التنفيذ [2].

إذ أن المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك تجيز رفض الإعتراف بحكم التحكيم ورفض تنفيذه في حالة عدم إعلان الخصم إعلانا صحيحا.

ومن ثم يجب على المحكم حال إختياره للقانون الإجرائي واجب التطبيق على النّزاع مراعاة عدم الإصطدام بالنظام العام الإجرائي الآمر، فإذا ما حدث تصادم بين القواعد التي تحكم إجراءات النزاع التي كان قد إتفق عليها الأطراف وتلك المتعلقة بالنظام العام الإجرائي، فإنه يتعين تعطيل إعمال القانون الواجب تطبيقه على الإجراءات بحسب المجرى الطبيعي للأمور، وتطبيق قواعد أخرى في المسائل الإجرائية التي تم بشأنها التصادم، وعادة ما يحدث

---

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 177.

[2] راجع أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام 648، 6787، 6467، 5745 جلسة 2005/12/13 وقد قضى بأن اتفاق الأطراف على إحالة النزاع القائم بينهم وفقا لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم يجب ألا يتعارض مع القواعد الإجرائية في التشريع المصري حيث أن المادة 22 من القانون المدني تنص على أنه «يسري على قواعد الإختصاص وجميع المسائل الخاصة بإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات »، كما أن المادة 1 من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم تؤكد على نفس المعنى ومن ثم لا يجوز للأطراف مخالفة القواعد الآمرة التي تسمو على اتفاقهم بشأن إحالة التحكيم وإجراءات الدعوى التحكيمية إلى قواعد إحدى المنظمات أو مراكز التحكيم.
طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 178.

تصادم بين القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الذي إختاره الأطراف وما يسمى بالنظام العام الإجرائي، وبالتالي تبرز سلطة المحكم في واحدة من الحالات الأتية:

1 – التعارض بين أحكام القانون واجب التطبيق وقانون مقر التحكيم: بداية لا يوجد صدام بين القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وقانون دولة المقر عندما يكونان واحدا، أو إذا لم يكونا كذلك ولكن تطابقت أحكامهما معا، أما إذا كان هناك تعارض بين القانون واجب التطبيق ودولة مقر التحكيم بشأن بعض المسائل الإجرائية، فعلى المحكم أن يأخذ بقواعد الذولة التي يجري على إقليمها التحكيم فيما يتعلق بالقواعد الآمرة، لأنه إذا خالف هذه القواعد ذات الطابع الأمر فسوف تتدخل الدولة لحماية نظامها العام[1].

2 – التعارض بين أحكام القانون واجب التطبيق وقانون دولة التنفيذ: إذا وجد تعارض بين قانون دولة التنفيذ والقانون واجب التطبيق فإن الغلبة تكون لقانون دولة التنفيذ، إذ يجب على المحكم أن يعمل سلطاته في ترجيح أحكام هذا القانون وإلا أمن عدم الإعتراف بحكمه[2].

3- التعارض بين القانون واجب التطبيق وقانون محل إجراء معين من إجراءات التحكيم: إذا تطلب الأمر اتخاذ إجراء معين، له طابع القسر والإجبار في إقليم دولة غير التي يجري فيه التحكيم، وكان هناك خلاف بين القانون الإجرائي الذي أختير (القانون واجب التطبيق) وقانون تلك الدولة فإنه على المحكم الرجوع إلى القانون الوطني الذي ينظم ذلك الإجراء مدى سلطة المحكم في طلب المساعدة والعون من القضاء، فإذا حدث تعارض بينه وبين القانون واجب التطبيق فإنه يطبق قانون دولة هذا الإجراء المطلوب ويستبعد القانون واجب التطبيق[3].

أ- سلطة المحكم في تحديد مكان التحكيم:

إذا خلا إتفاق التحكيم من تحديد مكان التحكيم أو لم تتفق الأطراف عليه كان ذلك من إختصاص هيئة التحكيم.

---

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 179.

[2] طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 179.

[3] طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 180.

ويرى البعض أنه على المحكم أن يستند إلى قانون مكان التحكيم في حالة عدم كفاية الإجراءات التي اتفق عليها الأطراف لإكمال ما اتفقوا عليه، إذ أن ذلك يتفق مع أحكام اتفاقية نيويورك في مادتها الخامسة.

على أن سلطة الهيئة ليست مطلقة في هذا الخصوص، إذ أن هناك بعض الضوابط التي يمكن على ضوئها للهيئة إختيار مكان التحكيم، فهذه الضوابط تتعلق براحة الطرفين وظروف القضية وفقا لطبيعة وظروف النزاع، إذ تنص المادة 28 من قانون التحكيم المصري على أنه: «لطرفي التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك»[1].

وعبرت المادة 1/20 من القانون النموذجي عن تلك الأحكام أيضا فنصت على «... فإذا لم يتفقا على ذلك، تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان، على أن يؤخذ في الإعتبار ظروف القضية، بما في ذلك راحة الطرفين».

ب- سلطة هيئة التحكيم في الإجتماع بالمكان الذي تراه مناسبا:

لقد أجاز القانون النموذجي لهيئة التحكيم الإجتماع في أي مكان تراه مناسبا لأداء مهمتها بخلاف مكان التحكيم السابق تحديده سواء بواسطة الأطراف أو بواسطتها، وقرر القانون النموذجي هذه الميزة لهيئة التحكيم، لأنه قد يكون من الأفضل في حالات معينة انتقال الهيئة إلى مكان آخر، كما إذا كان ذلك لازما لسماع شهود أو خبراء أو لإجراء معاينة أو فحص لبضائع أو مستندات، على أن حرية هيئة التحكيم في ذلك مقيدة باتفاق الطرفين بمعنى أنه إذا نص في اتفاق التحكيم أو في اتفاق أخر على الإلتزام بمكان تحكيم محدد فإنه لا يجوز للهيئة الإجتماع في مكان أخر، ولقد عبرت عن ذلك المادة 20-2 من القانون النموذجي بقولها: «استثناءا من أحكام الفقرة (1) من هذه المادة يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 181.

مناسبا للمداولة بين أعضائها ولسماع أقوال الشهود أو الخبراء أو طرفي النّزاع أو لمعاينة البضائع أو غيرها من الممتلكات أو لفحص المستندات ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.»[1].

وتقضي المادة 28 من قانون التحكيم المصري التي أشرنا إليها بالأحكام ذاتها.

ج- سلطات المحكم في وقف إجراءات الخصومة :

للمحكم في حالة وقوع مسألة من المسائل التي لا ولاية له فيها أثناء مباشرته لإجراءات التحكيم، أن يوقف إجراءات التحكيم لحين البت في هذه المسائل من الجهة صاحبة الإختصاص[2]، كما لو طعن أحد الأطراف بالتزوير في ورقة قدمت للمحكم أو هيئة التحكيم، ولكن للمحكم سلطة تجاهل تلك الدفوع إذا قدّر بأن ما يثار وإن كان خارج ولايته إلا أنه غير لازم للفصل في موضوع النزاع، أو أنه سيفصل في شق من النزاع لا يتوقف الفصل فيه على مسائل تخرج عن ولايته.

ويجب الإشارة إلى أن المحكم لا يخضع لتنظيم قانون المرافعات في شأن وقف الدعوى التحكيمية إذ أن أمر الوقف من البداية إلى النهاية يخضع لتقديره ولا يوجد ما يمنع من أن تتفق الأطراف على وقف إجراءات الخصومة لمدة معينة، كما لا يوجد ما يمنع الأطراف من الإتفاق فيما بينهم على تخويل هيئة التحكيم تحديد هذه المدة أو بناء على طلب أحدهم أو طلبهم معا.

د- سلطة المحكم في الأمر بقطع إجراءات التحكيم:

تنص المادة 38 من قانون التحكيم المصري «ينقطع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم في الأحوال، ووفقا للشروط المقررة في القانون المذكور».

---

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 182.

[2] ويتشابه العديد من التشريعات الوطنية في مسألة الوقف فعلى سبيل المثال المادة 199 من قانون التحكيم القطري تنص على أنه «إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكمين أو طعن بتزويرها في ورقة أو اتخذت إجراءات جزائية عن تزويرها أو عن حادث جزائي أخر وقف المحكمون عملهم ووقف الميعاد المحدد للحكم إلى أن يصدر حكم نهائي في تلك المسألة العارضة » وكذلك المادة 209 من قانون التحكيم الإماراتي والذي ينص على أنه إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكم أو طعن بتزوير ورقة أو إتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث جنائي أخر أوقف المحكم عمله حتى يصدر حكم نهائي...، وإن كان التشريع المصري أكثر تحديدا إذ جعل الوقف مسألة تقديرية تخضع لسلطة المحكم إذا توافرت أسبابها طالما كانت غير لازمة للفصل في الموضوع فإنه يمكن أن يتجاهالها ويستمر في الإجراءات.

أنظر: طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 182.

وتنص المادة 130 من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه «ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها، ومع ذلك إذا طلب أحد الخصوم أجلا لإعلان من يقوم مقام الخصم الذي تحقق في شأنه سبب الإنقطاع وجب على المحكم قبل أن تقضي بإنقطاع سير الخصومة أن تكلفه بالإعلان خلال أجل تحدده له فإذا لم يقم به خلال الأجل دون عذر قضت المحكمة بانقطاع سير الخصومة منذ تحقق سببه، ولا تنقطع الخصومة بوفاة وكيل الدعوى ولا بزوال وكالته بالتنحي أو بالعزل وللمحكمة أن تمنح أجلا مناسبا للخصم الذي توفي وكيله أو انقضت وكالته إذا كان قد بادر فعين له وكيلا جديدا خلال الخمسة عشر يوما التالية لإنقضاء الوكالة الأولى»[1].

فإذا طلب أحد الخصوم أجلا لإعلان الخصم الذي قام به سبب الإنقطاع، فإنه يتعين على المحكم منحه أجلاً، فإذا فات ذلك الأجل دون إتمام الإعلان ولم يقدم عذرا يبرر ذلك، فللهيئة أن تحكم بإنقطاع الخصومة من تاريخ سبب الإنقطاع، ولا يجوز للهيئة إتخاذ أي إجراء من إجراءات التحكيم طوال فترة الإنقطاع، ولايستأنف ميعاد الخصومة إلا بعد إعلان وارث المتوفي أو من يقوم مقام من فقد أهلية الخصومة، ويلاحظ أن الذي يقوم بإعلان هؤلاء هو الخصم وإن كان لا يوجد ما يمنع المحكم من القيام بذلك، فإذا قام الخصم بإعلان من قام مقام خصمه الذي قام به سبب الإنقطاع خلال الأجل الذي طلبه لإعلانه أو بادر من حل محل الخصم المتوفي أو الذي فقد أهلية الخصومة أو صفته بالحضور خلال الأجل الذي طلبه، فلا تقوم الأسباب التي تنقطع بها الخصومة [2].

على أنه إذا استكملت كل عناصر الدعوى وأصبحت مهيأة للحكم بأن قدم الأطراف طلباتهم الختامية وقدموا ما لديهم من مستندات وأبدوا أوجه دفاعهم، فللهيئة وفي حالة قيام الإنقطاع بعد ذلك فالسلطة التقديرية الكاملة في أن تأمر بانقطاع الدعوى إذا توفرت أسباب الإنقطاع أو تسير في إجراءاتها، أما إذا قفل باب المرافعة وتحدد تاريخ للنطق بالحكم فإنه لا يترتب على أسباب الإنقطاع أي أثر.

---

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 184.

[2] طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 184.

هـ – سلطة المحكم في إنهاء إجراءات التحكيم:

قد يصدر المحكم قرارا بإنهاء إجراءات التحكيم قبل الوصول إلى النهاية الطبيعية بإصدار حكم فاصل في النزاع وذلك في الحالات التي حددها له المشرع على النحو التالي:

1–إذا توصلت الأطراف إلى تسوية منهية للنزاع، فلهم أن يطلبوا من الهيئة إثبات شروط هذه التسوية في قرارها المنهي للإجراءات كما أن لهم إذا توصلوا لتسوية أن يطلبوا من الهيئة إنهاء الإجراءات دون إثبات شروط التسوية، ويكون هذا القرار له القوة التنفيذية التي يتمتع بها حكم التحكيم وفقا للمادة 41 من قانون التحكيم، ولا يجوز لأي خصم إثارة ذات الموضوع الذي تضمنه قرار التسوية مرة أخرى أو الطعن عليه إلا بنفس الطرق التي يخضع لها حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان.

2–إذا اتفق الأطراف على إنهاء الإجراءات، فللمحكم أن يصدر قرارا بإنهاء الإجراءات وذلك بافتراض عدم التوصل إلى تسوية.

3–إذا ترك المدعى دعواه، وذلك بإفتراض أن هناك خصومة انعقدت بتقديم المدعى دعواه ثم يترك الخصومة فللمحكم أن يصدر قرارا بإنهاء الخصومة، إلا إذا طلب المدعى عليه الإستمرار وارتأى أن المدعى عليه له مصلحة جدية في استمرار الإجراءات حتى يحسم النزاع وفقا للمادة 48–1–ب.

4–إذا رأى المحكم أنه يستحيل الإستمرار في إجراءات الخصومة أو رأي عدم جدواها، فله أن يأمر بإنهاء الإجراءات وذلك كما لو تبين له تعذر جمع المستندات الكافية لبيان وجه الحقيقة أو استحالة تنفيذ ما قد يصدره من أحكام وفقا لقانون بلد التنفيذ[1].

5–إذا كانت إجراءات التحكيم تبدأ بإعلان بيان دعوى المدعي وفقا للمادة 27 من قانون التحكيم المصري، وذلك من خلال الميعاد المتفق عليه، أو الذي تحدده الهيئة فإذا فات هذا الميعاد دون أن يقدم المدعى بيان دعواه فللمحكم أن يصدر قرار بإنهاء الإجراءات إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك.

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 186.

و- سلطة المحكم في الفصل في المسائل المتعلقة باختصاصه:

إن إختصاص المحكم بالفصل في المسائل المتعلقة باختصاصه من المبادىء الهامة نظرا لما يحققه من اقتصاد في الوقت والإجراءات، فقد يهدف أحد أطراف الخصومة إلى عرقلة إجراءات التحكيم وإطالة أمد النزاع بالإستناد إلى الدفع بعدم الإختصاص، فمبدأ الإختصاص بالإختصاص هو مسألة إجرائية تهدف إلى منح المحكم سلطة الفصل في مسائل اختصاصه، أيا كان سبب الدفع بعدم الإختصاص[1]، مع الإستمرار في مباشرة مهمته ولو تمسك أحد الأطراف بالدفع بعدم وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو ما يتعلق بصورة مباشرة بهذا الإتفاق على أنه يشترط في حالة إبداء الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم أن يتم في الميعاد المتفق عليه أو عند قيام هيئة التحكيم بنظر الدفوع إذا لم يوجد اتفاق معين بهذا الشأن وفقا للقواعد المنصوص عليها في المادتين 8 و22 من قانون التحكيم المصري، إذ أن عدم التمسك بهذا الدفع في الميعاد المقرر يعد نزولا عن حق الإعتراض في التمسك بالدفع بعدم الإختصاص، فإذا قام نزاع بين طرفين ولم يتمسك أحد الطرفين بالدفع بعدم الإختصاص إلا بعد صدور الحكم، فإنه يعد متنازلا عن التمسك بهذا الدفع[2].

كذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بأن لجوء أحد الأطراف لهيئة تحكيم معنية وإبدائه دفاعه أمام تلك الهيئة مع عدم الدفع بعدم اختصاص تلك الهيئة لنظر النزاع المعروض، لهو دليل على رضائه الحر بإختصاص تلك الهيئة[3].

ثانيا: حدود سلطات المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع:

إذا لم يتفق الأطراف في إطار إتفاقية التحكيم صراحة على القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع، فإنه يترك للمحكم إختيار هذا القانون، وغالبا ما يتفق الأطراف في إتفاقية التحكيم على إخضاع نزاعهم لقانون معين، في هذه الحالة ليس من سلطة المحكم أن

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2004 ص 331.

[2] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 187.

[3] حكم محكمة إستئناف القاهرة الدائرة (91) تجاري في الدعوى 14 لسنة 133 ق تحكيم، جلسة 23 أفريل 2006.

يطرح أو يعدّل القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه في موضوع النّزاع ليطبق قانونا أخر إلا في حالات معينة[1].

أ- سلطة المحكمة في إختيار القانون واجب التطبيق:

تعد مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على منازعات الاستثمار من المسائل القانونية الشائكة، فلا يمكن إعتبار مسألة إختيار قانون معين ليحكم رابطة الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الخاص الأجنبي مجرد مسألة تفضيل نظام قانوني على آخر، كما لا يمكن إعتبار إختيار القانون واجب التطبيق إختياراً عفوياً مجرداً من إعتبارات معينة [2].

أما الحل في القانون المقارن الدولي، هي في ترك حرية الأختيار للأطراف، في حالة غياب الإتفاق من طرفهم، يعود هذا الحق إلى المحكمين، هذا ما تنص عليه في فرنسا المادة 1511 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[3] كمايلي :«تفصل المحكمة التحكيمية في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي إختارها الطرفان، أو في غياب ذلك، طبقا لتلك القواعد التي يرونها مناسبة»[4]، وتضيف نص المادة القانونية أن المحكمة « تأخذ بعين الإعتبار، في كل الحالات، بمعاملات التجارة»[5].

وسنظهر أن إمكانية تعيين أي نوع من «القواعد القانونية»، وليس فقط «قانون» معين، يسمح للمحكمين إختيار قواعد قانونية غير الوطنية مثل القواعد الدولية، قواعد قانون التجارة العالمية أو ما يدعي بالاكس ماركاتوريا «Lex mecatoria» ، المبادىء العامة للتجارة الدولية أو القواعد القانونية الآتية من تقنين خاص مثل (قواعد اليوندروا principe » « Unidroit قواعد القانون الأروبي للعقود... إلى غير ذلك)، واعتمدت هذه الحرية في إختيار القانون أغلب التشريعات الدولية، وتقترن هذه الحرية مع سلطة المحكمين في إختيار القانون الواجب التطبيق عندما لا يختار الأطراف ذلك القانون، كذلك فنصت المادة 7 من

---

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 188.

[2] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 341.

[3] الرابط: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/ تاريخ الإطلاع: 2021/03/16.

[4] L'article 1511 du CPC prévoit : « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux régles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées ».la méme solution se trouve dans des règlements d'arbitrage , notamment celui de la CCI (art 21).

[5] La suite de l'article 1511 prévoit que le tribunal «tient compte , dans tous les cas, des usages du commerce»

إتفاقية جنيف « Convention de genéve» لسنة 1961 على مايلي « عندما لا يعين الأطراف القانون الواجب التطبيق، فسيطبق المحكمون القانون المعين من قواعد النزاع التي يراها المحكمون ملائمة »[1]، نجد نفس الحل بالنسبة للمادة 28 فقرة 02 من القانون النموذجي للكنودسي [2]« La CNUDCI ».

ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأن إتفاق إرادة الأطراف على موضوع النّزاع مؤداه وجوب تطبيق هيئة التحكيم القواعد القانونية المتفق عليها، وعدم الإتفاق على ذلك يعني وجوب تطبيق الهيئة القواعد الموضوعية للقانون الذي ترى أكثر إتصالا بالموضوع[3]، حيث يجد المحكم نفسه أمام فراغ قانوني في حالة عدم إختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع من ناحيتين:

الأولى: يتمثل في فراغ العقد الرابط بين الطرفين من كل إشارة صريحة أو ضمنية للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

الثانية: عدم وجود قانون وطني معين يمكن إعتماده وبشكل فوري ومباشر من قبل المحكم، على عكس القاضي.

وفي هذه الحالة، أي خلو إتفاقية التحكيم من القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع، فإن المحكم لا يستطيع رفع يده عن النّزاع، إذ يعد مخلا بإلتزاماته المترتبة على قبوله لمهمته تجاه الخصوم، لذلك فإنه لا تكاد تخلو معظم النظم القانونية من النص على تخويل هيئة التحكيم مهمة البحث والتحري عن القانون الذي يحكم النّزاع، ففي قانون التحكيم المصري تنص المادة 1/39 على أنه « تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان. وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك»[4].

---

[1] L'article VII de la convention de Genéve dispose qu' «à défaut d'indication par les parties du droit applicable , les arbitres appliqueront la loi désignée par la régle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'éspéce »

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 716

حيث ينص القانون النموذجي في الفقرة الأولى من المادة 28 على أنه «تحسم محكمة التحكيم الخلاف وفقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف بإعتبارها الواجبة التطبيق على موضوع الخلاف، فكل تحديد للقانون أو لنظام قانوني لدولة معينة يعتبر بمثابة تحديد مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة وليس قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين عدا حالة وجود إيضاح عكسي ».

[3] نقض مدني في الطعن، رقم 86 – جلسة 2002/11/26، محكمة النقض المصرية.

[4] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 188.

ويستخلص من هذه الفقرة أن القانون ترك للأطراف سلطة واسعة في تحديد القواعد القانونية التي يرغبون في تطبيقها على نزاعهم، سواء بتطبيق قانون دولة معينة أو القواعد التي يتفقون عليها، بما يتلاءم مع ما ينشأ بينهم من نزاع، فإذا اتفقوا على تطبيق قانون دولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين في هذه القواعد، أما المحكم فيتمتع بسلطة إستخلاص أكثر القوانين اتصالا بالنزاع كقانون إبرام العقد أو مكان تنفيذه، أو قانون بلد المصدّر أو المستثمر أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم أو الذي يوجد فيه فرع الشركة المرتبطة بالعقد المتضمن لشرط التحكيم.

إذا أظهرت التشريعات الوطنية حرية كاملة في إختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أنه تحتفظ لنفسها بحق حماية نظامها العام، وإجبار الأخرين على إحترامه، من خلال رفض إعتماد القرارات التحكيمية التي لا تحترم النظام العام، فإن إحترام النظام العام قد يقتضي على المحكمين الإبتعاد عن القوانين التي قد تحكم تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاع معين[1].

أكد المشرع الجزائري هذا الخيار لحماية النظام العام والآداب العامة من خلال فصل محكمة التحكيم في النزاع حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة من خلال نصه في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي: « تفصل محكمة التحكيم في النّزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة »[2].

لكن تجدر الإشارة إلا أنه لا يعد تعسفا، إنحراف المحكم في إختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، وكذلك خطؤه في تفسير القانون أو وجود قصور في أسباب حكمه، إذ أن ذلك لا يعد سببا لطلب الإبطال، لأن أسباب البطلان واردة على سبيل الحصر وليس من بينها تلك الأسباب [3].

كذلك فالمحكم يعتبر حرا في إختيار القانون الواجب التطبيق ولا تحكمه في ذلك النظم القانونية الوطنية، في الوقت الذي كان فيه التصميم النظري الغالب هو ذلك الذي يرى

---

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 717

[2] العرباوي نبيل صالح، **القانون الواجب التطبيق على المنازعات التحكيمية**، مقال منشور في مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، مجلد 18، العدد 01، مارس 2019، ص 274.

[3] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 190.

في المحكم جهاز من أجهزة الدولة مقر التحكيم، كان من المحتمل أن المحكم يصغي إلى التعليمات التي كانت تعطى له من قبل الدولة، لكن الأفكار قد تطورت ولم يبق من أحد يدعم فكرة أنه على المحكم عند إختياره القانون الواجب التطبيق عليه الإنصياع لقوانين الدولة مقر التحكيم، الإستقلالية التي يحظى بها المحكم لا تنحصر في علاقته مع دولة مقر التحكيم بل تتجاوزها إلى كل النظم القانونية الوطنية الأخرى، فلا توجد أية نظام قد يملي عليه كيفية أدائه لمهامه، كذلك بالنسبة للواجبات القضائية التي قد تترتب عليه جراء إتفاقية دولية، فبما أنه ليس طرفا فيها، فالمحكم ليس مرتبطاً بها[1].

والمحكم يتمتع بقدر كبير من الحرية أو السلطة التقديرية عند بحثه عن القانون الذي يمكن أن يحكم موضوع النّزاع، ولكن هذه الحرية لا تعني الإختيار المطلق للقانون الأسهل بالنسبة للمحكم، بل يجب أن يكون الإختيار موضوعيا يعتمد على ميزة الملائمة دون أن يكون معتمدا على مزاجه الشخصي، فحرية المحكم هي حرية وظيفية غير متروكة لرغبته[2].

ويكشف الواقع العملي ميل المحكمين على الصعيد الدولي إلى إعمال قانون محل إبرام العقد أحيانا أو قانون محل التنفيذ، وذلك إستنادا إلى مؤشرات ذات طابع خاص كالإستدلال على ترجيح قانون الدولة التي استخدمت لغتها في العقد أو الدولة التي كانت طرفا في العقد وهو ما تنص عليه الإتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار في المادة 42، وقد يرى البعض أنه يمكن للمحكم اختيار ما يسمى بقانون التجار بإعتباره القانون الأكثر اتصالا بالنزاع، إلا أن البعض ينتقد هذا الإتجاه لأنه يفترض تحرير المحكم من تطبيق القانون، إذ أن قانون التجارة الدولية هو مجموعة من القواعد والأعراف المنقطعة الصلة بأي قانون وطني[3].

كما يراعي المحكم في حالة تخويله إختيار القانون الواجب التطبيق الأعراف التجارية، فالمادة 2/39 تلزم المحكم بإحترام شروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية في نوع المعاملة التي يفصل فيها، ولكنه يحتفظ بمراعاة تلك الأعراف بدون التخلي عن القواعد

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 718

[2] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 191.

[3] طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 192.

القانونية المرتبطة بالنّزاع، على أن هناك بعض النظم القانونية اتخذت معايير أخرى تساعد المحكم حال إعماله سلطاته في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع[1].

فتقتضي المادة 1477 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، بأن يتولى المحكم حل النّزاع طبقا لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، أو طبقا للقواعد التي يقدر ملاءمتها، في حالة عدم إتفاقهم – وفي جميع الأحوال– تؤخذ العادات التجارية بعين الإعتبار، وكذلك الأمر بالنسبة لهيئات التحكيم الدائمة وبعض المعاهدات الدولية فتنص المادة 17 من غرفة التجارة الدولية في فقرتها الأولى على أنه:«**للطرفين مطلق الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النّزاع فإذا لم يحدداه طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص** »، كما تقتضي الفقرة الثانية من نفس المادة بأن «يراعي المحكم في كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية»[2].

كما تنص المادة 7 من الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على أنّه «**للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع فإن لم يحدد الأطراف القانون واجب التطبيق، يطبق المحكمين القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يقدر المحكمين ملاءمتها في النزاع وفي الحالتين، يعتد المحكمين بأحكام العقد والعادات التجارية**»[3].

بذلك يتمتع المحكمون بسلطة تقديرية واسعة في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، في حالة عدم إتفاق الأطراف على إخضاع نزاعهم لقانون معين، فتارة يستندون إلى فكرة الإرادة المفترضة للأطراف، وتارة أخرى بتطبيق المبادىء العامة للقانون أو بتطبيق القانون الأكثر اتصالا بالنزاع، وعليه فمن الأفضل للأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حتى لا يؤدي بهم الأمر إلى خضوعهم لقواعد أو قوانين غريبة عنهم، ولكنها مفروضة عليهم.

---

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 192.

[2] في إحدى القضايا التي فصلت فيها غرفة التجارة الدولية كان طرفاها أحدهما بائع (من أوروبا) والأخر مشتري (دولة عربية) اتفقا على حل نزاعهما عن طريق التحكيم وأن يطبق قانون الدولة العربية وفقا للشروط العامة ويعرض الموضوع على غرفة التجارة الدولية بباريس، فقد قررت هذه الأخيرة بأن الأطراف لم ينصوا صراحة على القانون الواجب التطبيق، لذلك قررت المحكمة تطبيق قانون المدعي تأسيسا على تطبيق قانون البائع وفقا للأعراف والعادات الدولية.

أنظر: عبد الحميد الأحدب، **التحكيم ووثائق تحكيمية**، د.د.ن، طبعة 1990، الجزء الرابع، ص 125.

طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 192.

[3] طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 193.

ب- سلطة المحكم في استبعاد القانون واجب التطبيق :

عندما يتفق الطرفان على القانون الواجب التطبيق، فإن الإجراء الطبيعي للمحكم هي في إحترام إختيارهم، غير أنه يرى المحكم أسباب في إستبعاد القانون الواجب التطبيق من طرفهما[1].

يجب أن يلتزم المحكم بالقانون الواجب التطبيق على النزاع فلا يملك العدول عنه أو الإلتفاف عليه، فعدم إلتزام المحكم بالقانون الذي اتفق عليه الأطراف يبطل حكم التحكيم وفقا لنص المادة 1/53/د من قانون التحكيم المصري الذي يعتبر تزايدا من قانون التحكيم المصري لم يرد في إتفاقية نيويورك أو القانون النموذجي، على أنه يشترط لإعمال هذا الشرط أن يتفق الأطراف صراحة على تطبيق قانون معين على موضوع النزاع، وأن يستبعد المحكم القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه استبعادا تاما ، أما إذا استبعد بعض قواعد هذا القانون أو أخطأ في اختيار القاعدة الصحيحة، فلا يتوافر أسباب البطلان لأن ذلك لا يعد من أسباب البطلان[2].

صحيح أن المحكم يلتزم بإحترام إرادة الأطراف في التحكيم عند إختيارهم القانون الواجب التطبيق، وذلك راجع للطبيعة التعاقدية لمهامه وواجب حسن الأداء وكذلك لكي يكون القرار التحكيمي الذي أصدره فعالا لمواجهة الطرفين، غير أن قد يستبعد المحكم هذا القانون ولذلك بسبب عدم ملاءمته لإيجاد حل يرضي الطرفين ويحمي مصالحهما ولذلك أهمية كبرى، وفي هذه الفرضيات، فإن الحصول على فعالية قرار التحكيم قد تملي على المحكم الإبتعاد عن إرادة الطرفين، وقد يتعرض حينها قرار التحكيم للبطلان أو رفض إعتماد الصيغة التنفيذية «exequature» في بعض البلدان[3].

إلا أنه كثيرا ما يحدث أن تكون النصوص القانونية التي يتمسك بها الخصوم من خلال اتفاق التحكيم لا تنطبق على الوقائع المثارة بسبب النزاع أو يكون القانون الواجب التطبيق خاليا من نص يمكنه من تطبيقه على النزاع المطروح، فماهي سلطة المحكم حيال ذلك؟[4]

---

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 723

[2] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 194.

[3] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 724

[4] طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 194.

أولا، يجب أن نوضح أن المحكم ليس آلة مصمته بل هو أداة فعالة يمسك بدفة التحكيم ليصل بها إلى ما يبتغيه الأطراف من حكم عادل، وعليه لا يبقى المحكم مكتوف الأيدي بل يتخذ موقفا بقبول طلب التحكيم والتنبيه على الأطراف بأنه سوف يتولى تطبيق قاعدة لم يتم الإتفاق عليها بينهم، وذلك احتراما لحق الدفاع، فإذا كان القانون الواجب التطبيق، كله غير قابل للتطبيق فعلى المحكم استبعاد ذلك القانون وتطبيق قانون آخر مع إتاحة الفرصة أمام الأطراف في إختيار قانون آخر.

وعلى المحكم في كل الأحوال أن يحترم النظام العام والقواعد الآمرة، ويضعها نصب عينيه، فإذا تبين له وجود نصوص في القانون الواجب التطبيق يمكن أن تصطدم بالنصوص الآمرة، أو بأن تخل بالنظام العام، فعليه إستبعاد تلك القواعد وتطبيق قواعد أخرى ملائمة لطبيعة النزاع، حتى لا يضحي حكمه عرضة للبطلان.[1]

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 194.

الباب الثاني

سلطات المحكمين في إطار مباشرة الدعوى التحكيمية

أولى التحكيم الدولي للمحكم دوراً أساسياً في الدعوى التحكيمية، فهو يستمد إختصاصه وسلطاته من إتفاق التحكيم الذي يصيغه الأطراف بإرادتهم الحرة، ويتم إختيار المحكم أو المحكمين سواء في إتفاقية التحكيم أو بمجرد وقوع النّزاع أو بالعودة إلى النظام التحكيمي المعتمد، وللتحكيم طبيعة تعاقدية بين المحكم والطرف الذي قام بإختياره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بواسطة إحدى الهيئات التحكيمية الدائمة التي تتولى تعيينه بناءا على إتفاق الأطراف.

أماّ المشرع الجزائري فقد أولى أهمية كبيرة لمسألة تعيين المحكم لأداء مهامه بكل أريحية كما أمدّه بكل السلطات الأساسية في تولي العملية التحكيمية ضمن التحكيم الداخلي وقد أولى نفس الأهمية للتحكيم الدولي بالمصادقة على إتفاقيات التحكيم الدولية.

ولقد أدى غياب نظام قضائي متخصص لفض منازعات عقود الاستثمار إلى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدّولي كوسيلة لتسوية هذه المنازعات، وهذا يبرز أهمية إتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير في 1965/03/18 في واشنطن والمعروفة بإتفاقية واشنطن والتي أنشئ بموجبها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدّول ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة.

إن دور المركز كهيئة لحل هذا النوع من المنازعات كان محلا للجدل والنقاش بين فقهاء القانون، مما يجعل من المفيد إلقاء الضّوء على كيفية عمل هذا المركز وفاعليته في حلّ هذه النّزاعات وذلك عبر تبيان الشروط المطلوبة لصحّة اللّجوء إلى المركز، وكيفية سير العملية التحكيمية منذ بداية الإجراءات حتى الوصول إلى الحكم التحكيمي، بالإضافة إلى مقارنة عمل المركز مع هيئة تحكيم لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية (الكنودسي)[1].

كذلك فسوف نتطرق أولا إلى الإطار القانوني والتنظيمي للتحكيم (الفصل الأول) ثم سوف نتطرق إلى الآليات الإجرائية للتحكيم ضمن دراسة مقارنة بين الأجراءات المتبعة ضمن المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار «**C.I.R.D.I**» وتللك المتبعة عند لجوء طرفي النّزاع لأختيار هيئة تحكيم لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدّولية (**الكنودسي**) **CNUDCI** (الفصل الثاني).

[1] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 15.

الفصل الأول:
الإطار القانوني والتنظيمي للتحكيم.

بعد أن تطرقنا في الباب الأول إلى الطبيعة الخاصة للتحكيم في عقود الاستثمار الدولي، كوسيلة بديلة للقضاء الوطني الذي يعتبر في غالب الأحيان متحيزاً لجانب الدّولة المضيفة للاستثمار بإعتبارها تمثّل السلطة العامة وقد تضغط على قضائها الوطني لأجل التحصّل على أحكام في صالحها وعلى عاتق المستثمر الأجنبي، الذي بدوره لا يثق في هذا القضاء الوطني.

كذلك وبإعتبارهما طرفين مستقلين في عقد الاستثمار وعند إتفاقهما الصريح على اللّجوء إلى التحكيم عند نشوء منازعة قانونية بينهما فلا بد من أن يتبعا إجراءات معينة لأجل الأستفادة من التحكيم في نزاعهما، سواء كان التحكيم خاضعا للقانون الوطني أو للإتفاقيات والمعاهدات المبرمة في هذا الشأن سواءا الثنائية أو متعددة الأطراف، وبإعتبار الأجراءات الخاصة بالتحكيم لا بد من أن يتوفر فيها عنصر السرعة فهي في غالب الأحيان إجراءات دقيقة وسهلة خصوصا في تلك التي تخص التحكيم ضمن المؤسسات التحكيمية التي تضع القواعد الخاصة بها في هذا المجال، كذلك فسوف نتطرق في بحثنا الأول إلى أليات التحكيم الدّاخلي والتحكيم الدّولي في إطار مراكز التحكيم، أما في بحثنا الثاني فسوف نتطرق إلى اللجوء للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الدولي.

المبحث الأول:

آليات التحكيم الدّاخلي والتحكيم الدّولي في إطار مراكز التحكيم.

لقد أعتبر التحكيم من قبل الدّول المضيفة للاستثمار وخاصة تلك التي هي إلى حاجة بالغة لاستقطاب رؤوس الأموال الخاصة بالمستثمرين الأجانب وبالخصوص الدّول النامية كضمانة أساسية تقدّم للمستثمرين الأجانب لأجل تحفيزهم على الاستثمار ويكون دور هذه الضمانة حماية للمستثمر الأجنبي من تعسف الدّولة من خلال تشريعاتها الدّاخلية، «إذ أن التحكيم يلجأ إليه الأطراف لفض النزاعات بعيدا عن طول وتعقيد القضاء وأن أهم ما

يميز هذا الإجراء هو أن دوره كضمانة هو بعث الثقة لدى الأطراف» [1] وتكتسي هذه الضمانة أهمية كبيرة إلى حدّ أن الدّول أصبحت تقوم بإدراج تعديلات على تشريعاتها الدّاخلية الخاصة بالاستثمار لأجل مواكبة التشريعات الخاصة بالتحكيم التجاري الدّولي التي إتفق عليها ضمن المعاهدات والأتفاقيات الدّولية كل ذلك سوف نتطرّق إليه ضمن مبحثنا هذا أين سوف نتعرف من جهة وفي المطلب الأول على إجراءات التحكيم في إطار التشريع الجزائري ومن جهة أخرى وفي المطلب الثاني على دور هذه الأتفاقيات الدّولية في ميدان التحكيم التجاري الدّولي بصفة عامة وبالخصوص تلك المتعلقة بالاستثمار ومكانة التحكيم في فض المنازعات الخاصة به وكذلك وبإعتبار أن بعض هذه الأتفاقيات أنشأت مراكز مؤسساتية تضطلع بالمهمّة التحكيمية فسوف نتطرق إلى دور هذه المراكز التحكيمية في فض منازعات عقود الاستثمار.

المطلب الأول:

سلطات المحكمين وإجراءات التحكيم في إطار التشريع الجزائري:

لقد كانت الدّولة الجزائرية ترفض الإعتراف بالتحكيم كوسيلة بديلة لحلّ المنازعات الناشئة للاستثمار، لكن ومع التطوّرات التي عرفها الأقتصاد العالمي التي لم تبق الجزائر عن منأٍ منها فقد أجبرتها على تقبل التحكيم بالأنضمام إلى عدّة إتفاقيات منها إتفاقية نيورك في سنة **1988**، وأنضمت كذلك لاتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدّولي لتسوية المنازعات عام **1965**، ولقد قامت بتعديل تشريعاتها الدّاخلية الخاصة بالتحكيم التجاري لأجل مواكبة هذا الرّكب وتحقيق الفاعلية في تنظيم إقتصادها الوطني وبالخصوص قانون الأجراءات المدنية والإدارية لسنة **2009**، وقد إستمرت مرحلة التحفظ على التحكيم هذه حتى بداية الثمانينات أين كرس التحكيم بموجب الإتفاق بين فرنسا والجزائر سنة **1982**، حيث أنه وفي إطار المعاهدات الثنائية، لأجل حل منازعات المؤسسات المختلطة بمقتضى هذا الإتفاق المبرم في **1983**، قبلت الجزائر التحكيم في إطار حل النزاعات التي تنشأ بين المؤسسات العمومية الجزائرية وشركائها العموميين أو الخواص الفرنسيين، لهذا فقد كانت الجزائر ولفترة طويلة تستبعد التحكيم كأسلوب

[1] مروة جزيري، ميلود سلامي، **التحكيم التجاري الدولي كضمانة للمستثمر الأجنبي**، مقال منشور في مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 06، العدد 02(2021)، ص ص 181-202.

لتسوية المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأطراف الأجنبية، ولعل مرد هذا الإستبعاد كان مرتبطا بفكرة السيادة [1]، فتطرقنا في دراستنا في الفرع الأول منها إلى الإجراءات الأولية للتحكيم في إطار التشريع ماقبل صدور الحكم أو القرار التحكيمي وفي الفرع الثاني عند صدوره أما في الفرع الثالث فتطرقنا إلى الإجراءات المتبعة ما بعد صدور الحكم التحكيمي أو تلك المتّبعة عند الاعتراف به وتنفيذه وطرق الطعن المتاحة فيه.

الفرع الأول:

سلطات المحكمين ضمن الإجراءات الأولية للتحكيم في إطار التشريع أثناء سريان الخصومة

أولا: المحكمة المساعدة للتحكيم:

لقد إجتهد المشرع الجزائري لتوفير طرق بديلة عن اللّجوء للقضاء الوطني في تسوية النّزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار وذلك من خلال سنّ تشريعات خاصة بالتحكيم عامة وبإعتبار عقد الاستثمار من عقود التجارة الدّولية فهو يخضع للتشريعات التي تتضّم عملية التحكيم التجاري وإجراءاته، زيادة عن ذلك فقد صادقت الجزائر على عدّة إتفاقيات ومعاهدات دولية في مجال التحكيم التجاري الدّولي وقد ساهمت من خلال ذلك بتنظيم إجراءات التحكيم ويعتبر التحكيم دوليا حسب ما ورد في المادة **1039** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية « **يعد التحكيم دوليا، في مفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النّزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل**» [2]، ويتميز عقد الاستثمار الدّولي بالطابع الدّولي زيادة على تميزه بالطابع التجاري بإعتباره يخص مصالح إقتصادية لطرفي العقد، من جهة الدّولة المضيفة للاستثمار ومن جهة أخرى المستثمر الأجنبي الذي لا بد أن يكونا ذوي جنسيتين مختلفتين أي أن يكونا من دولتين على الأقل وهذا ما جاء في نص المادة **1039**.

زيادة عن ذلك، فقد نصت المادتين **1041 و1042** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنّه وبإعتبار التحكيم دوليا، بالإمكان أن تنعقد محكمة التحكيم في الجزائر أو في خارج الجزائر.

---

[1] عز الدين بوجلطي، **التحكيم ضمانة لتسوية منازعات الاستثمار الدولي**، مقال منشور في مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 17، العدد 27، السنة 2021، ص ص 247-266.

[2] قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

أ-محكمة التحكيم تنعقد بالجزائر:

إذا كان التحكيم مؤسساتياً فهو لا ينعقد في الجزائر أما في حال إنعقاد التحكيم بالجزائر فإن المحكمة المختصة هي المحكمة المنصوص عليها في المادة **1042** التي تنصّ على « **إذا لم تحدّد الجهة القضائية في إتفاقية التحكيم، يؤول الأختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ** »[1].

بحسب المادة فإن المحكمة المختصة في عملية التحكيم هي :**المحكمة المحددة في إتفاقية التحكيم** وتجدر الإشارة بذلك إلى أن المشرع الجزائري قد ترك لطرفي عقد التحكيم الحرية في إختيار هيئة التحكيم ولم يجعل في نفس الوقت عدم الإختيار كمانع من إتمام التحكيم وقرر إحلال المحكمة محلها في الإختيار[2].

وعلى غرار المشرع الجزائري فإن الغرفة التجارية الدولية تقرّ أحكام تكوين هيئة التحكيم وفقا لما إتفق عليه الأطراف مسبقا وذلك وفقا للمادة **08 فقرة 01** من قواعد التحكيم الخاصة بالغرفة التجارية التي تنص على أنه: « **إذا إتفق الأطراف على اللّجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدّولية، فإنّها تخضع بالتالي لهذا النّظام** ». أي:

1-المحكمة التي يحدد في دائرة إختصاصها مقرّ التحكيم.

2-محكمة مقر إقامة المدعى عليه في النّزاع.

3-محكمة إقامة المدعى إذا كان المدعى عليه لا يقيم بالجزائر.

قد يؤدي تحديد مقر المدعى أو المدعى عليه إلى صعوبات.

4-المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد: وهذا ما نصّت عليه المادة **1042** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فعندما لا يوجد في اتفاقية التحكيم تعيين مكان إنعقاد محكمة التحكيم، وبرضا الطرفين، كتابة فلا بد من أن يؤول الأختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها إما مكان إبرام عقد الاستثمار الدّولي بين طرفي العقد أو مكان تنفيذه ويقصد المشرّع هنا هو محكمة الدّولة المضيفة للاستثمار.

---

[1] قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2] سامي بلعابد، **إنعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري**، مقال منشور في مجلة الحوار الفكري، جامعة أحمد درايا، أدرار، المجلد 12، العدد 14، د س ن، ص ص 113-150.

لقد تعرض المشرّع إلى كل الحالات التي من الممكن أن يتدخل القضاء فيها من أجل تعيين المحكم، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة **1009** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين هؤلاء من قبل رئيس المحكمة[1].

ب- محكمة التحكيم تنعقد خارج الجزائر:

قبل اللجوء إلى إستعراض إجراءات التحكيم في القانون الجزائري التي هي مجموعة من الأعمال الإجرائية المتوالية والرّامية إلى الوصول إلى صدور حكم من هيئة التحكيم، فاصل في النّزاع القائم بين طرفي التحكيم والمطروح أمامها، لا بد من الرجوع بالتحقق من أمور معينة وهي:

1- تشكيل هيئة التحكيم وقبول المحكم للمهمة الموكلة له والمتمثلة في الفصل في النّزاع.

2- تحديد النّزاع المعروض على التحكيم وهناك حالتان، أولاً حالة إتفاق التحكيم يكون النّزاع محدد في إتفاقية التحكيم، ثانيا حالة شرط التحكيم، وهو ورود نص في العقد الأصلي يقضي باللّجوء إلى التحكيم عند نشوء نزاع في المستقبل، ففي هذه الحالة لا يبدأ التحكيم إلا منذ تاريخ نشوء النّزاع وعندئذ يتم تحديد النّزاع إما بوثيقة خاصة أو في طلب التحكيم أو أمام هيئة التحكيم في بيان الدعوى الذي يقدّم إليه.

كذلك وباعتبار التحكيم طريق خاص في حل المنازعات ومعناه الخروج عن طرق التقاضي العادية وذلك طبقا لأحكام التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08، والتي تنظّم التحكيم، إذ ينشأ التحكيم على أساس إرادة ورضا طرفي الخصومة الذين يقومان بإختيار القضاة المكونين لمحكمة التحكيم بدلا من الإعتماد على التنظيم القضائي.

وبإستقراء النصوص المذكورة آنفا وبالخصوص المادة **1039** يمكننا التعرّف على المحكمة التي تختصّ في هذه الإجراءات وكيفية إختيارها.

---

[1] سامي بلعابد، المرجع السابق، ص ص 113-150.

ثانيا: كيفية تعيين المحكمين.

ذكر المرسوم التشريعي رقم **03/93** المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة تعيين المحكمين الخاضعة إعتياديا لمبدأ حرية الأطراف في إختيار المحكم بطريقة مباشرة من دون الإستعانة بالهيئات أو الأنظمة الأخرى بأنه يمكن الإستعانة بهذه الأنظمة في التحكيم والمعتمدة على مستوى مراكز وهيئات التحكيم الدّولية التي بإمكانها المساهمة في تعيين المحكمين، وتوجب الأمر على المشرع من أجل حماية هذا الإجراء من محاولة أحد الأطراف عرقلته وضع قواعد مناسبة لهذه العملية وفي هذا المجال لا بد من التمييز بين حالتين:

أ-الحالة الأولى: محكمة التحكيم تنعقد في الجزائر:

بإستقراء المادة **1041** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نستخلص أن مهمة تعيين المحكمين تعود إلى رئيس المحكمة المختصة بمعنى أخر «**الجهة القضائية المحددة في إتفاقية التحكيم**»، أما في حالة عدم تناول هذه المسألة في الإتفاقية، فيعود الإختصاص في تعيين المحكم أو المحكمين إلى المحكمة التي تقع في دائرة إختصاصها مقر إنعقاد هيئة النحكيم أو محكمة مقر إقامة المدعى عليه في النّزاع، مع الإشارة هنا إلى الحالة التي يكون فيها المدعى عليه غير مقيم في الجزائر فالإختصاص يعود للمحكمة التي تقع في دائرة إختصاصها مقر إقامة المدعي.

ب-الحالة الثانية: محكمة التحكيم تنعقد خارج الجزائر:

إستقراءا لنص المادة **1041** من القانون **09/08** المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنصّ على أنّه : « **يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم او إستبدالهم، يجوز للطّرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي :**[1]

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم، اذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

[1] قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

2- رفع الامر الى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر»[1]، فنستخلص أنه عندما يكون التحكيم جارياً في الخارج مع إتفاق الأطراف بالخضوع لقانون الإجراءات الجزائري فيعود الإختصاص لرئيس محكمة الجزائر، كذلك يمكن للقاضي تعيين المحكم بموجب أمر على عريضة بعد التأكد من وجود إتفاقية التحكيم بين طرفي النّزاع والشرط الواجب إحترامه من أجل ضمان حياد وإستقلالية المحكم الذي يعينه القاضي هو إختياره تعيين محكم من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف [2].

ثالثا: إمكانية وكيفية ردّ المحكمين.

بعد التطرق إلى كيفية تعيين المحكمين، لابد من التطرق إلى كيفية ردهم، عند حصول أحد أسباب الرّد وعند الرجوع إلى المشرّع الجزائري نجد أنه تطرق لمسألة ردّ المحكم من خلال المادة **1016** من القانون رقم **08-09** المتعلق الاجراءات المدنية والإدارية نصّت على ما يلي: « **يمكن ردّ المحكم :**

1- **عندما لا تتوفر المؤهلات المتفق عليها بين الاطراف،**

2- **عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،**

---

[1] من خلال دراستنا لنصّ هذه المادة نلاحظ أنّها لم تأتي بأي جديد يذكر فهي نسخة من المادة **458** مكرر **02** من القانون القديم الخاص بالأجراءات المدنية الصادر بموجب المرسوم التشريعي **93-03** المؤرخ في **25 أفريل 1993** ففي فقرتها الأولى نجد أنها تسمح للأطراف من تعيين محكم أو أكثر، وكذا إمكانيتهم في تحديد شروط تعيينهم وعزلهم أو إستبدالهم بطريقة مباشرة أي من تلقاء نفسهم أو بالعودة إلى ما اتفقوا عليه من قواعد في إتفاقية التحكيم، مما يعني حرية الأطراف في تعيين المحكمين سواء في إتفاقية التحكيم أو بمجرد وقوع النّزاع، في حالة ما أستوجب التحكيم توفر أكثر من محكمين يكون للأطراف تعيين محكم ثالث أو ترك ذلك للمحكمين الذين تم تعيينهم، أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد أشارت إلى إمكانية العودة إلى النّظام التحكيمي لتعيين المحكم أو المحكمين ويرجع ذلك إلى اتفاق أو رغبة الأطراف على عرض النّزاع على هيئة دائمة، وفي حالة غياب ذلك لابد من العودة للقاضي. كما يجوز لمن يهمه الأمر الرجوع في حالة عدم توفر الأوضاع السابقة وإذ تم التحكيم في الجزائر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان التحكيم، أما إذا تمّ التحكيم في الخارج مع إتفاق الأطراف على الخضوع للقانون الإجرائي الجزائري فيتمّ الرّجوع إلى رئيس المحكمة بمقتضى أمر لتعيين محكم أو أكثر وتحديد شروط تعيينهم، فإذا لم يتم تحديد الجهة القضائية المختصة فيعود الإختصاص مباشرة الى المحكمة مكان ابرام العقد او مكان تنفيذه وذلك حسب المادة **1042**.

[2] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 339.

3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.

تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد وفي حالة النّزاع، إذا تضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرّد، يفصل القاضي المختص في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل، هذا الامر غير قابل لأي طعن » [1].

من خلال إستقراء المادة المذكورة أعلاه وتحليلها نجد حالات على سبيل الحصر تحدّد شروط يستوجب توافرها لردّ المحكمين وهي كمايلي:

1- نقص أو إنعدام التأهيل عند المحكم أو وقوع منازعة التحكيم خارج إختصاصه العلمي والمعرفي أو إنعدام المؤهلات لديه لكي يتمكن بأريحية بالفصل في النّزاع بالصفة التي يرغب بها الأطراف أو تلك المتفق عليها.

2- سبب الرّد مذكور في نظام التحكيم الذي إتفق عليه الأطراف بموجب إتفاقية التحكيم ويقصد المشرع هنا عند لجوء الأطراف للتحكيم المؤسساتي أين توجد قواعد خاصة بكل مؤسسة تحكيمية، وتطرقها إلى كيفية عزل أو ردّ أو إستبدال المحكمين، ويثبت لأحد طرفي النّزاع توافر أحد شروط ردّه.

3- ظهور شبهة أو ثبوت شكّ أو تصرّف غير لائق أتى به المحكم أو أتّصف التصرّف من أنّه تحيّز لأحد الأطراف على حساب الطرف الثاني، أو تبيّن من خلاله على أن المحكم يريد مفاضلة أحد الأطراف، حيث أن المشرّع إصطلح عليها بالظروف لتعدّدها وإختلافها فهو وارد بمعنى التعميم لأجل السّماح بضمّ كل الحالات الممكنة التي قد يضع المحكم نفسه فيها فيكون محلّ شبهة أو قد يخلق شكّ في ذهن أحد أطراف منازعة التحكيم في مدى شفافيته وحياده أو إنصافه لهم ومدى موضوعيته في التحكيم.

4- تبعية المحكم لأحد أطراف التحكيم ماديا أو من خلال تواجد رابطة إقتصادية أو علاقة مصلحة تجمعه بأحد طرفي المنازعة، كأن يكون قد أدى في الماضي خدمات في

[1] قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

ميدان التسيير أو المناجمنت أو الإستشارة الإقتصادية أو الفنّية لأحد الطرفين أو أنّه سوف يتلقى فائدة أو هدية أو مزية بصفة مباشرة أو غير مباشرة من قبل أحد طرفي الخصومة التحكيمية مقابل صدور الحكم لصالحه.

5- وجود علاقة عائلية من أحد الأطراف أو هناك شخص أجنبي قد توسّط لطرف ما عنده لتحقيق الهدف المنشود في صدور الحكم التحكيمي لصالحه.

كما ذكر المشرّع في الفقرة الثانية من المادة **1016** بعدم جواز ردّ المحكم من الطرف الذي كان قد عيّنه من ذي قبل وحتى بمجرد مشاركته في تعيينه، فهذا إجحاف في حق المحكم نفسه الذي يجد نفسه يجري في كل الاتجاهات فتارة يعين وتارة أخرى يردّ فعند انتقاله إلى مكان التحكيم قد يبلّغ بأنه قد تقرّر رده، لكن ترك المشرع الباب مفتوحاً لأستثناء وحيد وهو لسبب من الأسباب التي قد سبق ذكرها أو أي سبب أخر أتى لعلم من قام بالتعيين أو شارك فيه بعد التعيين، كذلك فردّ المحكم المعين من أحد الأطراف لابد أن يكون لأسباب ظهرت بعد هذا التعيين.

كما تابع المشرّع في ضرورة إحترام إجراءات الرّد وتسويتها من خلال تبليغ محكمة التحكيم والطرف الأخر في المنازعة دون تأخير بسبب ردّ المحكم، أماّ إذا تعذّر على أطراف المنازعة التحكيمية تسوية إجراءات الرّد أو لم يتضمن نظام التحكيم كيفية تسويته فلا بد من الرّجوع إلى القاضي المختصّ من خلال طلب أحد الأطراف بأمر غير قابل للطعن فيه.

الفرع الثاني:

سلطات المحكمين طبقا لإجراءات التحكيم في إطار التشريع الجزائري عند صدور حكم التحكيم.

أولا: شروط صدور حكم التحكيم.

قرار التحكيم يمكن تسميته كذلك حكم التحكيم حيث قام المشرّع الجزائري بإستبدال مصطلح القرار بموجب القانون **08-09** لتسميته بالحكم التحكيمي وهذه من أبرز التعديلات التي مسّت إجراءات التحكيم[1].

[1] عجابي إلياس، **النّظام القانوني للتحكيم التجاري الدّولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد**، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الأقتصادية والسياسية، العدد 2010/03، ص 64.

كذلك فقد تطرق المشرّع الجزائري إلى وجوب توافر مجموعة من الشروط في الحكم التحكيمي سواء الشكلية أو الموضوعية في المواد**1025، 1026، 1027، 1028، 1029، 1030، 1031** من القانون **08-09** فكأصل عام الحكم التحكيمي يخضع للإجراءات المتفق عليها بصفة مسبقة في إتفاقية التحكيم، وكإستثناء إذا لم تتضمنها هذه الإتفاقية فمحكمة التحكيم هي من تتولى ضبطها أو إقرارها.

ولكي يكون حكم التحكيم صحيحاً لا بد من إصداره في شكلية معينة ضمن الشروط التي نصّت عليها المواد المذكورة سابقا كمايلي:

1- نصت المادة **1025** على وجوب توافر السريّة في مداولات المحكمين.

2- نصت المادة **1026** على صدور أحكام التحكيم وفقا لأغلبية الأصوات.

3- نصت المادة **1027** على ضرورة سرد وقائع الدعوى وتضمينها عرضاً موجزاً لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ومع تسبيب ذلك الحكم، أي أن يذكر المحكم الحيثيات التي بنيت عليها إقراراته وإستنتاجاته وأسباب وصوله إلى النتيجة.

4- نصت المادة **1028** على وجوب تضمين حكم التحكيم بعض البيانات الضرورية مثل أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم، وتسمية الأشخاص الإعتبارين وذكر مقرهم الاجتماعي، تاريخ صدور الحكم، مكان التحكيم وأسماء وألقاب المحامين أو كل من قدّم المساعدة للأطراف عند الإقتضاء ومن أجل ذلك لابد أن يكون الحكم التحكيمي مكتوبا ومعين المكان.

5- نصت المادة **1029** على ضرورة أن يكون الحكم موقّعاً من طرف جميع المحكمين، فإذا رفض أحدهم التوقيع فعلى بقية المحكمين الإشارة إلى ذلك، فهو ينتج أثاره كونه موقع من جميع المحكمين وتفاديا لإبطال ذلك الحكم الذي لابد أن يكون مسببا.

6- نصّت المادة **1030** عن الأثار القانونية الناجمة عن صدور الحكم التحكيمي والمتمثلة في إنهاء مهام هيئة التحكيم وإضفاء صبغة الشيء المقضي فيه عليه[1]، كما أضافت المادة بعض الإستثناءات عن إنهاء مهمة المحكم وهي تفسير الحكم أي بإمكان

[1] معيفي عبد العزيز، **الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015، ص 348.

المحكم الرجوع إلى مهامه من أجل تفسيره أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام التي يتضمنها القانون.

7- نصت المادة **1031** على حيازة الأحكام الصادرة على حجية الشيءالمقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النّزاع المفصول فيه.

ويقول الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا في هذا الصدد أن« حكم المحكم يكتسب الحجية وتلتصق به بمجرد صدوره ـ شأنه شأن أحكام القضاء ــ ولوكان قابلا للطعن، وتبقى هذه الحجية وتستقر ببقاء الحكم وتزول بزواله ... كذلك فإن حكم المحكم يحوز الحجية ولو لم يصدر بعد الأمر بتنفيذه، وهذا هو الرأي الراجح فقها وقضاءا وبعبارة أخرى، نفاذ حكم المحكمين يسري من تاريخ صدوره بينما تنفيذه لا يجوز إلا بعد صدور الأمر بذلك»[1].

وتعدّ العبرة من إخضاع حكم التحكيم لشرط الكتابة هو تبرير وجوده ولا لإثباته، ذلك ان إصداره شفهيا ينفي عنه وصف حكم التحكيم وما يرتبه من أثار، بالإضافة أن الحكم الشفهي لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه ولا يكون قابلا للتنفيذ كون معظم القوانين تشترط لتنفيذه صورة أصلية من الحكم وهو ما لا يمكن أن يحصل إلا بموجب حكم مكتوب[2].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق.

لقد نصّت المادة **1050** من القانون **08-09** المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على أنّه : «**تفصل محكمة التحكيم في النّزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة**»[3]

نستقرئ من خلال المادة على أن المشرّع الجزائري قد منح أطراف النّزاع الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع وفقا لقاعدة سلطان الإرادة، إذا لم يتم تحديده من قبل الأطراف في عقد الاستثمار الدّولي، أو أي إتفاق لاحق عليه، فهنا تعود المهمّة

---

[1] عيد محمد القصاص، **حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط2، 2008، ص 176.

[2] رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص 276.

[3] المادة 1050 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية** الصادر في الجريدة الرسمية العدد 21.

لمحكمة التحكيم بشكل مباشر لتحديد هذا القانون إعتمادا على قواعد القانون والأعراف التجارية التي تراها مناسبة .

فالمبدأ الذي تتضمّنه هذه المادة أن محكمة التحكيم تطبق القانون الذي أختاره أو إستقر عليه الأطراف، والإستثناء في حالة غياب مثل هذا الإختيار فالمحكمة تطبق ما تراه ملائما أو مناسبا من المبادئ العامة للقانون أو الأعراف التجارية السائدة.

من خلال ذلك، نستنتج أن المشرع الجزائري قد تبنى نفس توجه نظام التحكيم الدّولي المعمول به على الصّعيد العالمي وهوما تؤكده المادة **13 فقرة 03** من نظام التحكيم الغرفة التجارية الدولية بنصها على أنّه : « **للأطراف حرية تحديد القانون الواجب على المحكم تطبيقه على موضوع النّزاع، فإذا لم يحدده الأطراف طبق المحكم القانون الذي تحدد قاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص** » [1].

الفرع الثالث:

الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها وطرق الطعن فيها.

لقد تضمن القانون **08-09** المتضمن قانون الأجرءات المدنية والإدارية فصلا كاملا فيما يخص الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في الفصل السادس وهي نفس الأحكام التي تطبق على قرارات التحكيم الخاصة بالتحكيم في منازعات الاستثمار الدولي والإعتراف بها وتنفيذها أما فيما يخص الإجراءات التي تتبع بعد صدور الحكم التحكيمي والتي هي أساسية ومنها يستمد حكم التحكيم كل أهميته فبفضلها يصبح حكم التحكيم نافذا في حق الأطراف ويحقق أثاره في ذمّة أطراف العقد، وتتمثل هذه الإجراءات في الأعتراف بالحكم التحكيمي ثم كيفية تنفيذه وفي النهاية طرق الطعن فيه.

أولا: الاعتراف بالأحكام التحكيمية:

لقد أقرّ المشرّع الجزائري في القانون **08-09** المتضمن قانون الأجرءات المدنية والإدارية شرطين هامين من أجل صحّة الإعتراف بقرارات التحكيم الدولي، الأول يتعلق بإثبات وجود الحكم التحكيمي، والثاني بأن لا يكون مخالفا للنّظام العام الدولي.

[1] عجابي إلياس، المرجع السابق، ص 69.

أ- ضرورة إثبات وجود الحكم التحكيمي:

يقصد المشرّع الجزائري من خلال نص المادة **1052** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص عملية الإثبات بضرورة تقديم نسخة أصلية من الحكم التحكيمي مرفوقة بإتفاقية التحكيم أو نسخ من الوثائق مستوفاة للشروط اللاّزمة لصحتها، زد على ذلك الإجراءات الأخرى الواردة في نص المادة **1053** من نفس القانون التي تنص على :« **تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل**» [1].

بالرجوع إلى نصوص القانون الدولي نجد أن نفس هذه الشروط نصّت عليها المادة **04** في فقرتها الرّابعة من إتفاقية نيويورك، ولم تكتف بذلك فقد إشترطت شرطا جوهرياً يتمثل في ضرورة تقديم ترجمة للوثيقتين السابقتين سواء الأصل منها أو النّسخ إلى اللّغة الرّسمية للبلد الذي يتمّ فيه التنفيذ، أي باللغة العربية فيم يخص الجزائر على أن يصادق على التّرجمة مترجم معتمد، مترجم محلّف أو **أي** عون دبلوماسي أو قنصلي.

غير أن المشرع الجزائري فقد أغفل هذا الشرط المهم، فمعظم محاكم التحكيم الأجنبية تعتمد لغات أجنبية في إصدار أحكامها أو قرارتها، وعند صدور تلك الأحكام عن محاكم تحكيم أجنبية وعندما يكون مكان تنفيذها في الجزائر، فعند تقديمها أمام القاضي للنّظر في مدى قابلية الإعتراف بها، فقد يجد صعوبة في فهم النّزاع والإسراع في الفصل فيه نظرا إلى أن الوثائق محرّرة بلغات أجنبية مختلفة.

وبإعتبار أن الجزائر مصادقة على إتفاقية نيويورك الدولية فهي تستفيد من أحكام هذه الإتفاقية، فبمجرد مصادقتها عليها تكون قد أدخلتها في نظامها الدّاخلي وتكون لها الأولوية في التطبيق عن أيّ نص يتعارض معها وبذلك فيقع على عاتقها الحرص على مراقبة تطبيق الأحكام التي تضمنتها، بالإضافة إلى كون تقديم وثائق الإعتراف باللّغة الوطنية وبعد ترجمتها فهو شرط يطبق تباعاً في الجزائر مثلما نصت عليه الاتفاقية، كذلك بالنسبة للوثائق الواجب تقديمها [2].

---

[1] قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2] معيفي عبد العزيز، **الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر**، المرجع السابق، ص 350.

ب-أن لا يكون الحكم التحكيمي مخالفا للنظام العام الدّولي:

بالرجوع إلى نص المادة **1051** في فقرتها الأولى نجد أن المشرع الجزائري قد إشترط لتنفيذ الأحكام الأجنبية على القطر الجزائري وعند الإعتراف بها ألا تكون مخالفة للنّظام العام الدولي[1]، ويقصد بالنظام العام الدولي هو مجموعة المبادئ الأساسية لتنظيم المجتمع الدّولي التي يتعين معاقبة إخلالها من قبل المحكم الدولي بغض النّظر عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النّزاع.

من خلال ذلك يتبين لنا أن المشرّع الجزائري قد ذهب بعيدا للبحث عن شرعية حكم التحكيم في إشتراط عدم مخالفته للنظام العام الدّولي وبأنه يكون بذلك قد خالف بعض تشريعات الدّول المقارنة في هذا الشأن، بل أكثر من ذلك نجده خالف حتى أحكام إتفاقية نيويورك التي إشترطت عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنّظام العام الوطني [2].

ثانيا- تنفيذ الأحكام التحكيمية:

يعتبر الحكم الصادر عن المحكم الدّولي غير قابل التنفيذ في الجزائر لعدم تمتعه بالقوة التنفيذية مثل الحكم القضائي الصادر عن الجهات القضائية الوطنية وإنما يلزم لتنفيذه صدور أمر بذلك من السلطة القضائية في الدولة، وبهذا فإنهما لا يستويان حتى إذا صدر هذا الأمر لحكم المحكمين لأن القوة التنفيذية لأي عمل قانوني لا تجعله عملاً قضائياً إذ لم يكن بطبيعته كذلك[3].

أما بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم الدولي في الجزائر وبالرجوع إلى نصّ المادة **1054** نجد أنها أحالت الأطراف فيما يخص بتنفيذ الأحكام التحكيمية لتطبيق نصوص المواد من **1035** إلى **1038** من نفس القانون.

---

[1] يمكن القول أن النظام العام الدولي هو مجموعة من القواعد التي تضعها الاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية ومجموع المبادئ الدولية المتفق عليها. وقد أورد **الدكتور بخشي** بعض الفرضيات حول قواعد النظام العام الدولي في القانون الجزائري تتمثل في التزام احترام سلطات الرقابة للسلطات العمومية في مجال العلاقات المالية من الخارج، مبدأ حسن النية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، إحترام القواعد الأساسية للعدالة لاسيما حقوق الدفاع.

[2] معيفي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 351.

[3] علي رمضان علي بركات، **خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن**، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص 36.

حيث بالرّجوع إلى نصّ المادة **1035** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصها كمايلي: « **يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة إختصاصها ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل.**

يتحمّل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم ,

يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي».

فيما يخص بالتحكيم الدّولي تطبق أحكام المادة **1035** والتي مفادها أن إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي يتم من قبل رئيس الجهة القضائية المختصة من خلال دراسته للملف من مختلف جوانبه، وإصداره لأمر على هامش أصل الحكم التحكيمي، من أجل تمكين رئيس أمناء الضبّط للجهة القضائية المصدرة له من تسليم نسخة من الحكم في حالة مطالبة أحد الأطراف ذلك وتكون محمولة أو ممهورة بالصّيغة التنفيذية وهذا حسب ما تنصّ عليه المادة **1036** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كذلك فبمجرّد صدور أمر رئيس المحكمة، يكتسب الحكم التحكيمي الدولي لقوة الشيء المقضي فيه، ويمكن لصاحب الطلب أو الطرف الذي صدر لصالحه الأمر بمباشرة التنفيذ وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية لكون الحكم التحكيمي أصبح بمثابة حكم قضائي بعد إمهاره بالصيغة التنفيذية.

وخلال مباشرة إجراءات التنفيذ، قد يتدخّل القاضي مصدر الأمر بالتنفيذ(رئيس المحكمة) وذلك من أجل الفصل في إشكالات التنفيذ التي قد تثار.

وبالعودة إلى المادة **1051** في فقرتها الثانية والخاصة بأحكام التحكيم الدولية والتي تنصّ بمايلي: « **وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني»**[1].

[1] القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في الجريدة الرسمية العدد 21.

وبذلك، وبعد إستقراء نصّ المادة **1051** يتبين لن جليا أنّها لم تنصّ على المحكمة المختصة في مباشرة إجراءات الإعتراف لكنها نصّت عن المحكمة المختصّة في مباشرة إجراءات التنفيذ ونستطيع من خلال المادة التفرقة بين حالتين:

1- إذا كان التحكيم داخليا أي أن مقر التحكيم موجود في الجزائر، فان المحكمة المختصة هي التي صدر في دائرة إختصاصها الحكم التحكيمي.

2- إذا كان التحكيم دولياً، أي أن مقر التحكيم موجود خارج الجزائر، فإن رئيس محكمة محل التنفيذ هو المختصّ.

أما بخصوص أمر الإعتراف بالحكم التحكيمي، فإذا كان طلب الاعتراف فرعيا أي أنه مرتبط بالطلب بالتنفيذ فإنه يخضع لنفس القواعد المذكورة.

أما إذا كان طلب الإعتراف أصليا، فيتم الإعتراف من طرف المحكمة التي سينفذ الحكم التحكيمي في دائرة إختصاصها [1].

ثالثا: الطعن في الأحكام التحكيمية:

خصّ المشرع الجزائري أحكام التحكيم الدّولي بأهمية كبيرة حيث بيّن طرق الطعن فيها عند وصولها لمرحلة الإعتراف والتنفيذ، وذلك حفاظا على مصالح الأطراف المتنازعة من خلال تكريس طرق تتمثل أساسا في الطعن بالإستئناف والطعن بالبطلان وكذا الطّعن بالنقض.

أ- **الطعن بالاستئناف.**

ذكر المشرّع الجزائري في المادة **1056** ستة **(06)** حالات على سبيل الحصر أين يمكن للطرف المهتم بتنفيذ الحكم التحكيمي اللّجوء إلى إستئناف الأمر الصادر بخصوص رفض الإعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي والتي تتمثل أساساً فيمايلي:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم دون اتفاقية التحكيم او بناءا على اتفاقية باطلة او انقضاء مدة الاتفاقية،

[1] حدادن الطاهر، **دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي**، رسالة لنيل شهادة ماجيستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، جامعة مولود معمري – تيزي وزو،2012/07/04، ص 120.

2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون،

3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية،

5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، او إذا وجد تناقض في الاسباب،

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي[1].

كذلك وحسب المادة **1057** فيقوم الطرف المعني برفع الطعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي خلال مدة **شهر** واحد يبدأ سريانه من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة القاضي برفض الأعتراف ورفض التنفيذ.

سنقوم بالتعرّض إلى هذه الحالات الستة الواردة في المادة **1056** بالشرح والتفصيل بإختصار على الشكل التالي :

1- الحالة الأولى: والتي خصّت إتفاقية التحكيم بذاتها والأسباب التي تجعل حكم التحكيم قابلا للإستئناف من أجلها وهي عدم وجود إتفاقية التحكيم، بطلانها أو إنتهاء معادها، فهي كلها تظهر وجود خلل في إتفاقية التحكيم.

لا بد من رئيس الجهة القضائية التي تنظر في الإعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدّولي أن يراقب إن كانت إتفاقية التحكيم موجودة ضمن ملف الموضوع الذي تقدم به المعني بالتنفيذ ثم مراقبة مدى صحتها وكذلك سريانها وعدم إنقضاء أجلها بإعتبار أن ذلك من بين السلطات التي يتمتع بها، مع العلم أن مسألة وجود أو عدم وجود إتفاقية التحكيم يبينه القانون المطبق عليها، على أن يتم إثبات وجودها بالكتابة وتحت طائلة البطلان.

2- الحالة الثانية: يراقب كذلك القاضي سواءا المكلف بملف الإعتراف والتنفيذ أو القاضي المكلف بالنّظر في الإستئناف مدى مطابقة تشكيل محكمة التحكيم للقانون ولقد أشرنا إليه سابقا بأن حرية الأطراف هي الأساس في تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكمين، مع مراعاة بعض الاستثناءات المتعلقة بتوفير الشروط القانونية في المحكم، مسألة حياد محكمة التحكيم بالإضافة إلى إحترام حقوق الدفاع.

3- الحالة الثالثة: على المحكم أن يفصل في منازعة الاستثمار في حدود سلطاته والمهمّة المسندة إليه، فلا يتجاوزها في الفصل في إدعاءات أو مسائل لم يطلبها أطراف

[1] المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

التحكيم، فمن البديهي المطالبة بالطّعن في حالة التجاوز في أداء هذه المهمّة من طرف المحكم.

4- الحالة الرّابعة: يقصد بها أن عدم مراعاة مبدأ الوجاهية يعد خرقا للقانون فكما نعلم أن حق الدفاع يعتبر من بين الحقوق الأساسية المضمونة، وهي من النّظام العام فعليه لابد من تمكين المحكوم عليه من تقديم دفوعه، على المحكم أن يحترم هذا المبدأ عند سريان إجراءات التحكيم.

5- الحالة الخامسة: والمقصود بها أن يكون الحكم التحكيمي مسببا أي معللا وغير متناقض مع الأسباب، إن مسألة التسبيب عرفت جدالا حول ضرورة ذلك من عدمه، وهنا نشير إلى رأي مدرستين المدرسة اللاّتينية التي تأخذ بإلزام قيام المحكمين بتسبيب الأحكام التحكيمية، كونها تعتبر أن مناقشة الطلبات والدّفوع وإظهار الأسس التي بني عليها الحكم وتعد بمثابة إحترام لحق الدفاع خلافا عن رأي المدرسة الأنجلوسكسونية التي لا تلزم أن تكون الأحكام التحكيمية معلّلة.

ومع الإشارة أن في إتفاقية واشنطن لسنة **1965** تم حسم هذه المسألة من خلال نصّ المادة **48** في الفقرة الثالثة التي نصّت على « **يجب أن يردّ الحكم على كافة الطلبات الموجهة في الدعوى، كما يجب أن يكون مسببا** ».

6- الحالة السادسة: ويمكن من خلال هذه الحالة للأطراف إثارة مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي إذا صدر أمرا بالتنفيذ أو الإعتراف به كما يعد شرطا من شروط الإعتراف بحكم التحكيم كذلك يمكن للجهة القضائية إثارة هذا الدفع كونه من النّظام العام[1].

ب- الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي:

لقد ضمن المشرّع الجزائري لأطراف منازعات التحكيم الدولي طرق الطعن بما فيها الطعن بالبطلان فيما يخص الأحكام الصادرة بالجزائر فقط فبالرجوع إلى نصّ المادة **1058** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كمايلي: « **يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه.**

[1] حدادن الطاهر، المرجع السابق، ص 133.

لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه.»

فالتمييز إذن بين الأحكام التحكيمية الأجنبية والأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي هو أن هذه الأخيرة تخضع للطعن بالبطلان[1].

وسوف نتطرق فيما يلي إلى الحالات التي يجوز فيها الطعن بالبطلان ثم على الإجراءات المتبعة.

- **حالات الطعن بالبطلان:**

وقد نصت المادة **1058** أن حالات الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الدّولي الصادر في الجزائر هي نفسها الحالات المنصوص عليها في المادة **1056** الخاصة بالاستئناف والتي سبق شرحها والتطرق إليها بالتفصيل.

وقد أقرّت معظم التشريعات تقريبا بعدم جواز إستئناف أحكام التحكيم الدولي، وإن تقرير الحق لمن يصدر ضدّه حكم التحكيم في طلب إبطال ذلك الحكم للأسباب المحددة أعلاه هي الضمانة الوحيدة المتاحة لمن يصدر ضدّه الحكم[2].

- **إجراءات الطعن بالبطلان:**

لقد أورد قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة **1059** منه الإجراءات المتبعة في حالة طلب الطعن بالبطلان وهي كمايلي: « **يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه. ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم. لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ**» [3].

بإستقراء المادة **1059** نستخلص أن الإختصاص القضائي بالنّظر في الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي يعود للمجلس القضائي الذي صدر في دائرة إختصاصه هذا الحكم ولا يهم إذا كان الحكم التحكيمي صدر بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية

---

[1] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 58.

[2] المادة 1056 من قانون الأجراءات المدنية والأدارية، المرجع السابق

[3] المادة 1059 من قانون الأجراءات المدنية والأدارية، المرجع نفسه.

الجزائري أو طبقا لقانون إجرائي أجنبي اختاره الطرفان أو تمّ اختياره احتياطيا من قبل المحكم.

أما عن أجال الطعن بالبطلان فقد حدّدها القانون بأنّه ترفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي خلال أجل **شهر واحد**، يبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، على أن عدم مراعاة وإحترام هذه الآجال يؤدي إلى رفض الطعن بالبطلان.

فيما يخص الأمر القاضي بالتنفيذ الصادر عن رئيس الجهة القضائية فهو كذلك قابل للطعن بالبطلان ومباشرة بعد تبليغه للطرف المطعون ضدّه وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك حتى يتمكن من مناقشة أوجه الطعن وتقديم دفوعه، وكل إخلال بهذا المبدأ يؤدي إلى رفض الطعن.

كذلك لا بد من إرفاق عريضة الطعن بالحكم التحكيمي المطعون فيه أو الأمر القاضي بتنفيذ الحكم التحكيمي وكذا إتفاقية التحكيم وذلك حتى يتمكن القاضي بالمجلس القضائي من تفحصها ومراقبة إن كان الحكم التحكيمي صادرا بناءا على إتفاقية تحكيم صحيحة وأن المحكمين تم تعيينهم وفقا للقانون أو أن محكمة التحكيم فصلت وفقا للمهمة المسندة إليها وفقا لمبدأ الوجاهية وأن الحكم التحكيمي مسبب وغير متناقض وغير مخالف للنّظام العام الدّولي.

بإعتبار المجلس القضائي هو الجهة القضائية المختصة في النّظر في طلب الطعن بالبطلان وبعد أن ينظر فيه ويفصل فيه بحكم سواء برفض الطعن أو بالقبول وفي كلتا الحالتين تترتب أثار.

ففي حالة قبول الطعن بالبطلان، فإن ذلك يؤدي إلى إلغاء الحكم التحكيمي المطعون فيه دون النّظر في صلب الموضوع أو الفصل في القضية من جديد، بل تقتصر جهة الرقابة على إلغاء الحكم فحسب، يترتب عن ذلك إبطال الحكم التحكيمي وإعادة الأطراف على ما كانت عليه قبل إجراءات التحكيم، وفي ذلك إحترم المشرع الجزائري إرادة الأطراف، إذ يحقّ له من جديد تشكيل محكمة تحكيم جديدة للفصل في المنازعة، أو صرف النّظر عن التحكيم واللّجوء إلى القضاء الوطني.

يبقى أن الحجية الدّولية للحكم بإبطال حكم التحكيم الدّولي، أي تنفيذ الحكم التحكيمي رغم إلغائه تتراوح بين حالتين:

فأولا، وعند إصدار قضاء الدّولة مكان التحكيم لحكم ببطلانه، كان لهذا البطلان حجية دولية عامة، فلا يجوز تنفيذ ذلك الحكم في دولة أخرى موقعة على إتفاقية نيورك.

أما ثانيا، وعند قيام دعوى لأجل إبطال الحكم في بلد صدوره يوقف أية مطالبة في دولة أخرى في تنفيذ ذلك الحكم، إلى أن يفصل في دعوى البطلان بحكم نهائي.

كل ذلك كما هو مذكور في اتفاقية نيويورك في المادة الخامسة منها،غير أنّه في بعض الدّول – بوجه خاص فرنسا–يرى غير ذلك أي يجيز تنفيذ أحكام التحكيم التي يقضي ببطلانها في دولة صدورها.

غير أنّه في الحالة الثانية وهي رفض الطعن بالبطلان، فذلك يرتب آثار معاكسة لقبول الطعن بالبطلان بحيث في حالة كون المحكمة قد تخلت عن طلب التنفيذ بعد الطعن بالبطلان فإن قرار المجلس برفض الطعن بالبطلان يؤدي إلى إضفاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي.

أما إذا كان أمر التنفيذ قد صدر قبل الطعن بالبطلان، فإن رفض الطعن بالبطلان يؤدي إلى رفع حالة وقف التنفيذ وبالتالي مباشرة التنفيذ وخاصة وأن الطعن بالنقض في قرار المجلس الذي رفض الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي.

يبقى لنا في الأخير إثارة ومناقشة ما ورد في الفقرة الثانية من المادة **1058** أعلاه والتي تنصّ:«**لايقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه**» ، من خلال هذه المادة يفهم أن الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدّولي الصادر في الجزائر لا يقبل أي طعن مباشر ضده، ولا يطعن ضده إلا عن طريق غير مباشر باعتبار أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطّعن في أمر التنفيذ أو في أقصى الحالات تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه، غير أن ما لم تعبر عنه صراحة هذه المادة والذي يفهم، بمفهوم المخالفة لها، هو أن الأمر الصادر عن رئيس المحكمة والقاضي برفض تنفيذ الحكم التحكيمي الدّولي الصادر في الجزائر يكون قابلا للإستئناف.

كذلك، وإن كانت هذه الفرضية ستكون نادرة الحدوث وهنا نكون أمام حالتين:« **إذا ما صدر أمر من رئيس المحكمة في هذا الشأن، فإن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة**

القانون الطعن في أمر التنفيذ، فبمجرد تسجيل الطعن بالبطلان، يرتب أثرا موقفا لتنفيذ الحكم التحكيمي، وعلى القاضي المعروض عليه طلب الصيغة التنفيذية إرجاء البت في ذلك لحين الفصل في دعوى البطلان المعروضة على الجهة المختصة، ما لم يكن الحكم مشمولا بالنّفاذ المعجل أما إذا لم يتم الفصل في الأمر بعد من رئيس المحكمة فإنه يتعين تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إلى حين الفصل في دعوى البطلان»[1].

ج- الطعن بالنقض.

نعلم أن الطعن بالنقض هو من طرق الطعن غير العادية، وبالرجوع إلى نص المادة **1061** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : « **تكون الأحكام الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض»**[2].

نستخلص من هذه المادة بأن الأحكام الصادرة عن المجالس القضائية بمناسبة فصلها في الطعن بالبطلان تكون قابلة للطعن بالنقض ويؤسس الطعن على أحد الأوجه الواردة في المادة **358** من نفس القانون، لا داعي لذكرها في هذا المقام.

كذلك فيرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل شهرين **(02)** تبدأ في سريانها من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار المطعون فيه إذا تم شخصيا، ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة **(03)** أشهر، إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار، وطبعا لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ القرار الصادر عن المجلس.

نشير في الأخير أن اتفاقيات واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى لا تسمح بأي طعن أمام الجهات القضائية الوطنية بحيث نصت المادة **25** منها أنه يجوز لأي طرف من الطرفين أن يقدم طلبا كتابيا إلى السكرتير العام لإلغاء الحكم لأي سبب من الأسباب التالية:

أ- خطأ في تشكيل المحكمة،

ب- إستعمال المحكمة سلطة زائدة عن اختصاصاتها،

ج- عدم صلاحية عضو من أعضاء المحكمة،

د- إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات المحاكمة،

---

[1] حدادن الطاهر، المرجع السابق، ص 146.

[2] قانون الأجراءات المدنية والأدارية، المرجع السابق.

هـ- فشل المحكمة في ذكر الأسباب التي بني عليها، [1]

وفي الأخير، بعد دراستنا لضوابط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري يمكن القول أنّه يعد ألية فعالة وحيادية لتسوية منازعات الاستثمار، إزداد اللّجوء إليها بالنّظر لتطور الاقتصاد العالمي وكذا الاستثمارات الأجنبية، فمن خلال سياسة الإنفتاح المنتهجة من قبل الدّولة الجزائرية أصبح التحكيم التجاري الدولي من أهم الضمانات الممنوحة للمستثمرين الأجانب الذين يرغبون اللّجوء إلى تحكيم عادل وحيادي لفضّ المنازعات وللحصول على الضمانات الأساسية التي تمكن من تنفيذ مثل هذه الأحكام، فبموجب تكريس الدولة الجزائرية للقانون **09/08** المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والإدارية والذي يشمل على قواعد تحكيمية تعد أحدث ما توصلت إليه التشريعات الدّولية والإتفاقيات الدّولية المبرمة في هذا المجال.

حيث أصبح بوسع الجزائر ضمان التحكيم التجاري الدّولي للأجانب وذلك عن طريق وضع حزمة من الضوابط والمعايير من أجل توفير وضمان تحكيم عادل وسريع في الفصل والتنفيذ، وكذا ضبط إجراءات التحكيم الدّاخلي، بالإضافة إلى تحديد المسائل المتعلقة بتشكيل محكمة التحكيم وكيفية إصدار الحكم وصولا إلى طرق الطعن المتاحة فيها، وهو ما يكرس ضمانات ملموسة للمستثمرين ويفتح الباب أمام تدفّق رؤوس الأموال الأجنبية التي تساهم في التنمية الإقتصادية.

المطلب الثاني:

النظام القانوني للتحكيم الدولي في تسوية منازعات عقود الاستثمار.

إن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات، نظرا لإختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات التحكيم التصدي لها، والتي تتمثل حقيقة أن أحد الأطراف هو شخص عام يتعامل متمثل في الدّولة المضيفة مع شخص خاص يتمثل في المستثمر الأجنبي وأن موضوع هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة، إلى جانب ذلك فإن النظام القانوني للتحكيم الدّولي يرتبط بالاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدّول في مجال التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة والتحكيم

[1] حدادن الطاهر، المرجع السابق، ص 147.

في مجال الاستثمار الدولي بصفة خاصة، فإن التبادلات الإقتصادية بين الدّول وإنتمائها لتكتلات إقتصادية وتجارية ومناطق التبادل الحرّ يؤدي بالدّول إلى إبرام معاهدات ثنائية أو متعددة الأطراف في مجالات عديدة، وتشكل المعاهدات في مجال التحكيم الدولي الأسس القانونية أو التشريعية أو التنظيمية للتحكيم إضافة إلى المعاهدات الثنائية في مجال حماية الاستثمار وتشجيعه التي تشكل جزءاُ من هذا الإطار القانوني، وإنبثق عن هذه الاتفاقيات نشأة بعض المؤسسات والمراكز المتخصصة في مجال التحكيم الدولي وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب فمن جهة سوف ندرس دور الأتفاقيات الدّولية في تسوية منازعات الاستثمار (الفرع الأول) ومن جهة ثانية سوف ندرس دور المراكز الدّولية في تسوية منازعات الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

دور الاتفاقيات الدّولية في تسوية منازعات عقود الاستثمار.

تتعدّد مصادر التشريع في مجال التحكيم في منازعات عقود الاستثمار منها ما يرتبط بالتحكيم الدولي ومنها ما يخصّ عقود الاستثمار الدولي، وتعد الاتفاقيات الدولية من أهم مصادر القواعد المادية في القانون الدّولي الخاص، منها ما يتضمن تنظيم العقود الدولية، ونخص بالذكر عقد الاستثمار، ومن هذه الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم نذكر معاهدة نيورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958 واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والدول الأخرى (إتفاقية واشنطن لعام 1965) واتفاقية البنك الدولي للاستثمار والتعمير في 18 مارس 1965، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر من لجنة الأمم المتحدة لعام 1985 (قواعد الكنودسي) إضافة إلى بعض الاتفاقيات الدولية ذات الطابع الجهوي ونذكر منها المعاهدة الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام 1961، إتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدّول العربية والمواطنين العرب عام 1974 وإتفاقية دول أمريكا اللاتينية (اتفاقية منوتيفيدو) المبرمة عام 1961 وتم العمل بها في عام 1965، اتفاقية موسكو بشأن تسوية المنازعات بين الدول الاشتراكية بطريق التحكيم في 29 ماي عام 1972[1].

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص 206.

ولعلّ أن من أبرز الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم الدولي في الاستثمار هي اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار والتي تمخض عنها المركز الدّولي لتسوية المنازعات C.I.R.D.I والتي أسهمت في دعم ثقة المستثمر مما أدى إلى تدفق رؤوس الأموال للدول التي هي بحاجة إليها، وسنتطرق أيضا إلى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ثم إلى اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية والمواطنين العرب التي تأثرت كثيرا باتفاقية واشنطن.

أولا- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965:

قام بإعداد هذه الاتفاقية البنك الدّولي للإنشاء والتعمير سنة **1965** بهدف تشجيع الاستثمارات الدولية الخاصة في مجال التعاون الدولي من أجل تحقيق التنمية الإقتصادية خاصة في الدول النامية.

بدأت ملامح ظهور الإتفاقية من خلال تصريح رئيس البنك العالمي أوجان بلاك Eugene R Black سنة **1961** أن البنك بصدد دراسة مقترح لإيجاد حلول لتسوية منازعات الاستثمار، ومن خلال ذلك قام المستشار العام للبنك أنذاك أرون بروكس بتقديم مذكرة إلى المديرين التنفيذيين أوضح من خلالها إنشاء جهاز دولي يتولى الفصل في المنازعات التي قد تثور بين الدول والمستثمرين الأجانب بواسطة هيئة التوفيق والتحكيم[1].

وبدأت المشاورات والإجتماعات خلال الفترة الممتدة من ديسمبر **1963** إلى غاية مارس **1964** ومن خلال الدراسات المكثفة تحت رعاية رئيس البنك وبمشاركة مجلس المحافظين والمديرين التنفيذيين والمستشار العام وحكومات الدول الأعضاء، تمّ التوصل من خلالها إلى صيغة مقبولة لاتفاقية دولية متعددة الأطراف تنشىء مركزا للتوفيق والتحكيم في المنازعات بين الدول المتعاقدة بحيث تراعي في صياغتها الموازنة بين مصالح الدّول والمستثمرين الأجانب، وفي **18 مارس 1965** كلّلت تلك المجهودات بوضع مشروع اتفاقية متعددة الأطراف أطلق عليها إسم « إتفاقية البنك الدّولي لتسوية المنازعات بين الدّول ومواطني الدّول الأخرى».

[1] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 63.

ثم بتاريخ **05 جوان 1965** طلب رئيس البنك العالمي من المديرين التنفيذيين مناقشة مشروع هذه الاتفاقية مع إعداد تقرير يتضمن وجهة نظر الحكومات الأعضاء في البنك حول المشروع المقترح عليهم[1].

وقد تم بموجب هذه الاتفاقية إنشاء المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ بعد الموافقة المبدئية لحكومات الدول المنضمة للبنك الدولي بتاريخ **14 أكتوبر 1966**، وذلك بعد مضي ثلاثين **30** يوما على اكتمال وثائق التصديق عشرين **(20)** دولة على الاتفاقية، وهذا حسب نص المادة **68** فقرة **2** من الاتفاقية.

كذلك فكان الهدف المنشود من خلال هذه الاتفاقية هو إعادة بعث الثّقة والطمأنينة لدى أصحاب رؤوس الأموال الذين يرغبون استثمارها عبر إنشاء مشاريع إنتاجية أو تنموية من خلال تفادي إجراءات بعض الدّول كالتأمين[2].

بذلك تم تضمين الاتفاقية تقسيما يتضمن عشرة أبواب ويخصص الباب الأول للأحكام الخاصة بالمركز (إنشاؤه، هيكله، مجلس الإدارة، قائمة الموفقين والمحكمين، مصادر تمويل المركز، نظامه الأساسي، وما يتمتع به من امتيازات وحصانات).

وخصصت الاتفاقية الباب الثاني إلى إختصاصات المركز والهدف من إنشائه أما الباب الثالث فقد تم التطرّق فيه لطلبات التوفيق وإجراءات تشكيل لجنة التوفيق. وقد خصص الباب الرّابع للتحكيم وكيفية تحرير طلبات التحكيم وإجراءات تشكيل محكمة التحكيم وما يتعلق بالحكم مع كيفية إصداره وتفسيره وإعادة النظر فيه وإبطاله والإعتراف به وتنفيذه، في الباب الخامس تحدث عن أعضاء لجنة التوفيق والمحكمين، أما عن مصاريف أو تكاليف الإجراءات والرسوم التي يدفعها أطراف النّزاع تضمنها الباب السادس وفيما يخص مكان إجراء التحكيم والتوفيق والمنازعات بين الدّول المتعاقدة فقد وردت في الأبواب السابعة والثامنة والتاسعة على التوالي وأخيرا في الباب العاشر فقد تضمّن أحكام نهائية وختامية لنصّ الأتفاقية.

---

[1] قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 321.

[2] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 63.

ولقد عرفت هذه الإتفاقية إهتماماً متزايداً وإقابا لا منقطع النظير في دول العالم ولقد إنضمت إليها عند بداية إنشائها **67** دولة من بينها الولايات المتحدة الأمريكية ولاتزال الدّول تظهر لهذه الاتفاقية إهتماما كبيرا وتنظم إليها سنة بعد سنة.

ومن أبرز ما حققته من إنجازات نستطيع ذكر، إدخال نظام التحكيم بين الدّول المضيفة والمستثمر الأجنبي أي بين شخص من القانون العام وشخص من القانون الخاص في التشريعات الداخلية للدّول الموقعة عليها، ثم لم تعد جزء من التشريع الدّاخلي فحسب بل هي الأولى كأتفاقية دولية على التشريعات الداخلية.

أما الجزائر فقد إنضمت لهذه الأتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي **346/95** المؤرخ في **30 أكتوبر سنة 1995** المتضمن المصادقة على إتفاقية المصادقة على إتفاقيى تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدّولة ورعايا الدّولة الأخرى، الصادر في الجريدة الرسمية العدد **66** لسنة **1995**.

ثانيا : القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدّولي (الكنودسي) CNUDCI. 1966.

تم إعتماد قواعد الكنودسي للتحكيم من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1976 بعد مداولات ومشاورات مكثفة مع العديد من المنظمات الدولية وخبراء في مجال التحكيم، وتم إجراء تلك المشاورات تحت رعاية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدّولي المسماة بالكنودسي ،**(UNCITRAL) بالأنجليزية** والتي تمثل هي الأخرى مجموع الأحرف الأولى للتسمية الإنجليزية : **United Nations Commission on International Trade Law** أما بالفرنسية المسماة بالكنودسي: **(CNUDCI) Commission Des Nations Unies Pour Le Droit Commercial International**

ويمنح هذا النظام مجموعة مفصلة من الإجراءات التي يمكن لأطراف النزاع الإستناد عليها من اجل إدارة الخصومة التحكيمية، سواء كانت هذه الأخيرة من ادارة الأطراف أو من إدارة هيئة تحكيمية وعدل هذا النظام في سنة **2006** ودخل حيز التنفيذ في **15 أوت 2010**، أين تم مراجعة وتنفيح قواعد الكنودسي وذلك لكي تعكس التطور الذي طرأ على

الممارسات التحكيمية منذ إعتماد القواعد في عام **1976**، وقد تم مراجعة القواعد مرّة أخرى في **2013** ذلك بالإضافة إلى قواعد الكنودسي بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين الأجانب والدول.

ثالثا: إتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدّول العربية والمواطنين العرب .1974

أبرمت مجموعة من الدّول العربية بتاريخ **10 جوان 1974** إتفاقية لتسوية منازعات الاستثمار بين الدّول العربية والمواطنين العرب وذلك بعد النتائج التي ترتبت عن أزمة النفط في سنة **1973** التي أدّت إلى إرتفاع أسعاره وذلك من خلال الإقتباس من إتفاقية واشنطن وايجاد النسخة العربية منها وبذلك الانتقال من اتفاقية ذات طابع دولي إلى إتفاقية ذات طابع اقليمي ووضعت هذه الاتفاقية حيّز التنفيذ بعد المصادقة عليها من مجموعة من الدّول العربية بتاريخ **20 اوت 1976** [1].

كذلك أعتبرت الإتفاقية تطبيقا لإتفاقية واشنطن، وتختلف عنها في بعض النقاط نذكر منها:

1- أن يكون التحكيم مختلطاً وذلك بأن يكون شخص من جهة تابع القانون العام ومن جهة اخرى تابع للقانون الخاص، غير أنّه إشترطت الإتفاقية أن يجمع التحكيم بين فريقين عربيين، وبالتالي لم تفسح المجال للأطراف غير العربية.

2- أن يكون المستثمر من رعايا دولة منتمية للإتفاقية غير دولته الأصلية.

3- للدولة الحق في إستنفاذ جميع طرق المراجعة الداخلية قبل الموافقة على اللّجوءإلى التحكيم، بأن يبقى التحكيم هو الحل الوحيد المتوفّر أمامها لحلّ النّزاع.

الفرع الثاني:

دور المراكز الدّولية في تسوية منازعات عقود الاستثمار.

أدى التطوّر في إقتصاديات الدّول المتقدمة إلى البحث عن الاستثمار في الدّول الأخرى وخصوصا النامية منها وكذلك أدى ذلك التطور إلى بروز شركات متعددة الجنسيات تطمح في توسيع نفوذها الإقتصادي عبر جميع دول العالم ذلك من خلال الاستثمار بها،

[1] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 66.

كذلك من خلال اللّجوء إلى الاستثمار من قبل الخواص وتباين مركز القوة بين الدول المضيفة كطرف عام في عقد الاستثمار والمعرّضة إلى عديد من المخاطر خصوصاً السياسية منها والمستثمر الأجنبي كطرف خاص في عقد الاستثمار والمنتمي إلى الدّول الأخرى والذي يكون في غالب الأحيان منتميا إلى الدّول المتطورة إقتصادياً، يمتلك رؤوس الأموال وتكنولوجية التصنيع والإنتاج والتوزيع وبذلك وبعد دراسات كثيرة فكّرت هذه الدّول المتطورة في إنشاء مراكز ومؤسسات دولية للتحكيم تضطلع بمهمة التحكيم وإجراءاته وتقوم بتنظيمها لصالح طرفي النّزاع القانوني، وبهذا ظهر العديد منها ونذكر بالخصوص المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار وعدد من المراكز الأقليمية الأخرى والتي سنعمد لدراستها فيما يلي:

أولا: المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار«C.I.R.D.I» :

تنصّ المادة **1** من اتفاقية واشنطن لسنة **1965** على أنّه: « **1- ينشأ بموجب هذه الاتفاقية مركز دولي لتسوية منازعات الاستثمار، 2- يكون الغرض من المركز تهيئة الوسائل لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة عن طريق التوفيق والتحكيم وفقا لأحكام هذه الاتفاقية».**

ونصت المادة **25** منها على اختصاص المركز بقولها: «**يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة على أحد الاستثمارات بين دولة من الدّول المتعاقدة وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة، ويوافق طرفا النّزاع كتابة على عرضه على المركز...».**

وأنشىء المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي للإنشاء والتعمير بموجب إتفاقية واشنطن لعام **1965**، مع إرتفاع الاستثمارات الأجنبية للدول المتقدمة في دول العالم الثالث وقد وقع على إتفاقية إنشاء المركز الدولي **154** دولة أودعت **140** منها وثائق تصديقها حتى نهاية نوفمبر **2003** [1].

ويعتبر المركز منظمة دولية، أي أن العضوية فيه مفتوحة لجميع الدول الراغبة في ذلك ولا يقصر على جهة إقليمية معينة، إضافة إلى كونه منظمة متخصصة، إذ أنشئ

[1] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 69.

المركز خصيصا للمجال الاقتصادي وبالتحديد للفصل في منازعات الاستثمار الدولي ذات الطابع القانوني.

وقد بلغ عدد القضايا التي سجلت أمام المركز منذ بداية نشاطه حتى سبتمبر **2004** أكثر من **100** قضية معظمها حسمت عن طريق التحكيم، وقد أصبح المركز رغم أهميته في مجال التحكيم في منازعات الاستثمار يتميز بتسليطه الطابع الإلزامي على دول العالم الثالث وذلك من خلال التحكيمات المختلفة التي جرت في إطاره.

وفي الواقع أن جميع الدعاوى التي رفعت من قبل المستثمر الأجنبي ضد الدول المضيفة للاستثمار والتي في معظمها دول نامية، إلا أن هناك حالات محدودة جدا ضد الدّول المتقدمة نذكر على سبيل المثال دعوى ضد آيسلاندا سنة **1983** وأخرى ضد نيوزيلاندا سنة **1987** وحالة ثالثة كانت ضد كل من الولايات المتحدة الأمريكية عام **1999** (مرتين) ورابعة ضد إسبانيا[1].

ولقد لوحظ تزايد إهتمام المستثمر بدراسة الأنظمة القانونية للدّول المضيفة للاستثمار والمنتمية في أغلبها للدّول النامية قصد إيجاد الثغرات القانونية فيه وإستغلالها من أجل خلق النّزاعات التي تؤدي إلى دفع الدّول النامية إلى ساحات التحكيم الدولي للحصول على تعويضات أكثر ربحية بكثير من عمليات الاستثمار من الناحية الفنية، وإذا كانت الأغلبية الساحقة من الدعاوى قد رفعت من المستثمر الأجنبي ضد حكومات الدول المضيفة للاستثمار فان معظم الدعاوى التي صدرت فيها أحكام كانت ضد هذه الدول.

ثانيا : محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدّولية في باريس ICC:

تأسست غرفة التجارة الدولية في عام **1919** بهدف خدمة قطاع الأعمال الدولي وتعزيز التجارة والاستثمار وفتح الأسواق وقد نشأت محكمة التحكيم الدولية عام **1923** وتعتبر الأن من أهم مؤسسات التحكيم في العالم.

محكمة التحكيم الدولية لغرفة التجارة الدولية «المحكمة» هي مؤسسة تحكيم مستقلة تابعة لغرفة التجارة الدولية يقتصر دورها في إدارة النّزاعات من الناحية الإجرائية، حيث لا تفصل المحكمة في النّزاعات، ويرجع اختصاص الفصل في النّزاعات إلى المحكمين، إلاّ أن

[1] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 66.

المحكمة مسؤولة من الناحية الاجرائية للعملية التحكيمية وذلك وفقا لقواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية.

وتختص محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في حلّ النّزاعات التجارية الدولية، فمنذ إنشائها أخذت مكانتها كمحكم دولي بين الأطراف المتنازعة في مجال العلاقات التجارية الدّولية.

أوصت الغرفة التجارية الدّولية الأطراف الذين يريدون اللجوء إليها للتحكيم في المنازعات التي تنشب في العقود الدّولية التي تتضمن عقودهم الشرط النموذج التالي «**جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدّولية بواسطة حكم او عدة حكام يتم تعينهم وفقا لذلك النظام** » [1].

أتاحت غرفة التجارة الدولية في حالة رغبة الأطراف في جعل الغرفة هي سلطة تعيين المحكمين طبقا لقواعد لجنة القانون التجاري للتحكيم كنودسي CNUDCI، في أن تشمل عقودهم الشرط التالي وهو شرط التحكيم النموذجي: « **يسوى أي نزاع أو خلاف او مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو عن خرقه او إنهائه او إبطاله عن طريق التحكيم وفقا لنظام لجنة القانون التجاري للتحكيم كما هو ساري حاليا ،تكون سلطة التعيين لغرفة التجارية الدّولية التي تتصرف تبعا للإجراءات التي أعتمدتها الغرفة** »[2].

عملت الغرفة على إنشاء المركز الدّولي للخبرة الفنية لتقديم تلك الخبرة للأطراف العقود الدّولية، وأدرجت له شرطا نموذجيا: « **أتفقت أطراف هذا العقد على اللّجوء عند الضرورة إلى المركز الدّولي للخبرة الفنية التابع لغرفة التجارة الدّولية والخاصة بالخبرة الفنية** ».

وضعت غرفة التجارة الدولية نظاما للتوفيق Conciliation في حالة رغبة أطراف العقد في تدخل طرف ثالث محايد عند حدوث نزاع من أجل مساعدتهم للوصول إلى تسوية سليمة.

---

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص 202.

[2] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 71.

تختلف محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية عن المركز الدولي في كونها غير متخصصة في منازعات الاستثمار الدولي بوحدها، فهي تنظر في كل منازعات التجارة الدولية.

يكون للأطراف في النّظام الذي وضعته الغرفة الخاص بالتحكيم الحرية الكاملة في إختيار المحكمين أو إختيار مكان التحكيم لغرفة التجارة الدّولية في أي مكان وبكل اللّغات الرسمية، ومثل هذه القواعد التي وضعتها الغرفة فهي تضمن سلامة وسلاسة إجراءات التحكيم من أجل تحقيق الحياد والنّزاهة في تسوية مثل هذه المنازعات بين الطرفين وهذا ما جعل الكثير من الأطراف المتنازعة بشأن عقود الاستثمارت اللّجوء للغرفة التجارة الدّولية بباريس لتسوية تلك المنازعات [1].

ثالثا: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدّولي «CRCICA »:

أنشأت منظمة ألكو والحكومة المصرية «مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدّولي» في عام 1979 لفترة تجريبية مدتها ثلاث سنوات، وتم إبرام إتفاقية بين منظمة ألكو والحكومة المصرية في 1983 لإعطاء الوضع الدائم لمركز القاهرة.

وقد نشأ المركز في خضم المشاورات التي كانت تقوم بها اللجنة القانونية الاستشارية لحكومات الدّول الأسيوية والإفريقية المتعاونة التي كان مقر أمانتها العامة في نيودلهي بالهند، ففي دورتها الثامنة عشر المنعقدة في بغداد في 18 فيفري 1977 والتي تبنت قواعد التحكيم التجاري الدّولي للجنة الأمم المتحدة وإنشاء مراكز إقليمية لغرض تنفيذ تلك القواعد[2].

وقد أسفر الإجتماع الدّوري التاسع عشر المنعقد في قطر على إنشاء مركزين في القارتين ووقع الاختيار على **كوالا لامبور** عاصمة ماليزيا، و**القاهرة** عاصمة مصر كمقرين للمركزين، حيث يمتد نشاط مركز القاهرة على الدّول العربية ودول غرب أسيا وإفريقيا.

يقدم مركز القاهرة خدمات متخصصة لتسوية النّزاعات التجارية والاستثمارية من خلال التحكيم، ويشمل أيضاً تقنيات الطرق البديلة لتسوية النزاعات مثل المصالحة والوساطة، ويعمل كذلك على تقديم الاستشارة في كيفية صياغة العقود التجارية والاستثمارية

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص 203.

[2] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 73.

الدولية وتعزيز التحكيم وتقنيات الطرق البديلة لتسوية النّزاعات الأخرى في المنطقة الأسيوية الافريقية، ويتبع مركز القاهرة قواعد الكنودسي للتحكيم.

بلغ عدد القضايا الوطنية والدولية التي تم ايداعها بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي **551** قضية منها **466** قضية تم الفصل فيها مع العلم أن في عام **2006** قد عرف زيادة نوعية في عدد القضايا المحالة إلى المركز بلغت نسبة **170%** وهي زيادة تسجل **64** قضية جديدة مقابل **37** قضية جديدة عام **2005** في حين وصل عدد القضايا الجديدة التي تم إيداعها في المركز خلال النّصف الأول لعام **2007**، **(25)** قضية جديدة [1].

فضلا عن ذلك، أنشأ مركز القاهرة معهد التحكيم والاستثمار في عام **1990**، ومعهد المحكمين العرب والأفارقة في مصر عام **1991**، وفرع المركز للتحكيم البحري في الإسكندرية، الذي يتعامل حصريا مع النّزاعات البحرية في عام **1992**، وفرع القاهرة للمعهد المعتمد للمحكمين بلندن في عام **1999**، ومركز الاسكندرية للتحكيم الدّولي في عام **2001**.[2]

المبحث الثاني:

اللجوء للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الدولي.

ظهرت على هامش التحكيم التجاري الدولي طريقة جديدة لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم التي عرفت نماءا كبيرا خاصة منذ أوائل التسعينيات وهي التحكيم الذي يهدف إلى تسوية المنازعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي الذي أتى إليها من أجل الاستثمار بأراضيها.

وقد أدى تطور التحكيم إلى ظهور فرع جديد من فروع القانون يستنبط أحكامه القانونية من قانون التحكيم التجاري فيما تعلق بالجانب الإجرائي، ومن القانون الدولي العام فيما يخص القواعد الواجب تطبيقها على الموضوع من قبل المحكمين، فتعتبر مادة على مفترق الطرق بين القانون العام والقانون الخاص[3].

---

[1] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 65.

[2] المصدر : http://www.arabic.aalco.int/ar/CRCICA تاريخ الإطلاع: 2021/01/27

[3] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 755.

المطلب الأول:

أليات التحكيم في مجال الاستثمار الدولي.

قبل ظهور التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدول ورعايا الدول الأخرى كان اللّجوء للحماية الدبلوماسية يمثل الحلّ الوحيد للمستثمر في تسوية منازعاته مع الدولة المستضيفة وبعد ظهور التحكيم أصبح اللّجوء إليه يمثل أحسن الطرق في تسوية المنازعة وكان ذلك على أساس إتفاقية التحكيم المبرمة بين المستثمر الأجنبي والدّولة المستضيفة للاستثمار إلى غاية ظهور العرض العمومي للتحكيم الذي فتح المجال واسعا أمام اللّجوء للتحكيم حتى وفي غياب إتفاقية التحكيم وكذلك بالإستناد إلى القانون الوطني للدولة المضيفة وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب فسندرس من جهة خصوصيات التحكيم في مجال الاستثمار الدولي (الفرع الأول)، ومن جهة ثانية اللجوء للتحكيم على أساس إتفاقية التحكيم (الفرع الثاني)، ومن جهة ثالثة سنتعرض إلى اللجوء للتحكيم على أساس عرض عمومي للتحكيم (الفرع الثالث)، وفي الأخير سنتعرض إلى اللّجوء إلى التحكيم على أساس القانون الوطني للدولة المضيفة (الفرع الرابع).

الفرع الأول:

خصوصيات التحكيم في مجال الاستثمار الدولي.

أولا: اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية:

كان في الأصل، عندما تلحق الدولة الضرر بمستثمر أجنبي، السبيل الوحيد للتقاضي هو الحماية الدبلوماسية، عبر تطبيق هذه الألية من القانون الدولي العام، فإن الدولة الأصلية للمستثمر كانت لديها إمكانية تأييد قضية مواطنها وبالتالي إثارة نزاع مباشر بينها وبين الدولة المضيفة للاستثمار في أصل الشكاوى التي يحتج بها المستثمر.

غير أنّه، لا تمثل الحماية الدبلوماسية الطريق الأمثل في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية وذلك كونها من جهة تستغرق مدد زمنية طويلة، ومن جهة أخرى تستوجب أن المستثمر يكون قد إستنفذ جميع طرق المحاكمة في الدولة المضيفة، كذلك

فالدولة الأصل للمستثمر ليست مجبرة أبدا على ممارسة الحماية الدبلوماسية التي قد تتفاداها للحفاظ على علاقاتها مع الدولة المضيفة [1].

في ميدان حساس مثل ميدان الاستثمارات فإن حقيقة توصل دولتين ذواتي سيادة إلى اتفاق بشأن محتوى بعض قواعد القانون الدولي تعطي الاتفاقية المبرمة بينهما قيمة جوهرية، من وجهة نظر القانون الدولي العام، لا يبدو أن الصراع بين الحماية الدبلوماسية والسيادة الدائمة جاهزا للحل، في الممارسة الثنائية، ومع ذلك، يبدو أن الامتداد السريع لشبكات اتفاقيات الاستثمار يشير إلى أن العديد من الدول تفضل الانخراط في مسار التعاون بدلا من المواجهة [2].

وقد تفسر هذه العوائق في وجه المستثمر الأجنبي ظهور أليات الحماية التي يمكن للمستثمر إستخدامها ضد الدولة المضيفة.

ومنها اللجوء إلى التحكيم التعاقدي، الذي هو بالنسبة المستثمر، الطريقة التي تتيح له اللجوء إلى التحكيم الدولي للاستفادة من إجراءات التقاضي المباشر ضد الدولة المضيفة لاستثماره، مع تجنب المحاكم الوطنية، وقد تطور هذا التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب على مرحلتين [3].

في البداية، كانت النّزاعات التحكيمية تستند إلى شرط التحكيم الذي سبق التطرق إليه، ثم ظهرت مؤخرا طريقة جديدة للإحالة إلى هيئات التحكيم، بناء على عرض عام للتحكيم والتراضي المنفصل، على وجه التحديد، تم تطوير تحكيم الاستثمار الأجنبي في الأصل على أساس شروط التحكيم المدرجة في العقود الحكومية، إذ كانت ممارسة التقاضي هذه موجودة قبل الحرب العالمية الأولى، فقد تطورت بشكل كبير بعد ذلك، لا سيما فيما يتعلق بعقود الامتياز التي تمنح الشركات الأجنبية حقوق استغلال الموارد الطبيعية، وخاصة البترول.

ومع ذلك، فإن كل هذه القضايا لها خاصية مشتركة تتمثل في كونها تستند في الغالب إلى إجراءات تحكيم خاصة ad hoc ومع ذلك، فإن تكاثرها هو أصل الفكرة التي

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 755.
[2] Laviec Jean-pierre, opcit, page 311.
[3] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 757.

بموجبها يمكن الفصل في هذا النوع من التقاضي تحت رعاية هيئة دائمة، هكذا تم إنشاء مركز تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات(CIRDI).

بالفعل فقد شهد التحكيم بين الدول والمستثمرين الأجانب طفرة على مدى ثلاثة عقود من الزمن، في الشكل الأول، إنه تحكيم مخصص ad hoc، منصوص عليه في اتفاقيات الاستثمار، ومؤخرا، بدأ نظام التحكيم الخاص بمركز تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات في الإنتشار، حسب الظروف التي تسهل بموجبها اتفاقيات الاستثمار هذه الأساليب لتسوية المنازعات [1].

ولد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، هذا النظام الخاص لتسوية المنازعات المتعلقة بعمليات الاستثمار، تحت رعاية البنك الدولي، وهو يتجسد في مركز تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات(CIRDI) الناتج عن اتفاقية واشنطن المؤرخة 18 مارس 1965 لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى، وقد صادقت أكثر من 150 دولة على هذه الوثيقة متعددة الأطراف، بما في ذلك الجمهورية الفرنسية، دخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966 [2].

أنشأت اتفاقية واشنطن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الذي تدار إجراءات التحكيم تحت رعايته وأعتمد مجموعة من قواعد التحكيم لهذا الغرض، دون الخوض في تفاصيل سير إجراءات التحكيم التي يديرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، سيلاحظ أن له خاصيتين على الأقل مقارنة بأنواع أخرى من التحكيم المؤسساتي [3].

في البداية، أنشأت اتفاقية واشنطن طعنا داخليا للإلغاء في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ويتم تقديم هذا الطعن إلى لجنة خاصة مكونة من ثلاثة محكمين يعينهم رئيس المجلس الإداري للمركز (اتفاقية واشنطن، المادة 53)، وتتمثل طريقة عملها كهيئة تحكيم جديدة، ولكن اختصاصها يقتصر على إلغاء الحكم الأول لأحد الأسباب الخمسة التالية:

(أ) وجود خلل في تشكيل هيئة التحكيم.

---

[1] Jean-Pierre Laviec, opcit, p 312.

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 758.

[3] وديان خالد عوده العبيدي، **التحكيم في منازعات الاستثمار، في ضوء أحكام مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار دراس مقارنة**، المركز العربي للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2020. ص83.

(ب) تجاوز واضح في السلطة من قبل هيئة التحكيم.
(ج) رشوة أحد أعضاء هيئة التحكيم.
(د) الإخلال الجسيم بقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات.
(هـ) عدم التسبيب في حكم التحكيم (المادة 52 من اتفاقية واشنطن).

بعد ذلك، تكون أحكام التحكيم الصادرة تحت رعاية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قابلة للتنفيذ تلقائيا على أراضي جميع الدول الأطراف في اتفاقية واشنطن (المادة 53-1 و54-1) قبل الحصول على إجراء بالتنفيذ الجبري، في هذه الدول لا تتطلب أي إجراء للحصول على النسخة التنفيذية exequature وبالتالي لا يمكن أن تخضع للرقابة هذا من جهة [1].

من جهة أخرى، في مرحلة التنفيذ الفعلي، يمكن للدولة المدعى عليها دائما الاحتجاج بحصانتها من التنفيذ على هذا النحو، ويمكن للدولة المدعى عليها دائما الاحتجاج بحصانتها من التنفيذ إذا تم الحصول عليها بموجب القواعد المعمول بها محليا (اتفاقية واشنطن المادة 53-3 والمادة 55).

الوظيفة الأساسية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هي تنظيم إجراءات التوفيق والتحكيم في مسائل الاستثمار الأجنبي، على الرغم من أنها المؤسسة المتخصصة الوحيدة في هذا الشأن، إلا أنها لا تركز جميع الدعاوى القضائية في هذا المجال، كما أن مؤسسات التحكيم التي تركز أنشطتها بشكل عام على التحكيم التجاري الدولي (غرفة التجارة الدولية، محكمة لندن للتحكيم الدولي، إلخ) تعرف أيضا الإجراءات التي تعارض المستثمرين الأجانب مع الدول، دون الحديث بالطبع عن التحكيم الخاص ad hoc [2] الذي يعنيه الأمر أيضا [3].

لفترة طويلة، نظرت هيئات التحكيم في المنازعات التي تعارض المستثمرين الأجانب إلى الدول المضيفة أو الهيئات التابعة لها سواء أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو مؤسسة تحكيمية أخرى أو من خلال التحكيم الخاص إستنادا إلى إتفاقيات

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 759.
[2] En matiére d'arbitrage ad hoc, le règlement d'arbitrage auquel il est fait recours dans les contentieux entre état et investisseurs étragers est très fréquemment celui de la CNUDCI.
[3] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 759.

التحكيم المدرجة في العقود المبرمة بين الطرفين ولكن ظهرت طريقة جديدة للإحالة على التحكيم بالتوازي، مع ما يسمى بآلية التراضي المنفصل Consentement dissocié.

ثانيا: ظهور التراضي المنفصل

وفقا لآلية التراضي المنفصل على التحكيم، ينظر إلى الدولة على أنها تقدم في نص قانوني عام عرض تحكيم موجه للمستثمرين الأجانب القادمين للعمل على أراضيها، وقد يظهر هذا النوع من عرض التحكيم العام في قانون وطني للدولة المعنية أو في معاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف المبرمة بينها وبين دولة منشأ المستثمر، إذا إعتبرت أنها تتعرض لضرر منسوب إلى الدولة المضيفة، فلا يحتاج المستثمر الأجنبي إلا لقبول العرض المذكور لبدء إجراءات التحكيم بشكل صحيح [1].

أشار الأستاذ بن حميدة في مذكرته إلى أن:« عرض التحكيم يشبه عامة عنصر شرط التحكيم غير أن القبول والرضا بالتحكيم يقترب من كونه أحد مكونات التسوية التحكيمية أما عن التراضي المنفصل فهو ليست شرط تحكيم ولا هي إتفاق تحكيم بل هي نوع من شرط التحكيم المزدوج أو العقد المزدوج clause d'arbitrage mixte وهذه التسمية التي يطلق عليها بعض ممارسي القضاء من محاميين» [2].

صدر أول حكم الذي يستند صراحة في إختصاصه القضائي إلى آلية التراضي المنفصل، في عام 1990 في نزاع بين مستثمر أجنبي في دولة سريلانكا، وهيئة التحكيم هناك التي تؤيد المبدأ الذي بموجبه قبول الدولة في إتفاقية ثنائية للتحكيم كطريقة لحل النزاعات مع المستثمرين من الدولة الطرف الأخرى وحدها يحدد إختصاص التحكيم، لم يعد هذا يتطلب إتفاق تحكيم ناتج عن علاقة تعاقدية مباشرة بين الدولة والمستثمر الطالب[3] بفضل هذه الآلية، أصبح التحكيم طريقة التسوية الدولية بموجب القانون العام للمنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، الذي وقبل ظهوره، كان بالإمكان فقط للمستثمرين الذين تعاقدوا بشكل مباشر مع الدولة أو إحدى هيئاتها العامة، وبشرط وجود إتفاق تحكيم، أن يروا تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم، الأمر الذي حد من الناحية

---

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 760.

[2] Ben Hamida Walid, **Larbitrage transnational unilatéral, Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique**, Thése de doctorat Univercité Panthéon-Assas (Paris II) , Paris, 2003, P 19.

[3] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 760.

العملية آلية التحكيم لبعض المعاملات الاستثمارية الأكثر أهمية، ولكن عن طريق التراضي المنفصل، أصبح الآن جميع المستثمرين الأجانب، مهما كان مركزهم، بإمكانهم الاستفادة من هذه الطريقة في تسوية النزاعات، والشرط الوحيد في هذا الصدد هو أن يكونوا متلقين لعرض تحكيم عام ناتج عن قانون وطني أو معاهدة دولية.

في هذه الحالة نتسائل عن كيفية تكييف عرض التحكيم المعبر عنها في القانون الوطني أو المعاهدة الدولية من جهة وعن القبول بعرض التحكيم الناتج عن مظهر من مظاهر الإرادة الفردية من جهة أخرى هل نحن بصدد قانون أم معاهدة أم عقد؟ والإجابة عن هذا التسائل يكفي البحث في الإجتهاد القضائي أين يصرح بوضوح أن: «... يمكن التعبير عن رضا الأطراف في التحكيم بأشكال مختلفة وقد ينتج عن إلتزام الفرد بإتفاق التحكيم المنصوص عليه في معاهدة بين الدول المتعاقدة يتم تقديمها مسبقا لإجراء التحكيم من أجل تسوية بعض النزاعات الناشئة»[1].

في مجال المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، نجد تعايش بين عدة أنواع من إجراءات التحكيم التي قد تختلف الأنظمة الإجرائية فيها إختلافا كبيرا، بتعبير أدق، سوف يلاحظ وجود اختلافات في مرحلة التحكيم، ومن ناحية أخرى، فيما يتعلق بمراقبة صحة حكم التحكيم من قبل محاكم الدولة، سواء كان مستندا إلى إتفاقية التحكيم أو عرض عمومي للتحكيم، فإن النظام المطبق في هذه الحالة هو نظام التحكيم التجاري بشكل عام، وسنتطرق في حدود هيئة التحكيم، إلى فحص إجراءات التحكيم بناء على اتفاقيات التحكيم ثم تلك التي تنشأ من العرض العمومي للتحكيم[2].

الفرع الثاني:

اللجوء للتحكيم على أساس إتفاقية التحكيم.

كقاعدة عامة يعرب الطرفان، المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة عن موافقتهما على التحكيم عن طريق إبرام إتفاقية التحكيم من أجل تسوية نزاعاتهم من قبل المحكمين، ويجب على الأطراف التعبير عن موافقتهما بأقل قدر من الغموض على «عقد تحكيم» يفعلون ذلك

[1] Ousmane Diallo, **Le consentement des parties à l'arbitrage international,** The graduate institute, institut de hautes études internationales et du développement, Geneva publications, suisse, 2010,p 196.
[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 761.

في أغلب الأحيان عندما يتعاقدون عن طريق إدراج شرط التحكيم في عقدهما، وذلك يعتبر الحل الأمثل ووسيلة وقائية مفيدة لتوقع الإحجام عن التوصل إلى حل وسط في حالة نشوب نزاع بينهما ووقت حدوثه، فشرط التحكيم وإتفاق التحكيم بالتالي تشكلان الفئتين المؤلوفتين لإتفاقيات التحكيم[1].

كان يقوم التحكيم على صلة مباشرة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة أو أحد هيئاتها، من خلال عقد الدولة، حتى تعميم ألية التراضي المنفصل في التسعينيات، ولا تزال ليومنا هذا إجراءات التحكيم من هذا النوع قائمة وهي تتعايش مع تلك القائمة على العرض العمومي للتحكيم ومن وجهة نظر التقنية القانونية، تشكل إجراءات الاستثمار القائمة على إتفاقية التحكيم تباينا بسيطا مع التحكيم التجاري الدولي الكلاسيكي[2].

أولا- إختصاص هيئة التحكيم:

القانون الذي ينشئ اختصاص التحكيم هو صلة تعاقدية مباشرة بين أطراف النزاع، هذا هو شرط التحكيم المدرج في العقد موضوع النزاع، وفي كثير من الأحيان، قد يحدث أن مثل هذا الشرط لم يتم توفيره في وقت إبرام العقد وأن النّزاع يعرض على المحكمين لصالح إتفاق أتى بعد نشأة العقد، وهذا ما يسمى إتفاق التحكيم.

حتى وأن هذه النزاعات تتعلق بصفقة استثمار، يخضع اتفاق التحكيم لنفس المبادئ المطبقة في التحكيم التجاري الدولي بين الأطراف الخاصة، هذا هو الحال مع مبدأ الاختصاص، الذي يشار إليه صراحة في المادة 41 (1) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وبالمثل، فإن مبدأ استقلالية شرط التحكيم فيما يتعلق بالعقد الذي يحتوي عليه والقانون الواجب التطبيق عليه ينطبق على نزاعات التحكيم في مسائل الاستثمار بنفس الطريقة تماما مثل نزاعات التحكيم بين الأفراد الخاصة، حول هذه النقطة مرة أخرى، يتبع التحكيم في مجال الاستثمار نظام التحكيم التجاري الدولي stricto sensu أي بالمعنى الدقيق للكلمة.

[1] Ousmane Diallo, Opcit, p 83.
[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 761.

أخيرا، فإن الخصوصية الوحيدة في مسائل اختصاص التحكيم الخاصة بالنزاعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية هي تلك التي تنتج عن حظر محتمل للجوء إلى التحكيم يؤثر على الدولة أو الهيئة العامة الطرف في الإجراء ويستند إلى قانونه الوطني، ومع ذلك، لوحظ كقاعدة عامة، أن هذا السبب المحتمل لعدم الكفاءة لا تتقبله هيئات التحكيم [1].

ثانيا- القانون الواجب التطبيق:

قد يكون الطرفان قد اختارا القانون الواجب التطبيق على عقدهما، موضوع النزاع المقدم إلى هيئة التحكيم، إذا تم اختيار قانون الدولة الطرف في العقد، فقد يكون مرتبطا بشرط الثبات التشريعي على أية حال، ويبقى هذا الاختيار ملزماً للمحكمين.

علاوة على ذلك، حتى في مسائل العقود المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، فإن الأطراف في بعض الأحيان تكلف المحكمين بمهمة الحكم على أساس الإنصاف بإختيار القانون الواجب التطبيق.

بإعتبار أن القانون الواجب التطبيق على عقد ما هو قانون حي، يتطور مع الزمن، فإن الأطراف في عقد الاستثمار يبحثون في حماية أنفسهم من خطر التعديل في هذا القانون بالقيام بتجميده في وقت معين، نفس التقنية يتم إستعمالها في قانون المعاهدات لا سيما في بنود التحويل، وذلك بإدراج بند الثبات التشريعي ضمن العقد [2].

في الأخير، عندما لا يتخذ طرفا العقد أي اختيار للقانون، يتم تحديد القانون المعمول به وفقا لقانون التحكيم المطبق، يختلف الحل في هذا الصدد اعتمادا على ما إذا كانت هيئة التحكيم تندرج تحت قبة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو قاعدة أخرى [3].

أما القانون الواجب التطبيق للنزاعات أمام محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يتم تحديدها وفقا للمادة 42 فقرة (1) من إتفاقية واشنطن التي تنص[4] «المحكمة تفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون المختار من الأطراف، وفي حالة عدم وجود الإتفاق

---

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 762.
[2] Jean-pierre laviec, opcit, p 263
[3] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 762.
[4] «Le tribunal statue sur le différend conformément aux régles de droit adoptées par les parties, faute d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'etat contractant partie au différend – y compris les régles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matiére».

بين الأطراف، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع – بما فيها القواعد الخاصة في تنازع القوانين– مع المبادىء الخاصة بالقانون الدولي في الموضوع»[1].

حسب ما سبق فإن قضية القانون الواجب التطبيق للنزعات المقدمة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI، قد تم حلها من طرف إتفاقية واشنطن ولا تمثل أية صعوبات، لما يكون موضوع النزاع أو محتواه يتعلق بعقد، فإن الحل المختار في الفقرة الأولى من المادة 1/42 هي الرجوع إلى إختيار الطرفين تطبيقا لمبدأ حرية الإرادة، اما في حالة غياب الإختيار فإن الفقرة الثانية تبين أن المحكمة التحكيمية المشكلة تحت قبة المركز الدولي تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع وبما فيها قواعد القانون الدولي[2].

الفرع الثالث:

اللجوء إلى التحكيم على أساس عرض عمومي للتحكيم.

– تبادل التراضي المنفصل:

يجوز أيضا أن يستند تحكيم الاستثمار الأجنبي إلى العرض العمومي للتحكيم، يستخدم هذا التعبير لتعيين نص قانوني تم وضعه لصالح معاهدة أو قانون وطني، بموجبه تمنح الدولة المضيفة موافقتها على إجراءات التحكيم التي سيتم تنفيذها ضدها من قبل المستثمرين الأجانب، من خلال الشروع في إجراءات التحكيم، أي بتقديم طلب تحكيم وفقا لشروط العرض، يظهر المستثمر موافقته على ذلك، لا يمكن للدولة الرجوع عن عرضها فهي ملزمة قانونا بعرضها[3].

يمكننا تبيين، عموما أن عرض التحكيم مقدم من طرف الشخص العمومي والذي يصرح به بموجب عقد معياري (قانون، إتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف) موجه لكل مستثمر يملأ جميع الشروط المحددة في العقد الذي يصرح على الإلتزام بالتحكيم من طرف الدولة، أما الشخص الخاص المهتم بهذا العرض بإمكانه في أي وقت خلال فترة سريان العرض، التصريح بموافقته

[1] Abédjinan Sandrine Tanon Lopes, **le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI**, thése présentée pour obtenir le grade de docteur, Université de Bordeaux, France, 2016, page338.
[2] Abédjinan Sandrine Tanon Lopes, opcit p338.
[3] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 763.

بواسطة عريضة يقدمها أمام المؤسسة التحكيمية التي ستتكفل بإجراءات التحكيم وإبتداءا من تاريخ الموافقة يتشكل التراضي على التحكيم بين الأطراف[1].

اعتمادا على صياغتها، تقدم العروض العامة عموما خيارا بين عدة أنواع من إجراءات التحكيم للمستثمرين الأجانب الذين من المحتمل أن يستفيدوا منها ومن بين الخيارات المعروضة، من الواضح أننا نجد إمكانية اللجوء إلى التحكيم المؤسساتي، بشكل عام تحت رعاية المركز الدولي حتى لو كانت مؤسسات أخرى مثل غرفة التجارة الدولية أو غرفة التجارة في ستوكهولم ضمن العرض في بعض الأحيان، أو للتحكيم الخاص الخاضع لقواعد الكنودسي للتحكيم[2].

قد يزيد هذا النوع من الإجراء بشكل كبير من عدد المستثمرين الأجانب الذين من المحتمل أن يلجأوا إلى التحكيم من أجل تسوية نزاعاتهم مع الدولة المضيفة لاستثماراتهم وبالتالي، يمكن لجميع المستثمرين الذين لم يتعاقدوا بشكل مباشر مع الدولة المضيفة أو الذين تعاقدوا معها، ولكن دون اشتراط شرط التحكيم للاستفادة من التحكيم.

أما الإجتهاد القضائي والسوابق القضائية فهي تصف الطريقة التي تجتمع بها إرادة الأطراف في التحكيم إستنادا إلى قانون أو معاهدة تختص بالاستثمارات بعرض التحكيم هناك أيضا من يصفها بعرض الموافقة، التي من خلالها أصبح ممكنا إحالة النزاعات على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كآلية أخرى مخالفة لألية شرط التحكيم والتي أصبحت تستخدم على نطاق واسع[3].

وبالإضافة إلى فتح أبواب التحكيم للمستثمرين الذين لم يكن بإمكانهم الاستفادة منه بسبب عدم وجود صلة تعاقدية مباشرة مع الدولة المضيفة، فإن العرض العمومي للتحكيم يمنح أيضا الإجراء الذي له صبغة متميزة بتطبيقه لنظام خاص، سواء في مجال اختصاص التحكيم أو في مجال قبول الطلب والقانون الواجب التطبيق، ومن أجل عرض ذلك، سنميز وفقا لما إذا كان عرض التحكيم المعني ينشأ عن معاهدة (1) أو من قانون وطني للدولة المضيفة (2)[4].

---

[1] Ousmane Diallo, Opcit, p 196.
[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 763.
[3] Ousmane Diallo, Opcit, p 197.
[4] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 763.

التحكيم على أساس معاهدة صادقت عليها الدولة المضيفة:

في تطبيق مبدأ التراضي المنفصل، من المعمول به أنه يجوز للدولة، من خلال معاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف، تقديم عرض عام للتحكيم موجه للمستثمرين من مواطني الطرف الآخر أو الدول الأطراف للمعاهدة المذكورة.

كثيرا ما تنص معاهدات تشجيع وحماية الاستثمار الثنائية (BITs) على هذا النوع من العرض، كما تفعل بعض المعاهدات المتعددة الأطراف في نفس المجال[1].

وبالتالي، في النموذج الفرنسي من الانفاقيات الثنائية لسنة (2006) TBI ، ينص على أنه في حالة عدم وجود تسوية ودية، يمكن تقديم أي نزاع ينشأ بين دولة طرف ومستثمر من الدولة الطرف الأخرى، بعد فترة ستة أشهر، «دون قيد أو شرط وبغض النظر عن أي حكم تعاقدي آخر أو تنازل عن التحكيم الدولي»، للتحكيم من قبل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CIRDI) [2].

ويمكن تفسير إنتشار المعاهدات الثنائية لتشجيع الاستثمار وحمايته بأنها باتت تشكل شكلا حديثا من المعاهدات التجارية وتلك الخاصة بالمؤسسات وأصبحث تشكل شبكة كثيفة وبشكل متزايد في نفس الوقت مع كونها فصلا مهما من القانون الإقتصادي الدولي العام والقانون التجاري الدولي إذ أصبحت تمتد عبر الحدود وتكسر كل المعوقات أمام الاستثمار[3].

تنص بعض المعاهدات المتعددة الأطراف أيضا على عروض تحكيم الاستثمار الأجنبي، على سبيل المثال، تنص معاهدة ميثاق الطاقة الفرنسية المؤرخة في 17 ديسمبر 1994 على أن كل دولة طرف «تمنح موافقتها غير المشروطة على تقديم أي نزاع إلى الإجراءات القانونية للتحكيم»، بحيث يكون المستثمر قادرا على اختيار المركز الدولي CIRDI، أو تحكيم تحت رعاية معهد التحكيم التابع لغرفة التجارة في ستوكهولم، أو حتى محكمة خاصة adhoc تم إنشاؤها على أساس قواعد الكنودسي [4].

---

[1] Ousmane Diallo, Opcit, p 224.
[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 764.
[3] Jean-pierre laviec, opcit, P 6.
[4] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 764.

وشرط اللجوء إلى التحكيم هو النص المدرج في معاهدة والذي بمقتضاه يتعهد طرفا أو أطراف المعاهدة بإحالة ما قد يثور بينها من نزاعات بشأن هذه المعاهدة إلى التحكيم للفصل فيها وحلها وفقا للشروط والقواعد المحددة بها أو التي يتفق عليها فيما بعد[1].

الدول التي تبرم معاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف التي بموجبها تحال النزاعات بين الدولة ومواطني الدول الأخرى إلى التحكيم بطلب من مواطن الدولة الأخرى هي تصرح على حق لصالح الغير stipuler un droit en faveur d'autrui، هذا التصريح لصالح الغير يتميز بخصوصية لأن كل دولة طرف في المعاهدة هي مصرحة ومتعاهدة في نفس الوقت، فهو يصرح بحق اللجوء إلى التحكيم لصالح مواطنيه، وفي نفس الوقت فهو يتعهد على الخضوع للتحكيم بطلب من مواطني الدول الأخرى [2].

لا يمكن تجديد النظام المطبق على عمليات التحكيم المنشأة على أساس العقود بالكامل في حالة وجود إجراء يستند إلى عرض عمومي للتحكيم، ومن ثم يتم تطبيق قواعد محددة في كل من مجال اختصاص التحكيم (أ) وتلك الخاصة بقبول الطلب (ب) والقانون الواجب التطبيق (ج).

أ- **إختصاص التحكيم:**

المعاهدة وتقييم الاختصاص: يظهر الطلب المقدم من المستثمر قبوله للعرض العمومي للتحكيم الذي يدعي الاستفادة منه ويسمح بتشكيل هيئة تحكيم، والتي سيكون عليها بعد ذلك أن تحكم في اختصاصها فيما يتعلق بالنّزاع المقدم إليها، لقبول عرض التحكيم لا بد لهيئة التحكيم من الإشارة إلى النص الذي تم بموجبه تعيينها أي المعاهدة التي تقدم عرض التحكيم وفي ضوء أحكام ذلك، ستقيّم هيئة التحكيم اختصاصها من حيث الموضوع (1)، والاختصاص الشخصي (2) والاختصاص الزمني (3)[3].

(1). الاختصاص النوعي:

تدرس هيئة التحكيم المعاهدة لترى في معنى الوصف بالاستثمار والمعنى المقصود به في المعاهدة وذلك من أجل تقييم مدى إختصاصها النوعي ratione materiae أو

---

[1] محمد بواط، **التحكيم في حل النزاعات الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008، ص 57.

[2] Ousmane Diallo,Opcit p 207.

[3] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 765.

الإختصاص المادي، يجب أن تنظر هيئة التحكيم المختارة على أساس عرض التحكيم المقدم بموجب معاهدة في وصف المعاملة المتنازع عليها على أنها استثمار وماهو التعريف المنصوص عليه في نفس المعاهدة، الذي يأتي في غالب الأحيان على شكل التعداد الشامل مع سرد مختلف العمليات التي يجب إعتبارها استثمارات بالمعنى المقصود في المعاهدة.

سبب اللجوء لطريقة التعداد الشامل هو تجنب أي خلاف بين الدولتين المتعاقدتين حول التكييف وتطبيق أحكام الإتفاقية مما يقلل من المنازعات بينهما وهذا هو الوضع الغالب في الإتفاقيات الثنائية[1].

إن هذا الوصف الذي يقدمه المحكمون في المعاملة المتنازع عليها هل تشكل استثماراً حسب التعريف الذي ورد بالمعاهدة التي قامت بإحالة النزاع أمامهم لا يكفي لإثبات إختصاصهم من حيث الإختصاص النوعي ويتوقف ذلك على النظر في أنواع التحكيم التي يظهرها بند تسوية المنازعات في المعاهدة هل تتناسب مع التحكيم الذي يفضله المستثمر[2].

إلى جانب ذلك، فيلعب إتفاق التحكيم دورا تقليديا وأساسيا في التحديد الإتفاقي لموضوع النّزاع، فهذا الدور حتى مع وجود شرط التحكيم يحتفظ في فائدته في تحديد الإختصاص النوعي للمحكمين[3].

فإذا نصّت الإتفاقية على اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فإن المركز قد قضى بإختصاصه حتى بغياب اتفاق تحكيمي بين الطرفين يحيل إلى تسوية النّزاع عن طريق التحكيم لدى المركز، إذ أن المركز قد حكم باختصاصه للفصل في النّزاع استنادا إلى نصوص تشريع داخلي للاستثمار للدول المضيفة أو استنادا إلى اتفاقيات استثمار ثنائية أو متعددة الأطراف تحيل إلى تحكيم المركز، مكيفا هذه النصوص على أنّها إيجاب صادر من الدولة مقابل قبول من طرف المستثمر وذلك بإيداعه طلب التحكيم لدى المركز[4].

---

[1] بوسهوة نور الدين، **المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005، ص 50.

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 766.

[3] محمد نور عبد الهادي شحاته، **النشأة الإتفاقية للسطات القضائية للمحكمين، نطاقها ومضمونها – دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ع.ط، د.س.ط، ص 113.

[4] حسيني يمينة، **تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2011/12/08، ص 3.

أما في حالة وجود تحكيم خاص adhoc أو إجراء متخذ تحت رعاية مؤسسة تحكيم خاصة بالتجارة الدولية، مثل غرفة التجارة الدولية أو محكمة لندن للتحكيم الدولي على سبيل المثال، يكفي وجود استثمار محمي بالمعنى المقصود في معاهدة الاستثمار الثنائية أو المعاهدة المتعددة الأطراف التي تم الاستناد إليها من أجل تحديد الاختصاص الموضوعي للمحكمة، ليست هناك حاجة لعملية وصف للاستثمار مرة أخرى.

في المقابل، عندما يتم رفع الإجراءات أمام هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فمن الشائع أن تقوم هيئة التحكيم بتنفيذ ما يشار إليه عادة باسم "الاختبار المزدوج" أو« double test » أو« double-barrelled test » باللغة الإنجليزية، سيتحقق بعد ذلك من أن المعاملة المتنازع عليها يمكن تصنيفها كاستثمار ليس فقط فيما يتعلق بالتعريف المقدم لهذا المفهوم من خلال المعاهدة التي أسست ولايتها القضائية، ولكن أيضا في ضوء المادة 25 من اتفاقية واشنطن المؤرخة 18 مارس 1965، ومع ذلك سوف يلاحظ أن هذا الإجراء الأخير يشير بالتأكيد إلى أن اختصاص المركز الدوليCIRDI يمتد إلى النّزاع في علاقته المباشرة بالاستثمار[1].

يجب إذا الرجوع إلى الإجتهاد التحكيمي، الذي يعتبر عموما أن مفهوم الاستثمار بالمعنى المقصود في المادة 25 من إتفاقية واشنطن يتطلب إجتماع ثلاثة عناصر: أولا مساهمة من المستثمر نقدا أو حتى عينيا، ثانيا يجب أن تكون عملية طويلة الأجل، ثالثا وجود المستثمر في أزمة طارئة l'existence d'un aléa، بالإضافة إلى هذه العناصر الثلاثة، يتم الإحتفاظ أحيانا بمساهمة العملية المعنية في التنمية الإقتصادية للدّول المضيفة.

(2). الاختصاص الشخصي:

جنسية المستثمر مقدم الطلب:

في مسائل الاختصاص الشخصي ratione personae، لا يختلف أحد حول الهوية الحقيقية للمدعى عليه، التي يمكن أن تكون فقط متمثلة في الدولة المضيفة للاستثمار لأنه في أصل عرض التحكيم الذي أسس إجراءات التحكيم، أما من ناحية أخرى، يجب أن تتحقق هيئة التحكيم من أن لها اختصاصا من حيث الاختصاص الشخصي على المدعي، أي المستثمر.

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 767.

في الواقع، فإن عروض التحكيم المقدمة بموجب معاهدة لا تكون موجهة إلى جميع المستثمرين الأجانب الذين يحتمل أن يعملوا في أراضي إحدى الدول الأطراف في المعاهدة بل هي تخص فقط المستثمرين من مواطني الدول الأخرى التي أبرمت نفس المعاهدة مع هذه الدول، لذلك لا بد من هيئة التحكيم التحقق من أن مقدم الطلب يتمتع بالفعل بالجنسية المطلوبة لبدء إجراءات التحكيم تطبيقا للمعاهدة التي على أساسها شكلت هيئة التحكيم.

وفي هذا الصدد، تضع معاهدات حماية الاستثمارات المعايير المتعلقة بالجنسية، فيتم تحديد جنسية الأشخاص الطبيعيين بشكل عام بالرجوع إلى المعايير الموضوعة في المسألة من قبل الدولة المنشأ للمستثمر، أما فيما يتعلق بجنسية الأشخاص الإعتباريين، فيتم تحديدها طبقا لقانون المعاهدات التي حسب الحالة بحسب معيار التأسيس أو بمعيار مكان المقر الإجتماعي[1].

(3). الاختصاص الزمني:

يعتمد الاختصاص الزماني (أو الزمني)La compétence ratione temporis لهيئة التحكيم على الصلاحية في الزمن للمعاهدة التي أحالت النزاع لها، من أجل تحديد هذه الصلاحية ينبغي إعطاء الأولوية للأحكام التي تنص عليها المعاهدة نفسها، في ضوء ذلك، فإن الوقتية temporalité لثلاثة أفعال منفصلة هي التي يجب أخذها بعين الاعتبار.

أولها إنشاء عملية الاستثمار نفسها، ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك، فإنها قد تسبق دخول المعاهدة حيز التنفيذ ومن ناحية أخرى، من الواضح أنه لا يجب أن يكون بعد انتهاء صلاحيتها.

الفعل الثاني الذي يجب أخذه بعين الاعتبار هو نشأة النزاع بين المستثمر والدولة المضيفة، أي اللحظة التي حدثت فيها الأفعال المنسوبة إلى هذه الحالة والتي أساءت إلى مقدم الطلب، يجب ألا تكون هذه النشأة قبل دخول المعاهدة حيز التنفيذ، السبب بسيط وهو أنه قبل دخول المعاهدة حيز التنفيذ، لا يمكن أن تلام أحدى الدول الأطراف على تجاهل شروطها.

يتمثل الإجراء الثالث والأخير الذي يؤثر زمنه على الاختصاص الزمني للمحكمة في تقديم طلب التحكيم من قبل المستثمر الذي يأتي بعد نشأة النزاع مع الدولة المضيفة

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 769.

وبالتالي بدخول المعاهدة حيز التنفيذ، ومع ذلك، فإن بعض المعاهدات تتضمن فترة تقادم تبدأ من تاريخ النزاع[1]-.

ب . قبول الطلب:

عندما يتقدم المستثمر الأجنبي بطلب أمام هيئة التحكيم بناءا على عرض عمومي للتحكيم ناتج عن معاهدة فقد يواجه قبول هذا الطلب عدة صعوبات قد تتعلق بوضع أو صفة المستثمر (1)، ووجود بند تسوية قضائية مسبقة (2) والإمتثال لشرط Electa una via، المشار إليه أيضا بالتعبير الإنجليزي (3) «Fork in the road».

(1). صفة المستثمر: عروض التحكيم العامة التي تقدمها المعاهدات موجهة إلى المستثمرين الأجانب، غير أن صفة هذا الأخير يتم تحديدها بحسب النشاط الذي يمارسه المدعى للتحكيم، أي أخيرا من وجود أو عدم وجود معاملة استثمار على النحو المحدد في سياق الإختصاص الموضوعي.

ويتم التحقق من صفة المستثمر بالنسبة لغالبية المدعين الذين يقدمون طلب أمام هيئة التحكيم، وكذلك في بعض الأحيان يتم التحقق من وجود الاستثمار زيادة على صفة المستثمر.

وهناك، حالة المساهمين في نشاط الاستثمار التي يتم فيها قبول صفة المستثمر بالنسبة للمساهمين الأجانب في شركة مملوكة للدولة المضيفة للاستثمار، وتنص معظم المعاهدات الخاصة بتشجيع الاستثمار إلى أن إمتلاك جزء من رأس مال شركة تجارية تقع في إحدى الدول الأطراف في المعاهدة بإعتباره استثمارا في هذه الدولة كما أن الإجتهاد التحكيمي يسمح بذلك حتى بالنسبة للمساهمين الصغار.

كذلك حالة المستثمرين العموميين، أي حالة قيام الدولة أو بعض هيئاتها التابعة لها أو الأفراد العموميين باستثمارات بالخارج، فالسؤال المطروح هو في مدى إستفادتهم من حماية استثماراتهم من قبل المعاهدات، كذلك بالنسبة لتقديم عريضة أمام هيئة التحكيم ضد الدولة الأجنبية المضيفة التي إستثمروا بها والتي تقدم عرضا عموميا للتحكيم على أساس معاهدة أبرمت معها.

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 770.

يمكن أن تتعلق هذه التساؤلات بشكل خاص بشركة عامة أو بنك مركزي يحتفظ بأصول في الخارج، وتكمن الصعوبة في أن عرض التحكيم موجه إلى مستثمري الدولة الطرف الأخرى في المعاهدة وليس الدولة الطرف بنفسها، بعبارة أخرى لا يتعلق العرض بالنزاعات بين الدول، لكن فقط تسوية المنازعات مع المستثمرين الأجانب، كذلك ففي الممارسات العملية، لكي تعلن محكمة تحكيمية إختصاصها على أساس إتفاقية ثنائية للاستثمار بطلب من كيان عمومي أجنبي، لا بد من أن لا تنبثق عن دولتها الأصلية أي أن لا تكون لها نشاطات ذات طابع حكومي أو وطني[1].

(2) تسوية قضائية مسبقة:

إن إستنفاذ طرق الطعن القضائي الداخلية للدولة المضيفة للاستثمار من حيث المبدأ ليس شرطا لقبول طلبات التحكيم القائمة على المعاهدات وهذا ما يؤكدها الإجتهاد التحكيمي، ولكن إذا كانت قاعدة إستنفاذ طرق الطعن القضائي التي تتيحها الدولة المضيفة غير قابلة للتطبيق من حيث المبدأ، إلا أنه الأمر يختلف عندما تنص على ذلك المعاهدة صراحة التي يطلب على أساسها تقديم طلب التحكيم، ثم يصبح شرطا لقبول الطلب.

في المقابل، تخول المادة 26 من إتفاقية واشنطن بالسماح للدول في إشتراط إستيفاء هذا الشرط المسبق لحصول التراضي على التحكيم.

(3) الإمتثال لشرط Electa una via أو مفترق الطرق:

إن تحقق شرط مفترق الطرق أو Electa una via والذي يطلق عليه أيضا باللغة الإنجليزية The Fork in the Road Clause ، الذي في معناه يتطلب من المدعي في النزاع الإختيار بين اللّجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو الإجراءات أمام محاكم الدولة المضيفة للاستثمار، من حيث المبدأ عندما يختار أحد الفرعين، فإنه يستلزم التنازل عن الأخر، لكن هذه القاعدة ليست عرفية، بل يجب أن تكون قد نصت عليها صراحة معاهدة مبرمة بين الدولة موطن المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار، أما عمليا فإنها شائعة جدا بالخصوص في الإتفاقيات الثنائية المشجعة للاستثمار، إذ تنص المادة 8 فقرة 2 من اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين الجزائر

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 772.

وإيطاليا التي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1993/11/26، «إذا لم يتم تسوية النزاع ودياً خلال مهلة 6 أشهر فإنه على المستثمر المعني أن يعرض النّزاع على أحد الخيارات التالية:

أ- الهيئات القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة التي تنفذ فيها العملية الاستثمارية.

ب- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

جـ- هيئة تحكيم خاصة يتم تشكيلها وفقا لأحكام المادة 9 من هذه الاتفاقية». [1]

فمثلا في قضية شركة CMS ضد الأرجنتين، اعترضت هذه الأخيرة على اختصاص المركز استناداً إلى شرط مفترق الطرق المدرج في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين، إذ ادعت ان إستئناف TGN وهي شركة محلية يمتلك فيها المدعى أسهماً للقرار القضائي أمام المحكمة الفيدرالية العليا يفقد المستثمر الحق في اللّجوء إلى تحكيم المركز، رفضت هيئة التحكيم هذا الاعتراض مبررة ذلك باختلاف الأطراف في الإجراءات الداخلية عنها في الدولية، بالإضافة أن الإجراءات الداخلية لا تتعلق بالمطالبات الناشئة عن الاتفاقية، فموضوعها ليس نفس موضوع المطالبة التي تضمنها طلب التحكيم أمام المركز [2].

بذلك يبدو اجتهاد هيئات التحكيم متسقا ويسير على وتيرة واحدة عند تعاملها مع شرط مفترق الطرق كقيد على اختصاصها، بإعتبار أن هذا الشرط يطبق فقط إذا كان نفس النّزاع يستند على نفس الأسباب للفعل الذي سبق تسويته من قبل الهيئات القضائية المحلية للدولة المضيفة، وبالتالي يفقد بذلك المستثمر الحق في الاستفادة من تحكيم المركز، أما إذا كان النّزاع المعروض على المحاكم الوطنية يتعلق بمطالبة ناشئة عن العقد أو بإلغاء قرار صادر عن إحدى السلطات المحلية، فإن شرط مفترق الطرق يستبعد، ويبقى الحق للمستثمر في تقديم النزاع الناشئ عن انتهاك اتفاقية الاستثمار الثنائية أمام المركز [3].

---

[1] Consortium Groupement L.E.S.I-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria (ICSID Case N°. ARB/03/8), Award of January 10,2005, ICSID Rev-FILJ 426(2004), p 26-27.

[2] CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case N°. ARB/01/8), Decision on objections to Jurisdiction of July 17,2003, P 23.

[3] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 219.

ج. القانون الواجب التطبيق:

إن عرض التحكيم العمومي الوارد في معاهدة يحدد موضوع النّزاع الذي لا بد من المحكمين النظر فيه وفي القانون الواجب التطبيق عليه، في الواقع يهدف هذا العرض حصريا إلى التعويض عن طريق التحكيم عن الضرر الذي لحق بالمستثمر نتيجة انتهاك الدولة المضيفة للأحكام الموضوعية للمعاهدة التي تظهر فيها، خارج هذه الدائرة، فإنه يختفي إختصاص التحكيم لأنه يلغي التراضي المعبر عليه من طرف الدولة في هذه المعاهدة[1].

أما في مجال القانون الواجب التطبيق من طرف المحكمة التحكيمية المعينة على أساس معاهدة، يجب التمييز بين القواعد الموضوعية وقواعد تفسير هذه القواعد الموضوعية نفسها.

فالقواعد الموضوعية هي تلك القواعد التي تستند عليها المحكمة التحكيمية في تقييم تصرفات الدولة المضيفة تجاه المستثمر.

ومع ذلك، في هذا الصدد، يجب على المحكمة أن تلتزم بتطبيق الأحكام التقليدية التي يستند إليها إختصاصها القضائي، أي المبادئ التي وضعتها المعاهدة والمتعلقة بمعاملة المستثمر أو استثماره. ومع ذلك، قد يحدث أن المعاهدة نفسها تسمح بتطبيق القانون الدولي العرفي، أو حتى القواعد الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان في بعض الأحيان.

من جهة أخرى، لتفسير قواعد التعاهد الظاهرة على المعاهدة التي بواسطتها تعين إختصاصها، يجوز للمحكمة التحكيمية الإعتماد على القانون الدولي العام، ولا سيما على المواد المنصوص عليها لهذا الغرض في اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات **23 ماي 1969**. هذا الاستخدام لإتفاقية المعاهدات، بأي حال من الأحوال فيما يتعلق بقواعدها المتعلقة بالتفسير، أمر لا جدال فيه[2].

الفرع الرابع:

اللجوء إلى التحكيم على أساس القانون الوطني للدولة المضيفة.

أولا: العرض العمومي للتحكيم بالوسائل التشريعية:

عروض التحكيم العمومية التي تستهدف المستثمرين الأجانب ليست ناتجة فقط عن معاهدات ثنائية، فقد تكون ناتجة عن قوانين أو قوانين الاستثمار الوطنية، من الشائع جدا

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 773.
[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Ibid, p 774.

أن الدولة المضيفة تدخل حكما يعبر عن موافقتها على التحكيم في حالة حدوث نزاع، كما في حالة المعاهدة، ويقدم هذا النوع من الأحكام للمستثمر خيارا علنيا بين عدة أنواع من التحكيم، سواء كانت مؤسساتية أم لا.

والنظام المطبق على عمليات التحكيم التي تتم على هذا الأساس مشابه تماما للنظام السائد في مسألة المعاهدات، لكنها مع ذلك هناك بعض الخصائص في كل من مجال اختصاص التحكيم وفي مجال القانون الواجب التطبيق.

ثانيا: اختصاص التحكيم:

يجب على هيئة التحكيم التي تم تشكيلها على أساس عرض التحكيم العام المقدم بموجب قانون وطني للدولة المضيفة، كما هو الحال في مسائل المعاهدات، أن تحكم في اختصاصها من حيث الاختصاص النوعي compétence ratione materiae في ضوء التعريف الوارد في هذا القانون لحماية الاستثمار.

من جهة أخرى، فإن الاختصاص الشخصي compétence ratione personae لا يشكل نفس الصعوبات كما هو الحال في مسائل المعاهدة، فعروض التحكيم الصادرة عن طريق قانون وطني موجهة، ما لم ينص على خلاف ذلك، إلى جميع المستثمرين الأجانب، بغض النظر عن جنسيتهم.

في الأخير وفيما يتعلق بالاختصاص الزمني ratione temporis la compétence، يعتمد هذا على دخول القانون الوطني المعني حيز التنفيذ وإلغائه بالإضافة إلى ذلك، فقد يحدث أن تنوي الدولة المضيفة مراجعة قانونها من أجل وعلى وجه الخصوص إزالة الأحكام المتعلقة بالتراضي المنفصل مثل هذا التنقيح الذي هو علامة على ممارسة الدولة لسيادتها التشريعية ومن حيث المبدأ قد يضع حدا لعرض التحكيم ويفرض عدم الإختصاص من حيث الاختصاص الزمني على هيئة التحكيم التي إتصلت بها الدعوى التحكيمية في ذلك الحين بكونها لم يعد ينص عليها القانون[1].

- **القانون الواجب التطبيق:** كما هو الحال في مسائل الإتفاقيات وفي سياق إجراء تحكيم قائم على عرض تحكيم ناتج عن قانون وطني يتعلق بالاستثمارات الأجنبية، فإن القواعد الموضوعية التي وضعها هذا الأخير هي التي يجب أن توضع موضع التنفيذ من

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 775.

أجل تقييم مدى تجاهل الدولة المدعى عليها للقانون من جهة والأضرار المحتملة التي لحقت بالمستثمر من جهة أخرى.

من أجل تفسير المفاهيم التي تعمل بها القوانين الوطنية في مسائل الاستثمار الأجنبي، مثل مفهوم «نزع الملكية» أو «المعاملة بالمثل»، يعتبر فقه التحكيم أحيانا أنه يمكن أن يعتمد على مصادر القانون الدولي العام[1].

المطلب الثاني:

الإشكالات الخاصة بالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

يعرف التحكيم في منازعات عقود الاستثمار في الواقع العملي العديد من المشاكل الناجمة عن كون أن أحد أطراف العقد وهو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية، يتمتع بوضع مميز يسعى للحفاظ عليه سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثنائه أو حتى بعد صدور الحكم، إذ أن وجود الدولة كأحد أطراف النزاع يصبغ عملية التحكيم بصبغة خاصة.

كما قد تتمسك الدولة بحصانتها سواء في مواجهة القضاء أو في مواجهة الحكم التحكيمي الصادر ضدها، بالإضافة إلى ما قد تلجأ إليه الدولة من مناورات مربكة أو معطلة للعملية التحكيمية.

وسنتطرق فيمايلي من جهة إلى الإشكالات الناجمة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم (الفرع الأول) ومن جهة أخرى إلى الإشكالات الناجمة عن تمسك الدولة بحصانتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الإشكالات الناجمة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم.

قد يصادف التحكيم في عقود الاستثمار العديد من الإشكالات الناجمة عن محاولة طرف من الأطراف سواءا الدولة المضيفة للاستثمار أو المستثمر الأجنبي أو الطرف الذي لا تكون من مصلحته اللجوء إلى التحكيم في إثارة العقبات حول بنود الإتفاق على التحكيم وذلك أملا في إحباط عملية التحكيم ككل وإعاقة هيئة التحكيم عن أن تصدر حكمها[2].

---

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Ibid, p 775.

[2] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، مرجع سابق، ص 48.

وتقوم هذه المحاولات في الغالب على التشكيك في صحة إتفاق التحكيم، وذلك من ناحية طبيعة ومهمة أحد الأطراف حيث أن هناك من الأشخاص الذين يثور بصددهم مدى جواز خضوعهم للتحكيم، أو من ناحية موضوع النزاع فهناك من الموضوعات التي لا يجوز أن تكون محلا للتحكيم.

عندما تكون هذه المحاولات من قبل دولة أو حكومة ما فإنها تستند حينئذ على مايلي:

أ–بموجب قانونها الوطني فإن الدولة لا تملك الأهلية أو القدرة الكافية على الدخول في إتفاق التحكيم، أو أنه يستوجب الحصول على ترخيص مسبق للدخول فيه[1].

ب– بموجب قانونها الوطني فإن الموضوع محل النزاع لا يجوز النظر فيه أمام التحكيم.

وسنعرض فيمايلي لهذه المحاولات التعطيلية للعملية التحكيمية، والمتخذة من جانب الدولة ولمدى مشروعيتها في فرعين على النحو التالي:

أولا: التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها الكافية على اللجوء إلى التحكيم:

في البداية لا بد من الإشارة إلى أن مسألة التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها على اللجوء إلى التحكيم – بإعتبار أن التحكيم لا يكون إلا إختياريا برضا الأطراف– لا يثار إلا إذا وجد إتفاق بين الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها على اللجوء إلى التحكيم بصدد عقد من العقود التي أبرمتها تلك الجهات، حيث تسعى هذه الجهات إلى التخلص من اللجوء إلى التحكيم، متذرعة بعدم أهليتها أو بعدم توافر القدرة الكافية لها من أجل اللجوء إلى التحكيم، مستندة في ذلك إما إلى قانونها الوطني لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود وإما إلى أن أحكام القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الإتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في مثل هذه العقود [2].

أ– حظر القانون الوطني باللجوء إلى التحكيم:

قد تتمسك الدولة الطرف في عقود الاستثمار، في سبيل التخلص من إلتزامها الذي إتفقت عليه مع المستثمر الأجنبي باللجوء إلى التحكيم، بأن أحكام قانونها الوطني الذي تم إبرام الإتفاق على التحكيم أثناء سريانه يحظر على الدولة أو هيئاتها العامة اللجوء إلى التحكيم، مما يجعل هذا الإتفاق باطلا.

---

[1] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 687.

[2] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، مرجع سابق، ص 49.

تتضمن العديد من النّظم القانونية نصوصا تجعل الإختصاص بنظر المنازعات التي يكون الأشخاص طرفا فيها للقضاء الوطني، وتقيد أو تستبعد المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أو مؤسسة عامة أو هيئة عامة طرفا فيها من الخضوع للتحكيم، بل ويحدد بعضها اختصاص جهة القضاء الإداري بهذه المنازعات على نحو قاصر عليه[1].

وقد أثبت العمل الدولي في عدد كبير من الحالات إلتجاء الدولة المعنية إلى إنكار شرط التحكيم الذي سبق لها قبوله بدعوى عدم جواز اتفاقها على التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية، وهو ما أضطرّت أحكام المحاكم وكذلك هيئات التحكيم على رفضه.

فقد إنتهت محكمة الإستئناف بباريس في قرارها الصادر في قضية Myrtoon Steamship ولأول مرة إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي إلا علي العقود المبرمة داخليا إذا لا تسري على العقود الدولية[2].

كذلك أيضا محكمة النقض بباريس التي أتت مباشرة بعد ذلك لتأكيد ذلك في حكمها الصادر في 2 ماي 1966 في قضية Galakis إلى أن محكم استئناف باريس كان عليها فقط الفصل في مسألة ما إذا كانت القاعدة المصاغة لحكم العقود الداخلية يجب أن تطبق على العقد الدولي المبرم من أجل احتياجات التجارة ووفقا للشروط التي تتطلبها عادات التجارة البحرية[3].

كذلك بعدم جواز تطبيق الحظر المنصوص عليه في القانون الفرنسي في مجال التحكيم الدولي[4].

وبعد ذلك أجابت على هذا الأمر المحكمة العليا الفرنسية بالنفي، إذ قضت بأن الحظر المذكور لا يعمل به بصدد العقود الدولية، وهو ما يفيد أن الدولة الفرنسية تلتزم بترتيب كافة الأثار المترتبة على شرط التحكيم الذي قبلته دون أن تتذرع بالحظر القائم في القانون الفرنسي والذي يمنع الدولة من قبول شرط التحكيم في العقود التي تبرمها.

وفي تطور هام اتجه القضاء الفرنسي إلى تعميم المبدأ الذي اتبعه – وهو أن الحظر الوارد على الدولة ومؤسساتها في قبول شرط التحكيم يعمل به في إطار العلاقات الوطنية

---

[1] حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 323.

[2] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 687.

[3] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع نفسه، ص 50.

[4] Mathias AUDIT, Sylvain Bollé, Pierre Callé, Opcit, p 688.

البحتة دون العلاقات الدولية – على النصوص الأجنبية التي تتبنى هذا الحظر، وعلى النحو الذي يمكن معه القول بأن قاعدة عدم سريان الحظر وارد على الدولة أو أجهزتها العامة في قبول التحكيم قد أضحت قاعدة من قواعد النظام العام الدولي.

فقد ذهبت محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر في 13 جوان 1996 بشأن المنازعة بين كل من الشركة الإيطالية Icori Estero والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار، وبعد أن تمسكت الشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار أن المبدأ المستخلص من النظام العام الدولي، والذي يقضي بصحة شروط التحكيم الواردة في العقود التجارية المبرمة من قبل الدولة من أجل حاجة المعاملات الدولية لا يعمل به في العقد المبرم بين الشركة الكويتية، والذي أبرمته بصفتها ممثلة لدولة الكويت وبين الشركة الإيطالية نظرا لأن القانون الجزائري الذي إختاره الأطراف ليحكم عقدهم يحظر في المادة 442 منه على الأشخاص الإعتبارية العامة قبول التحكيم، وهو ما يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم موضوع المنازعة إلى أنه: «أيا ما كان أساس الحظر المفروض على الدولة لإبرام إتفاق التحكيم، فإن هذا الحظر يبقى قاصرا على العقود التي تتم وفقا للنظام الداخلي، وليس تلك التي تتعلق بالنظام العام الدولي، فوفقا لهذا الأخير يمتنع على الدولة أن تستفيد من أحكام قانونها الوطني أو من قانون العقد للتخلص فيما بعد من اتفاق التحكيم، فما دام هذا الإتفاق قد ورد في إطار عقد دولي وتم إبرامه وفقا للحاجات والشروط التي تتفق مع عادات التجارة الدولية والنظام العام الدولي فهو إتفاق صحيح وله الفاعلية الكاملة[1]».

نستخلص مما تقدم أنه إذا قبلت الدولة مقدما اللجوء إلى التحكيم فإنها لا تستطيع أن تتمسك فيما بعد بقانونها الوطني لتقضي ببطلانه، حيث أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم في هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي وحده. ومن مبادئ هذا النظام العام الدولي أنه لا يجوز للدولة لحماية المشروع العام التمسك بأحكام قانونها الوطني للتخلص من إتفاق التحكيم الذي أبرمته.

غير أنه التساؤل الذي يبقى مطروحا هو ماذا سيكون عليه الحال فيما لو تمسك الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة بعدم أهليتها في اللجوء إلى التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة؟

---

[1] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع السابق، ص 52.

ولقد تعرضت محكمة إستئناف باريس لمثل هذه الحالة في حكمها الصادر في 18 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة Catoil ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإيرانية.

وتتلخص وقائعها في أن شركة Catoil (وهي شركة تتمتع بجنسية دولة بنما) قد دفعت بعدم إختصاص هيئة التحكيم استنادا إلى بطلان شرط التحكيم بسبب عدم أهلية الشركة الوطنية الإيرانية للبترول لقبول شرط التحكيم دون الترخيص المسبق من قبل البرلمان الإيراني، وذلك وفقا للمادة 139 من دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية. إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع وأصدرت حكما جزئيا بنظر النزاع، ثم أصدرت بعد ذلك حكما نهائيا بإلزام شركة Catoil برد المبالغ التي احتجزتها إلى الشركة الإيرانية، فطعنت شركة Catoil على الحكمين المتقدمين أمام محكمة إستئناف باريس التي أعلنت أنه: « بالنسبة للعقود الدولية المبرمة لحاجة المعاملات الدولية وطبقاً لشروطها ومقتضياتها يعد الإتفاق على التحكيم متماشيا مع النظام العام الدولي الذي يحظر على المشروع العام أن يتمسك بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من أجل التنصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقا بين الأطراف، كذلك فإن الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام لا يمكنه أن يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام إلى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع»[1].

وعلى هذا النحو فقد أكدت المحكمة على عدم سريان الحظر الوارد في الأنظمة القانونية الداخلية في إطار العقود الدولية، ذلك بغض النظر عما إذا كان من يتمسك بالحظر هو الدولة أو أحد أجهزتها أو الطرف المتعاقد معها.

ب- القانون الوطني تم تعديله وأصبح لا يجيز إتفاق التحكيم:

«كذلك فقد تلجأ الدولة الطرف في عقود الاستثمار، في سعيها للتهرب من شرط التحكيم في العقود التي تبرمها، إلى التمسك بأن أحكام قانونها الوطني الذي تم تعديله بعد الإتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز مثل هذا الإتفاق»[2].

ففي قضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول، والتي تتلخص وقائعها في أنه بعد قيام الثورة الإسلامية في إيران أصدر المجلس الثوري فيها قانونا في 08

[1] https://maraji3kanon.blogspot.com/2016/01/blog-post_95.html date de consultation: 25/05/2021.

[2] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع السابق، ص 53.

جانفي 1980 تم بمقتضاه إنشاء لجنة خاصة تملك سلطة إبطال كافة عقود البترول التي تعتبرها غير متماشية مع القانون الإيراني الصادر عام 1951، والذي بمقتضاه تم تأميم صناعة البترول في إيران، وإعمالا لهذا القانون قامت اللجنة المذكورة بإبطال العقد المبرم بين شركة Elf Aquitaine والشركة الوطنية الإيرانية للبترول في 27 أوت 1966، وهو ما دفع الشركة الفرنسية إلى الإلتجاء إلى التحكيم إعمالا لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها وبين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول الذي تم إبطاله، ولقد تمسكت الشركة الإيرانية بعدم إختصاص المحكم إعمالا للقانون الإيراني الذي صدر بعد توقيع العقد[1].

وقد انتهى المحكم المنفرد Bernhard Gomard إلى الإعتراف بالإختصاص لنفسه[2]: « **إذ أنه من المبادىء المعترف بها في قانون التحكيم الدولي أن شروط التحكيم تستمر لتكون نافذة المفعول، حتى على الرغم من المعارضة من جانب أحد الأطراف في أن العقد المتضمن شرط التحكيم هو غير شرعي وباطل**»[3].

وفي قضية Framatome والتي تتعلق بإتفاق هيئة الطاقة الذرية الإيرانية مع بعض الشركات الفرنسية على إنشاء مفاعل نووي، فقد لجأت هذه الشركات إلى التحكيم للمطالبة بمستحقاتها المقررة بموجب الإتفاق، فدفعت الهيئة الإيرانية ببطلان اتفاقهما بالإستناد إلى عدة أسباب، من بينها أن الدستور الإيراني بعد تعديله أصبح يتطلب موافقة مجلس الوزراء عند إلتجاء الهيئات العامة لطريق التحكيم، وهو ما لم يتم لعدم تطلب الدستور ذلك عند إبرام إتفاق التحكيم[4].

وقد انتهت هيئة التحكيم في هذه القضية إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما يطرأ على قوانين الدولة أو دستورها من تعديل، إذ أكدت أن ذلك يعتبر مخالفا لمبدأ الفاعلية، فلا يجوز للدولة أو إحدى هيئاتها العامة التخلص من التزاماتها عن طريق تعديل قوانينها الوطنية[5].

---

[1] https://maraji3kanon.blogspot.com/2016/01/blog-post_95.html date de consultation: 25/05/2021.

[2] https://www.trans-lex.org/261100/_/ad-hoc-award-of-january-14-1982-elf-aquitaine-iran-v-national-iranian-oil-company-yca-1986-at-97-102-et-seq/ date de consultation :23/04/2021.

[3] « C'est un principe généralement reconnu du droit de l'arbitrage international que les clauses compromissoires continuent de s'appliquer, même si une objection est soulevée par l'une des parties selon laquelle le contrat contenant la clause compromissoire est nul et non avenu, la compétence d'un arbitre ou le conseil d'arbitrage désigné conformément à une clause compromissoire est indemne, même si le contrat contenant la clause compromissoire est réputé nul et non avenu».

[4] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع السابق، ص 54.

[5] La solution est inspirée de celle préconisée par Jimenez De ARECHAGA, ancien président de la cour internationale de Justice, lequel soulignait que l'état ou ses démembrements «ne peuvent se décharger de leur engagement en s'appuyant sur un fait soumis à sa volonté comme la modification de la loi interne ou l'annulation unilatérale du contrat»

Voir :Manijeh DANY ELMI, la **sentence arbitrale et le juge Etatique: approche comparative des systèmes français et Iranien**, thèse de doctorat, Université de PARIS Panthéon-Sorbonne, France, 2016, P116.

خلاصة ما تقدم فإن الدولة الطرف في عقود الاستثمار، لا تستطيع بعد موافقتها اللجوء إلى التحكيم، أن تتمسك ببطلان التحكيم في هذا النوع من العقود، ذلك لأن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم في هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي وحده، ومن مبادئ هذا النظام العام الدولي أنه لا يجوز للمشروع العام التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من إتفاق التحكيم الذي أبرمه، فضلا عن أبسط مقتضيات حسن النية في التعاقد، تستلزم أن تقوم الدولة المتعاقدة بتبصير المتعاقد معها بالقيود التي يفرضها القانون الداخلي، ولا تلجأ أصلا إلى الموافقة على شرط التحكيم إلا بعد استيفاء الشروط التي يفرضها القانون الداخلي، فإذا لم يحط علما بعدم الحصول على هذه الموافقة عند التعاقد، فإن النظام العام الدولي يتعارض مع تمكين المشروع التابع للدولة من التمسك بهذا العيب، ولهذا لا مفر من حرمانه من التمسك بالبطلان، هذا كله بفرض أن تلك القيود كانت قائمة وقت تحرير اتفاق التحكيم، أما إذا صدرت بعد الإتفاق، فإنه لا بد من إعمال المبدأ السابق من باب أولى، فالقيود التي تصدر تكون مشوبة بالغش بقصد التهرب من شرط التحكيم لسبب أو لأخر ارتأته الدولة، وقامت بإصدار التعديل لخدمة مصلحتها في الدعاوى القائمة[1].

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

« والواقع أنه قد إتجهت العديد من الدول إلى تعديل تشريعاتها الوطنية من أجل الإعتراف صراحة للدولة أو الأشخاص الإعتبارية العامة بالأهلية لإبرام إتفاقات تحكيم»[2].

[1] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع السابق، ص 55.

[2] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع نفسه، ص 56.

ومن الدول التي إتجهت نحو هذا المنحى نجد فرنسا التي قام المشرع فيها بإصدار قانون 19 أوت 1986 (والمشهور بقانون يورو ديزني لاند)[1]، والذي بموجبه أصبح يجوز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية، وذلك استثناء من أحكام الماد 2060 من التقنين المدني الفرنسي والتي تقرر حظر اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة ولأشخاص القانون العام فقد نصت المادة التاسعة من القانون المشار إليه على أنه : « **بالمخالفة لأحكام المادة 2060 من التقنين المدني الفرنسي يرخص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة بأن تدرج في عقودها التي أبرمتها بالإشتراك مع شركات أجنبية لأجل القيام بعمليات إقتصادية وطنية شرط التحكيم لتسوية المنازعات التي تثور عند تفسير وتنفيذ تلك العقود**»، واشترط القانون لتطبيق هذه المادة الشروط التالية : 1- أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية، أي أن يكون العقد دوليا، ومن ثم لا ينطبق هذا الإستثناء على العقود التي تبرم بين شركات وطنية. 2-أن يكون العقد بخصوص مشروع ذا نفع قومي حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم. 3- أن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم بصدد كل حالة على حدة.

كما قام المشرع المصري أيضا بإدخل تعديل على قانون التحكيم رقم 27 لعام 1994 بموجب القانون رقم 09 لسنة 1997 وذلك بإضافة فقرة ثانية إلى المادة الأولى جاء نصها على النحو التالي: « **وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك**»، وبذلك يكون المشرع المصري قد أقر صراحة بقدرة الدولة وغيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة لحل المنازعات التي تثيرها العقود التي تبرمها بطريق التحكيم.

---

[1] وقد كان الدافع وراء إصدار هذا القانون هو تصميم الشركة الأمريكية Walt Disney على ضرورة تضمين العقد المبرم بينها وبين مقاطعة Val de Marne والمؤسسة العامة للمدينة الجديدة Marne la Vallée على شرط التحكيم وخاصة بعد أن رفض مجلس الدولة الفرنسي إدراج شرط التحكيم في هذا العقد على إعتبار أنه يتعلق بالنظام القانوني الداخلي الفرنسي ويعد بهذه المثابة مخالفا للنظام العام في فرنسا، علاوة على أن شروط تطبيق المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي غير متحققة في واقعة الحال حيث أنها لا تسمح إلا بعقد إتفاق التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد وذلك بعد نشأة النزاع. أنظر : حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص ص 376-377.

ثانيا: التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم:

من الدفوع التي قد تقدمها الدولة في سعيها لإثارة العقبات أمام التحكيم، عدم قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقود الاستثمار للفصل فيه بواسطة المحكمين، لكون الغالبية العظمى من المنازعات الناشئة عن هذه العقود تتعلق بأعمال صادرة عن الدولة بصفتها سلطة عامة سيادية[1].

في الواقع إذا كانت الأعمال أو القرارات الصادرة عن الحكومة بصفتها سلطة عليا وذات سيادة لا تقبل الخضوع للتحكيم، فإن الأثار المالية المترتبة على هذه القرارات في حد ذاتها تقبل الفصل فيها بواسطة التحكيم، طالما أنه لا توجد قاعدة أمرة في النظام العام الدولي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار.

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

ففي قضية Framatome وهيئة الطاقة الذرية الإيرانية، تمسكت الحكومة الإيرانية بعدم خضوع المسائل المتنازع عليها للتحكيم، حيث دفعت بعدم إختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع المعروض عليها، نظرا لأن الفصل في ذلك النزاع سوف يؤدي بالمحكمة إلى المساس بالسيادة الوطنية الإيرانية.و هو الدفع الذي لم تلتفت المحكمة إليه، مقررة أنه إذا كان قرار الحكومة الإيرانية يعتبر قرارا لا يقبل الخضوع للتحكيم بوصفه من قرارات السلطة العليا السياسية، ويعبر عن ممارستها لسيادتها الوطنية، وهو ما يغل يد المحكمة عن التعرض إليه بأي وجه من الوجوه، وذلك على عكس الأثار المالية المترتبةعلى هذا القرار، إذ أن هذه الأثار في حد ذاتها قابلة للفصل فيها بواسطة التحكيم[2].

وهكذا فإنه لا يجوز للدولة بعد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم أن تتنصل منه بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم، حيث أنه من الجائز التحكيم بشأن التعويض عن عمل من أعمال الإدارة حتى ولو كان مترتبا على عمل لا يجوز

---

[1] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع السابق، ص 60.

[2] https://maraji3kanon.blogspot.com/2016/01/blog-post_95.html.

التحكيم فيه، كقرار إداري غير مشروع، وقد أكدت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على سريان القانون على اتفاق التحكيم الذي يتم بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي تولد عنها النزاع[1].

خلاصة ما تقدم فإنه لا يجب الإعتداد بالدفع بعدم القابلية للتحكيم بعد أن قبلت الدولة شرط التحكيم في منازعة هي طرف فيها، سواء أكان ذلك بحجة عدم أهليتها لإبرام إتفاق التحكيم أو لعدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه من قبل المحكمين، لما يكون من شأنه زيادة الثقة في التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمار، فقد استخدمت فكرة النظام العام الدولي للسماح بقابلية منازعات الدولة للتحكيم، حيث أصبح ينظر إلى عدم القابلية للتحكيم على أنها مظهر من مظاهر عدم الثقة بالتحكيم الدولي، وأنه مما يتعارض مع النظام العام الدولي ما يمكن أن يعتبر مظهرا من مظاهر عدم الثقة في التحكيم[2].

الفرع الثاني:

الإشكالات الناجمة عن تمسك الدولة بحصانتها

إن الدولة في سبيل تخلصها من قبول عملية التحكيم، تستعمل كسلاح القيام بعدد من الأفعال والإجراءات لعرقلة عملية التحكيم، مستغلة في ذلك ما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة، سواء الحصانة أمام القضاء أم الحصانة ضد تنفيذ الأحكام، حيث يعتبر مبدأ الحصانة ملازما لطبيعة الدولة، وينطوي على أن الدولة قد تستعين بسيادتها كدرع واق ضد سلطة هيئة التحكيم.

ولقد طغت مسألة الحصانة وزاد الجدل حولها في السنوات الأخيرة، لذلك يكون من الضروري توضيح اثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة على حصانتها القضائية والتنفيذية أمام قضاء الدولة.

---

[1] حيث تنص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري على أنه: «مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في مصر تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون ». أنظر **نص قانون التحكيم المصري** رقم 27 لسنة 1994 في الجريدة الرسمية الصادرة في 21 أفريل 1993.

[2] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع السابق، ص 62.

أولا: الحصانة ضد القضاء

إن الدولة الطرف في عقود الاستثمار، في سعيها للتخلص من قبولها عملية التحكيم مع المستثمر الأجنبي، قد تدفع بما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة من الخضوع لقضاء دولة أجنبية للقول بعدم جواز خضوعها للتحكيم، فمن المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، أنه تأسيسا على فكرة السيادة والمساواة بين الدول فإن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، بمعنى أنه لا يجوز إخضاع المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة المنبثقة عنها طرفا فيها لغير قضاء هذه الدول، الأمر الذي يعني عدم إختصاص قضاء دولة أجنبية بنظر تلك المنازعات، سواء أكان ذلك القضاء رسميا في دولة أجنبية أم كان قضاء تحكيميا ينظر تلك المنازعات[1].

ووفقا لإتفاقية Bâle الأوروبية حول حصانة الدّول، فإنه إذا قبلت دولة ما اللجوء إلى التحكيم في النزاعات المدنية والتجارية، فلا يمكنها أن تثير مسألة الحصانة القضائية أمام محكمة دولة أخرى متعاقدة يجري التحكيم على أراضيها، أو كان يجب أن يتم على أراضيها أو يجري بموجب قانونها[2].

ولكن نظرا لأن التحكيم له طابع خاص يتمثل في أنه يجد أساسه في إرادة الأطراف، حيث تلجأ الدولة إلى إدراج شرط التحكيم بالعقد بإرادتها الحرة، فإن التساؤل يثور حول مدى جدوى التمسك من جانب الدولة بالحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم، على الرغم من أنها قد ارتضت في اتفاق التحكيم مبدأ فض المنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بينها وبين أحد أشخاص القانون الخاص بطريق التحكيم؟

يذهب الإتجاه الغالب في الفقه إلى أن الدولة تعتبر متنازلة ضمنيا عن حصانتها القضائية إذا قبلت شرط التحكيم، حيث أن إتفاق الدولة على التحكيم يعني تنازلها عن سيادتها بالنسبة للموضوع الذي جرى الإتفاق بشأنه على التحكيم، خاصة وأن المحكم لا يصدر حكمه باسم الدولة، وإنما هو ينفذ مهمة عهد بها الأطراف إليه، أي أن قضاء التحكيم هو قضاء خاص لا ينتمي إلى سلطة أي دولة، ومن ثم فهو لا يمثل إعتداء على سيادة

---

[1] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع السابق، ص 64.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 156.

الدولة الطرف في النزاع، أضف إلى ذلك أن الدولة تدخل في تلك العلاقة القانونية بإرادتها المطلقة، وبموجب قانون يسمح لها بذلك، وبرضاء مسبق منها، وبدون هذا الرضاء لا يمكن إرغام الدولة على اللجوء إلى المثول أمام هيئات التحكيم، فضلا عن أن تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم بعد موافقتها عليه يتنافى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الدولة لإلتزامها، ذلك أن قبول الدولة لإتفاق التحكيم يفرض عليها الإلتزام بتسوية المنازعات التي تنشأ عن عقودها أمام هذا القضاء وحده، خاصة وأن التحكيم يكون موضع إعتبار في قبول الطرف الأجنبي للتعاقد مع الدولة، ولوكانت الدولة قد رفضت منذ البداية الخضوع للتحكيم فربما أحجم الطرف الأجنبي عن التعاقد معها، خاصة مع مخاوفه من الخضوع لقضاء الدولة الذي يشك في حياده ونزاهته[1].

ففي قضية Limaco ضد الحكومة الليبية، ذهب المحكم Mahmassani في الحكم الذي أصدره في 12 أفريل 1977 إل رفض أي تذرع بأن هذا التحكيم ضد سيادة الدولة، وخلص إلى أن: « الدولة يمكنها دائما أن تتنازل عن حقوقها السيادية بتوقيعها على إتفاق التحكيم ولتظل ملتزمة به»[2].

كذلك فقد ذهبت هيئة التحكيم في قضية هضبة الأهرام، في حكمها الصادر في 20 ماي 1992 إلى أن تمسك الحكومة المصرية بالحصانة القضائية أمام المركز بعد قبول شرط التحكيم لا قيمة له، لأن قبول هذا الشرط يعني التنازل عن الحصانة القضائية أمام التحكيم الذي قبلت الخضوع له.

وهكذا فقد أضحى من المقبول به اليوم على نطاق واسع، أنه حينما تدخل الدولة في إتفاق تحكيم مع شخص خاص أجنبي فإنه من المفترض أن ذلك الإتفاق يتضمن تنازلا ضمنيا عن حصانتها ضد القضاء، وبالتالي يمتنع عليها أن تتخلص من قبولها عملية التحكيم باستغلال سيادتها، فاتفاق التحكيم يتعارض وبشكل مباشر مع الحصانة ضد القضاء، حيث يمكن اعتباره – وكما يرى البعض– مهمشا أو مضعفا لحصانة الدولة أو الجهة الحكومية.

---

[1] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع السابق، ص 65.

[2] https://maraji3kanon.blogspot.com/2016/01/blog-post_95.html

«ولكن التساؤل الذي يثور هنا هو حول ما إذا كان قبول الدولة للتحكيم ينطوي بالإضافة إلى تنازلها عن حصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم كذلك على التنازل عن هذه الحصانة أمام قضاء الدولة التي يتم فيها التحكيم والخاضع لسيادة دولة أخرى، أم يقتصر مثل هذا القبول فقط على التنازل عن الحصانة أمام هيئة التحكيم؟»[1]

يذهب البعض من الفقه في الإجابة على التساؤل إلى القول بامتداد تنازل الدولة عن حصانتها القضائية في كل حالة يستلزم فيها قانون التحكيم تدخل قضاء الدولة الأجنبية، نظرا لأن اختصاص القضاء الأجنبي هو اختصاص تابع لوظيفة التحكيم، فالدولة حينما وافقت على التحكيم تعلم أو المفروض حتما أن تعلم باحتمال عرض النزاع أمام هذا القضاء عند الطعن على حكم التحكيم أو رفع دعوى ببطلانه.

في حين يذهب البعض الأخر إلى القول أنه إذا كان اتفاق التحكيم يسلب من الدولة حقها في التمسك بالحصانة أمام قضاء التحكيم باعتباره قضاء خاصا لايخشى منه المساس بسيادة الدولة واستقلالها، فإن عرض النزاع المتفق بصدده على التحكيم أمام القضاء الأجنبي من مقتضاه أن تسترد حصانتها القضائية، حيث لا يمكن القول بأنها تنازلت عن هذه الميزة ما لم تكن هناك أمور أخرى قاطعة الدلالة على رغبة الدولة في التنازل عن هذه الحصانة، ومن ثم فإنه لا يعتد بشرط التحكيم ذاته للقول بأن الدولة قد تنازلت عن حصانتها أمام القضاء الخاضع لسيادة دولة أخرى.

ومن جانبنا نعتقد بأن اتفاق التحكيم بذاته لا يفيد تنازل الدولة الطرف فيه عن حصانتها القضائية أمام قضاء غيرها من الدول، نظرا لأن تنازل الدولة عن حصانتها القضائية لا يفترض، بل لا بد أن يكون واضحا ومؤكدا، والتنازل المقول به إنما تحقق بصدد إجراء خاص بذاته هو التحكيم، ومن ثم فلا أثر له خارج نطاق التحكيم في مجال أخر هو القضاء.

«فالدولة بقبولها التحكيم تكون قد قبلت بإرادتها المثول أمام هيئة التحكيم فلا يكون لها أن تتمسك بحصانتها أمامها، ولكنها لا تكون قد تنازلت عن هذه الحصانة أمام جهة أخرى غير جهة التحكيم وهي جهة القضاء»[2].

---

[1] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع السابق، ص 66.

[2] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع نفسه، ص 68.

ثانيا: الحصانة ضد التنفيذ.

قد تتمسك الدولة المتعاقدة في سعيها لعرقلة عملية التحكيم، وبعد صدور الحكم التحكيمي في مواجهتها، بحصانتها في مواجهة إجراءات تنفيذه، «**مما يثير التساؤل عن أثر اتفاق التحكيم الذي أبرمته الدولة بإرادتها على هذه الحصانة، فهل لها أن تتمسك بحصانتها في مواجهة إجراءات تنفيذه أم أن مجرد موافقتها على التحكيم تعتبر تنازلا ضمنيا عن حصانتها، بحيث يتعين عليها تنفيذ حكم التحكيم عند اضطرار الطرف الأخر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري دون أن يكون لها التمسك بحصانتها؟**»[1].

لا يكون التحكيم التجاري الدولي عموما والتحكيم في منازعات الاستثمار خصوصا فعالا إلا إذ ضمن لحامل الحكم الحصول على حقه حتى أخر مرحلة من مراحل التحكيم، وهي التنفيذ، وبالتالي فإن الفصل بين مرحلة الإعتراف والنفاذ وبين التنفيذ قد تضعف الثقة بأحكام التحكيم، كما أنّه إذا كانت أحكام الإتفاقية وقوانين الدّول المتعاقدة لا تمنع الدّولة المتعاقدة الطرف في النزاع من التنفيذ على أموال المستثمرين الأجنبين فلماذا تمنع التنفيذ ضد أملاك الدّولة، التي لم تخصّص لخدمة عامة وإنما لأهداف ونشاطات تجارية؟[2]

إذا ليس هناك ما يستهدف حمايته بالدفع بالحصانة، ويعتبر البعض أنه من الأفضل حل مشكلة الحصانة قبل أن تثار، وذلك بوضع شرط في إتفاق الاستثمار، تتعهد فيه الدولة بالتنازل عن حصانتها وعن إثارة الدفوع المتعلقة بها، إذا ما صدر ضدّها حكم تحكيمي يقضي بالتنفيذ على أموالها وأملاكها[3].

وجواباعن التساؤل السابق، فيذهب البعض من الفقه إلى أن إتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة يجب أن يمتد في أثاره ليشمل تنفيذ حكم التحكيم، بمعنى أن وجود هذا الإتفاق في ذاته يعتبر تنازلا منها عن حصانتها ضد التنفيذ، وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وتحقيقا لفاعلية اتفاق التحكيم، إذ أن قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم بالرغم من حصانتها سيكون فارغا من أي معنى إذا هي استطاعت أن تدفع بحصانتها لتعيق تنفيذ حكم التحكيم.

---

[1] https://maraji3kanon.blogspot.com/2016/01/blog-post_95.html

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 156.

[3] جلال وفاء محمدين، **التحكيم تحت مظلة....**، المرجع السابق، ص 96.

ويذهب البعض الأخر [1] بأن إتفاق التحكيم بذاته لا يفيد في الدلالة على تنازل الدولة عن حقها في التمسك بالحصانة في مواجهة إجراءات التنفيذ، على اعتبار أن هذه الأخيرة تتمتع باسقلالية وذاتية تحول دون اختلاطها واندماجها في الحصانة القضائية، فتنازل الدولة عن حصانتها ضد إجراءات التنفيذ لا يفترض ولا يمكن استخلاصه من قبولها للتحكيم، وإنما يلزم أن يكون تنازل الدولة عن حصانتها ضد التنفيذ واضحا ومؤكدا[2].

ومن جانبنا نعتقد بأن موافقة الدولة على التحكيم تعتبر بمثابة تنازل ضمني عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم، حيث يمثل ذلك خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي الذي تكون أحد أطرافه دولة، إذ أن النتيجة سوف تكون مخيبة لو انتهت عملية التحكيم بحكم غير ملزم، حيث يعلق أحد الأساتذة على ذلك بقوله: «رغم كل ما بذل من جهد وما تحقق من نجاح ستجد نفسك في حيرة أمام حكم لا يساوي شيئا سوى الورقة التي كتب عليها»، فضلا عن إمتناع الدولة عن إحترام حكم التحكيم يجردها من المصداقية اللازمة في المعاملات الدولية، وهو خطر لا يمكن لأية دولة أن تتجاهله.

لذلك فإننا نؤيد اعتبار اتفاق التحكيم الذي تورده الدول في عقودها مع المستثمرين الأجانب يفيد تنازلها عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم، وإذا كانت تنوي غير ذلك، فإنه يتعين عليها التأكيد منذ البداية على تمسكها بهذه الحصانة من خلال نصوص واضحة ومباشرة تؤكد تمسكها بهذه الحصانة ضد تنفيذ حكم التحكيم.

فبالنسبة للدولة المتعاقدة الطرف في النّزاع، يمكنها أن تدفع بالحصانة إذا ما تعلّق الأمر بحماية أموال مخصّصة لخدمة عامّة، أي حماية للملكيّة العامّة للدّولة، أماّ إذا ما تعلّق الأمر بحماية أملاك مخصّصة للتجارة، فلا يمكن الدفع بالحصانة السيّادية لهذه الدّولة، خصوصا أن هذه الدّولة يجب أن تحترم تعهّدها الدولي بإحترام وتنفيذ أحكام المركز الدّولي[3].

---

[1] حفيظة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، مرجع سابق، ص 283-284.

[2] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع السابق، ص 69.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 157.

ففي قضية حديثة ترتبط بمسألة الحصانة ضد التنفيذ، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن دخول الدولة في إتفاق التحكيم يعتبر تنازلا ضمنيا عن حصانتها ضد التنفيذ دونما حاجة لصياغة نص واضح ينص على تلك المسألة.

وتتلخص وقائع هذه القضية المعروفة بقضية Creighton في أن عقدا قد أبرم بين الحكومة القطرية وشركة Creighton الأمريكية تقوم بمقتضاه الشركة الأمريكية ببناء مشفى لحساب الطرف القطري، وقد نشأ نزاع بين الطرفين حول أداء الشركة، الأمر الذي دفع الحكومة القطرية إلى طردها من موقع العمل، وقد رفضت شركة Creighton ذلك، وبدأت باتخاذ بعض الإجراءات من أجل طرح النزاع على التحكيم وفقا لإتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين، والذي يقضي بأن يتم التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية، وقد تم التحكيم في باريس، وأنتهى بحكم لصالح شركة Creighton تحصل بمقتضاه على تعويض قدره ثمانية ملايين دولار [1].

ولقد وصلت إجراءات تنفيذ الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية، التي أعلنت أنه:«**استنادا إلى توقيع دولة قطر عل اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام إلى قواعد غرفة التجارة الدولية، فإنها بذلك تكون قد تنازلت ضمنيا عن حصانتها ضد التنفيذ، فهذا هو ما تنص عليه المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية[2]، والتي تجري على أنه: أ- تكون أحكام التحكيم نهائية. ب- قبول الأطراف التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون أي تأخير، ويعدون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل عنها قانونا**»، وهكذا فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية موافقة الدولة على التحكيم بمثابة تنازل ضمني عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم، الأمر الذي يمثل خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي الذي تكون أحد أطرافه دولة.

---

[1] بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، المرجع السابق، ص 70.

[2] وقد أضحت هذه المادة مقابلة للمادة 6/28 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية والذي أصبح نافذاً اعتباراً من أول يناير عام 1998. أنظر هذه القواعد منشورة بالإنجليزية على شبكة الأنترنت في الموقع:
http :www :jus.uio.no/lm/icc.arbitration.rules.1998/doc.html

الفصل الثاني:
سلطات المحكمين ضمن قواعد مراكز التحكيم الدّولي دراسة مقارنة بين المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI وهيئة تحكيم(الكنودسي)CNUDCI

يخوّل تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار للمحكمين سلطات عديدة من خلال أحكام قواعده الخاصة بالتحكيم والمتمثلة في اتفاقية واشنطن، وبإعتباره تحكيما مؤسساتيا فهو يمنح محكمي المركز التأطير اللاّزم لأجل تسيير عملية التحكيم بطريقة جيدة، ويختلف بذلك عن الكنودسي التي توفّر قواعد التحكيم دون توفير التأطير اللاّزم لعملية التحكيم والتي تترك مهمة تعيين المحكمين لسلطة تسمى سلطة التسمية والتعيين، كذلك بإعتبارها قواعد وليست هيئة تحكيمية فإن قواعد الكنودسي تعتمد من طرف بعض هيئات التحكيم أو في إطار التحكيم الحرّ كقواعد لسير عملية التحكيم، بالإضافة لذلك فسوف نتطرق إلى دراسة أوجه التباين بين قواعد التحكيم للمركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار وقواعد الكنودسي من خلال السلطات التي تضعها في يد المحكمين وذلك من خلال مبحثين، التحكيم وفقا للمركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI (المبحث الأول) والإجراءات المتبعة في التحكيم أمام المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التحكيم وفقا للمركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من أبرز مؤسسات التحكيم على المستوى الدولي وذلك يعود إلى النتائج الباهرة التي حققها في تسوية منازعات الاستثمار والعدد الكبير من القضايا التي قام بتسويتها بفضل هيئاته التحكيمية بالإضافة إلى أهميته من حيث عدد الدول المنضمة للإتفاقية المنشئة للمركز وهي إتفاقية واشنطن، ومازاد من أهميته كذلك هو الإهتمام الكبير الذي يحضى به التحكيم المؤسساتي من طرف الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب لما يكتسيه من مزايا ويوفر الوقت والتكاليف في

التحكيم وبإعتباره يتوفر على إمكانيات بشرية ومادية كفيلة بتأطير عملية التحكيم تأطيرا جيداوسندرس كل ذلك في بحثنا فمن جهة سوف نتطرق إلى الوضعية العضوية للمركز وسوف نقوم بمقارنته مع مركز التحكيم التابع للجنة الأمم المتحدة للتجارة الدّولية اليونيسترال (المطلب الأول)، ومن جهة أخرى سوف نتطرق إلى شروط إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ومركز تحكيم اليونيسترال (المطلب الثاني) وأخيرا فسوف نتطرق إلى أهمية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

الوضعية العضوية للمركز واختصاصاته.

إن الأهمية التي تكتسي دراسة الوضيفة العضوية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هي إظهار الأجهزة التي تعمل في إضفاء عنصر المصداقية على الأعمال الصادرة على المركز.

تعتبر العضوية في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مكتسبة بالنسبة للدول التي وقعت على الإتفاقية (إتفاقية واشنطن) ولكن لا تقتصر على الأعضاء الأصليين فقط بل تمتد لتشمل أية دولة ترغب في الإنضمام لعضوية المركز تحت مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية الواجب توافرها والتي ينص عليها ميثاق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[1].

و تتمثل الشروط الموضوعية في أن تثبت السيادة، للدولة المتقدمة للعضوية في الإتفاقية من خلال ثبوت عناصرها المتمثلة في الإقليم والشعب والسلطة الحاكمة وأن تكون عضوا في البنك الدولي للإنشاء والتعمير، أما الشروط الشكلية فتتمثل في تقديم طلب من قبل الدولة الراغبة في الإنضمام إلى الإتفاقية موجه إلى المجلس الإداري للمركز وذلك لأجل إبداء الرأي فيه[2].

كذلك فسوف نتطرق في البداية إلى التشكيلة العضوية للمركز (الفرع الأول)، أما ثانيا فسوف نتطرق إلى مقارنتها بالتنظيم العضوي لهيئة تحكيم الكنودسي(الفرع الثاني)

---

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 23.

[2] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية**،....، المرجع السابق، ص 335.

الفرع الأول:

التشكيلة العضوية للمركز

ينظم العمل بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار نظاماً أساسياً، وهيكلا تنظيمياً تتحدد من خلاله الوظائف التي تقوم بها الأجهزة الداخلية فيه، التي تتبع العمل باللوائح والقواعد التي يقرها هذا النظام الأساسي، وذلك ضماناً للتنفيذ العملي لأحكام الاتفاقية.

واستقراءا للمادة الثالثة من إتفاقية واشنطن التي تنص: « **يتألف المركز من مجلس إداري وسكرتارية، ويحتفظ المركز بقائمة تضم عددا من الموفقين وأخرى تضم عددا من المحكمين**»، فسندرس الهيكل التنظيمي للمركز بالتطرق إلى المجلس الإداري ثم الأمانة العامة ثم هيئة الموفقين والمحكمين.

أولا: تشكيلة المجلس الإداري:

طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من إتفاقية واشنطن، يتكون المجلس الإداري من ممثلين للدول المتعاقدة، ممثل واحد عن كل دولة وهو بمثابة الجمعية العلنية للمركز ومن مهامه القيام باختصاصات إدارية من أجل تنفيذ أحكام اتفاقية واشنطن، ويترأس هذا الجهاز رئيس يتم تعيينه بمكانة خاصة ممّا يستدعي التعرض لإختصاصاته.

وسندرس فيما يلي كيفية تنظيمه وإختصاصته:

أ- نظام المجلس الإداري.

تنص المادة **04** من إتفاقية واشنطن حول تنظيم المجلس الإداري على أن:

«**1- يضمّ المجلس الإداري ممثلا عن كل دولة متعاقدة، ويمكن لنائب هذا الممثل أومن يقوم مقامه أن يجلس باعتباره ممثّل الدّولة في حالة غياب الأخير أو مرضه.**

1- وما لم يكن هناك تعيين آخر، فإن محافظ البنك ونائب المحافظ اللذين تعيّنهما الدّولة المتعاقدة، يقومان بحكم القانون بالوظائف الخاصة بممثل الدّولة ونائبه»[1].

---

[1] قبايلي الطيب، **نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدّولي لفض منازعات الاستثمار بين الدّولة ورعايا الدولة الأخرى**، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة المناقشة 2001، ص 134.

تنعقد جلسات المجلس بحضور الأغلبية المطلقة من الأعضاء، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأصوات، بحساب صوت واحد لكل ممثل، إلا في حالة تطلب الإتفاقية لأغلبية معينة.

ويقوم برئاسة المجلس الإداري، رئيس البنك العالمي، دون أن يكون له حق التصويت، وتنحصر وظيفته في الإشراف، أما في حالة غيابه أو مرضه أو كان منصبه شاغرا، تنتقل مسؤولية رئاسة المجلس الإداري، لمن يحل محله في البنك[1].

يلعب رئيس البنك العالمي دوراً كبيراً في مجال تسوية المنازعات، من أجل تحقيق أهداف المركز في تشجيع الاستثمارات الخاصة الأجنبية وضمان تسوية منازعاتها، دون أن يتدخل في مهمة التسوية بحدّ ذاتها، كما لا يتمتع بحق التصويت في المجلس، لهذا أراد واضعوا الإتفاقية أن يكون تسيير الشؤون الإدارية للمركز تحت سلطة إشراف شخص ذي كفاءة.

ب: اختصاص المجلس الإداري.

يمكن إعتبار المجلس الإداري بمثابة الآلية الحاكمة والمسيرة للمركز لقيامه بالدور الأساسي المحرك لنشاط المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وهو يقوم بوظائف حيوية منها التسيير الإداري والمالي للمركز إضافة إلى المهمة التنظيمية التي يتمتع بها في وضع القواعد الإجرائية الخاصة بالتوفيق والتحكيم.

كما يتمتع المجلس الإداري بمهمة تبني اللوائح الإدارية والمالية والإجرائية المتعلقة بتقديم النزاعات إلى التوفيق أو التحكيم، أو بالإجراءات الخاصة بالخصومة ذاتها، علما أن الأحكام الإجرائية الرئيسية قد وردت في الإتفاقية المنشئة للمركز، فاللوائح التي يضعها المجلس الإداري في هذا المجال هي ذات طابع تكميلي، ولا تطبق إلا إذا لم يتفق الأطراف على مخالفتها.

كما يتمتع المجلس بإختصاصات تخرج عن نطاق المادة السادسة من الإتفاقية، نجدها في نصوص متفرقة من مواد الاتفاقية تتلخص في أنه يعترف له بإمكانية نقل مقر المركز إلى مكان أخر بقرار يصدره بأغلبية الثلثين، كما يتولى دعوة الدول غير الأعضاء

[1] قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 324.

في البنك العالمي وغير أطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية من أجل التوقيع على الإتفاقية وبنفس صيغة التصويت[1].

فتنص المادة الثانية من الإتفاقية على مايلي: « **مقر المركز هو مقر البنك العالمي للإنشاء والتعمير (و الذي يسمى فيمايلي بالبنك العالمي)، ومع ذلك يمكن نقل المركز إلى مكان أخر بقرار من المجلس الإداري للمركز، يصدره بأغلبية ثلثي أعضائه**».

كما تنص المادة 67 أيضا مايلي: «**... وأيضا للدول التي يقررها المجلس الإداري، بأغلبية ثلثي أعضائه دعوتها للتوقيع على الإتفاقية**».

ج- إختصاصات رئيس المجلس الإداري.

تنصّ المادتان 13 و14 من الإتفاقية المنشأة للمركز الدولي أن الرئيس يشارك في تشكيل قوائم الموفقين والمحكمين كما بإمكانه تعيين عشرة أشخاص من كل قائمة، طبقا للشروط المطلوبة في الإتفاقية.

كما تنص المادتين 30 و38 من الاتفاقية، أنّه في حالة عدم تشكيل لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم خلال التسعين يوما من تاريخ تقديم الطلب، يتدخل رئيس المجلس الإداري، بناءا على طلب الطرف صاحب المصلحة في التعجيل، من أجل تعيين الموفق أو المحكم الذي لم يعين[2].

كما تنصّ المادة 52 من الاتفاقية في فقرتها الثالثة على أن للأمين العام للمجلس دور هام في مجال الطعن بالإلغاء، الموجه ضد حكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حيث يمكن أن يتدخل هذا الأخير، على إثر تقديم طلب الإلغاء، من أجل تشكيل لجنة التحكيم الخاصة للبت في الطعن[3].

كما يتدخل رئيس المجس الإداري في تقديم المرشحين لشغل وظيفة الأمين العام للمركز، وكذا نوابه من أجل انتخابهم من طرف أعضاء المجلس، حتى يتم تشكيل الأمانة العامة للمركز.

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن** ، المرجع السابق، ص 289.

[2] المادة 30 من الاتفاقية بخصوص تدخل رئيس المجلس في تعيين الموفق أو هيئة الموفقين، والمادة 38 من الاتفاقية بخصوص تعيين المحكم أو هيئة المحكمين.

[3] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن** ، المرجع نفسه، ص 290.

د-دورات المجلس الإداري:

يعقد المجلس الإداري دورة عادية مرّة في السنة، إلا أنه له الحق في عقد دورات استثنائية بموجب قرار خاص من المجلس ذاته، أو بدعوة من رئيس المجلس أو الأمين العام، بناءا على طلب خمس أعضاء المجلس على الأقل.

أما بالنسبة لحق التصويت، فإنه طبقا لنصوص الاتفاقية لكل دولة عضو في الاتفاقية صوت واحد ويتطلب التصويت على كافة المسائل التي تعرض على المجلس، أغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين المشتركين في التصويت، إلا إذا كانت هناك إستثناءات تقرها الإتفاقية المنشئة للمركز[1].

ويمكن للمجلس أن يخول بأغلبية ثلثي أعضائه للرئيس الحق في أن يطلب من المجلس إجراء التصويت بالمراسلة، فيما يتعلق بموضوع معين، ويكون ذلك التصويت بالمراسلة صحيحا، إذا شاركت فيه أغلبية أعضاء المجلس، خلال الفترة المحددة في القرار، الذي خول للرئيس ذلك الحق المذكور[2].

ثانيا: تشكيلة الأمانة العامة أو السكرتارية:

سنتعرض لتشكيلة الأمانة العامة وإختصاصات الأمين العام للمركز الدولي لكون وظيفته تكتسي أهمية كبيرة بالنظر للدور الذي يؤديه في مجال إعمال إجراءات التحكيم وإدارة العملية التحكيمية.

أ- تشكيلة الأمانة العامة.

استظهرت المادة 09 من إتفاقية واشنطن، تركيبة الأمانة العامة، حيث بينت المادة أن الأمانة العامة للمركز الدولي، تتكون من سكرتير أو أمين عام، وأمين عام مساعد أو أكثر، بالإضافة إلى مجموعة الموظفين والمستخدمين[3].

ويعتبر الأمين العام الموظف الرئيسي الأول في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ويتم تعيين هذا الأخير ومساعديه بموجب الإنتخاب، من قبل أعضاء المجلس بأغلبية الثلثين، بعد تقديمهم من طرف الرئيس، لمدة عضوية لا تزيد عن ستة سنوات، مع امكانية تجديدها، وهذا بحسب ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة 10 من الاتفاقية.

---

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 29.

[2] قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 325.

[3] تنص المادة 9 من اتفاقية واشنطن على مايلي: «تشمل السكرتارية على سكرتير عام وسكرتير عام مساعد واحد أو أكثر بالإضافة إلى مجموعة من الموظفين والمستخدمين».

أما في حالة غياب أو حصول مانع للأمين العام أو شغور منصبه، يحلّ محله الأمين العام المساعد، وإذا كان يوجد أكثر من أمين عام مساعد، فإنه تطبيقا لنص الفقرة 3 من المادة 10، يحدّد المجلس الإداري مسبقا النّظام أو الأسلوب الذي بموجبه يؤدون أعمال وظيفة الأمين العام [1].

أما أجل ضمان الحياد الإداري في الإتصال مع حكومات الدول الأعضاء، فإن الاتفاقية تحضر على الأمين العام ومساعديه، ممارسة أية وظيفة سياسية، أما ما يتعلق بسائر الوظائف الأخرى، فيمكن للمجلس السّماح بها بناءا على إيجازة من طرف أعضاء المجلس الإداري، وهذا بحسب ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 10 من الإتفاقية [2].

الأمر الذي يستنتج مما سبق أن ممارسة أي نشاط سياسي، من قبل الأمين العام أو أحد مساعديه تعتبر حالة تعارض مطلقة، أما ممارسة نشاط مهني آخر فهي حالة تعارض نسبية، مادام يمكن للمجلس الإداري أن يسمح بممارستها، كإستثناء عن القاعدة العامة.

ب- إختصاص الأمين العام.

يعتبر منصب الأمين العام منصبا هاما في المركز الدولي نظرا لمجالات تدخله الواسعة، فهو يعد الممثل القانوني والموظف الرئيسي المكلف بإدارة المركز، ويظهر ذلك من خلال المهام المخولة له والتي يمكن تعدادها فيمايلي:

1- طبقا لاحكام اتفاقية واشنطن يتولى الأمين العام مهمة تعيين الموظفين بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجبي، وهذا بحسب ما تقضي به المادة 11 من الإتفاقية.

2- يستشار الأمين العام من قبل هيئة التحكيم أو هيئة التوفيق، بحسب نص الفقرة الثانية من المادة 63 من الإتفاقية، لأجل إقامة إجراءات التحكيم أو التوفيق في مكان أخر غير مقر المركز بالبنك الدولي[3].

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن** المرجع السابق، ص 290.

[2] تقضي الفقرة الثانية من المادة 10 بمايلي: «- ولا يجوز للسكرتير العام أو السكرتيرين العامين المساعدين، ممارسة أية وظيفة سياسية، ومع عدم الإخلال بأية استثناءات يمكن أن يقررها المجلس الإداري في هذا الصدد، فلا يجوز للسكرتير العام أو السكرتيرين العامين المساعدين شغل أية وظائف أخرى أو ممارسة أية أنشطة مهنية أخرى».

[3] تنص الفقرة الثانية من المادة 63 على ما يلي: «و في أي مكان أخر، توافق عليه لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم بعد التشاور مع السكرتير العام».

3- يقوم الأمين العام بتحديد الرسوم والمصاريف القضائية التي يتحمّلها الأطراف مقابل الإنتفاع بخدمات المركز، كما يستشار من قبل لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم لتحديد أتعاب أعضائها وذلك تطبيقا للوائح التي يقرّرها للمجلس الإداري [1].

4- يتولى تقرير المرحلة التمهيدية من ظاهر طلب عرض النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ما إذا كانت شروط اختصاص المركز قد توافرت من عدمه، كما تخول الاتفاقية للسكرتير العام، القيام بتعيين المحكمين والموفقين، في حالة غياب اتفاق الأطراف على ذلك[2].

5- يتولى الأمين العام للمجلس تلقي جميع الإخطارات والتبليغات الواردة من الدول المتعاقدة المتعلقة بمايلي:

- أنواع النزاعات التي يمكنها أو لا يمكن طرحها على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي لأجل تسويتها وهذا بحسب نص الفقرة 4 من المادة 25.
- الجهة القضائية الوطنية المعنية للحصول على الاعتراف وتنفيذ الحكم[3].
- مشروع التعديل المقترح للاتفاقية وذلك بموجب المادة 65 من الاتفاقية[4].

تطبيقا لنص المادة 49 من الإتفاقية، يقوم الأمين العام بارسال نسخ من الحكم المعتمد دون تأخير، إلى أطراف النزاع، وبذلك يعتبر الحكم قد صدر في تاريخ إرسال الصور أو النسخ عن الحكم[5].

من خلال كل ما سبق ذكره وبعد الإلمام بمهام الأمين العام المختلفة، يتبين لنا الدور الهام والأساسي الذي يتولاه، بذلك نرى ما يبرر إشتراط أغلبية ثلثي أعضاء المجلس الإداري لإنتخابه على رأس الأمانة العامة هو مبرر على أن الأمين العام يحوز ثقة الأغلبية الخاصة، لأعضاء المجلس بحكم الوظيفة المسندة إليه.

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن** المرجع نفسه، ص 291.

[2] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية**، المرجع السابق، ص 338.

[3] بحسب نص الفقرة 2 من المادة 54: «... ويجب على كل دولة متعاقدة أن تخطر السكرتير العام بالمحكمة المختصة، أو أية سلطات تعينها لهذا الغرض..».

[4] تنص المادة 65 على ما يلي: «.... ويجب أن يقدم نص التعديل إلى السكرتير العام...».

[5] تنص الفقرة الأولى من المادة 49 على مايلي : «يرسل السكرتير العام بدون تأخير، إلى أطراف النزاع صورا معتمدة من الحكم، ويعتبر الحكم أنه صدر في يوم ارسال الصور المذكورة.».

ثالثا: هيئة المحكمين والموفقين.

يحتفظ المركز على قائمة بأسماء الموفقين والمحكمين، الأكفاء والمتمكنين من مهام التوفيق أو التحكيم، ويتم ذلك من خلال السماح لكل دولة متعاقدة بأن ترشح أربعة أشخاص، ولا يلزم الأمر أن يكونوا من رعاياها [1].

بالإضافة إلى ذلك يمكن لرئيس المجلس أن يعين عشرة أشخاص للهيئة، على أن يكونوا من جنسيات مختلفة [2]، وهذا طبقا لنص المادة 13 من الاتفاقية التي تنص على مايلي: «**1- يجوز لكل دولة متعاقدة أن تعين أربعة أشخاص لكل قائمة، ولا يلزم بالضرورة أن يكونوا من رعاياها.**

2- ويجوز للرئيس أن يعين عشرة أشخاص لكل قائمة، ويتعين أن يكونوا من رعايا دول مختلفة بلنسبة للقائمة الواحدة.».

ويشترط في الأشخاص المعينين في قوائم التوفيق والتحكيم توفر النزاهة والحياد والأخلاق العالية والكفاءة في مجالات القانون والتجارة والصناعة والمال، وهذا بحسب نص المادة 14 من الاتفاقية[3].

بالإضافة إلى ذلك، فوفق للمادة 16 من الإتفاقية، سمحت للشخص الواحد أن يرد اسمه في قائمة الموفقين وفي قائمة المحكمين في نفس الوقت، وفي حالة ما إذا عيّن شخص في إحدى القائمتين من طرف عدّة دول أو من طرف دولة أو أكثر والرئيس ، فإنه يعتبر معينا من طرف الجهة التي سبقت في تعيينه بالنظر إلى تاريخ تسلّم تبليغ التعيين من طرف الأمين العام للمركز.

كذلك ففي الحالة التي يحمل الشخص جنسية دولة اشتركت في تعيينه، فإنه يعتبر معينا من قبل دولته دون الحاجة للنظر إلى الأسبقية في التعيين[4].

---

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 33.

[2] جلال وفاء محمدين،**التحكيم تحت مظلّة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، المرجع السابق، ص 36.

[3] قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 326.

[4] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 302.

وتشير الإتفاقية إلى أنه في حالة وفاة، أو استقالة أحد الأشخاص المعينين في القائمة، فيتم تعيين شخص أخر من طرف الجهة التي قامت بتعيينه، كبديل عن الشخص المتوفي، أو المستقيل لبقية المدة المتبقية له[1].

إضافة إلى ما سبق، فإن مدّة التعيين كمحكم، سواء من طرف الدولة المتعاقدة أو رئيس المجلس الإداري هي ستة سنوات قابلة للتجديد، وهذا تطبيقا لنص المدة 15 من الإتفاقية.

الفرع الثاني:

الأختلاف الموجود في الوضعية العضوية مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الكنودسي)

في ظل التطور الإقتصادي العالمي، ونمو التبادل التجاري بين الدول ظهرت الحاجة إلى إطار قانوني جديد يسهل التجارة والاستثمار الدوليين هذا ما أدى بلجنة الأمم المتحدة بالتفكير في إنشاء فرع لها يختص في التجارة الدولية والمتمثل في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الكنودسي) ، التي أصبحت بتطّورها مرصدا خاصا بالتجارة والتحكيم الدّوليين.

أولا: منشأ الكنودسي والعضوية فيه(الجمعية العامة)

تمّ إنشاء لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(الكنودسي) ، بموجب قرار الجمعية العامة المؤرخ في 21 ديسمبر 1966، والتي لها دور أساسي في تطوير قانون التجارة الدولية وتحديثه تدريجيا، بإعداد نصوص تشريعية وغير تشريعية في عدد من مجالات القانون التجاري الأساسية وترويج استخدام تلك النّصوص واعتمادها.

وتشمل تلك المجالات في تسوية المنازعات، والممارسات التعاقدية الدّولية، والنقل، والإعسار، والتجارة الإلكترونية، والمدفوعات الدّولية، والمعاملات المضمونة، واشتراء البضائع وبيعها.

[1] بحسب نص الفقرة الثانية من المادة 15 من الاتفاقية.

ويشارك في التفاوض على هذه الإتفاقيات الدولية مجموعة من الدول الأعضاء أو غير الأعضاء في الكنودسي ، ومنظمات حكومية، ومنظمات غير حكومية مدعوة، هذا ما أدى بقبولها بالإجماع من بين معظم الدول، كونها تقدّم حلولا مناسبة لتقاليد قانونية مختلفة ولبلدان في مراحل مختلفة من النّمو الاقتصادي.

وقد اعترف بالكنودسي، طوال السنوات التي مضت على إنشائها، بأنها الهيئة القانونية الأساسية بمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي[1].

ثانيا: العضوية في الكنودسي.

تتشكل الكنودسي من دول أعضاء، يتم إختيارهم من بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، تتباين هذه الدول من حيث نموها الإقتصادي وتقاليدها التجارية، وكانت الكنودسي في البداية تتشكل من 29 دولة عضو ثم تم توسيعها إثر الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى 36 دولة ومرة أخرى عام 2002 إلى 60 دولة، وجاء ذلك التوسيع تجسيدا لازدياد مشاركة ومساهمة دول غير الدول الأعضاء آنذاك، وأفضى إلى تنشيط الاهتمام ببرنامج عمل الكنودسي المتوسّع.

تنتخب الجمعية العامة أعضاء اللجنة لمدة (06)سنوات، وو تنتهي مدة ولاية نصف الأعضاء كل ثلاث سنوات، وتتم الإنتخابات قبيل السنة التي تنتهي فيها مدة العضوية، أما موعد إنتهاء العضوية الفعلي فهو اليوم الذي يأتي مباشرة قبل اليوم الذي تبدأ فيه دورة اللجنة المزمع عقدها في تلك السنة [2].

تقدّم الدول الأعضاء ترشيحاتها عن طريق بعثاتها الدائمة، بالتواصل مع رؤساء المجموعات الإقليمية التي تنتمي إليها. ولا يترتّب على العضوية أيّ مساهمة مالية إضافية، لأنّ الكنودسي لجنة دائمة في الجمعية العامة، وأمانتها جزء من الأمانة العامة للأمم المتحدة. ولكنّ أمانة الكنودسي لا تشارك في انتخاب أعضاء اللجنة.

---

[1] **دليل الكنودسي**، حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. مطبوعة صادرة عن مكتب الأمم المتحدة فيينا، 2013. ص 01.

[2] **دليل الكنودسي**، المرجع نفسه، ص 03.

ثالثا: الكنودسي (اللجنة)

تعقد الكنودسي دورات سنوية تعقد بصفة متناوبة بين نيويورك وفيينا وعادة ما يتضمن عمل هذه الدورات وضع اعتماد الصيغ النهائية لمشاريع النصوص التي تحيلها الأفرقة العاملة إلى اللجنة.

يضم مكتب اللّجنة رئيساً وثلاثة نواب للرئيس ومقرّرا ، وتنتخبه الدول الأعضاء في بداية كل دورة سنوية، ويؤدي مهامه حتى بداية الدورة السنوية المقبلة.

ويتم دعوة المنظمات الدولية والإقليمية التي لديها خبرة في المواضيع المناقشة، إلى حضور دورات الكنودسي السنوية ودورات أفرقتها العاملة بصفة مراقبين فقط، وتتخذ القرارات في اللجنة الدول الأعضاء فيها، وفي حال عدم التوصل إلى توافق الأراء فتتخذها حينها القرارات بالتصويت، وفقا لما تنص عله المواد ذات الصلة من النظام الداخلي للجمعية العامة[1].

رابعا: الأفرقة العاملة.

تضم الأفرقة العاملة حاليا جميع الدول الأعضاء في الكنودسي، تعقد عموما دورة واحدة أو دورتين في السنة وتقّدم إلى اللّجنة تقارير عن سير أعمالها، وعادة ما تسند إليها الأعمال التحضيرية الموضوعية بشأن المواضيع الرئيسية التي يتناولها برنامج عمل الكنودسي، ولا تتدخل اللجنة في عمل الفريق العامل متى أسند إليه موضوع ما، إلاّ إذا التمس منها توجيهات أو طلب إليها اتخاذ قرارات معيّنة فيما يتعلق بأعماله

وتقوم وفود الدول الأعضاء في كل دورة من دورات الأفرقة العاملة بإختيار رئيسا ومقرّراً من بينها وتتألّف أمانة كل فريق عامل من موظفين من أمانة الكنودسي، وتتولّى الأمانة المسؤولية في إعداد ورقات عمل إجتماعات الفريق العامل وتوفير الخدمات الإدارية له، وتقديم تقارير عن دوراته.

ويتم إعتماد التقرير النهائي لفريق العمل رسميا عند إنتهاء دورته ، لكي يعرض على الكنودسي في دورتها السنوية. وفي عدّة مناسبات حينما كانت تتقاطع فيها المواضيع التي

[1] **دليل الكنودسي** ،المرجع السابق، 2013. ص 07.

تنظر فيها أفرقة عاملة مختلفة، عقدت دورات مشتركة للتنسيق بين الأعمال وضمان التنسيق فيما بينها.

– المشاركة في دورات الكنودسي وفي دورات أفرقتها العاملة:

تجري المناقشات بطريقة رسمية، إذ يتيح رئيس الجلسة للوفود فرصة للتدخل ويعود للدول الأعضاء أمر البت في تكوين الوفود المشاركة وحجمها من بين الدول الأعضاء وغير الأعضاء في الدورات السنوية وفي الأفرقة العاملة.

وتظل عضوية بعض الوفود ثابتة نسبيا طوال مدة أيّ مشروع، في حين قد تتغيّر عضوية وفود أخرى من اجتماع إلى آخر ولتسهيل صياغة النصوص التشريعية، وخصوصا لتحديد مسائل المصطلحات والترجمة وتسويتها تحقيقا للتطابق بين الصيغ اللغوية المختلفة.

كثيرا ما تعقد اجتماعات لفريق صياغة اقترانا بدورة الكنودسي السنوية ودورات الأفرقة العاملة، ويدعى أعضاء الوفود والمراقبون من مجموعات اللغات الرسمية الست إلى المشاركة في هذه الاجتماعات إلى جانب موظفي الأمانة المعينين ومحرّري الأمم المتحدة ومترجميها المسؤولين عن القانون قيد المناقشة [1].

خامسا: برنامج عمل الأمانة العامة:

للأمانة العامة مجموعة من المهام نذكر منها:

- إعداد دراسات وتقارير ومشاريع نصوص بشأن المسائل التي يجري النظر في إمكانية إدراجها مستقبلا في برنامج العمل.
- إجراء بحوث قانونية.
- صياغة وتنقيح ورقات العمل والنصوص التشريعية المتعلقة بالمسائل المدرجة أصلا في برنامج العمل.
- إعداد تقارير عن اجتماعات اللجنة والأفرقة العاملة.
- تقديم مجموعة من الخدمات الإدارية إلى الكنودسي وأفرقتها العاملة. [2]

[1] **دليل الكنودسي**، المرجع السابق، 2013، ص 08.

[2] **دليل الكنودسي**، المرجع نفسه، 2013، ص 09.

كما تستعينن الأمانة العامة بخبراء خارجيين لاستشارتهم في إعداد أعمالها، فتعقد إجتماعات مع خبراء في ميدان معين أو تجري مشاورات مخصصة معهم، وعادة ما تضم تلك الأفرقة أساتذة جامعيين ومحامين ممارسين وقضاة ومصرفيين ومحكّمين وأعضاء في منظمات دولية وإقليمية ومهنية مختلفة.

والمثال عن عمل الأمانة أنها تتولى الإعداد الموضوعي لأحد النصوص مثل التشاور مع خبراء في ميدان التحكيم لإعداد مشروع أولي لقواعد التحكيم في عام 1976.

سادسا: المراكز الأقليمية.

أنشأت الكنودسي عدّة مراكز إقليمية منها مركز الكنودسي الإقليمي لآسيا والمحيط الهادئ في إنشيون، جمهورية كوريا، والذي وافقت على إنشائه في عام 2011، وافتتح المركز رسميا في جانفي 2012 وقد كانت الأهداف الرئيسية للمركز الإقليمي تعزيز التجارة الدولية والتنمية في منطقة آسيا والمحيط الهادئ عن طريق زيادة اليقين في المعاملات التجارية الدولية من خلال نشر قواعد التجارة الدولية ومعاييرها، وخصوصا تلك التي وضعتها الكنودسي، ويتكفل المركز كذلك بتقديم المساعدة التقنية الثنائية والمتعددة الأطراف إلى الدول فيما يخص بإعتماد نصوص الكنودسي وتفسيرها الموحّد من خلال عقد جلسات عمل وحلقات دراسية والمشاركة في تنشيط جلسات تنسيقية مع المنظمات الدولية والإقليمية الناشطة في مشاريع إصلاح القوانين التجارية في المنطقة، وأداء دور قناة اتصال بين الدول في المنطقة والكنودسي، وتقديم المساعدة التقنية الثنائية والمتعددة الأطراف إلى الدول فيما يتعلق باعتماد نصوص الكنودسي وتفسيرها الموحّد من خلال عقد حلقات عمل وحلقات دراسية؛ والمشاركة في تنفيذ أنشطة تنسيقية مع المنظمات الدولية والإقليمية الناشطة في مشاريع إصلاح ؛ وأداء وظيفة قناة اتصال بين الدول في المنطقة.

سابعا: الكنودسي كهيئة تشريعية، رقابية ثم تحكيمية.

نستظهر فيما يلي مختلف التشريعات التي أصدرتها الكنودسي من اتفاقيات وقوانين نموذجية وأدلّة تشريعية وأحكام نموذجية ونظهر مكانتها كهيئة تشريعية ثم رقابية فهي تعمل على متابعة تطبيق تشريعاتها ومناسقة القوانين معها ثم كهيئة تحكيمية إذ توفر خدماتها ليس

كمركز للتحكيم مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات لكن تمكن من الإستفادة من خدماتها في إطار قواعدها للتحكيم وتترك الحرية في إختيار سلطة تعيين المحكمين إلى الأطراف.

- **الإتفاقيات:**

تبرم الإتفاقية بقصد توحيد القانون بإرساء نصوص قانونية ملزمة، وتختار الدول أن تصبح طرفا في إتفاقية ما، ولأجل ذلك فهي تودع لدى الأمين العام للأمم المتحدة صكّ تصديق أو انضمام ملزم.

وبعد إيداع عدد أدنى من صكوك التصديق تصبح الإتفاقية نافذة وتستخدم الإتفاقية بهدف بلوغ درجة عالية من تناسق القوانين في الدول المشاركة، بدون اللجوء لإجراء بحوث عن قانون دولة طرف أخرى وبذلك تلتزم الدول بالتصديق على الإتفاقية وإعتمادها بأن يكون قانوها الوطني متوافقا مع أحكام تلك الإتفاقية.

- **القوانين النموذجية:**

تشرّع الدول القانون النموذجي الذي هو نص تشريعي ليكون جزءا من قوانينها الوطنية، وهو أداة مناسبة لتحديث القوانين الوطنية ومناسقتها، وقد ترغب الدول في إدخال تعديلات على نصه النموذجي أو أن تحتاج إلى ذلك من أجل التواؤم مع المتطلبات المحلية

ويتميز القانون النموذجي بالمرونة التي تسمح للدول التفاوض عليه بسهولة وهو أيسر قبولا من الإتفاقية لمرونته وسهولة تعديله، ورغم هذه المرونة فإن الدول تسعى دوما للحصول على درجة مرضية من التوحيد في نصوصه وتشجّع الدول على إدخال أقل قدر ممكن من التغييرات عندما تدرج قانونا نموذجيا في نظامها القانوني.

وتمرّ القوانين النموذجية لوضع صيغها النهائية وإعتمادها خلال الدورات السنوية للكنودسي، عكس ما تتطلبه الإتفاقية لأجل إعتمادها من إبرام مؤتمر دبلوماسي ويلعب هذا العامل دورا أساسيا في تحديد تكلفة إعداد القانون النموذجي التي هي أقل من تكلفة إعداد الإتفاقية.

كما نلاحظ في القوانين النموذجية التي أصدرتها الكنودسي مؤخّرا أنها ترفق عادة بنص«دليل التشريع» الذي هو دليل توضيحي وتفسيري لمساعدة الحكومات والمشرعين على استخدام نص القانون، فتسطيع الدّول بذلك تحديد النصوص القانونية المرغوب في تغييرها لمراعاة ظروف وطنية معينة، كما تتضمن معلومات حول مناقشات الفريق العامل فيما

يخص الخيارات والإعتبارات ذات الصلة بالسياسة العامة، كذلك معلومات تتصل بالقانون النموذجي لم يتناولها نصّ القانون.

وللمقارنة بين نصين من القوانين النموذجية التي أصدرتها الكنودسي وهما « **قانون الكنودسي النموذجي للتحكيم التجاري الدولي» 1985**و«**قانون الكنودسي النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية» 1996**، نستطيع فهم الطريقة التي تسمح بمواءمة القانون النموذجي مع الموضوع قيد الدراسة، فالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي يمكننا وصفه بأنه قانون إجرائي يقدم مجموعة من المواد القانونية المترابطة فيما بينها، الذي تمّت التوصية لدى إعتماده بإدخال الشيء القليل من التعديلات أو التغييرات عليه، أما بالنسبة للدول التي أعتمدت تشريعات قانونية لهذا القانون أدخلت تغييرات قليلة نسبيا على نصه، مما يدلّ أن الإجراءات التي ينص عليها مقبولة على نطاق واسع بأنها تشكّل أساسا متماسكا للتحكيم التجاري الدولي [1].

أمّا القانون النموذجي بشأن التجارة الإليكترونية فهو نص يتّسم أكثر بالطابع المفاهيمي، والملاحظ في أن التشريعات التي استندت إلى هذا القانون النموذجي تجسّد مبادئ النص إلى حد بعيد.

- **الأدلة والتوصيات التشريعية:**

في بعض الحالات يصعب صياغة أحكام معينة في شكل يقنع الجميع مثل إتفاقية أو قانون نموذجي، لإدماجها في نظم قانونية وطنية، ففي كثير من الحالات يستخدم المشرع الوطني أساليب ومناهج تشريعة متباينة في مسألة معينة من مشرع لأخر وقد تكون الدول لا تظهر إستعداداً للإتفاق على نهج واحد أو قاعدة مشتركة، كما قد تتباين الأراء حول توحيد الحل لمسألة معينة، وقد تختلف الأراء حول المسائل الأساسية المتعلقة بموضوع معين وكيفية معالجتها، وفي هذه الحالات يكون من المستحسن عدم وضع نص موحد، بل يكتفي في وضع مجموعة مبادئ أو توصيات تشريعية[2].

ولكي نتحصل على مناسقة مقبولة بين القوانين، تقديم نموذج تشريعي، لابد من أن تكون التوصيات غير محصورة في تقديم أهداف عامة بل يمكن للنصّ أن يقترح جملة من

---

[1] **دليل الكنودسي ، حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي**، المرجع السابق، ص 18.

[2] **دليل الكنودسي** ، المرجع نفسه، ص 16

الحلول التشريعية المحتملة لمسائل محددة، كما يمكن إدراج خيارات مختلفة، تبعا لإعتبارات السياسة العامة الواجب تطبيقها، كما يمكن تقديم معيار تستند إليه الحكومات والهيئات التشريعية لإعادة النظر أو تحديث نصوصها التشريعية سواء كانت قوانين، مراسيم أو لوائح تنظيمية أو غيرها.

- الأحكام النموذجية:

عند إعداد الإتفاقيات في موضوع معين سواءاً مستقبلا أو تنقيحها حاليا يمكن الإستعانة بوضع أحكام نموذجية والتوصية بإستخدامها، فعلى سبيل المثال عام 1982 صاغت الكنودسي حكما نموذجيا ينص على وحدة حسابية عالمية ذات قيمة ثابتة أمكن استخدامها، خصوصا في اتفاقية النقل الدولي واتفاقية المسؤولية، للتعبير عن المبالغ بقيم نقدية.

الأساليب التعاقدية: هنالك مسائل عند صياغة العقود يمكن تسويتها بالرجوع إلى بند معياري أو موحّد أو إلى مجموعة من القواعد أو البنود ولعملية التوحيد المعياري لهذه الأخيرة عدّة مزايا فيمكنها أن تكون جامعة لكل المسائل التي ينبغي للأطراف تناولها في تلك البنود، وأن تضمن أن يكون البند صحيحا غير معتل، مثلما يحدث أحيانا في حالة الاتفاقات على التحكيم وأن تقدّم حلولا معترفا بها دوليا وحديثة العهد في مسائل محدّدة، نجد مثل هذه الحالات مثلا في ميدان تسوية المنازعات، حيث يتضمن العقد بندا معياريا لتسوية المنازعات يشير إلى استخدام قواعد معترف بها دوليا لتسيير إجراءات تسوية المنازعات، والمثال عن هذه القواعد المعترف بها دوليا هو قواعد الكنودسي للتحكيم لعام 1976، المنقّحة في عام 2010، وقواعد الكنودسي للتوفيق الصادرة في عام 1980 وهذا النوع من النصوص تضع اللجنة صيغته النهائية وتعتمده. [1].

هـ- تنسيق أعمال المنظمات الأخرى:

من المهام الأساسية التي تقوم بها الكنودسي تنفيذا لولايتها هو تنسيق أعمال المنظمات الناشطة في ميدان القانون التجاري الدولي داخل منظومة الأمم المتحدة وخارجها

[1] **دليل الكنودسي** ، المرجع السابق، ص 23.

ولأجل ذلك وبهدف تحديث قانون التجارة الدولية وتطويره، تحافظ الكنودسي على صلات وثيقة بالمنظمات الدولية والإقليمية، الحكومية منها وغير الحكومية، من خلال مشاركة أمانتها في إجتماعات تلك المنظمات مثلما تشارك تلك المنظمات في أعمال الكنودسي.

وتشمل تلك المنظمات مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص «**اليونيدروا**» ، واللجنة البحرية الدولية، ومنظمة الدول الأمريكية، ومنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، واللجان الإقليمية التابعة للأمم المتحدة، ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية « **الأونكتاد**» ، والبنك الدولي، والمنظمة العالمية للجمارك، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية(الويبو)، ومنظمة التجارة العالمية.

تساهم أمانة الكنودسي في عمل اللّجنة برصد الأنشطة والتطورات في القانون التجاري الدولي، وإعداد استقصاءات عامة وتقارير عن أنشطة المنظمات الأخرى ذات الصلة بالقانون التجاري الدولي، وخلال دورات الكنودسي السنوية، تتيح لهذه المنظمات الفرصة لعرض تقارير رسمية وغير رسمية عن أنشطتها.

كما تتمثل وظيفة التنسيق أيضا في أعمال أخرى مثل إجراء الدراسات وتنظيم الحلقات الدراسية، ومن الأمثلة على ذلك دراسة استقصائية أعدّت بالتعاون مع **اللجنة دال Committee D (التي تعرف الآن باسم لجنة التحكيم)، التابعة للرابطة الدولية لنقابات المحامين، لرصد تنفيذ اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك)1958** في القوانين الوطنية.

وتوصي الكنودسي عند الاقتضاء، باستخدام أو اعتماد معاهدات ذات صلة بالقانون التجاري الدولي وضعتها منظمات أخرى، فعلى سبيل المثال، شجّعت الكنودسي إنضمام الدّول على أوسع نطاق ممكن **إلى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك) 1958،وكذلك التصديق على الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961)**[1].

[1] **دليل الكنودسي** ، المرجع السابق، ص 25.

المطلب الثاني:

شروط إنعقاد إختصاص المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمارCIRDI:

لكي نتمكن من فهم إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فلا بد من دراسة شروطه فلا يكفي لكي يكون النزاع من إختصاصه، أن يكون هناك موافقة كتابية على عقد الإختصاص له وبإعتبار أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار«**C.I.R.D.I**» هيئة دولية متخصصة في تسوية نوع واحد من المنازعات وهي تلك المتعلقة بالعمليات الاستثمارية إلا أن إسناده الاختصاص من الجانب الشخصي مقيّد بتوافر الصفة المشترطة في الأطراف المعنية بعملية التحكيم لذلك فسوف نتطرق في بحثنا إلى دراسة أولا الإختصاص الموضوعي للمركز أي الشروط المتعلقة بموضوع النّزاع، أي مدى قانونيته وإرتباطه بالاستثمار، ثم ثانيا الإختصاص الشخصي للمركز أي الشروط المتعلقة بأطراف النّزاع لوجود تفاوت بين مراكزهم القانونية، وثالثا فسوف نتطرق إلى شرط أساسي وهو هام وهو مدى تراضي الأطراف إلى اللجوء إلى المركز مع الأشارة في النقطة الرابعة إلى التباين الموجود بين المركز والتحكيم لدى لجنة التجارة الدّولية الكنودسي من حيث الأختصاص[1].

الفرع الأول:

الإختصاص الموضوعي للمركز:

لا يكفي لإنعقاد إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي أن يكون تراضي بين الأطراف المتنازعة، بل لابد من توافر الشروط المتعلقة بطبيعة النّزاع ، إضافة إلى صفة الأطراف، حيث جاء في تقرير الإداريين التابعين للبنك العالمي حول الاتفاقية أنه:

« **Si le consentement des deux parties est une condition essentielle à la compétence du centre, ce consentement ne suffit pas à lui seul pour qu'un différend tombe sous la compétence du centre.**

[1] قبايلي الطيب، **نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدّولي لفض منازعات الاستثمار بين الدّولة ورعايا الدولة الأخرى**، المرجع السابق، ص 62.

Conformément au but de la convention, la compétence du centre est en outre limitée par la nature du différend et le caractére des parties intéressées »[1]

أولا: أن يكون النّزاع قانونياً.

أكّدت المادة 25 في فقرتها الأولى من الإتفاقية أنّه لأجل إنعقاد إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أن يكون النّزاع المعروض على المركز، ذا طابع قانوني ناشئ مباشرة عن استثمار، وعليه لا بد من استبعاد غيرها من النّزاعات وتمييزها عن النّزاع القانوني.

وبذلك فالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا ينظر في غير المنازعات القانونية مثل المنازعات ذات الطابع السياسي أو التجاري.

إذا فلا بد من تدخل طرفي النّزاع في تبيان مدى قانونية هذا النّزاع وإظهارها مثلما اشترطت ذلك المادة 02 فقرة 01 الحاملة لحرف الهاء من قواعد إجراءات مباشرة التوفيق والتحكيم أمام المركز، أن يظهر المدعى الطبيعة القانونية للنّزاع بأن يحتوي طلب التحكيم تتعلق بمسائل في النّزاع تشير إلى أن هناك نزاع قانوني بين الطرفين، ينشأ مباشرة عن استثمار[2].

يتّضح أنّ النّزاع الذي يدخل ضمن اختصاص المركز هو النزاع القانوني المتعلّق سواء بوجود حق أو التزام أو بتحديد مداه، أو سواء تعلّق بتحديد طبيعة أو نطاق الإصلاحات التي يقتضي إجراؤها نتيجة لما حصل من إخلال لالتزام قانوني. وهذا هو المفهوم الذي تمّ الأخذ به إلى يومنا هذا في إطار الأحكام الصادرة عن المركز بشأن تحديد الطابع القانوني للنزاع[3].

وما تجدر إليه الأشارة، أن الأمين العام للمركز قد صرح أثناء صياغة الاتفاقية بالأخذ بما نصت عليه المادة 36 من النّظام الأساسي لمحكمة العدل الدّولية عند تحديدها

---

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 52.

[2] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 248.

[3] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 16.

للنّزاعات القانونية، والتي تشمل الخلافات المتعلقة بتفسير معاهدة، أو أي مسألة من مسائل القانون الدّولي، أو تحقيق واقعة تشكل إنتهاكا لألتزام دولي، وأخيرا مدى وطبيعة التعويض المترتب على هذا الأنتهاك لذا يقتضي بنا الأمر إلى معرفة موقف محكمة العدل الدّولية في تحديدها للنّزاع القانوني وتمييزه بذلك عن النّزاع السياسي، وتعرّج بعد ذلك إلى موقف هيئات تحكيم المركز[1].

ولفهم هذا الموقف فلقد أكّدت هذه المحكمة أنها لن تفقد إختصاصها في أكثر من قضية بمجرّد أن القضية المطروحة أمامها لها أثار سياسية ومن ثم، فإن أي منازعة تكون الدّولة طرفاً فيها نجد فيها عنصرا سياسيا، لكن هذا لا ينفي الطبيعة القانونية للمنازعة.

لكن وعند التطرّق إلى موقف هيئات التحكيم المركز من التمييز بين النّزاعات القانونية والنّزاعات التي تكتسي طبيعة أخرى نجد أنّه وفي بداية عهد المركز، كانت هيئات التحكيم تعد النّزاع الذي يعرض عليها نزاعا قانونيا، إذا كان الأمر يتعلق بحقوق وإلتزامات قانونية وفقا لاتفاقية التحكيم بين الطرفين، وفي الآونة الأخيرة اعتبرت بعض هيئات التحكيم أنّ العامل الحاسم في تحديد الطبيعة القانونية للنّزاع هو التأكيد على الحقوق القانونية والتعبير عن الطلبات بإستخدام مصطلحات قانونية وقد أثيرت كذلك أمام هيئات التحكيم المركز اعتراضات على أن النّزاعات المعروضة عليها ليست ذوات طبيعة قانونية، لكونها تنطوي على أثار سياسية أو إقتصادية أو مالية، ففي قضية شركة **CSOB** ضد سلوفاكيا، أكدت هذه الأخيرة الطبيعة السياسية للنّزاع، لأنّه له إرتباط وثيق بتفكيك الإتحاد الفيدرالي التشكوسلوفاكي فأكدت حينها هيئة التحكيم أنّ النّزاعات الاستثمارية التي تكون الدّولة طرفا فيها كثيرا ما تحتوي على جوانب سياسية، لكن هذا لا يفقدها الطابع القانوني طالما أنّها تتعلق بحقوق وإلتزامات قانونية أو ترتبط بالنتائج المترتبة على إنتهاكها[2].

إلا أن الأمر الذي يشد الانتباه بخصوص التفرقة بين النزاع القانوني والنزاع السياسي، ليس بالسهولة البسيطة، ذلك أنه مكمن الصعوبة في المعايير المنتهجة في التمييز

[1] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 250.

[2] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع نفسه، ص 253.

بين المنازعتين القانونية والسياسية، حيث نجد أنه في مثل هذه المنازعات تمتزج العناصر القانونية فيها بالعناصر السياسية[1].

وفي قضية **consorizo groupement L.E.S.I – DIPENTA** ضد الجزائر، دفعت هذه الأخيرة بعدم إختصاص المركز على أساس أن هذا النّزاع ذو طبيعة حسابية أو مالية، إذ أكدت هيئة التحكيم أنّه إذا كان النّزاع لا يتعلق بمبدأ التعويض، وإنما بقيمته، فهذا لا يغير من الطبيعة القانونية للنّزاع لا يتعلق بمبدأ التعويض، وإنما بقيمته، فهذا لا يغير من الطبيعة القانونية للنّزاع، لكون الهيئة هي التي تقرر إذا يستحق المدعون الحصول على تعويض، من خلال تطبيق القواعد المعمول بها، وإذا كان الأمر كذلك، تبحث فيما إذا كانت هناك أسباب تسوغ التوزيع المختلف للتعويض[(2)].

إذا يتضح من هذه القضيتين، أن تحديد الطبيعة القانونية للنّزاع لا يتوقف على الظروف الواقعية للقضية، وإنما على الموقف الذي يتخذه المدعى، فإذا قدم دعواه في شكل طلبات وحقوق قانونية، فإن الدّفع بأن النّزاع غير قانوني يكون من دون جدوى.

ثانيا: أن يكون النّزاع ناشئ عن استثمار

يظهر جليا من تسمية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أن هذا المركز متخصص في تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار[(3)]، زيادة إلى طبيعة الإتفاقية الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي أنشئت من أجل تشجيع الاستثمارات الأجنبية، من خلال السعي الدائم لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار.

كذلك تنص المادة 25 فقرة 1 من اتفاقية المركز على أن « يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات القانونية (...) والتي تتصل اتصالا مباشرا بإحدى الاستثمارات،....». وبذلك لإنعقاد إختصاص المركز استوجب الأمر وجود علاقة مباشرة بين النّزاع وأحد الاستثمارات القائمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي [(4)].

---

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 54.

[2] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 254.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص64.

[4] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 18.

بالإضافة إلى كل ذلك وجود رابطة مباشرة بين النزاع القانوني والاستثمار، لقد أتاحت المسودة الأولى للاتفاقية الولاية القضائية للمركز بالنسبة للنزاعات القانونية جميعها التي تنشأ عن استثمار أو التي لها علاقة به، لكن هذا من شأنه أن يعطي هيئات التحكيم سلطة واسعة في تحديد النّزاعات القانونية لذا إشترط واضعوا الأتفاقية أن ينشأ النّزاع مباشرة عن استثمار كمعيار موضوعي أخر للنّزاع.

المعنى الحقيقي لوجود علاقة مباشرة بين النزاع والاستثمار هو ضرورة تعلّق هذا النّزاع بالاستثمار وليس بأمور خارجة عنه في هذا الصدد، يرى الأستاذ**G. DELAUME** أن اتفاقية واشنطن جاءت لتسهيل تسوية منازعات الاستثمار، فاشترط العلاقة المباشرة بين النّزاع والاستثمار لا يعكس إلا محلّ الاتفاقية ذاته:

«L'exigence d'un lien direct entre le différend et l'investissement ne fait donc que refléter l'objet même de la convention» [(1)] .

كما يرى الأستاذ **M. AMADIO** في صعوبة تحديد هذا الشرط بالنظر لغياب المعيار الفاصل بين الصلة المباشرة وغير المباشرة بين النّزاع والاستثمار، لذلك فالمبدأ هو ضرورة وجود علاقة كافية بين النّزاع المطروح على المركز الدولي والاستثمار الذي يؤديه المستثمر الأجنبي على إقليم الدولة المضيفة[(2)]

يتبين لنا جليا بأن المادة **25 فقرة الاولى** لم تتضمن أي تعريف للمقصود بالاستثمار والسبب في ذلك ومن خلال الرجوع للأعمال التحضيرية للإتفاقية يكمن في كون إختصاص المركز ذو طابع إختياري، فتعبير الطرفين عن رضاهم في إتفاق الاستثمار أو في إتفاقيات الاستثمار من شأنه أن يحدد مفهوم الاستثمار دون الحاجة إلى إدراج تعريف دقيق في اتفاقية المركز.

بإعتبار أن رضا أطراف النّزاع ضروري في الفصل في النّزاع الاستثماري أمام المركز الدولي، فهذا يدل على أن مفهوم الاستثمار قد يتم تحديده في الإتفاق المباشر بين

---

[1] **DELAUME Georges**, La convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, JDI N°1, 1966, P35.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 19.

الدّولة المضيفة والمستثمر الأجنبي ،أو في القانون الوطني للدولة المضيفة، أو حتى في إتفاقيات الاستثمار الثنائية منها أو المتعددة الأطراف وهذا ما قد تطرقنا إليه في الباب الأول من بحثنا.

تحتوي معظم إتفاقيات الإستثمار التي يبرمها المستثمر الأجنبي مع الدولة المضيفة للاستثمار على شرط أو اتفاقية من خلالها يتمّ اللّجوء إلى تحكيم المركز الدولي ،فهذا يعد بمثابة قرينة على إعتبار المعاملة استثمارا، مع ذلك فإنه لا يعني ذلك تمتع الاطراف بالحرية المطلقة في توصيف المعاملة بانها استثمار، فمن خلال نص المادة **36** فقرة **3** من اتفاقية المركز نستقرئ أن الأمين العام يتمتع بصلاحية التأكد من أن النّزاع لا يدور حول معاملة تجارية عادية. فحدث وإن قام الأمين العام برفض تسجيل طلب التحكيم لكون النّزاع يولد عن عقد بيع عادي للسلع.

ومن أجل تحقيق المركز الدولي لنتائج جيدة في مجال تسوية منازعات الاستثمار والحفاظ على الرّيادة على هيئة التحكيم الإستناد الى معايير تتصف بمرونة أكثر في تحديد مفهوم الاستثمار، الذي يأخذ بعين الاعتبار رضا الأطراف من جهة، ومن جهة أخرى الأخذ بمحمل الجد **إختبار ساليني** (الذي سبق وأن تطرقنا إليه في الباب الأول) بمعاييره الثلاث فقط المتمثلة في المساهمة، والمدّة، وكذا المخاطرة، كونها تعد كافية، وملائمة للمعنى العادي للاستثمار[1].

أما فيما يخص معيار المساهمة في التنمية الاقتصادية والتي تشكل أهم الأهداف التي تصبو إليها الاتفاقية الخاصة بالمركز الدولي والتي تظهر جليا في مقدمة الاتفاقية وكذا تقرير المديرين التنفيذيين غير أن هذا الهدف لا يمكن أن نأخذه كمعيار مستقل في حد ذاته فالمنهج المعمول به هو أن تلجأ إلى مفهوم الاستثمار، من منطلق إتفاق الأطراف بإعتبار إتفاقية أخذت من رضا الأطراف بتحكيم المركز شرط أساسي لإنعقاد إختصاصه[2].

وفي الأخير، نستنتج أن المركز فتح المجال واسعا لمفهوم الاستثمار والذي يتعلق بالمساهمة المباشرة في رؤوس الأموال اللازمة للمشروعات، بالإضافة إلى المفهوم الحديث له، والذي يشتمل باقي المشروعات الصناعية، واستنادا إلى أن اللجوء إلى المركز هو إجراء

[1] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 289.

[2] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع نفسه، ص 260.

اختياري بحت نصت الاتفاقية عل أنه: «**تستطيع كل دولة متعاقدة عند تصديقها أو انضمامها إلى هذه الاتفاقية أو في أي وقت لاحق، أن تبلغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات، التي تقدّر أنه يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم، على السكرتير العام أن ينقل فورا هذا التبليغ إلى جميع الدول المتعاقدة الأخرى ، ولا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة طبقا للفقرة الأولى**»[1].

لقد ترك المركز طبقا للنص من الاتفاقية الحرية للدول لاختيار أنواع المنازعات التي قد ترى في تسويتها أمام المركز، واستبعاد فئات أخرى، وهناك بعض الدّول لجأت لاستعمال هذه الرخصة مثل المملكة العربية السعودية التي استبعدت منازعات البترول من نطاق اختصاص المركز الدولي، كما قامت كل من جاميكا وغانا من استبعاد المنازعات المتعلقة بالموادالمعدنية والمواد الطبيعية[2].

الفرع الثاني:

الإختصاص الشخصي للمركز

نصت المادة 25 في فقرتها الأولى من اتفاقية واشنطن، على شرط أساسي لكي يدخل النّزاع في اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي وهو أن يكون أحد الأطراف دولة معاقدة، سواء هيئة أو جهة إدارية، أو أي إقليم فرعي، أو وكالة تابعة للدولة المتعاقدة، أو تعمل بموافقتها، وأن يكون الطرف الأخر من رعايا دولة متعاقدة أخرى.

ففيما يخص المنازعات التي تنشأ بين الحكومات، يعتبر المركز غير مختص فيها حيث يمكنها في هذه الحالة اللجوء إلى محكمة العدل الدولية، أو محكمة التحكيم الدولية الدائمة، أما المنازعات القائمة بين الأطراف الخاصة وبعضها، يعتبر كذلك المركز غير مختص فيها ويمكنهم في هذه الحالة اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية أو محكمة محايدة.

ومما سبق، يتضح أن الاختصاص الشخصي للمركز يتطلب توافر شرطين، أولهما أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة، وثانيهما أن يكون الطرف الأخر مواطنا من دولة متعاقدة.

---

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 61.

[2] عمر هشام محمد صدقة، المرجع السابق، ص 207.

أولا: أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة:

على ضوء نص المادة**25 في فقرتها الأولى** نستطيع القول أنه بمجرد الموافقة والتصديق على الاتفاقية يعدّ بحدّ ذاته دليلا على أهلية الدول والأشخاص العامة التابعة لها للجوء إلى التحكيم أمام المركز.

بذلك ليس المقصود الدّولة ككيان قانوني قائم بذاته فحسب، وإنما يمتد كذلك إلى المؤسسات المكونة للدّولة والوكالات التي تتولى بتعيينها، زيادة على اشتراطه تعاقد الدولة لأجل الإستفادة من تحكيم المركز.

زيادة على اشتراط شرط التعاقد بالنسبة للدولة المستضيفة للاستثمار الطّرف في النّزاع ودولة المستثمر الأجنبي وتكون دولة متعاقدة إذا كانت طرفا في الاتفاقية آو بعد مضي **ثلاثين يوم** من تاريخ إيداع وثائق التصديق أو القبول لدى الأمانة العامة للمركز، كذلك يمكن لأي دولة عضو بالبنك الدولي التوقيع على الاتفاقية، آو عضوا في النّظام الأساسي لمحكمة العدل الدّولية، لكن ذلك يتم بعد موافقة **ثلثي** أعضاء مجلس الإدارة المركز على إنضمامها.

كما يحق لأية دولة متعاقدة الإنسحاب منها بعد إخطار الجهة المودعة بها أي البنك الدولي كون الإتفاقية تتميز بالطابع الاختياري، ويجب مرور **ستة أشهر** من وصول الإخطار لاعتبار هذا الإنسحاب نافذا، كما يجوز سحب آو تخلي عن طلب الإنسحاب خلال هذه المدة.

ولا يوجد أي إشكال حول تحديد الدول المتعاقدة، ذلك أن سكرتارية المركز تحتفظ بقائمة أسماء الدول، التي وقعت على الاتفاقية، وكذا الدول التي قامت بالتصديق، فيكفي فحص القائمة للتأكد من عضوية الدولة من عدمها، أما أمر التأكد من أن الدولة متعاقدة فيعود للأمين العام[1].

فإذا وجد الأمين العام أن الدولة غير متعاقدة، يمكن رفض طلب التسجيل لأن النّزاع لا يمتد لاختصاص المركز بشكل ظاهر وولذلك يمكن لدولة أن تحوز صفة الدولة المتعاقدة من تاريخ قبول طلب التحكيم من الأمين العام، مما يعني أن الدّولة المضيفة قد تقبل

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 63.

إختصاص المركز في إتفاقية التحكيم قبل أن تصبح دولة متعاقدة مادام أنها ستحوز على الصفة عند تقديمها لطلب التحكيم.

ولفهم أكثر مسألة الإختصاص إرتأينا إلى ذكر بعض القضايا في هذا الشأن، حيث نجد في قضية شركة **lecto** ضد ليبيا، أين وافقت هذه الأخيرة بتاريخ **12 ماي 1970** على إختصاص المركز الدولي في عقد الإمتياز الذي قامت بإبرامه مع الشركة، ومع العلم أنها لم تكن بعد طرفاً في الإتفاقية إلا بتاريخ **16 جويلية** من نفس السنة، إلا أن هيئة التحكيم اعتبرت أن ليبيا دولة متعاقدة بمفهوم الاتفاقية مادام أنها وقعت على الإتفاقية، وهو نفس الأمر الذي إنتهجته هيئة التحكيم بالنسبة لقضية شركة **Cable TV** ضد دولة **St.kitts and nevis**، وذلك من خلال كون شرط التحكيم أمام المركز المدرج في عقد الاستثمار تم توقيعه بتاريخ **18 سبتمبر 1986** فيحين لم تعتبر دولة **St.kitts and nevis** دولة متعاقدة إلا بتاريخ **3 سبتمبر من عام 1995**، فهيئة التحكيم هنا نجدها إنتهجت نفس المبدأ الذي إعتمدته من خلال قضية **AMCO** مفاده أن التاريخ المعتمد في تحديد صفة الدّولة المتعاقدة هو تاريخ عرض النّزاع على المركز، وليس تاريخ إبرام إتفاق الاستثمار الذي يحتوي شرط التحكيم[1].

وقد قام المركز الدولي بترك باب الإنضمام مفتوحا حتى تقديم طلب التحكبم لديه ، لأجل الرفع من عدد الدول المنضمة وكذا التوسيع من إختصاص المركز بالإضافة إلى فضّ أكبر عدد ممكن من القضايا المتعلقة بالاستثمار الأجنبي الخاص، كل ذلك ترك لهيئة التحكيم المجال واسعا لتحديد مفهوم الدولة المتعاقدة، ومما يعني كذلك وجود دولة متعاقدة واحدة كطرف في النّزاع أمام هيئة التحكيم لا يشكل حاجزاً لإنعقاد الإختصاص الشخصي للمركز وذلك من خلال الإطلاع على قائمة الدّول المتعاقدة المنشورة على موقع المركز.

إن اشتراط أن تكون كلا من دولة المستثمر والدولة المضيفة دولتين متعاقدتين ضيق على اختصاص المركز وقد تم إستبعاد المركز الدولي من النظر في العديد من المنازعات الاستثمارية التي تكون فيها احدى الدولتين فقط دولة متعاقدة.

ومن أجل الزيادة من فعالية المركز من أجل تحقيق حماية أكبر للمستثمرين وسدّ النقائص المتعلقة بالإختصاص، قام المجلس الإداري للمركز بالبحث عن الآلية التي تمكن الدول الغير

[1] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 25.

متعاقدة بالاستفادة من تحكيم المركز، فأصفرت مجهودات المجلس الإداري بتاريخ 27 سبتمبر من عام 1978 عن وضع ما يسمى **بقواعد التسهيلات الإضافية** التي من خلالها تقوم الأمانة العامة للمركز بإتباع إجراءات معينة من أجل فضّ نزاع يقع خارج نطاق إختصاص المركز لعدم إستيفاء أحد الشروط الواردة في **المادة 25** من الإتفاقية[1].

أما إذا كانت الدولة ومواطن دولة أخرى غير متعاقدين فإن المركز لديه القدرة على المساهمة في تسوية النّزاعات القانونية التي تنشأ بينهما من خلال ما يسمى **بالتحكيم الخاص** الذي يمكّن أطراف النّزاع من تقديم طلب إلى رئيس المجلس الاداري أو السكرتير العام للقيام بتعيين موفقين أو محكمين لغرض الفصل في النزاع طبقا للشروط النموذجية للمركز لسنة **1993**، وهو ما أكّده الشرط **22** منها الذي ينصّ على مايلي : «**إن أيّ نزاع أو خلاف أو دعوى تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق بإنتهاكه أو إنهائه، يجب أن تتم تسويتها عن طريق التحكيم وفقا لقواعد الكنودسي CNUDCI وسلطة تعيين المحكمين يجب أن تكون للسكرتير العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**».

مما سبق نلاحظ أنه مهما اختلفت الطريقة التي يجري بها التحكيم سواءا وفقا لأحكام الاتفاقية أو لقواعد التسهيلات الإضافية، فإنه لا تظهر أية صعوبة عندما تكون الدّولة قد أبرمت عقد الاستثمار ممثلة بنفسها أو بواسطة من يمثلها أما الصعوبة تثار في حالة عندما يكون أحد الأجهزة التابعة للدولة هي من أبرمت العقد مع المستثمر الأجنبي وهو ما أكده نصّ المادة **25 فقرة الاولى** من الإتفاقية فبمفهوم هذه المادة تعبير الدّولة المتعاقدة لا يقتصر على حكومات الدّولة المضيفة للاستثمار فحسب، بل يمتد ليشمل المؤسسات والوكالات التابعة للدّولة التي تتولى الدّولة تعيينها وتحديد الكيانات التابعة لها لدى المركز.

---

[1] فبالرجوع الى المادة الثانية من قواعد التسهيلات الإضافية التي تطرقت إلى الإجراءات التي يتخذها المركز من خلال نصها على :«1 – إجراءات التوفيق والتحكيم لتسوية النزاعات القانونية التي تنشأ مباشرة عن استثمار التي لا تقع ضمن إختصاص المركز وذلك إما لكون الدولة الطرف في النزاع أو الدولة التي ينتمي إليها المستثمر بجنسيته ليست دولة متعاقدة.

2– إجراءات التوفيق والتحكيم لتسوية النزاعات القانونية التي تقع خارج نطاق إختصاص المركز لكونها لا تنشأ مباشرة عن استثمار شريطة أن تكون الدولة الطرف في النّزاع أو التي ينتمي إليها المستثمر بجنسيته دولة متعاقدة.

3– إجراءات تقصي الحقائق: من خلال نص هذه المادة يتضح أن حتى من خلال قواعد التسهيلات الإضافية لا ينعقد الإختصاص للمركز ما لم تكون إحدى الدولتين دولة متعاقدة، أو الدولتين معاً، وهنا بطبيعة الحال سيطبق الأحكام الواردة في المادة 25 من الإتفاقية المنشأة للمركز.

إذا فلا يقتصر اختصاص المركز على الدول المتعاقدة، بل يمتد كذلك إلى المؤسسات والوكالات التابعة لهذه الدول، ولكي يتمكن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي من بسط اختصاصه على النزاع، فلا بد أن تقوم الدول بتعيين الأجهزة والهيئات التابعة لها صراحة، هذا بالإضافة إلى أن موافقة الهيئة التابعة للدولة المتعاقدة على انعقاد اختصاص المركز، يتطلب موافقة الدولة التابعة لها، إلا إذا قامت الدولة بإخطار المركز بأن موافقتها السابقة غير مطلوبة[1].

فنذكر في هذا الشأن قضية **jan de nul** ضد مصر، من خلال قيام هذه الاخيرة على الادعاء ان هيئة قناة السويس **SCA** لا تعد مؤسسة تابعة للحكومة المصرية، ولإثبات العكس اي إثبات التبعية حاولت هيئة التحكيم وذلك بالاستناد الى المواد **5،4**، **8** من مسودة اتفاقية مسؤولية الدولة من خلال وضع جملة من التساؤلات التي نستعرضها فيمايلي:

1- هل يمكن اعتبار تصرف هيئة قناة السويس تصرفا ينتسب الى دولة مصر بسبب أن الهيئة ما هي إلا جهاز تابع للدولة وفقا لنص المادة 4 من الاتفاقية[2].

2- هل يمكن اعتبار تصرف هيئة قناة السويس تصرفا ينتسب الى دولة مصر بسبب أن الهيئة تعد كياناً عاماً له سلطة ممارسة وظائف حكومية وفقا للمادة 5 من الاتفاقية[3].

---

[1] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية**،....، مرجع سابق، ص 374.

[2] إستنتجت هيئة التحكيم على أن هيئة قناة السويس لا تعد مؤسسة تابعة للحكومة المصرية معتمدة في ذلك على نصوص المواد 4،5،10 من القانون 1975/30 الذي انشأ هيئة قناة السويس، حيث نصت المادة الرابعة على أنه : «**تقوم هيئة قناة السويس بإتباع أساليب مناسبة للإدارة والاستغلال وفقاً لما يتّبع في المؤسسات التجارية دون الالتزام بالنظم الحكومية...** ».

كما نصت **المادة 5** منه على انه : «**يجب ان يكون لهيئة قناة السويس ميزانية مستقلة وفقاً للقواعد المتبعة في المؤسسات التجارية.**» بالإضافة الى ما قضية به **المادة 10** من نفس القانون التي نصت على انه : «**تعتبر أموال هيئة السويس أموالاً خاصة.**»

[3] **وبالرجوع الى المادة 5 من الاتفاقية**، حتى ينتسب تصرف للدولة لابد من إستفاء الشروط التالية :

أ- أن يصدر التّصرف من طرف كيان له سلطة ممارسة وظائف حكومية.

ب- أن يكون أداء التصرف داخل إطار ممارسة وظائف حكومية.

وعليه فقد أقرّت هيئة التحكيم أنّه لا وجود لشك في كون هيئة قناة السويس لها سلطة ممارسة وظائف حكومية، من خلال المسؤولية التي تقع على عاتقها للحفاظ على قناة السويس وإدارة شؤونها، كونها تعد من أهم الممرّات المائية في العالم واحد من أهم المصادر الأساسية التي يعتمد عليها الإقتصاد المصري، بالإضافة إلى تمتع الهيئة بسلطة وضع مراسيم لتنظيم الملاحة في القناة، غير أنّه حتى وإن كانت هيئة قناة السويس تتمتع بسلطة ممارسة وظائف حكومية لكن في هذه الحالة تصرفها لم يكون في إطار ممارسة هذه الوظائف أي لم يتحقق الشرط الثاني المذكور أعلاه.

3- هل يمكن إعتبار تصرف هيئة قناة السويس تصرفا ينتسب إلى دولة مصر بسبب كونها تدير شؤونها تحت إشراف الدولة طبقا للمادة 8 من الاتفاقية[1].

وتقتضي الاتفاقية أن يكون تعيين الدولة المتعاقدة للأجهزة والوكالات التابعة لها بالطريقة الرسمية، حتى يشملها الاختصاص، ويمكن القيام بهذا التعيين في أي وقت طالما تم اخطار المركز بذلك قبل ملء طلب التحكيم، كما نشير إلى أنه يجوز للدولة المتعاقدة سحب موافقتها على خضوع المؤسسة أو الهيئة التابعة لها للتحكيم في أي وقت[2].

ثانيا: أن يكون الطرف الأخر مواطنا لدولة أخرى متعاقدة:

بالرجوع إلى نصوص إتفاقية واشنطن، نستخلص أنّها أعطت الحق للمستثمر الخاص الأجنبي للجوء إلى تحكيم المركز الدولي دون أن يكون بحاجة إلى تدخل دولته، أو إذنها لتفعيل إجراءات التسوية أمام المركز الدولي، وهذا طبقا لنص المادة 25 من الاتفاقية، ويمكن أن يكون ذلك المستثمر الخاص شخصا طبيعيا ينتمي بجنسيته إلى احدى الدول المتعاقدة، أو يكون شخصا اعتباريا.

نفهم من ذلك، أن للشخص الطبيعي الذي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة أن يطلب التحكيم لدى المركز مع الدولة المضيفة للاستثمار الطّرف في النّزاع، ويجب على الشخص الطبيعي أن يكون متمتعا بجنسية احدى الدول المتعاقدة في التاريخ الذي يتفق فيه الأطراف على عرض النّزاع أمام المركز، أو في التاريخ الذي تم فيه تسجيل الطلب بمعرفة السكرتير العام للمركز، ففي حالة وجود الجنسية في أحد التاريخين دون الأخر يستبعد إنعقاد الإختصاص للمركز بالنّظر في منازعة الاستثمار[3]،

وعليه فإن الأخذ بعدم الإختصاص في هذه الحالة يكون وجوباً فلا تبرره موافقة الدّولة الطرف في النّزاع، ولا إدعاء المستثمر بأن إرتباطه بالدّولة الطرف في النّزاع والتي يتمتع

---

[1] تبين لهيئة التحكيم لاوجود لدليل يظهر أن الدولة قدمت تعليمات لهيئة قناة السويس للقيام بالأعمال محل التحكيم، ونتيجة كل هذه الأسباب قررت هيئة التحكيم إنتساب الأعمال التي قامت بها هيئة قناة السويس إلى دولة مصر.

[2] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 67.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص ص 35-36.

بجنسيتهاهو إرتباط غير حقيقي على عكس إرتباطه في نفس الوقت بدولة أخرى ينتمي بجنسيته إليها[1].

تشترط الاتفاقية بموجب المادة 25 فقرة 2، أن يتمتع الشخص الطبيعي بجنسية إحدى الدول المتعاقدة، مما يدل على أنه يستبعد من مجال تطبيق النصّ عديمي الجنسية[2]، ولكن في نفس الوقت فبالنسبة لمتعددي الجنسية فإذا كان الشخص الطبيعي لا يتمتع بجنسية الدولة الطرف في النّزاع فهنا ينعقد الإختصاص للمركز ما دام أن إحدى الجنسيات التي يحملها هي جنسية دولة متعاقدة أخرى غير الدولة التي أبرم معها عقد الاستثمار[3].

أما بالنسبة للمستثمر الذي يتمتع بجنسية دولتين متعاقدتين، أحدهما جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، فإنه يمنع عليه التقدم بفتح إجراءات التحكيم أمام المركز.

أما بالنسبة للشخص الإعتباري الطرف في منازعات الاستثمار، التي تعرض على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فقد نصت اتفاقية واشنطن على أنّه لكي ينعقد اختصاص للنّظر في المنازعة التي يكون أحد طرفيها شخصا اعتباريا، لابد أن يتمتع هذا الشخص الإعتباري بجنسية أية دولة في الاتفاقية غير الدّولة طرف في النّزاع، كما يجب أن يتوفر هذا الشرط لدى الشخص الإعتباري في التاريخ الذي يتفق فيه الأطراف على اللّجوء للتحكيم أمام المركز، وأي تغير لاحق في جنسية الشخص الإعتباري لا يؤثر على إنعقاد اختصاص محاكم المركز للنّظر في النّزاع[4].

وتجدر الإشارة إلى أن المعايير الأساسية في تحديد جنسية الشخص الإعتباري، في القانون التجاري الدولي هو مركز الإدارة الرئيس أو مكان التأسيس، وعليه فإذا تأسست شركة في ظل قوانين الدولة المضيفة للاستثمار، فإنه يمكن أن تتمتع بجنسية هذه الدولة.

---

[1] مصلح أحمد الطراونة والأستاذة فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 384.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن** ، المرجع السابق، ص 80.

أنظر أيضا: جلال وفاء محمدين، **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، ص 29.

[3] عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 201.

[4] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية**،....،المرجع السابق، ص 375.

وهو ما أقرته هيئة التحكيم المشكلة في إطار المركز في قضية **أمكو أسيا amocoasia** باعتبارها شركة **Indonesia P.T.AMCO** ذات شخص إعتباري يتمتع بالجنسية الإندونيسية ،إذ أنه قد نشأ في ظل القوانين الأندونيسية وفي إقليمها.

من أجل تحديد جنسية الشخص المعنوي، تعتمد محاكم تحكيم المركز الدولي على معياريين أساسيين وهما مكان تأسيس الشركة ومركز إدارتها الرئيسي، لكنها غير مقيدة بتطبيق معيار دون أخر، ويمكن لمحكمة التحكيم أن تحيد عن تطبيق معيار معين مثل مكان التأسيس، كما يجوز للمحكمة ومن أجل أن يعود الاختصاص لها للّنظر في النّزاع الذي يكون أحد أطرافه شركة أن تطبق معايير أخرى كمعيار رأس المال أو فكرة الرقابة.

ويجدر الإشارة إلى أنه في حالة نشوء نزاع قانوني بين دولة متعاقدة وشخص إعتباري يحمل جنسيتها ويمارس شخص أجنبي الرقابة عليه طبقا لمعايير محددة في تشريعاتها الدّاخلية فإن الإتفاقية أدرجت إستثناء بهذا الخصوص يتعلق بإنعقاد إختصاص المركز شريطة أن يوافق الأطراف على هذا الوضع من خلال إتفاق على إعتباره ومعاملته معاملة المستثمرين الأجانب وذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه.

ومن الأمثلة على ذلك الحكم الصادر في قضية **asia amco** [1] الذي أخذت فيه هيئة التحكيم بهذا الاستثناء وأقرت بإحالة اتفاقية التحكيم بين الطرفين إلى المركز فهو دليل كافي على الموافقة على التعامل مع الشخص الإعتباري كشخص أجنبي بسبب السيطرة الأجنبية التي تشهدها الدّولة المضيفة للاستثمار.

---

[1] قضية Amco Asia ضدّ أندونيسيا أين دفعت الحكومة بعدم اختصاص المركز في الطلب المقدم من P.T.Amco لعدم صدور موافقتها على أن تعامل هذه الشركة المتمتعة بالجنسية الأندونيسية، كرعية أمريكية، إلا أن المحكمة رفضت ذلك على أساس أن موافقة حكومة أندونسيا على طلب الإقامة المقدم من طرف P.T.Amco يجعلها عالمة بأن هذه الشركة خاضعة للرقابة الأجنبية. كما أن المادة 25 فقرة 2 (ب) لا تستلزم وجود اتفاق صريح على معاملة الشخص الاعتباري، الذي يتمتع بجنسية الدولة الطرف في النزاع، على أنه تابع لدولة أخرى متعاقدة. فوق كل هذا، اعتبرت المحكمة أن موافقة الحكومة على شرط التحكيم الذي يتضمنه طلب الإقامة يفيد أنها ارتضت على معاملة P.T.Amco

أنظر: حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص ص 130-131.

أنظر أيضا: قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن** ، المرجع السابق، ص 96.

الفرع الثالث:

الإختصاص الرضائي للمركز:

تعتبر موافقة ورضاء الأطراف على تسوية منازعاتهم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار شرطا أساسياً لانعقاد إختصاص المركز، لأجل النظر في النزاع حيث يعتبر نظام المركز إختيارياً، يمنع السير في الإجراءات التحكيمية لديه بدون قبول الأطراف الصريح تقديم تلك المنازعة إليه، بحيث لا يكتفي تصديق الدولة على الإتفاقية لإلزامها بإستخدام التسهيلات التي يقدمها المركز، فكل دولة لها الحريّة في إختيار مؤسسة التحكيم الراغبة في إحالة أيّة نزاع عليها، كذلك بالنسبة للمستثمر فهو حرّ في إثبات إختصاص المركز.

ويستوجب صدور تلك الموافقة في شكل معين مع وجوب صدورها في توقيت معين وهو ما سنتطرق إليه فيمايلي، بحيث هذه الموافقة هي حجر الزاوية بالنسبة لإختصاص المركز، ويتوجب أن يكون ذلك كتابياً طبقاً للمادة 25 فقرة 1، فيجب أن تكون الموافقة على إختصاص المركز مكتوبة، ولم تشترط اتفاقية واشنطن صيغة محددة لها، إلا أنّه يجب أن تتسم بالدّقة والوضوح، وغير معيبة بالغموض، كما لم تشترط موعداً معينا للإعلان على هذه الموافقة، إلاّ أنّه يستوجب توافرها عند عرض النّزاع على المركز[1].

كما تضمن تقرير المديرون التنفيذيون أن تراضي الأطراف على إختصاص المركز يشكّل دليلا على إعتبار العلاقة القانونية القائمة بينهم" استثمارا"، بالتالي تركت الاتفاقية سلطة واسعة للأطراف لتقدير ما إذا كانت معاملة ما أو صفقة معينة من قبيل الاستثمارات[2].

كذلك في شرط الكتابة الذي نصّت عليه اتفاقية واشنطن لعقد إختصاص المركز، لم تختلف عن اتفاقية بيويورك للإعتراف بالأحكام الأجنبية لسنة 1958[3]، التي اشترطت شرط كتابة إتفاق التحكيم، حتى تلتزم الدول الأطراف بالإتفاقية الإعتراف به، وترتيب أثاره وهذا بحسب ما ورد في نص الفقرة الأولى من مادتها الثانية على: « أن تعترف كل دولة متعاقدة باتفاق الأطراف المكتوب، الذي يلزمهم باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات، التي تنشأ

---

[1] قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 325.

[2] جلال وفاء محمدين،**التحكيم تحت مظلّة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، المرجع السابق، ص 33.

[3] صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج ر ج ج، ع 48، الصادرة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

بينهم أو ستنشأ من علاقة قانونية معينة بينهم سواء كانت علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها بالتحكيم»[1].

وسبق وأن تطرقنا إلى الرّضا كشرط أساسي للّجوء إلى التحكيم المؤسساتي بصفة عامة في الفصل الأول من الباب الثاني، كذلك فيترتب على الموافقة أن تكون بندا في إتفاق استثمار وهو ما يقابلها شرط للتحكيم، أو إتفاقاً بعرض النّزاعات التي نشأت أو التي قد تنشأ في المستقبل على المركز وهذا ما يقابله إتفاقية التحكيم أو نص في قانون الدّولة المضيفة للاستثمار يفيد موافقتها على إختصاص المركز بفئات معينة من منازعات الاستثمار بشرط أن يوافق المستثمر على ذلك كتابة [2].

أولا: حالة التراضي الثنائي.

التراضي Le consentement هو تطابق الإرادتين واتجاههما لإحداث أثر قانوني وينعقد اتفاق التحكيم بتوفر شرط التراضي فيما بين أطرافه، يجب أن تتقابل إرادة طرفي الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم حتى ينعقد هذا الأخير، بحيث أن الإيجاب أو العرض الذي يقدّمه أحد الطرفين لا بدّ أن يصادفه قبولاً متطابقاً من الطرف الأخر[3].

لا يمكن مباشرة إجراءات التحكيم، دون وجود إتفاق مسبق على اللّجوء إلى التحكيم ضمن المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار، وهو ما يستلزم تراضي الطرفين على اختصاص المركز، فالقاعدة وفقا لماهو متعارف عليه هي أنه: « **لا تحكيم دون إتفاق تحكيمي**».

فطبقا لنصّ **المادة 25 فقرة 01** من اتفاقية واشنطن أنّه لا يمكن للمركز الدولي أن ينظر ويبت في منازعات ذات طابع قانوني متعلقة بالاستثمار عن طريق التحكيم ما لم يرتضي الطرفان على ذلك صراحة وفي الشكل الكتابي[4].

---

[1] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية**، المرجع السابق، ص 343.

[2] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 270.

[3] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، مرجع سابق، ص 109.

[4] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع نفسه، ص 13.

كذلك فلا تجبر الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي، أي طرف من الأطراف المتنازعة على اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حتى ولو تم الانضمام إليها، حيث أن اللجوء للتسوية بالأسلوب المنصوص عليه في الاتفاقية هو اختياري من قبل الأطراف المتنازعة[1].

وعلى هذا، لكي يكتمل اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لا يكفي مجرد أن تكون الدولة طرفاً في العقد دولة متعاقدة، وأن يكون المستثمر الأجنبي من رعايا دولة عضو، إذ يجب تحرير موافقة كتابية مع الدولة المتعاقدة ومن المستثمر الأجنبي ولا يمكن الإستغناء عن الوفاء بهذين الشرطين، من أجل منح أي سلطة لعقد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي[2].

ونظرا لإعتبارات الحماية القانونية التي يمليها واقع التحكيم التجاري الدولي فإشتراط الكتابة في الإتفاق على تسوية النّزاع من قبل المركز الدّولي في إطار اتفاقية واشنطن شرط أساسي، تظهر أهميته في لفت إنتباه الدّولة لخطورة إتفاق التحكيم الذي تبرمه بالنّظر إلى أهمية النتائج المترتّبة عليه من تنازل عن الحصانة القضائية وعدم إمكانية سحب موافقتها بإرادتها المنفردة.

بالتالي، يبدو أن الشكل الكتابي للتراضي على تحكيم المركز مشترط لصحّة الّرضا رغم أن الاتفاقية لم ترتب نتائج صريحة في حالة غياب الرضا الكتابي. لذلك، فإنه يتعين على السكرتير العام للمركز حال قيامه بفحص طلبات التحكيم قصد تسجيلها، التأكّد من وجود تراضي كتابي على منح الإختصاص للمركز وإلا رفض تسجيل الطلب.

قد تناولت إتفاقية واشنطن مسألة الشرط الشكلي لإتفاق التحكيم، شرطا كان أو إتفاق تحكيم بأن يكون مكتوبا، ولم تحدد شكلا خاصا لهذه الموافقة لذلك يحصل التراضي بوسائل قانونية مختلفة يمكنه أن يكون شرطا فيتخذ شكل إتفاق تحكيم كبند يتمّ إدراجه في عقد الاستثمار قبل نشوء النّزاع، أو إتفاق التحكيم فيتخذ شكل إتفاق مستقل عن عقد الاستثمار منصب على نزاع معين قد نشأ بالفعل وتتميّز هاتان الحالاتان بمعرفة الدولة لخصومها في دعوى التحكيم، كما تعلم

[1] عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 50.

[2] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 37.

بشكل محدد العلاقة التي تنشأ أو قد ينشأ منها النّزاع[1]، أو أن تتم وفقا للشروط المعدة سلفا من قبل المركز – الشروط النموذجية–[2] وقد يكون ذلك عبر نص قانون الاستثمار – بالنسبة للدولة– بحيث تلتزم بعرض النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وعند وجود الموافقة يستبعد عرض النزاع على الجهات الأخرى، وهذا بحسب نص المادة 26 من الاتفاقية التي تنص على مايلي: «موافقة أطراف النّزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية، يعتبر ما لم ينص على غير ذلك تخليا عن مباشرة أي طريق أخر للتسوية...».

بهذه الطريقة، يتمتع كل من الدولة والمستثمر الأجنبي بالحرّية المطلقة في تقرير موافقتهما أو عدم موافقتهما على اخضاع نزاعات الاستثمار الحالية أو المستقبلية لاختصاص المركز.

ثانيا: التراضي عن طريق نص تشريعي للدولة المضيفة للاستثمار.

تلجأ الدولة المضيفة إلى سن قوانين لتشجيع الاستثمار تتضمن في نصوصها إقرار بقبول الدولة اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وهي صورة من صور التعبير عن الرضا بقبول إختصاص المركز، ووجود مثل هذا التشريع الداخلي من شأنه جلب الاستثمارات، خصوصا لدى بلدان العالم الثالث، ويمثل ضمانة للمستثمر الأجنبي بعدم قيام الدولة بتصرف قد يؤدي إلى الإضرار بحقوقه[3].

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 128.

[2] من أجل تمكين الأطراف على تجسيد شرط الموافقة الكتابية، وضع المركز شرطين نموذجيين من الاتفاقية وهما لتسهيل مهمة التعبير عن رضا طرفي النزاع تطبيقا لنصّ **المادة 25**.

الشرط النموذجي الأول :يمكن إدراجه في قانون الاستثمار أو أيّ مرسوم يتعلق بالموافقة على عقد الاستثمار، تتحقّق بمقتضاه إرادة الدولة في الخضوع لاختصاص المركز وفقا لما يتضمنه من شروط كما يلي:

«إن حكومة (إسم الدّولة المتعاقدة) ترتضي الخضوع للمركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار بهدف التسوية بطريق التوفيق أو التحكيم..... وذلك بالنسبة لكافة المنازعات التي تثور بمناسبة استثمار يقوم به أحد رعايا دولة متعاقدة طبقا لهذا القانون/المرسوم شريطة أن يودع المستثمر وثيقة رضائه الكتابية لدى (إسم الجهة) وأن يستوفي الشروط الإضافية الآتية... ».

الشرط النموذجي الثاني:

يمكن إدراجه في وثيقة مستقلة يقوم المستثمر بإيداعها لدى المصالح المحدّدة ويتحقّق به القبول على إختصاص المركز كما يلي :

«تطبيقا لأحكام (القانون/ المرسوم) فإن (إسم المستثمر) يرتضي الخضوع لمركز تسوية منازعات الاستثمار بهدف تسوية المنازعات القانونية الناشئة بمناسبة كل استثمار طبقا (الإشارة لعقد الاستثمار أو المرسوم المصادق عليه.) ».

راجع: قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع نفسه، ص 129.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 54.

وقد سبق وأن تطرقنا في الفصل الأول من الباب الثاني للجوء إلى التحكيم على أساس القانون الوطني للدولة المضيفة، وقد تنص الدولة في مثل هذه القوانين على اختصاص المركز بفئات معينة من منازعات الاستثمار، ويعدّ ذلك موافقة بشرط موافقة المستثمر على ذلك كتابة أي أن ذلك يعتبر ايجابا من جانبها إدا ما صادفه قبول من جانب المستثمر وبذلك ينعقد اختصاص المركز.

ثالثا: التراضي عن طريق إتفاقية متعددة الأطراف.

تلجأ الدولة إلى ابرام معاهدات متعددة الأطراف، وقد تنص هذه المعاهدات على رضا الدولة باللجوء إلى المركز الدولي وتضمين موافقة الدول الأطراف على انعقاد اختصاص المركز بالنظر في النزاع القائم بين الدولة طرف في اتفاقية جماعية وطرف أجنبي خاص ينتمي إلى دولة أخرى ايضا في ذات الاتفاقية[1].

رابعا: التراضي عن طريق الإتفاقية الثنائية.

عادة ما تبرم الدولة معاهدات ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية مع عدة دول أخرى من أجل جلب الاستثمار، وتتضمن هذه المعاهدات مواد حول تسوية النزاعات، أين تعبر الدول عن رضاها بقبول اختصاص المركز الدولي لأجل تسوية منازعاتها الاستثمارية، وتتعهد بموجب هذه المعاهدات إحدى الدولتين المتعاقدتين بقبول اختصاص المركز، بالنسبة للمنازعات التي تثار في المستقبل بين الدول المضيفة ومستثمري الدول الأخرى.

وتجدر الإشارة بنا، أنّه يجب على المستثمر الإعلان عن قبوله اللجوء إلى تحكيم المركز وإخطار المركز بذلك وإلا لا تكون الدولة ملزمة بالتعهد الوارد في الاتفاقية التنائية فإذا لم يعلن المستثمر عن قبوله فلا يتوفر الرضا، وبرأي بعض المحللين أن في هذه الحالة تكون الدولة المضيفة للاستثمار قد تعهدت بقبول إختصاص المركز تعهداً لمصلحة الغير معلق، تحوله إلى رضا بقبول المستثمر[2].

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 41.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 53.

الفرع الرابع:

إختصاص التحكيم وفقا لقواعد تحكيم الكنودسي.

لقد نصت المادة 01 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة (الكنودسي) على جواز التحكيم وفقا لقواعد الكنودسي للتحكيم لكن بدون تحديد هيئة تدعى بهيئة تحكيم الكنودسي هذا دليل أنه يمكن التحكيم وفقا لقواعد الكنودسي لكن بتكليف هيئة أخرى بإدارة وتسيير إجراءات التحكيم أو في إطار التحكيم الحرّ وتنص المادة 01 على أنّه:

« 1-إذا اتّفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية محدّدةٍ، تعاقديّة كانت أم غير تعاقدية، إلى التحكيم بمقتضى قواعد الكنودسي للتحكيم، سوّيت تلك المنازعات عندئذ وفقا لهذه القواعد، رهنا بما قد يتّفق عليه الأطراف من تعديلات.

2-نفترض أنّ الأطراف في اتفاقات التحكيم المبرمة بعد **15 أوت 2010** قد أشاروا إلى القواعد بصيغتها السارية في تاريخ بدء التحكيم، ما لم يكن الأطراف قد اتّفقوا على تطبيق صيغة معيّنة للقواعد. ولا ينطبق هذا الافتراض عندما يكون اتفاق التحكيم قد أبرم بقبول الأطراف بعد 15 أوت 2010عرضا قدّم قبل ذلك التاريخ.

2- تنظّم هذه القواعد عمليّة التحكيم ولكن، إذا تعارض أيّ منها مع حكم في القانون المنطبق على التحكيم لا يمكن للأطراف أن يخرجوا عنه، كانت الغلبة عندئذ لذلك الحكم[1].»

المبحث الثاني:

الإجراءات المتبعة في التحكيم أمام المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI.

يعتبر التحكيم كوسيلة مهمة لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار ورعايا الدول الأخرى وتنص على اللجوء إليه عقود الاستثمار، إلى جانب القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية الثنائية ومتعددة الأطراف التي تبرم في مجال حماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي، ويعتبر بديلا عن اللّجوء إلى القضاء الوطني الذي قد يكون متحيزاً

[1] **Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Lois pré-cité, **Champ d'application** Article Premier, Page 03

للدولة والذي تستغرق فيه الإجراءات وقتا طويلا وقد تهضم من خلاله حقوق المستثمر الأجنبي، ويأتي بالضرر على تنفيذه لمشروعه.

وقد أتت إتفاقية واشنطن بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بين الدول ورعايا الدول الأخرى « C.I.R.D.I »، كهيئة مختصة في مجال التوفيق والتحكيم الدوليين، وقد تزايد اللجوء إلى المركز منذ إنشائه لإعمال إجراءات التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار.

وبعد أن تطرقنا إلى كل الشروط الشكلية والموضوعية في اللّجوء إلى المركز الدولي فكان لا بد إحترام مجموعة من الإجراءات المتبعة لتسوية النّزاع والتي تم التطرق إليها بالتفصيل في قواعد تحكيم المركز وتنقسم هذه الإجراءات إلى ثلاث مراحل أساسية، المرحلة الأولى والتي تتصل بموجبها دعوى التحكيم بالمركز ومرحلة ما قبل صدور الحكم التحكيمي والمرحلة الثانية وهي المرحلة التي يتمّ فيها التّطرق إلى الموضوع من كل جوانبه وما يرفقها من إجراءات خاصة وهي مرحلة صدور الحكم التحكيمي أما المرحلة الثالثة والأخيرة والتي يتمّ فيها الأعتراف بالحكم التحكيمي وإجراءات تنفيذه ومن ثم الأجراءات والسبل المتاحة في الطعن فيه.

وسنعمد للإجابة على اشكالية بحثنا إلى معرفة سلطات المحكمين في الجانب الإجرائي حسب قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وقواعد تحكيم الكنودسي.

المطلب الأول:

الإجراءات الأولية لرفع دعوى التحكيم أمام المركز أو قبل صدور حكم التحكيم.

بإعتبار تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تحكيما مؤسساتيا فإن إجراءاته مرتبطة بقواعد المركز وهي قواعد ملزمة بالنسبة لطرفي النّزاع إلا في الحالات التي تجيز فيها الاتفاقية لهم الاتفاق على مخالفتها، وطبقا لهذه القواعد ففي الإجراءات الأولية قبل صدور حكم التحكيم هناك مرحلة اساسية بموجبها تتصل الدعوى التحكيمية بالمركز تتبعها مرحلة تشكيل المحكمة التحكيمية بإختيار المحكمين الذين يفصلون في الدعوى وإمكانية استبدالهم أو ردهم، الذين بدورهم لا بد من اختيارهم للقانون الواجب التطبيق سواءا لإدارة إجراءات التحكيم أو في الموضوع وبهذا قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وهي: إخطار المركز بدعوى التحكيم

(الفرع الأول)، تشكيل محكمة التحكيم واختيار المحكمين (الفرع الثاني)، سلطة المحكمين في إختيار القانون الواجب التطبيق (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

إخطار المركز بدعوى التحكيم:

يتم إفتتاح إجراءات التسوية التحكيمية أمام المركز الدولي بموجب عريضة أو طلب إفتتاحي والتي يستوجب أن تستوفي بعض الشروط الشكلية لتسجيلها وقبولها من طرف المركز تتبعها عملية دفع المصاريف القضائية.

أولا: تقديم العريضة ومضمونها.

تنص المادة 36 من الإتفاقية: « **الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة الذي يرغب في الإلتجاء إلى طريق التحكيم، يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى السكرتير العام، الذي يقوم بإرسال نسخة منه إلى الطرف الأخر**».

بموجب هذه المادة فإنه على الطرف الراغب في التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أن يتقدم بطلب سواء أكان دولة متعاقدة أو شخصا خاصا، طبيعيا كان أو اعتباريا، ويقدم هذا الطلب كتابيا على أن يقوم الأمين أو السكرتير العام بإرسال نسخة منه إلى الطرف المدعى عليه ويلزم أن يتوفر الطلب على المعلومات التالية:

- تحديد أطراف النّزاع بدقة وعناوين كل واحد منهم.
- صفة الأطراف إذا ما كانت مؤسسة أو هيئة تابعة للدّولة المتعاقدة.
- تاريخ تبادل الرضا في التحكيم أمام المركز مع تقديم الوثيقة التي تثبت وقوع هذا الرضا.
- بيان إن كان أحد الأطراف رعيّة دولة متعاقدة مع تحديد جنسيته في تاريخ التراضي، أما إذا كان شخصا طبيعيا، بيان جنسيته في تاريخ تقديم العريضة، المختلفة عن جنسية الدولة الطرف في النّزاع، أمّا إذا كان شخصا معنويا يتمتّع بجنسية الدّولة الطرف في النّزاع، بيان أنّه اتفق على اعتباره شخصا أجنبيا تابعا لدولة أخرى متعاقدة، كل ذلك من أجل تطبيق الإتفاقية [1].
- إثبات أن النّزاع ذو طابع قانوني وله علاقة بالاستثمار.

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 128.

مع الإشارة إلى أن الطرف الذي تقدم بالطلب أن يوقع على طلبه، وأن يقدم منه خمسة نسخ إلى المركز الدولي، مع دفع الرسوم المقرّرة [1].

كما ننوه بأنّه يمكن رفض هذا الطلب من قبل السكرتير العام إذا ما لاحظ وقوع هذا الطلب خارج إختصاص المركز لعدم توفر شرط أو أكثر من شروط الإختصاص، وهذا الرّفض قد يمنع من إقامة التحكيم وننوه هنا أن الأمين العام للمركز قد إستعمل سلطته في الرّفض ثلاث مرات حتى عام 1993 بعد فحصه للطلب[2].

ثانيا: فحص العريضة وتسجيلها.

بحسب نص المادة 36 فقرة 3 يقوم الأمين العام بفحص العريضة التي أحيلت عليه وذلك قبل تسجيلها، ويراقب على وجه الخصوص مدى استجابتها إلى قواعد إختصاص المركز، مثل عدم استيفاء شرط من شروط اختصاصه سواء تعلق الأمر بتراضي الأطراف أو بصفة أطراف النّزاع أو طبيعة النّزاع، وإذا قرر السكرتير العام رفض طلب التسجيل، عليه تبليغ الأطراف بالقرار الذي اتخذه، مع تعليل سبب الرفض وهو ما تؤكده **المادة 6** من نظام رفع الدعوى، أما إذا قرر الأمين العام تسجيلها فيجب أن يحتوي التبليغ على:

1- الإشارة إلى أن العريضة قد سجلت مع إظهار تاريخ التسجيل والتبليغ.

2- تنبيه الأطراف بأن كل تبليغ خاص بالدعوى يكون للعنوان المبين في العريضة، إلا في حالة ما إذا حدد عنوان آخر للمركز.

3- إحاطة الأمين العام بالأحكام التي تمّ الإتفاق عليها من خلال دعوة الأطراف إلى ذلك سواء الأحكام المتعلقة بكيفية آو طريقة تعيين المحكمين وعددهم، إلا إذا تمّ إظهارها مسبقا.

4- دعوة الأطراف للإسراع في تشكيل هيئة التحكيم

5- أن يصاحب التبليغ بقائمة المحكمين الموجودة لدى المركز.

---

[1] جلال وفاء محمدين، **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، المرجع السابق، ص 53.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 371.

وهنا تجدر الإشارة إلى الأهمية الكبيرة التي تولى لتاريخ التبليغ بتسجيل العريضة، والذي تظهر من خلال كون التسجيل يعد نقطة بداية الإجراءات، وتأريخه يعد بمثابة نقطة بداية حساب المواعيد لاتخاذ جميع الإجراءات اللاحقة[1].

ثالثا: دفع المصاريف القضائية.

بالرجوع إلى الإتفاقية المنشأة للمركز وبخصوص الفصل السادس نجد الأحكام الخاصة بتحديد المصاريف وكيفية توزيعها، نجد أن المصاريف القضائية تقع على عاتق الأطراف مقابل استفادتهم من التحكيم أمامه.

ويحدد المركز المصاريف القضائية التي تشمل الرسوم الخاصة بتسجيل وإيداع العرائض وأتعاب المحكمين، زيادة على ذلك تحسب مصاريف أخرى مختلفة مقابل التسيير الإداري لعملية التسوية ومختلف الخدمات التي يمكن للمركز تقديمها للأطراف، ويحدد الأمين العام جميع الرسوم التي تقع على عاتق الأطراف أخذا في الحسبان اللوائح الصادرة من قبل المجلس الإداري، ويقدّر الرسم الخاص بتسجيل وإيداع العريضة بخمسة وعشرين ألف دولار (25.000)، أما في حالة طلب تصحيح أو تفسير أو إعادة النّظر أو إلغاء الحكم الصادر من محكمة التحكيم فيتعيّن دفع مبلغ عشرة ألاف دولار (10.000) من طرف الطالب في الدعوى، وتحدد محكمة التحكيم أتعاب ومصاريف المحكمين طبقا للمادتين 60 و14 من اللائحة الإدارية والمالية، مع مراعاة ما يقدّره المجلس الإداري وبعد استشارة الأمين العام للمركز[2].

الفرع الثاني:

تشكيل محكمة التحكيم وإختيار المحكمين:

أولا: تشكيلة محكمة التحكيم.

يحوز المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي على قوائم المحكمين المعتمدين لدى المركز، التي توضع تحت تصرف أطراف النّزاع مباشرة بعد تسجيل الدعوى

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 297.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع نفسه، ص.298

أمام السكرتير العام بقصد إختيار المحكمين الذين سيتولون عملية التسوية التحكيمية وتتشكل القائمة وفقا لما تنص عليه **المادة 13** من الإتفاقية بطريقة التعيين إذ تتيح للدولة المتعاقدة تعيين أربعة أشخاص لكل قائمة، حتى ولم يكونوا من رعاياها، كما يجوز لرئيس المجلس الاداري أن يعين عشرة أشخاص لكل قائمة، مع إشتراط أن يكون المحكمين المعينين من رعايا دول مختلفة بالنسبة للقائمة الواحدة.

وتستوجب الإتفاقية المنشئة للمركز في **مادتها 14** في المحكمين التمتع بصفات تتعلّق أساسا بالكفاءة في أداء المهمة القضائية المخولة لهم، كما يكونوا من ذوي المركز الرفيع ويكون معترف لهم بالخبرة والكفاءة في المجالات القانونية أو التجارية أو الصناعية أو المالية.

كما تشترط إلى جانب ذلك توفر بعض الضمانات لدى شخص المحكم تتمثل في الحيدة والاستقلال في مباشرة مهامهم مع إشتراط التخصص القانوني بالنسبة للأشخاص المعينين لقائمة التحكيم.

ويستوجب الإستعجال على أطراف النّزاع في إختيار المحكمين الذين سيتكفلون بالفصل في النّزاع القائم بينهما، مباشرة بعد تسجيل طلب التحكيم، وذلك طبقا **للمادة 37** من الاتفاقية، وإخطار الأمين العام بموافقتهم على ذلك [1].

وبهذا فيتدخل أطراف النّزاع في تشكيل محكمة التحكيم ويمكن لها أن تكون في حالة إتفاق أو أن تكون في حالة عدم الاتفاق وسنتعرض لكلتا الحالتين:

أ- حالة الإتفاق: تتشكل محكمة التحكيم حسب إتفاق الأطراف فبإستقراء المادة 37 في فقرتها الثانية يتبين لنا أنّه تتشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو عدد فردي من المحكمين يعيّنون طبقا لاتفاق الأطراف فيمكن لهم التفاهم على تعيين محكم واحد ليفصل في النّزاع وفي هذه الحالة يكون الطرفان قد أعطوا كامل ثقتهم في شخص المحكم هذه الحالة من التوافق توفر الوقت والمال على الطرفين.

[1] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية**،....، المرجع السابق، ص 477.

كما يمكن لطرفي النّزاع أن يتوافقوا على عدد معين من المحكمين على أن يكون العدد فرديا وفي غالب الأحيان وإن لم يتوافقوا على محكم واحد فتتشكل محكمة التحكيم من ثلاثة محكمين يتم تعيينهم بالتشاور بين الطرفين.

كما يتم تشكيل المحكمة خلال فترة تسعين يوما من الإخطار الذي يرسله الأمين العام للأطراف بتسجيل طلب التحكيم طبقا للمادة 38 في فقرتها الأولى التي تنص على توافق الأطراف خلال هذه المدّة أو أية مدة أخرى يتفقان عليها [1].

حالة عدم الاتفاق: عند هذه الحالة وباستقراء المادة 37 في فقرتها الثانية يتبين لنا أنه في حالة عدم الإتفاق فتتشكل محكمة التحكيم تلقائيا من ثلاثة محكمين يتولى كل طرف بتعيين محكمه أمام المحكم الثالث أو المرجح الذي يتولى رئاسة المحكمة فيتمّ تعيينه بإتفاق الأطراف.

كذلك يقوم كل من الطرفين بإبلاغ الطرف الثاني بتعيينه شخصين، أحدهما هو المحكم المختار من طرفه، والثاني هو الشخص المقترح كرئيس لمحكمة التحكيم كما يدعوا صاحب هذا التعيين الطرف الثاني إلى تعيين محكم من جهته وقبول الإقتراح المقدّم بشأن رئاسة المحكمة، مباشرة بعد ذلك يقوم الطرف الثاني بتعيين محكم ويعلن قبوله أو رفضه للمحكم المقترح كرئيس للهيئة، في حالة الرفض يعين رئيسا أخر.

أما في حالة عدم تشكيل المحكمة خلال مدة تسعين يوما من تاريخ الإخطار بتسجيل العريضة أو خلال أي تاريخ أخر يتم الإتفاق عليه، يقوم رئيس المجلس الإداري بناء على طلب أحد الخصوم أو من يهمه التعجيل وبعد التشاور مع الأطرف بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد عملا بأحكام المادة 38 فقرة 1 من الإتفاقية.

أما في الحالة التي يكون فيها الأطراف قد توصّلوا لتعيين محكم أو محكمين لكن إختلفوا في تعيين الثالث فمن المفترض هنا أن يتدخل رئيس المجلس الإداري بعد مشاورتهما وذلك سواء كان الإختلاف يتمحور حول بعض أو كل المحكمين، ويراعي الرئيس عادة الشروط الواجب إتباعها في إختيار المحكمين سواء تلك المتعلقة بالحياد أو الاستقلالية

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 379.

والكفاءة والخبرة العلمية، زد على ذلك الشروط الواجبة توفرها في القواعد الإجرائية والتي تسعى بمجملها الى إصدار أحكام تتسم بالمصداقية[1].

في الأخير يبقى المحكم المختار ملزما بالاستجابة للتعيين سواءاً بالرفض أو بالقبول في حدود خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغه، ففي حالة رفض التعيين يستوجب إعادة تعيين المحكمين من جديد ووفقا لنفس الإجراءات عملا بالمادة 5 من لا ئحة التحكيم، أما في حالة القبول، فيخطر الأمين العام للمركز الأطراف بذلك وتعدّ محكمة التحكيم مشكّلة في هذه الحالة منذ تاريخ هذا الإخطار[2].

ثانيا: استبدال وردّ المحكمين.

نصّت إتفاقية البنك الدولي على مجموعة من الأحكام الخاصة باستبدال وردّ المحكمين المواد من **56** إلى **58** من الإتفاقية، والثابت أنه بعدما يتم تشكيل هيئة التحكيم فلا يصح أي تعديل عليه، إلا أنه قد تحدث حالة شغور لمحكمة التحكيم لأسباب عجز أو وفاة أحد المحكمين مما يتعين استبداله بمحكم أخر، أو حتى في حالة إستقالة أحد المحكمين.

وتطبق المادة **56** في حالة العجز، الوفاة والاستقالة باستبدال المحكم بغيره، والمحكم المستقيل يقدم طلبه لأعضاء هيئة التحكيم والسكرتير العام للمركز، من أجل استبداله وتطبق في هذه الحالة المواد من **37** إلى **40** من الاتفاقية الخاصة بتشكيل المحكمة وهناك حالتان، في حالة الإستقالة بعد الإتفاق المشترك بين الأطراف، فيتم تطبيق الإجراءات الواردة في المادتين **37 و38** من الاتفاقية ويستبدل المحكم بعد توافق الأطراف أو بتدخّل رئيس المجلس الإداري بعد مرور مهلة التسعين يوما المقررة.

أما في حالة إستقالة المحكم الذي إختار تعيينه أحد الطرفين، فهيئة التحكيم هي التي تتخذ القرار بشأنه بعد دراسة الطلب والمداولة عليه مع إخطار الأمين العام بقرار الرفض أو القبول، ففي حالة القبول يستبدل المحكم بنفس الطريقة التي تمّ تعيينه بها أما في حالة

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 312.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص.305.

الرفض يتدخّل رئيس المجلس الإداري بعد شغور منصب المحكم بتعيين محكم من قائمة محكمي المركز لكي يحل محلّه.

أما فيما يخصّ طلبات الرّد فقد أعطت الإتفاقية للأطراف الحق في المطالبة من محكمة التحكيم ردّ أحد أعضائها في حالة انتفاء الصفات المحددة في المادة 14في فقرتها الأولى من نفس الإتفاقية أو عدم توفّر الشروط المحدّدة لتشكيل محكمة التحكيم، ويتمّ إتخاذ قرار الردّ من طرف بقية أعضاء محكمة التحكيم بالأغلبية وفي حالة تساوي الأصوات يتّخذ القرار من قبل رئيس المجلس الإداري والأمر نفسه ينطبق إذا كان طلب الردّ ينطوي على محكم واحد أو غالبية المحكمين [1].

وفي الأخير، تتوقف إجراءات التحكيم في حال شغور منصب المحكم وتستأنف عند شغل منصبه من جديد كما تستأنف إجراءات التحكيم عند نقطة توقفها.

الفرع الثالث:

سلطة المحكمين في إختيار القانون الواجب التطبيق

تعدّ مسألة تحديد القانون الذي تخضع له منازعات الاستثمار من أهم المسائل التي يحرص أطراف عقود الاستثمار الأجنبي على الإتفاق عليها وذلك لما يترتب عليها من أثار حول تسوية المنازعات وإقرار حقوق وإلتزامات الأطراف وتنفيذ عقد الاستثمار من عدمه.

وقد أولت إتفاقية واشنطن أهمية كبرى لهذه المسألة من خلال الاحكام الخاصة المتعلقة بالقواعد الواجبة التطبيق لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف المتعاقدة، كما يجب أن يدرس القانون الواجب التطبيق من منظورين أولهما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات والأخر يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع.

أولا: مدى سلطة المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

تنص المادة 44 من الاتفاقية على مايلي: « **تدار جميع إجراءات التحكيم طبقا لأحكام هذا القسم، وما لم يتفق الأطراف على غير ذلك طبقا للائحة التحكيم المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التحكيم، وإذا ثارت مسألة إجرائية لم ينص عليها في هذا**

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 365.

القسم أو في لائحة التحكيم أو أي لائحة أخرى يتبناها الأطراف، تتولى المحكمة الفصل فيها على نحو ما تراه ملائما».

باستقرائنا لنص المادة يظهر لنا جليا أن الاتفاقية أعطت الحق للأطراف على الإتفاق على مخالفة نصوصها، بما يظهر أن القواعد الإجرائية للتحكيم في المركز الدولي ليست قواعدة أمرة ويمكن للأطراف الإتفاق على مخالفتها، وهذا ما يجعلها قواعد قانونية مرنة ونلاحظ فرقا بين المادة **44** التي تخص إجراءات الدعوى والتي تتم وفقا لنظام المركز ولقواعد التحكيم السّارية منذ تاريخ إتفاق الأطراف على التحكيم ما لم يتفّق الأطراف على خلاف ذلك والإجراءات التي أتت بها المادة **36** من الاتفاقية التي تخص إجراءات تحريك الدعوى.

وطبقا لما نصّت عليه المادة **47** من اتفاقية واشنطن، ففي حالة ظهور مشكلة حول إجراء ما من إجراءات التحكيم التي لم تتضمنها أحكام الإتفاقية أو قواعد التحكيم أو تلك التي إتفق عليها الطرفان فيصبح المحكمون ملزمين بالنّظر في هذه المسألة، ويجوز للمحكمة أن تأمر بإتخاذ ما تراه مناسباً وملائماً من إجراءات وتدابير مؤقتة وفقا لما تقتضيه الظروف والتي تكون للحفاظ على حقوق الأطراف.

ونستنتج من خلال ما سبق، أن الفصل في المسائل الإجرائية المتعلّقة بالنّزاع يتم أساسا وفقا للقانون الذي إتّجهت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة، أما إذا تعرضت المحكمة أي مسألة إجرائية لم ترد في القانون المشار إليه فإن محكمة التحكيم تختص في الفصل فيها وفقا لنصوص الإتفاقية وقواعد التحكيم[1].

وهكذا نخلص إلى أن اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قد كرست مبدأ سلطان الإرادة، وإن كانت قد فرضت تطبيق قواعدها في حال عدم اتفاق الأطراف، على قواعد تسيير الإجراءات وفقا لها، وفي حالة غياب إتفاق الطرفين على تحديد قانون معين ليطبق على إجراءات التحكيم ينطبق منهج مشابه للمناهج التي اعتمدتها أغلب المعاهدات الدولية التي تحيل قانون مكان التحكيم، وبإعتبار أن المكان الذي تقام فيه إجراءات التحكيم هو مركز واشنطن الدولي يستنتج من هذا تطبيق قواعده.

---

[1] حسن أحمد الجندي، **النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء إتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 182.

الملاحظ في اتفاقية البنك الدّولي أنها تطرقت إلى كل ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وشروطه في أكثر من مادة من بينها المواد **(36، 37، 41، 43، 44، 45)** غير أنّه فيما يخص القانون الواجب التطبيق علي موضوع النّزاع تطرقت اليها مادة واحدة وهي المادة **42** من نفس الاتفاقية[1].

ثانيا: مدى سلطة المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع.

بعدما يتوصل المحكمون إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى التحكيمية، يقوم المحكمون بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع، وبالرجوع إلى نصوص اتفاقية واشنطن، نجد أنها تعطي الحرية الكاملة لأطراف النزاع، في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع، وذلك إحتراما لحرية الإرادة باعتبارها أحد المبادىء الأساسية التي تحكم القانون الواجب التطبيق[2].

أشارت إتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في المادة 42 فقرة 1 على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع بنصّها على أنّه« **تفصل المحكمة في النّزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرّها طرفا النّزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن محكمة التحكيم تطبّق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النّزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع**»

هكذا، نلاحظ تمييز الإتفاقية بين الحالة التي يتّفق فيها الأطراف على قواعد القانون واجبة التطبيق، والحالة التي لا يتحقّق فيها هذا الاتفاق.

أ- حالة اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على النّزاع:

منحت إتفاقية واشنطن لأطراف النّزاع الحرية الكاملة في إختيار القواعد القانونية الواجب تطبيقها عند الفصل في المنازعة، يحدّد المحكمون القانون الواجب التطبيق على النّزاع بالرجوع إلى القواعد القانونية التي إتفق الأطراف على تطبيقها، كذلك فيجوز للأطراف إختيار نظام قانوني متكامل يطبق على التحكيم، أو أن يشترطوا تطبيق مجموعة من القواعد القانونية، كما يجوز لهم إختيار قانون أحد الطرفين أو كليهما أو نظام قانوني تابع لدولة

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 182.

[2] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 387.

ثالثة زد على ذلك يجوز لهم الإتفاق على حلّ نزاعاتهم وفقاً للمبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد المساندة في نظام قانوني معين[1]، كذلك فتبقى محكمة التحكيم ملزمة بعدم الخروج عن رغبة الأطراف تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة.

ويلتزم المحكمون بتطبيق القانون المختار من الطرفين والذي غالبا ما يتناسب مع طبيعة النّزاع الناشئ، وعليه فإن إتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تستند إلى النّظرية الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق، كذلك فللإرادة دور فعّال وحاسم في إختيار هذا النّظام القانوني، فهي تلعب دور ضابط الإسناد الذي يحدد به النّظام القانوني الواجب التطبيق على النّزاع، كذلك يرجع المحكم لعقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي والذي نجم عنه النّزاع لمعرفة القانون الذي أختاره الطرفان، لكن لا يجد مانع من أن يتم الإختيار في تاريخ لاحق لعرض النّزاع على التحكيم وأثناء التحكيم ذاته، بل يكفي أن يكون الاختيار قبل قيام محكمة التحكيم بالفصل في النّزاع[2].

لم تحدّد الإتفاقية طريقة التعبير عن هذه الإرادة في الإختيار، هل تكون إختيارا صريحا أم إختيارا ضمنيا من خلال الظروف المحاطة بالعقد؟ بل إكتفت بحسب المادة **42** السابقة بالنصّ أن يلتزم المحكمون بالنّظر في النّزاع وفقا للقانون الذي اتفق عليه الأطراف مما يفتح المجال لتعدد أراء الفقهاء وعدم الإجماع على رأي موحد في هذا الشأن[3].

وبالرجوع إلى نص المادة 42 في فقرتها الثالثة نجد أن الإتفاقية وسعت من سلطات هيئة تحكيم المركز بمنحها سلطة الفصل في النّزاع وفقا لمبادىء العدل والانصاف، وهي مبادىء عامة تهدف إلى الفصل في النّزاع بناءا على ما يعتقده المحكم، ويقتنع به قناعة شخصية أن يحقق العدالة لأطراف النزاع، فله أن يختار أي نظام قانوني يراه ملائما للتطبيق، ويستطيع الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون، كما بإمكانه أن يوسع من نطاق مبدأ قانوني معين أو تعديله ليناسب النّزاع المعروض[4].

---

[1] فوزي سامي، **التحكيم التجاري الدّولي، (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدّولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية العربية مع الإشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية)**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، عمان، الأردن، ص 112.

[2] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية**، المرجع السابق، ص 480.

[3] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 401.

[4] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 389.

غير أن سلطة المحكم تبقى مقيدة دائما بإرادة الطرفين، فلكي تطبق هيئة التحكيم مبادئ العدل والانصاف على موضوع النزاع، فلا بد من وجود اتفاق صريح بين الأطراف على ذلك، فالمحكمة لا تستطيع أن تفصل في النّزاع، وفقا لتلك المبادئ من تلقاء نفسها، لأن الموافقة شرط أساسي للفصل في النّزاع طبقا لهذه المبادئ، ويعتبر الحكم الصادر بدون تلك الموافقة حكما باطلاً لتجاوز هيئة التحكيم لسلطتها[1].

كما قد يختار الطرفان قانون الدّولة، لكن التساؤل الذي يفرض نفسه هو حول ما إذا كان الإختيار يشير إلى هذا القانون في تاريخ إنعقاد عقد الاستثمار، أو في الوقت الذي يكون عليه القانون وقت إنعقاد محكمة التحكيم؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من التفرقة بين حالتين الحالة التي أدرج بالعقد شرط الثبات التشريعي والذي يعني تجميد القانون الواجب التطبيق بينهم، والحالة الثانية وهي غياب هذا الشرط في اتفاقهم، ففي هذه الحالة فلهيئة التحكيم تطبيق القانون الوطني المختار بالحالة التي هو عليها وقت إنعقاد محكمة التحكيم، أما في الحالة الأولى فللمحكمين تطبيق القانون كما هو وقت إنعقاد عقد الاستثمار.

كذلك يفهم من نص المادة **42 في فقرتها الاولى** من إتفاقية البنك الدولي للانشاء والتعمير السابقة الذكر من أن واضعي الإتفاقية قاموا بإستبعاد «**نظرية العقد بلا قانون**» –Théorie de contrat sans loi– التي مؤداها أن للدّولة والمتعاقد الخاص الأجنبي أن يضمنوا في عقودهم أو أن يدرجو نظاما كاملا وشاملا ومفصلا لكافة جوانب علاقتهم العقدية، بحيث يتم الإستناد إلى هذا النّظام في حالة نشوء نزاع ودون العودة إلى نظام قانوني أخر[2].

نستخلص ممّا سبق وأن تطرقنا إليه حول مدى حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع حسب إتفاقية واشنطن، أنّها المبدأ العام الذي يحكم العملية التحكيمية التي هي في الأصل عقد يستمد من إرادة أطرافه، وتعتبر هذه الإرادة لها دور الركيزة الأساسية وفقا للاتفاقية، والمقصود منها الإرادة الحقيقية أكانت صريحة أم

[1] عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 218.

[2] فوزي سامي، المرجع السابق، ص 62.

ضمنية، فالاتفاقية تعطي للأطراف إمكانية إختيار قانون معين بتسميته أو بالإشارة إليه ضمنيا حيث يمكن استخلاصه من خلال ظروف العلاقة التي تجمع الطرفين [1].

ب-حالة غياب إتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على النّزاع:

يتمتع المحكمون بسلطة تحديد القانون واجب التطبيق في منازعات الاستثمار وهم يلتزمون في ذلك بمراعاة إرادة الأطراف في إختيار نظام قانوني معين بذاته عند إبرامهم لعقد الاستثمار، غير أن عندما يغفل الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق عند تعاقدهم سواء عن قصد أو عن غير قصد أو من أجل تفادي الإختلاف في بداية إبرام العقد حول مسألة قد تعيق تنفيذه.

يرجع المحكمون إلى نص إتفاقية واشنطن التي ألزمت هيئة التحكيم في الفصل في النّزاع بتطبيق نص المادة **42 فقرة 01** حيث أتيحت لمحكمة التحكيم إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق حتى عند غياب الإتفاق الصريح للأطراف حول المسألة من خلال تطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف في النّزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين، وإمّا قواعد ومبادىء القانون الدّولي ذات الصلة بالمسائل محل النّزاع [2].

كذلك تلتزم هيئة التحكيم بإختيار النظام القانوني الصحيح، وإذا أخطأ المحكمون في إختيار القانون الواجب التطبيق أعتبر ذلك إفراطا في إستعمال السلطة وستكون نتيجته إبطال الحكم الصادر.

كذلك يعتبر سكوت الأطراف عن ذكر القانون الواجب التطبيق عند إبرامهم عقد الاستثمار يعتبر في نظر الاتفاقية في حدّ ذاته إتفاق ضمني نحو تطبيق قانون الدّولة المتعاقدة الطّرف في الخصومة، ثم إلى تطبيق قواعد القانون الدّولي، كما أن الإتفاقية حظرت على المحكمين إنكار وتجاهل العدالة[3].

أ- تطبيق قانون الدّولة المستضيفة للاستثمار بما في ذلك قواعد التنازع:

بحسب المادة **42 فقرة 01** من الإتفاقية، فإن هيئة التحكيم ملزمة بالفصل في النّزاع بتطبيق قانون الدولة المضيفة، شاملا قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، وقواعد القانون

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 402.

[2] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**.....، مرجع سابق، ص 452.

[3] فوزي سامي، المرجع السابق، ص 82

الدولي، وبذلك فإن المحكمين يمتنعون عن تطبيق أي قانون وطني أخر، إلا من خلال قواعد تنازع القوانين، وفقا لقواعد الاسناد في الدولة المضيفة، ويرجع السبب في تطبيق قانون الدولة المضيفة على موضوع النّزاع إلى أن الاستثمار في بلد معين، يعتبر رضاء ضمني بتطبيق قوانين هذا البلد الخاصة بالجوانب المختلفة لعقد الاستثمار[1].

كذلك، فإن خضوع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة يكمن في أن هذا القانون هو الأكثر صلة بالعلاقة العقدية وذلك وفقا لنظرية التركيز التي مفادها أن القانون واجب التطبيق على العقد هو القانون الذي يرتكز فيه العقد، كون هذا القانون هو قانون محلّ الإبرام والتنفيذ الذي هو إقليم الدولة المتعاقدة، زيادة إلى إرتباط العقد بالمصالح الأساسية للدّولة المتعاقدة، غير أنّه قد تواجه هيئة التحكيم بعض الصعوبات عند تطبيق هذا القانون في حالة وجود فراغ قانوني في الدولة المضيفة للاستثمار، ففي هذه الحالة عليها الرجوع إلى قواعد القانون الدولي للبحث عن القواعد الملائمة لملئ هذا الفراغ، فتضاف تلك القواعد من أجل تكملة نقائص قانون الدولة أو تفسير أحكامه أو من أجل استبعاده في حالة أن تطبيق أحكام هذا القانون يتنافى مع مبادئ القانون الدولي الواجب حمايتها، فيمكن تصور أن قواعد القانون الدولي، في علاقتها مع القانون الوطني للدولة المتعاقدة، تؤدي دورا تكميليا، ودورا تعاضديا ودورا تصحيحيا، لما قد يعتريه من نقص [2].

نخلص إلى أن الإتفاقية من خلال نصها في المادة 42 فقرة 01 قد أفلحت في إختيار القانون الأنسب للتطبيق على موضوع النزاع، بالإضافة إلى نجاحها في سدّ النقص، الذي قد يعتري القانون الوطني للدولة المضيفة، وذلك من خلال إشارتها إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين الخاصة بالقانون الوطني للدولة المضيفة، إضافة إلى قواعد القانون الدولي[3].

رغم ذلك، تجدر بنا الإشارة إلى أن المركز الدولي في تطبيقه لنص **المادة 42** لا يولي أهمية إلى قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون الدولة المضيفة، كذلك نادرا ما نجده يلجأ إلى تطبيقها، وبذلك فقانون الدولة المضيفة هو القانون واجب التطبيق عندما يكون الاستثمار قد أقيم على إقليمها، لأن الاتجاه السائد في أنظمة التنازع تحدّد القانون الأكثر

---

[1] جلال وفاء محمدين،**التحكيم تحت مظلّة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، المرجع السابق، ص 45.

[2] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية**، المرجع السابق، ص 484.

[3] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 394.

صلة بالعلاقة العقدية كقانون واجب التطبيق، إستنتاجا من ذلك فإن تطبيق قواعد تنازع القوانين للدولة المتعاقدة ستحيل إلى تطبيق القواعد الموضوعية لقانون هذه الدولة [1].

وفي الأخير، يعطى تفسير مفهوم قواعد القانون الوطني الواجبة التطبيق في مختلف نظم تنازع القوانين بشأن العقود بصفة عامة على أنه يخضع لتفسيرين إما أن يكون قانون محل إبرام العقد أو أن يكون محل التنفيذ، ففي حالة إبرام عقود التنمية الإقتصادية التي ينشأ عنها نشاط المستثمر الأجنبي في الدولة المستضيفة فمن الطبيعي أن يميل كلا الأمرين لصالح قانون الدّولة المستضيفة، فيزيد إحتمال إبرام العقد فضلا عن تنفيذه في إقليم تلك الدولة ، وعليه فإن الإتفاقية لم تقم سوى بالتقنين للواقع العملي[2].

ب- تطبيق مبادئ القانون الدّولي:

تعتبر سلطات المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على النّزاع في إطار المركز الدولي مقيدة حسب إتفاقية واشنطن، ففي حالة عدم إتفاقهم على القانون واجب التطبيق فتطبق نص المادة **42 فقرة 1** التي نصت على تطبيق مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع —Principes de droit international en la matiére

من أجل تحديد مفهوم مبادىء القانون الدولي لا بد من الرجوع إلى تقرير المحافظين بخصوص إتفاقية واشنطن الذي عند استقرائه يظهر أنه من أجل تفسير مفهوم القانون الدولي لابد من الرجوع إلى ميثاق إنشاء محكمة العدل الدولية في نص المادة **38** في فقرتها الأولى والتي تنص على مايلي: « وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

1/الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

2/العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال.

3/مبادئ القانون العامة التي أقرّتها الأمم المتمدنة.

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 363.

[2] فوزي سامي، المرجع السابق، ص 84.

4/أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذاك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة 59»[1].

حسب نص المادة التي ذكرت مجموعة من المصادر الخاصة بقواعد القانون الدولي، فإن مبادىء القانون الدولي المذكورة في نص المادة **42 فقرة 1** هي نفسها تلك القواعد المذكورة في المادة **38 فقرة 01** من الميثاق، والمعروف أن القانون الدّولي يطبق أساسا على العلاقات بين الدول، لكن المستثمر الأجنبي بإعتباره طرفا مباشراً في النزاع ضد الدّولة الذي يتم تسويته طبقا لقواعد القانون الدولي، والذي يتم إصدار أحكاما دولية في شأنها وتترتب عن عدم تنفيذها أثار دولية، زيادة عن ذلك فالمستثمر الأجنبي خضع لهذا القانون بإرادة الدولة طرف في الاتفاقية.

غير أن نطاق تطبيق القانون الدولي في إيطار الإتفاقية محدد في حالة ما إذا أحال القانون الوطني على تطبيق قواعد القانون الدولي، أو إذا كانت القضية المعروضة للتحكيم لديها علاقة مباشرة مع قواعد القانون الدولي، أو في حالة ما كان إستعمال قواعد قانون الدولة المستضيفة يمس بالقانون الدولي ويؤدي إلى مخالفته[2].

كذلك يلعب القانون الدولي دورا تكميليا في إستكمال النقص الذي قد يعتري قانون الدولة المضيفة كما يلعب دورا تعاضديا في مرافقة قانون هذه الدولة ودورا تصحيحيا عند عدم مطابقته مع قواعد القانون الدولي، بالإضافة إلى ذلك فإن إتفاقية واشنطن تعتبر المعاهدة الدّولية التي تشير إلى تطبيق القانون الدّولي وهذا راجع من النّاحية الفقهية إلى أنّه لا يوجد ما يحول دون خضوع العقد المبرم بين الدّولة والشخص الخاص الأجنبي للقانون الدّولي [3].

كما يجوز للمحكمين اللجوء لقواعد القانون الدولي في إطار تكميلي وتصحيحي لقواعد قانون الدولة المضيفة، أي بالعودة إليها كلما إقتضى الأمر ذلك بعد مراجعة شاملة لمضمون قانون الدّولة المضيفة وتطبيق القواعد المناسبة فيه وبذلك فإن إتفاقية واشنطن بموجب المادة **42 في فقرتها الأولى** لا تسمح للمحكم بتأسيس قراره على مبادئ القانون الدّولي وحده[4].

---

[1] نص المادة 38 فقرة 1 من ميثاق إنشاء محكمة العدل الدولية.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 468.

[3] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية**،....، المرجع السابق، ص 484.

[4] فوزي سامي، المرجع السابق، ص 59

زيادة على ذلك، فعند إستقراء نص المادة **42 في فقرتها الثالثة** نجد أن إتفاقية واشنطن قد سمحت لهيئة التحكيم النّظر في المنازعات المطروحة عليها من خلال قواعد العدالة والإنصاف، وهذا ليس فقط من أجل تدارك أو ملئ فراغ قانوني، وعلى هيئة التحكيم أن تستغل إعتبارات العدالة ليس فقط في إطار تفسير أو تكملة القواعد الواجبة التطبيق بل عندما يقتضي الأمر ذلك تغليب قواعد وإعتبارات العدالة عند الفصل في النّزاع [1].

وفي الأخير، نستنتج أن إتفاقية البنك الدولي فتحت المجال واسعا أمام هيئة التحكيم من خلال نص **المادة 42** للفصل في القضايا التي لم تفصل بعد بموجب المادة **42 في فقرتها الأولى** طبقا لقواعد العدل والإنصاف وكذا من خلال الرّجوع إلى قواعد وأعراف التجارة الدولية، وأجبرت الإتفاقية بذلك المحكمين بالفصل في المسائل المعروضة أمامهم ولم تسمح لهم الإمتناع عن ذلك بسبب عدم وجود نص خاص بها وبسبب غموض في القانون.

مما سبق نستخلص أن إتفاقية البنك الدولي قد سايرت التطورات القانونية السائدة في مجال التّجارة الدولية وعملت على تضمينها في نصوصها من أجل تسهيل مهمّة المحكمين في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار وذلك من أجل التأثير إيجابيا والمساعدة على تطبيق هدف البنك الدولي للإنشاء والتعمير من إنشائها وهو السماح بتدفّق الاستثمارات إلى الدّول وتطبيقاً لنص العبارة الثانية من **المادة 42 الفقرة الأولى** من الأتفاقية[2].

المطلب الثاني:

الاختلاف في الإجراءات الأولية لدعوى التحكيم مع هيئة تحكيم (الكنودسي)CNUDCI :

تختلف الإجراءات الأولية للتحكيم طبقا لقواعد الكنودسي عن تلك المتبعة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لكون هيئة تحكيم الكنودسي تتشكل طبقا لقواعد محددة مختلفة عن هيئة تحكيم المركز الدولي الذي يتوفر على هياكل مخصصة لتأطير العملية التحكيمية، لكن نصت قواعد الكنودسي بموجب المادة 1 فقرة 4 الجديدة والمنقحة في سنة 2013 على إختصاصها في تسوية منازعات الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار كمايلي:

---

[1] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدّولية الأقتصادية**، مرجع سابق، ص 487.

[2] خالد كمال عكاشة،المرجع السابق، ص 404.

«Pour l'arbitrage entre investisseurs et Etats engagé en vertu d'un traité prvoyant la protection des investissements ou des investisseurs, le présent Règlement inclut le règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités le Règlement sur la transparence sous réseve de l'article premier de ce dernier . »[1]

وقد تركت قواعد هيئة الأمم المتحدة الحرية للأطراف من أجل تشكيل محكمة التحكيم وبعد الإنتهاء من تعيين المحكمين السماح لهم في استصدار التدابير الأولية والأوامر المؤقتة وأخيراً في سير إجراءات التحكيم وهذا ما سنتعرض له في هذا المطلب.

الفرع الأول:

تشكيلة هيئة تحكيم الكنودسي:

تختلف الإجراءات المتبعة طبقا لقواعد التحكيم لهيئة الأمم المتحدة للتجارة الدولية (الكنودسي) عن تلك الإجراءات المتبعة في إطار إتفاقية البنك الدولي ضمن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حيث أعطت قواعد التحكيم الكنودسي أهمية كبرى لسلطة التعيين وسلطات موسّعة على حساب إرادة طرفي النّزاع وذلك رغبة منها في ربح الوقت وتحقيقا للفعالية للتركيز على دراسة النّزاع الذي يطرح أمام هيئة التحكيم.

ويكمن هذا الإختلاف في إجراءات تشكيل المحكمة التحكيمية التي يعرف المركز الدولي نوعاً من التباطؤ فيها رغم هياكله العديدة وتخصصة في الفصل في المسائل الخاصة بالاستثمار عكس قواعد الكنودسي التي وضعت للتحكيم في كل المسائل الخاصة بالتجارة الدولية بما فيها منازعات الاستثمار التي أصدرت له قواعد الكنودسي المنقحة في 2010.

وبالنظر للمجالات الواسعة التي تخص التجارة الدولية والمنازعات التي تنشأ عليها والتي تستوجب السرعة في الفصل في النّزاعات فقد حاولت هيئة الكنودسي التكيف مع هذا المعطى من خلال تسهيل إجراءات تعيين المحكمين وتبسيطها فعند استقرائنا للمواد من 8 إلى 10 من قواعد التحكيم للكنودسي نتلمّس تقوية دور سلطة التسمية والتعيين في ظل نظام الكنودسي والذي من خلالها يكون تنظيم عملية تشكيل المحكمة التحكيمية وتعيين المحكمين.

[1] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec le nouveau paragraphe 4 à l'article prmier, adopté en 2013) Règlement de CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etat fondé sur des traités. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

أولا: دور سلطة التسمية والتعيين في تشكيل المحكمة التحكيمية:

تتميز هيئة تحكيم الكنودسي بأنها تأخذ شكل سلطة التسمية والتعيين التي لا تكتفي في أداء مهامها على تعيين وردّ المحكمين بل تتجاوزها إلى التأطير الجيّد للإجراءات التحكيمية، ولقد أعطت قواعد الكنودسي الحرية لأطراف النّزاع في إختيار وتعيين سلطة التسمية والتعيين بما يسمح بتسيير إجراءات الدعوى التحكيمية بصفة جيدة وذلك بموجب **المادة 06** من قواعد الكنودسي وللأطراف الحق في مراقبة أعمال هذه السلطة ففي الحالة التي ترفض فيها سلطة التسمية والتعيين القيام بسلطة من سلطاتها مثلا، مثل تعيين المحكمين أجازت قواعد الكنودسي لأي طرف أن يطلب تسمية سلطة تعيين بديلة بموجب **المادة 06 فقرة 04** التالية:

« Sous reserve de l'article 41, paragraphe 4, si l'autorité de nomination refuse d'agir, ou si elle ne nomme pas d'arbitre dans les 30 Jours après avoir reçu de l'une des parties une demande en ce sens, n'agit pas dans tout autre délai prévu par le présent règlement ou ne se prononce pas sur la récusation d'un arbitre dans un délai raisonnable après avoir reçus de l'une des parties une demande en ce sens, une partie peut demander au Secétaire général de la CPA de désigner une autre autorité de nomination pour la remplacer »[(1)].

كما تظهر رغبة واضعي هذه القواعد في التأطير الجيد للإجراءات التحكيمية بصفة عامة يتم طلب تعيين سلطة التسمية والتعيين من طرف الأطراف وإن لم يتم إتفاقهما على تعيينها أمام الأمين العام للمحكمة الدائمة للتحكيم للاهاي وذلك حسب المادة **06 في فقرتها الأولى**، بإمكان أحد الطرفين أو كلاهما إقتراح إسم مؤسسة معينة أو عدة مؤسسات لإدارة العملية التحكيمية بما فيهم الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي الذي يتولى تعيين هذه السلطة لأداء مهام سلطة التسمية والتعيين.

كذلك أعطت قواعد التحكيم للكنودسي بموجب المادة **06 في فقرتها الخامسة** الحق لسلطة التسمية والتعيين وللأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة الحق في متابعة مراحل الخصومة التحكيمية وطلب المعلومات من أي طرف من أطراف الخصومة التحكيمية وكذا

[1] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec le nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013) ; Opcit page 09.

للمحكم أو المحكمين الذين تم تعيينهم وفي نفس الوقت أن يعطي للأطراف والمحكمين الحق في عرض أرائهم واقتراحاتهم على أي نحو يرونه مناسبا، كما أضافت المادة أنه بخصوص المراسلات الصادرة من سلطة التسمية والتعيين والأمين العام والموجهة لأطراف النّزاع أن توضع تحت تصرفهم بنسخ منها للإطلاع عليها[1].

وعليه لسلطة التسمية والتعيين التي تم إختيارها في إدارة مراحل النّزاع والتي كما سبق ذكره يمكن أن تكون مؤسسة تحكيمية أو مؤسسة أخرى غير تحكيمية أو شخص بعينه تتولى إدارة العملية التحكيمية بما فيها تشكيل محكمة التحكيم هذا ما أكّدته المادة 8 من قواعد التحكيم حول مدى تدخل سلطة التعيين في تشكيل محكمة التحكيم، وما لديها من سلطات أخرى حول تشكيل وتعيين أو ردّ واستبدال المحكمين إذ نصّت المادة على كيفية تدخل السلطة في هذا التعيين وبذلك تشكيل محكمة التحكيم.

كما نصت المادة 08 أنه في حالة إتفاق الأطراف على تعيين محكم وحيد ومضى 30 يوما على استيلام جميع الأطراف الأخرين اقتراحا بتعيين ذلك المحكم بدون أن يتوصلوا إلى إتفاق حول الشخص المراد تعيينه تدخلت سلطة التسمية والتعيين من أجل تعيين هذا المحكم.

ولتعيين المحكم تتبع سلطة التعيين مراحل معينة لتعيين ذلك المحكم وتتبع في ذلك طريقة القائمة، ما لم يتفق الأطراف على عدم اتباع تلك الطريقة، أو ما لك تقرر سلطة التعيين بما لديها من سلطة تقديرية بأن إتباع طريقة القائمة لا يناسب ظروف القضية، ففي حالة توفر شروط إتباع طريقة القائمة في تعيين المحكم تقوم سلطة التعيين بالإجراءات التالية:

1- ترسل سلطة التعيين قائمة تتضمن ثلاثة أسماء من المحكمين على الأقل لكل واحد من أطراف النزاع.

2- بإمكان كل طرف أن يعيد هذه القائمة في غضون 15 يوما من تسلّمها إلى سلطة التعيين بعد شطب الاسم أو الأسماء التي يعترض عليها وترقيم الأسماء المتبقية في القائمة مرتّبة بحسب أفضليتها لديه.

[1] **Article Six du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

3- بعد إنقضاء المهلة أي **30** يوما المذكورة سابقا ، تعين سلطة التعيين المحكم الوحيد من بين الأسماء التي وافق عليها الأطراف في القوائم التي أعيدت إليها ووفقا لترتيب الأفضلية الذي بينه الأطراف.

4- في حالة ما إذا تعذّر تعيين ذلك المحكم بالطريقة المذكورة فإن قانون التحكيم للكنودسي أجاز لسلطة التعيين أن تمارس صلاحيتها التقديرية في تعيين ذلك المحكم الوحيد.

نفهم أن قواعد الكنودسي أعطت صلاحيات واسعة لسلطة التسمية والتعيين في تعيين المحكمين وبذلك في تشكيل المحكمة التحكيمية، عند إتفاق الأطراف حول تعيين محكم وحيد واتبعت رزنامة محددة لهذا التعيين ربحا للوقت وتفاديا لتماطل أحد طرفي النّزاع، حتى في حالة ظهور أي طارىء وتعذّر تعيين المحكم فإن السلطة يمكنها تعيين المحكم الذي تراه مناسبا.[1].

ثانيا: عدد المحكمين.

تتمتع سلطة التعيين في حال اتفاق الطرفين على تعيين محكم وحيد بسلطة تعيينه حتى وإن تعذّر ذلك لسبب من الأسباب أما في حالة عدم الإتفاق حول عدد المحكمين واستمرت الحالة من عدم الاتفاق حتى بعد 30 يوما من تاريخ تسلّم المدّعى عليه الطرف في النّزاع الإشعار بالتحكيم على أن يكون هناك محكم واحد فقط، عيّن ثلاثة محكمين وذلك طبقا لنص المادة 7 من مدونة قواعد الكنودسي.

وتظهر هنا السّلطة الحازمة التي منحتها قواعد التحكيم لسلطة التسمية والتعيين في الفصل النهائي في مسألة تحديد عدد المحكمين على أن يتمّ تعيين ثلاثة محكمين بدل محكم وحيد.

كذلك في حالة ما إذا كان أحد الأطراف قد إقترح تعيين محكم وحيد في غضون مهلة **30 يوما، ولم** يرد أي طرف أخر على ذلك الإقتراح، ولم يعيّن الطرف المعني أو الأطراف المعنيون محكما ثانيا وفقا للمادة **09 أو** المادة **10** من قواعد التحكيم، جاز لسلطة التعيين بناءا على طلب أحد الأطراف، أن تعيّن محكما وحيدا بمقتضى الإجراء المنصوص عليه في الفقرة **2** من المادة **08** أي بطريقة القائمة إذا ما رأت أن هذا هو الإجراء الأنسب في ضوء ظروف القضية.

[1] **Article Huit du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Op cit. page 11.

مما سبق يظهر لنا أن سلطة التعيين لديها السلطة التقديرية في إختيار عدد المحكمين وفي حال رضا أحد الأطراف بمحكم وحيد ولم يرد الطرف الثاني على الإقتراح تتدخل سلطة التعيين بإختيار محكم وحيد.

ثالثا: تعيين المحكيمن.

عند تعيين المحكمين لا بد من توافر شروط في شخص المحكم مثل شرط الحياد والإستقلالية فلا يمكن للمحكم أن ينحاز لأي طرف من أطراف المنازعة سواءا شخص المستثمر أو الدولة كما يجب أن يتمتع بالإستقلالية التي يتمتع بها القاضي، أن يكون مستقلا عن الخصوم فلا يمكن أن تكون له أيّة صلة أو مصلحة بموضوع النّزاع أو أن يكون له روابط التبعية والقائمة بين المحكم وأحد أطراف النّزاع [1].

فلا تجيز محكمة التحكيم أن يكون المحكم مصلحة في النّزاع، ويجب أن يكون استقلال المحكم قائما إلى غاية صدور الحكم وبذلك إنعدام أية علاقة تبعية مع أحد الخصوم، سواءا روابط مالية أو علاقة مهنية أو اجتماعية سابقة أو حالية تربطه بالخصوم، فثقة الخصوم في المحكم تجعلهم متعاونين معه راضين بحكمه ومنفذين له طواعية.

كذلك فإختيار المحكم من قبل الأطراف لا يجب أن يؤثر على استقلاله في مواجهتهم، ولا أن يغير في الطبيعة القضائية لمهمته، فاستقلال المحكم مفترض جوهري، وضمانة هامة لحكم تحكيمي عادل.

لقد أقرت قواعد التحكيم الخاصة بالكنودسي قواعد قانونية بموجبها يتم تعيين المحكم أو المحكمين وفي حالات اتفاقهم أو عدم اتفاقهم، وبإمكان الأطراف الإتفاق على تعيين ثلاثة محكمين بدل محكم وحيد وبالعودة إلى نص المادة 09 في فقرتها الأولى والتي تنص على كيفية تعيين المحكمين واختيار الأطراف لهم فإذا أختير تعيين ثلاثة محكمين فيختار كل طرف محكما واحدا يتم تعيينه ثم يقوم المحكمان المعيّنان على هذا النحو باختيار وتعيين المحكم الثالث والذي سيتولى رئاسة هيئة التحكيم.

وفي هذه الحالة فتعيين طرف من الطرفين لمحكم وتبليغ الطرف الثاني بتعيينه يكفي في إيجاز تعيين المحكم الثاني، بعد تبليغ الطرف للطرف الثاني بتعيينه المحكم وبعد مرور

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص ص 62، 63.

مهلة **30** يوما من تاريخ تسلمه هذا البلاغ، بتبليغه بالمحكم الذي عينه، جاز للطرف الأول أن يطلب من سلطة التسمية والتعيين أن تعين المحكم الثاني وذلك بموجب الفقرة **2** من المادة **9** من قواعد التحكيم.

كذلك وبعد إنقضاء مهلة **30** يوما من تاريخ تعيين المحكم الثاني ولا يوجد إتفاق بين المحكمين المعينين على إختيار المحكم الرئيس، تولت سلطة التسمية والتعيين تعيين المحكم الرئيس بالطريقة نفسها المتبعة في تعيين المحكم الوحيد بمقتضى المادة **8** السالفة الذكر أي بطريقة القائمة وهذا بموجب الفقرة **3** من المادة **9** من قواعد التحكيم.

هكذا منحت قواعد التحكيم للكنودسي الحق لأطراف النّزاع في تعيين محكمين بعدد فردي أي محكم واحد أو ثلاثة محكمين وذلك في حالة الإتفاق بينهم على تعيين المحكمين ومع تدخل سلطة التسمية والتعيين عند حدوث حالة عدم التوافق بتعيين المحكم أو المحكمين الأخرين.

كذلك عندما يراد من أطراف النّزاع تعيين ثلاثة محكمين ولأغراض المادة **9** في فقرتها الأولى مع تعدّد الأطراف بصفة مدّعى أو مدعى عليه أي يوجد أكثر من مدعى أو أكثر من مدعى عليه، وعندما لا يوجد أية اتفاق مسبق بين الأطراف حول طريقة أخرى لتعيين المحكمين، يقوم الأطراف وبصفة جماعية سواءا بصفة مدعى أو مدعى عليه بتعيين محكم وحيد وهذا بموجب المادة **10** في فقرتها الأولى، نذكر أن مثل هذه الحالة قليلا ما تحدث في منازعات الاستثمار الأجنبي أين يوجد طرفان عادة وهما المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار.

كذلك أقرّت قواعد التحكيم كحالة خاصة من الحالات في تعيين المحكمين، عندما يوجد توافق بين الأطراف على تشكيل محكمة التحكيم من عدد غير فردي أي عدد زوجي من المحكمين ليس واحد أو ثلاثة، وجب تعيين هؤلاء المحكمين وفقا للطريقة التي يتفق عليها الأطراف وذلك بموجب المادة **09** في فقرتها الثانية وهنا نلاحظ أن قواعد التحكيم فتحت المجال في تعيين عدد زوجي من المحكمين وهذا عكس ما إتخذته إتفاقية واشنطون في تعيين عدد فردي فقط من المحكمين.

وفي الأخير، أقرّت قواعد التحكيم للكنودسي الحالة التي يحدث فيها عدم تمكن من تشكيل هيئة التحكيم بمقتضى هذه القواعد، بإعطاء سلطة التسمية والتعيين مهمّة تشكيل

هيئة التحكيم، تحت طلب أيّ طرف كما أعطت لها سلطة إبعاد أي محكم وإلغاء أية تعيين سبق إجراؤه وأن تعيد تعيين كلا المحكمين أو تعيد تعيين كل منهم، وأن تسمي أحدهم محكما رئيسا وذلك بموجب المادة **09** في فقرتها الثالثة.

نلاحظ أن قواعد التحكيم أولت أهمية كبيرة في تشكيل محكمة التحكيم ووضعت قواعد في كل الحالات التي يكون فيها توافق بين أطراف النّزاع أو يكون عدم التوافق بينهم وأعطت السلطة الكاملة لسلطة التعيين في تعيين المحكمين عندما تحدث حالة عدم التوافق بين الأطراف في تعيين المحكمين وقد وضعت أجال زمنية محددة لعملية التعيين لأجال تشكيل محكمة التحكيم في أجال مقبولة.

رابعا: أسباب ردّ المحكم وإجراءاتها.

لقد تطرقت القواعد الخاصة بلجنة الكنودسي وبصفة صريحة ومحدّدة حول حياد وإستقلالية المحكمين وأوكلت لهم ضرورة الإفصاح عن أية علاقة تربطهم بأطراف النزاع سواء المستثمر الأجنبي أو الدولة المضيفة للاستثمار فقد تطرقت في المواد **11، 12** و**13** من المدونة الخاصة بلجنة الأمم المتحدة كذلك قواعد الكنودسي بصيغتها المنقحة في عام **2010** وحتى الصيغة النهائية الصادرة في **2013** في نفس الإتجاه، كذلك أعطت الحق لطرفي النّزاع اللّجوء للإعتراض على تعيين أحد المحكمين إذا تبين له عدم حياده أو استقلاله بعد تعيينه.

وبالعودة إلى قواعد التحكيم في المادة **11** منها والتي تنص على مايلي: «**عند مفاتحة شخص ما بشأن احتمال تعيينه محكّما، يفصح ذلك الشخص عن أيّ ظروف يحتمل أن تثير شكوكا لها ما يبرّرها بشأن حياده أو استقلاليته. ويفصح المحكّم، منذ وقت تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، للأطراف ولسائر المحكّمين دون إبطاء عن أي ظروف من هذا القبيل ما لم يكن قد أعلمهم بها من قبل**»[1].

وباستقراء هذه المادة نرى أن واضعي قواعد الكنودسي أرادوا استبعاد أية حالة من انعدام الحياد أو الاستقلالية عند المحكم وعليه بذلك الإفصاح صراحة منذ وقت تعيينه وطوال إجراءات التحكيم لأطراف النّزاع ولسائر المحكمين دون إبطاء عن أية ظروف تجعله

[1] **Article Onze du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

مشكوكاً فيه، ما لم يكن قد أعلمهم من قبل، فعليه بأن يعلمهم بأية علاقة تربطه بالمستثمر الأجنبي أو الدولة المضيفة للاستثمار سواء في الماضي أو في الحاضر.

كما سمحت قواعد الكنودسي لأطراف النّزاع الإعتراض على تعيين أي محكم في حالة وجود شكوك على حياده واستقلاليته، عندما يأتي لعلمهم بأية ظروف تجعله لا يصبح مقبولا لإدارة عملية التحكيم والفصل فيها بطريقة تحقق العدالة بين طرفي النّزاع.

فقد نصّت **المادة 12** على ما يلي « **يجوز الاعتراض على أيّ محكّم إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبرّرها بشأن حياده أو استقلاليته. لا يجوز لأيّ طرف أن يعترض على المحكّم الذي عيّنه إلاّ لأسباب أصبح على علم بها بعد تعيينه**».

كما أعطت القواعد الحق في الإعتراض على تعيين المحكم ليس فقط لأسباب الإستقلالية والحياد بل وحتى لأسباب أخرى ذات طابع مهني بحت ففي حالة عدم قدرته القيام بمهامه أو في حال وجود مانع قانوني أو واقعي يحول دون أدائه لتلك المهام وقد أحالت المادة **12** في فقرتها الثالثة على تطبيق الإجراءات المتعلقة بالإعتراض على المحكم المنصوص عليها في المادة **13**.

وبالرجوع إلى الأليات التي تسمح بها القواعد بتنظيم عملية ردّ المحكمين بموجب المادة **13** والتي سنفصلها فيما يلي فالإجراء الأول الوارد في فقرتها الأولى والذي ينصّ على أن يرسل الطرف الذي يعتزم الإعتراض على أي محكم إشعاراً باعتراضه في غضون **15 يوما** من تبليغه بتعيين المحكم المعترض عليه، أو في غضون **15 يوما** من التاريخ الذي أصبح فيه ذلك الطرف على علم بالظروف المذكورة في المادتين **11** و**12** السالفتين الذكر، تفسيرا للإجراء الواجب إتباعه للإعتراض وردّ المحكم أو إستبداله والأجال الواجب إحترامها لرفع هذا الأعتراض أمام سلطة التسمية والتعيين.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد فصلت كيفية أداء الإجراء السالف الذكر بإرسال الإشعار بالإعتراض إلى بقية الأطراف وكذلك إلى المحكم المعترض عليه وبقية المحكمين إن وجدوا مع إستظهار أسباب الإعتراض بالإشعار المرسل[1].

[1] **Article Treize du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

أما في الفقرة الثالثة من نفس المادة فقد أجازت قواعد الأنسيترال في حالة إعتراض أحد الأطراف على أيّ محكم أن يبدي كلّ الأطراف موافقتهم على ذلك الإعتراض، كما أجازت لمحكم نفسه بعد الإعتراض عليه، أن يتنحى عن النّظر في الدعوى المعروضة على لجنة التحكيم، ولا تعتبر تلك الموافقة ولا ذلك التنحّي إقرارا ضمنيّا بصحة الأسباب التي يستند إليها الإعتراض.

وأخيرا، فقد تضمنت نفس المادة في فقرتها الرابعة الحالة التي لم يبد فيها جميع الأطراف موافقتهم بشأن الإعتراض، أو لم يتنحّ المحكم المعترض عليه في غضون 15 يوما من تاريخ الإشعار بالإعتراض ففي هذه الحالة منحت قواعد الكنودسي الحق للطرف المعترض أن يواصل إجراءات الإعتراض.

وأقرّت القواعد للطرف المعترض أنه وفي غضون 30 يوما من تاريخ الإشعار بالإعتراض، أن يلتمس من سلطة التعيين البتّ في الإعتراض ومنحت سلطة التسمية والتعيين سلطة ردّ المحكمين بطلب من الطرف الذي يرغب في الإعتراض على محكم من المحكمين.

خامسا: إستبدال المحكمين:

بعد التطرّق إلى كيفية الإعتراض على المحكمين من طرف أحد طرفي النّزاع يظهر لنا جليا أنّه بعد الإعتراض على المحكم لا بد من إستبداله أو ردّ المحكم المعترض عليه وذلك من خلال تعيين أو إختيار محكم بديل قبل بدئ عملية التحكيم أو متى ألزم الأمر استبداله أثناء سير إجراءات التحكيم وذلك بموجب **المادة 14** ويتم ردّ المحكم وفقا للإجراء المنصوص عليه في المواد من **8** إلى **11** والساري على تعيين أو إختيار المحكم الجاري تبديله.

ويسري هذا الإجراء حتى وإن لم يقم أحد الأطراف، أثناء عملية تعيين المحكم المراد تبديله بممارسة حقه في التعيين أو في المشاركة فيه، كل ذلك مع مراعاة أحكام الفقرة **02** من المادة **14** التي مفادها أنّه يتم تعيين أو إختيار محكم بديل في حالتين، الأولى متى لزم تبديل أحد المحكمين، أما الثانية إذا رأت سلطة التسمية والتعيين وبناءا على طلب أحد الأطراف، أنّ أحد الأطراف قد حرم من حقه في تعيين محكم بديل، نظرا للطابع الاستثنائي للظروف المحيطة بالقضية.

وقد أجازت قواعد التحكيم، لسلطة التعيين بعد قيامها بإستشارة الأطراف والمحكمين المتبقين وإعطائهم فرصة لإبداء أرائهم، بأن تعّين المحكم البديل، أو بعد إختتام جلسات الإستماع بأن تأذن للمحكّمين الأخرين بأن يواصلوا عملية التحكيم ويتخذوا أيّ قرار تحكيمي أو غير تحكيمي[1].

وبهذا أراد واضعو قواعد الكنودسي من خلال المادة **14** السابقة إعطاء الفرصة للأطراف في المشاركة في تعيين المحكم حتى عند إستبداله ووضع مكانه محكم أخر، مع إعطاء الفرصة للأطراف وبقية المحكمين من إبداء رأيهم عند القيام بعملية تعيين المحكم البديل، مع السماح لسلطة التعيين بالإذن للمحكمين من مواصلة إجراءات التحكيم مباشرة عند المرحلة التي توقفت فيها بعد تعيين المحكم البديل، وهذا سيسمح من ربح الوقت وعدم تعطيل إجراءات الدعوى التحكيمية.

وقد سمحت قواعد التحكيم في إعادة إفتتاح الجلسات التحكيمية عندما يتم تبديل أحد المحكمين وذلك بموجب المادة **15** وبمعنى أخر أن تستأنف الإجراءات عند المرحلة التي توقّف فيها المحكم الذي جرى تبديله عن أداء مهامه، وذلك مالم تقرر هيئة التحكيم خلاف ذلك.

سادسا: حول استبعاد المسؤولية للمحكم :

قرّر واضعوا قواعد الكنودسي حماية المحكم من أي مساءلة عن الأضرار التي قد تلحق أحد الأطراف جراء أخطاء التحكيم وذلك بموجب المادة **16** التي إستثنت الخطأ المتعمّد وأقرّت على تنازل الأطراف، إلى أقصى مدى يسمح به القانون المطبق على إتخاذ أي إجراء أو إدّعاء على المحكمين أو سلطة التعيين وأيّ شخص تعيّنه هيئة التحكيم بسبب أيّ فعل أو تقصير متعلّق بالتحكيم.

الفرع الثاني:

في إتخاذ التدابير المؤقتة والأوامر الأولية:

تعتبر التدابير المؤقتة قرارات تؤخذ من طرف هيئة التحكيم، وهي تصدر على شكل أحكام تحوز حجية الأمر المقضي فيه، وتوضع لأجل الحماية الموضوعية للحقوق أو

[1] **Article Qutorze du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

المراكز القانونية، وتظهر أهميتها في الحالات التي يخشى فيها فوات الوقت كإثبات الحالة أو الخطر المحدق كسماع الشاهد أو التعويض المؤقت، هي تهدف إلى تسهيل تحقيق الفصل في الخصومة الأصلية وضمان تنفيذ ما يصدر من أحكام مستقبلا، وهي تتسم بطابع تبعي حيث لا توجد إلا بصدد نزاع موجود أو سيوجد حول الموضوع الأصلي الذي أتفق بشأنه على التحكيم[1].

وتصدر هيئات التحكيم مثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التدابير المؤقتة ومثله تنص قواعد الكنودسي على جواز إصدار هذه التدابير وذلك لحسن سير الإجراءات التحكيمية من جهة ومن جهة أخرى لحماية طرفي الخصومة من الأضرار الجسيمة.

ومنحت قواعد تحكيم الكنودسي بموجب المادة 26 منها سلطة إصدار التدابير المؤقتة للمحكمين وأقرّت بجواز إصدار التدابير المؤقتة لهيئة التحكيم بناءاً على طلب أحد الأطراف وعرفت في فقرتها الثانية التدبير المؤقت والحالات التي يصدر فيها على سبيل المثال لا الحصر على أنه أي تدبير وقتي تأمر بمقتضاه هيئة التحكيم أحد الأطراف، في أيّ وقت يسبق إصدار قرار التحكيم الذي يفصل في المنازعة نهائيا بمايلي:

أ- أن يبقي الحال على ما هو عليه، أو أن يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في المنازعة،

ب- أن يتّخذ إجراء يمنع حدوث:

1- ضررٍ حاليٍّ أو وشيكٍ

2- مساسٍ بعملية التحكيم نفسها، أو أن يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبّب ذلك الضرر أو المساس،

جـ- أن يوفّر وسيلة لصون الموجودات التي يمكن أن تستخدم لتنفيذ قرار لاحق،

د- أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون مهمّة وجوهريّة في حسم المنازعة [2].

---

[1] طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 200.

[2] **Article Vingt-six du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

نلاحظ مما سبق أن الحالات التي يمكن فيها إتخاذ التدابير المؤقتة والتي أتت كأمثلة يساهم بها التدبير في الحفاظ على السير الحسن للعملية التحكيمية ويجنب في نفس الوقت حدوث أضرار جسيمة لأطراف المنازعة.

وقد أتت المادة أيضا بشروط إصدار التدابير والقواعد الخاصة بها وبعض الأحكام المنطبقة عليها والتي سنتعرض إليها فيما يلي:

أولا: شروط إصدارها.

وضعت قواعد التحكيم شروطا محددة قصد إستصدار التدابير المؤقتة في نفس المادة في فقرتيها الثالثة والرابعة وهي أن يقدم الطرف الذي يطلب التدبير المؤقت المذكور من الفقرة 2 أ إلى ج ما يقنع هيئة التحكيم على حالتين محددتين الأولى أن عدم إتخاذ التدبير قد يؤدي إلى حدوث ضرر لا يمكن جبره على نحو كاف بمنح تعويضات، وبأن ذلك الضرر يفوق بكثير الضرر الذي يحتمل أن يلحق بالطرف المستهدف بذلك التدبير إذا ما اتّخذ، أما الحالة الثانية بأن هناك إحتمالا معقولا أن يفصل في موضوع المنازعة لصالح الطرف الطالب بناءا على وجاهة دعواه ويضيف على أن البت في هذا الاحتمال لا يمسّ بما تتمتّع به هيئة التحكيم من صلاحية تقديرية في اتخاذ أيّ قرار لاحق.

وتضيف الفقرة الرابعة من نفس المادة أنه لا تسري الحالتان المذكورتان بخصوص الحفاظ على الأدلّة التي قد تكون مهمة في الفصل في المنازعة إلا متى رأت هيئة التحكيم ذلك مناسبا.

ثانيا: القواعد الخاصة بها.

أوردت قواعد الكنودسي القواعد الخاصة بإستصدار التدابير المؤقتة في نفس المادة في فقراتها الخامسة، السادسة والسابعة على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تعدّل أو تعلّق أو تنهي أيّ تدبير مؤقت كانت قد اتخذته، ويكون ذلك بناءا على طلب أيّ طرف أو في ظروف استثنائية وتشعر الأطراف بذلك مسبقا، بمبادرة من هيئة التحكيم ذاتها، كما يجوز لها أن تلزم الطرف الذي يطلب تدبيرا مؤقتا بتقديم ضمانة مناسبة فيما يخص ذلك التدبير وفي

الأخير أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تلزم أيّ طرف بالمسارعة في الإفصاح عن أيّ تغيّر جوهري في الظروف التي استند إليها في طلب التدبير المؤقّت أو اتخاذه.[1]

ثالثا: الأحكام المنطبقة عليها.

منحت قواعد التحكيم للمحكمين سلطات واسعة في تقدير مدى إمكانية إتخاذ التدبير المؤقت أو حتى إلغائه أو تعديله وأتت الفقرات الثامنة والتاسعة من نفس المادة لتعزيز تلك السلطات بالسماح لهيئة التحكيم بتحميل الطرف الذي يطلب تدبيرا مؤقتاً تبعة أو تكاليف وأضرار يتسبب فيها التدبير لأي طرف إذا كان تقدير هيئة التحكيم لاحقا أن ذلك التدبير، في الظروف السائدة أنذاك، ما كان ينبغي اتخاذه ومنحت هذه المادة سلطة اصدار قرار بالتعويض بعد تقدير التعويضات اللازمة لتغطية التكاليف والأضرار في أيّ وقت أثناء الإجراءات.

كما أضافت المادة **26** في فقرتها التاسعة أنّه في حالة إصدار السلطة القضائية لتدبير مؤقت لا يمكن إعتباره عملا مناقضا لاتفاق التحكيم أو تنازلا عن ذلك الإتفاق ، بهذه الفقرة مكّنت طرفي النّزاع باللّجوء إلى السلطة القضائية من أجل اصدار تدابير مؤقتة وهذا لا يعتبر تنازلا عن التحكيم في إطار قواعد الكنودسي.

الفرع الثالث:

سير إجراءات التحكيم:

أعطت قواعد تحكيم الكنودسي الحرية لهيئة التحكيم تسيير إجراءات التحكيم على النحو الذي تراه مناسبا، شريطة مراعاة تلك القواعد ومعاملة الأطراف بالمساواة وإعطاء الفرصة لكل طرف بعرض قضيته وأكدت المادة **17** في فقرتها الأولى على السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في مراعاة سير الإجراءات في أجال وبتكلفة معقولة وتكفل الإنصاف والكفاءة في تسوية المنازعات بين الأطراف [2].

كما نصت المادة **17** في إحترام جدول زمني بعد وضعه مباشرة بعد تشكيل هيئة التحكيم مع جواز تقصير أو تمديد أية مدة زمنية تنصّ عليها القواعد أو يتّفق عليها الأطراف كذلك تعرضت نفس المادة إلى بعض إجراءات التحكيم.

---

[1] أنظر المادة 26 فقرة 5، 6، 7 من مدونة قواعد الكنودسي ، إصدار هيئة الأمم المتحدة ، لجنة التجارة العالمية ، ص 20.

[2] **Article Dix-sept du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

بعد تشكيل هيئة التحكيم تباشر مهامها بإحترام مكان إجراء التحكيم واللّغة التي سيجري بها التحكيم، وفي الغالب يعيّن مكان التحكيم مسبقا من قبل الأطراف أما إذا كانوا لم يتفقوا عليه، تولّت هيئة التحكيم في تعيينة، أخذة ظروف القضية في الإعتبار، ويعتبر قرار التحكيم صادرا في مكان التحكيم كما نصّت عليه المادة **18** من قواعد الكنودسي المنقحة لعام **2010**، وأضافت المادة أنه يجوز لهيئة التحكيم الإجتماع للمداولة في أيّ مكان تراه مناسبا، كما يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا لأيّ غرض أخر، بما في ذلك عقد جلسات استماع، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك [1].

أما بالنسبة للغة التحكيم، فتسارع هيئة التحكيم مباشرة بعد تشكيلها إلى تحديد اللّغة أو اللّغات التي ستستخدم في الإجراءات، كما يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر بأن تكون الوثائق والمستندات المرفقة ببيان الدعوى أو بيان الدفاع أو أية وثائق أخرى مقدّمة بلغتها الأصلية مشفوعة بترجمة إلى اللّغة التي اتفق عليها الأطراف أو حدّدتها هيئة التحكيم وذلك حسب المادة 19 من قواعد **الكنودسي** [2].

وبعد تحديد جدول زمني للإجراءات وإختيار مكان للتحكيم ولغة التحكيم تستقبل هيئة التحكيم بيان الدعوى للأطراف وبهذا سنتطرق إلى كيفية رفع دعوى وإلى القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم.

أولا: بيان الأدعاء وبيان الدفوع.

أ- بيان الدعوى ومضمونه:

لكل من يرغب في رفع دعوى التحكيم طبقا لقواعد الكنودسي سواء المستثمر أو الدولة المضيفة للاستثمار أن يقدم طلباً أو عريضة للتحكيم يرسله الطالب أو المدعى إلى المدعى عليه وإلى كل المحكمين في غضون فترة زمنية تحدّدها هيئة التحكيم، ويجوز للمدعى أن يعتبر إشعاره بالتحكيم المشار إليه في المادة **3** من قواعد الكنودسي بمثابة بيان

[1] **Article Dix-Huit du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

[2] **Article Dix-neuf du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

للدعوى شريطة أن يفي الإشعار بالتحكيم أيضا بمقتضى الفقرات من **2** إلى **4** من المادة **20** من القواعد المنقحة للكنودسي لعام **2010** .

وبالرجوع إلى المادة **3** من قواعد التحكيم، التي تنص أنّه على الطرف أو الأطراف الراغبة في التحكيم المدعوة بالمدعى عليها بإرسال إلى الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى المدعوة المدعى عليه إشعاراً بالتحكيم، وتبدأ دعوى التحكيم إبتداءا من تاريخ إستيلام الإشعار بالتحكيم من طرف المدعى عليه، ويحتوي إشعار التحكيم على المعلومات التالية:

أ) الطلب بخضوع النّزاع للتحكيم،

ب) أسماء وعناوين الأطراف،

جـ) تعيين إتفاقية التحكيم المذكورة،

د) تعيين أي عقد أو وسيلة قانونية أخرى التي كانت سببا في نشوب النّزاع، وفي حالة عدم وجود مثل هذا العقد أو وسيلة، شرح مختصر للعلاقة المسؤولة عنه.

هـ) شرح مبسط للنّزاع، عند اللّزوم تقدير للقيمة المالية للنّزاع.

و) موضوع الطلب.

ي) إقتراح فيما يخص عدد المحكمين، لغة ومكان التحكيم، في حالة غياب الإتفاق المسبق على هذه النقاط بين الأطراف[1].

كما تنص الفقرة **2** من المادة **20** على وجوب إدراج في بيان الدعوى التفاصيل التالية:

أ- أسماء الطرفين والبيانات اللازمة للاتصال بهما.

ب- بيان بالوقائع المؤيّدة للدعوى.

ج- نقاط الخلاف.

د- التدبير المطلوب للإنصاف أو لتصحيح الوضع.

هـ- الأسس أو الحجج القانونية المؤيّدة للدعوى.

كما تنص الفقرة **3** بأنه يرفق ببيان الدعوى نسخة من أيّ عقد أو مستند قانونيٍّ آخر نشأت المنازعة عنه أو بشأنه، ونسخة من اتفاق التحكيم.

[1] **Article Trois du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

وتنص الفقرة **4** أنّه ينبغي، قدر الإمكان، أن يشفع بيان الدعوى بكلّ المستندات والأدلّة الأخرى التي يستند إليها المدّعي، أو أن يتضمّن إشاراتٍ إليها [1].

لقد أجازت قواعد التحكيم في رفع دعوى التحكيم أمام هيئة التحكيم في إعتبار الإشعار بالتحكيم كافيا بإعتبار أن المدعى قد أعلم المدعى عليه بمضمون الدعوى بما فيه الكفاية ليتمكن المدعى عليه من إجابة المدعى وهذا ما نصت عليه المادة **4** من قواعد التحكيم .

ب- في بيان الدفوع ومضمونها:

أكّدت قواعد التحكيم على حقّ الرد للمدعى عليه في دعوى التحكيم بأن يرسل المدعى عليه عريضة جوابية تتضمن بيان الدفاع إلى المدعي وإلى كلّ من المحكمين في غضون مدّة زمنية تحدّدها هيئة التحكيم، مع إجازة إعتبار المدعى عليه ردّه على الإشعار بالتحكيم المشار إليه في المادة **4** بمثابة بيان الدفاع، بشرط أن يفي الرّد على الاشعار بالتحكيم أيضا بمقتضيات الفقرة **2** من المادة **21** من قواعد التحكيم.

ذكرت هذه المقتضيات في الفقرة **2** من المادة **21** من قواعد التحكيم أنّه يدرج في عريضة الدفاع رد على المسائل المبينة في البنود من **(ب)** إلى **(هـ)** من بيان الدعوى (الفقرة 2 من المادة 20)، كما على الدفاع تقديم المستندات والأدلّة الأخرى التي يستند إليه المدعى عليه، أو أن يتضمن إشارات إليها.

كما أضافت المادة **21** في فقرتها **3** أنه يجوز للمدعى عليه أن يقدم في بيان دفاعه، أو في مرحلة لاحقة من إجراءات التحكيم، مع وجوب قبول هيئة التحكيم للتأخير دعوى مضادة أو أن يستند إلى دعوى مقامة لغرض الدفع بالمقاصّة، شريطة إختصاص هيئة التحكيم بذلك.

وأخيرا نصت الفقرة 4 من المادة 21 على سريان أحكام الفقرات 2 إلى 4 من المادة 20 على الدعوى المضادة والدعوى المشار إليها في الفقرة 2 من المادة 4 والدعوى المستند إليها لغرض الدفع بالمقاصّة [2].

---

[1] **Article Vingt du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

[2] **Article Vingt et un du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع.

لم تذكر قواعد التحكيم القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وقد بيّنت إجراءات التحكيم بالتفصيل في نصوصها وتركت الحرية في تسييرها إلى المحكمين لكن بينت القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع في المادة **35** من القواعد المنقحة للكنودسي **لعام 2010** كمايلي : «**1-تطبّق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعيّنها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة. فإذا لم يعيّن الأطراف تلك القواعد، طبّقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسبا.**

2-لا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في المنازعة كحكم غير مقيّد بنصّ أحكام القانون أو وفقا لمبادئ العدل والإنصاف إلاّ إذا أذن الأطراف لها بذلك صراحة.

3-في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في المنازعة وفقا لشروط العقد إن وجدت، وتراعى في ذلك أيّ أعراف تجارية سارية على المعاملة.»[1]

نستقرئ من خلال نص هذه المادة **35** فقرة **1** أن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع يرجع إلى إختيار الأطراف أي الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي إذا إتفقوا على تعيين قانون واجب التطبيق أما إذا لم يعين الأطراف ذلك القانون لسبب من الأسباب فيعود الإختيار إلى هيئة التحكيم في إختيار القانون الذي تراه مناسبا، فمثلها مثل إتفاقية واشنطن أعطت قواعد الكنودسي الحرية لأطراف النّزاع في إختيار القانون الواجب التطبيق، كما أعطت سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق للمحكمين في حالة غياب إتفاق الأطراف عليه.

غير أن المادة **35** فقرة **2** قيّدت سلطة المحكمين في إختيار القانون الواجب التطبيق بأنه لا يمكن الفصل في المنازعة كحكم غير مقيّد بنصّ أحكام القانون أو وفقا لمبادئ العدل والإنصاف إلا إذا قبل الأطراف بذلك صراحة وهنا نلاحظ أن إتفاقية واشنطن تركت الحرية للمحكمين في تطبيق مبادئ العدل والإنصاف في حالة عدم إتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق تكملة للقانون الذي اختارته هيئة التحكيم .

[1] **Article trente-cinq du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

وفي الأخير، أكّدت المادة **35** في فقرتها **3** أنّه في جميع الأحوال على هيئة التحكيم التقيد بشروط العقد عند الفصل في المنازعة، ما يرجعنا إلى عقد الاستثمار مراعية في ذلك الأعراف التجارية السارية على المعاملة.

المطلب الثالث:

سلطات المحكمين ما بعد صدور حكم التحكيم

بعد أن تشرع هيئة التحكيم في الإجراءات الخاصة بالفصل في النّزاع، من جلسات سماع أطراف النّزاع ودراسة الوثائق والأدلة، يصدر المحكمون الحكم بأغلبية الأصوات، موقع من طرفهم، وبهذا تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم، الذي هو القرار الصادر عن هيئة الحكم الفاصل نهائيا وملزما للأطراف، على نحو كلي أو جزئي في النّزاع المعروض على هيئة التحكيم، مع مراعاة مسألة قابليته للتنفيذ، بصورة لا يفقد أثره بإبطاله لخلل فيه[1].

كذلك فسوف نتطرق فيمايلي إلى مرحلة ما بعد حكم التحكيم الصادر عن المركز الدّولي من حيث كيفية إعداده وإصداره، قواعد تنفيذه وأخيرا طرق الطعن فيه.

الفرع الأول:

سلطات المحكمين في إصدار حكم التحكيم:

تكرس سلطة المحكمين في إصدار حكم التحكيم والفصل النهائي في النّزاع الناشئ ولذلك سندرس كيفية إعداد حكم التحكيم، شكله ومضمونه، وخصائصه.

أولا: إعداد حكم التحكيم.

يجتمع المحكمون الفاصلون في النّزاع عندما يكون عددهم ثلاثة محكمين ويقومون بالتداول بصفة سرية ويقومون بالتصويت لإصدار حكم التحكيم بالأغلبية تطبيقا لنص المادة **48** فقرة **1** من اتفاقية واشنطن، أما إذا كانت المحكمة تضم محكما فردا فيصدر الحكم طبقا لقناعته بصفة فردية.

يتم بعد ذلك إعداد الحكم التحكيمي بكتابته وتوقيعه من طرف كل المحكمين المصوتين لصالحه، وفقا للفقرة **2** من نفس المادة، وتحكم عملية إصدار الحكم ميعاداً قدره

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 412.

120 يوما من تاريخ نهاية الخصومة، مع إمكانية تمديد الميعاد **60** يوما في حالة استحالة صدوره في نهاية الميعاد الأصلي[1].

يتكفل الأمين العام للمركز بواسطة تبليغه للأطراف المتنازعة عن طريق إرساله لهم بعد إتخاذ إجراءات التصديق والايداع.

ثانيا: شكل ومضمون حكم التحكيم.

إشترطت اتفاقية البنك الدّولي أن يصدر الحكم كتابة، وموقعا من طرف المحكمين مع بيان تاريخ توقيع كل محكم، وذلك من أجل مراقبة إحترام آجال صدور الحكم، إذ يفقد المحكمزن سلطة الفصل في النّزاع عند إنتهاء الأجال.

وعند إستقراء نص المادة **47** في فقرتها الأولى من اتفاقية واشنطن لا بد من توفر مجموعة من البيانات الأتي بيانها:

1- التحديد بدقّة لهوية كل طرف.

2- التصريح بتشكيل محكمة التحكيم بمقتضى الاتفاقية وبيان الكيفية التي تمّ بها هذا التشكيل.

3- بيان إسم كل عضو من أعضاء المحكمة وتحديد الجهة التي عينته.

4- ذكر أسماء الأعوان ووكلاء الأطراف.

5- ذكر تواريخ ومكان انعقاد جلسات المحكمة.

6- ملخّص عن خصومة التحكيم.

7- عرض الوقائع حسب ما هو ثابت لدى المحكمة.

8- طلبات وأوجه دفاع الأطراف.

9- قرار المحكمة بشأن كل مسألة مطروحة عليها، مع بيان الأسباب التي يؤسس عليها الحكم.

10- كل قرار من المحكمة بشأن مصاريف الإجراءات.

بالإضافة للبيانات التي جاءت بها المادة 47 من الاتفاقية لا بد من أن يكون حكم التحكيم مسببا وذلك حسب ما نصت عليه المادة 48 في فقرتها الثالثة التي تنص على أنه:

«ويجب أن يردّ الحكم على كافة الطلبات الموجبة في الدعوى، كما يجب أن يكون مسببا».

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص ص 389، 390.

ويكتسي التسبيب أهمية كبيرة في معرفة الأسس الواقعية والقانونية التي إعتمد عليها المحكمون للوصول إلى منطوق الحكم، كما أن عدم إدراج هذا البيان الجوهري قد يؤدي إلى بطلان الحكم [1].

ثالثا: خصائص حكم التحكيم.

تصدر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أحكاما تحكيمية تختلف عن أحكام التحكيم الوطنية أو الأجنبية وما يميّزها عن تلك الأحكام هي أن الحكم الصادر عن المركز حكما دوليا، ملزما ونهائيا.

✓**دولية الحكم:**

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هيئة تتمتع بالشخصية القانونية الدولية طبقا لما نصت عليه المادة **18** وهذا ما يعطي المحاكم المشكّلة تحت قبّته والتي تتولى الفصل في المنازعات الخاصة بالاستثمار تتمتّع بطبيعة الدّولية وهذا ما يعطي الأحكام الصادرة عنها طابع الدولية وهذا ما يجعل الأحكام الصادرة عنه نافذة مباشرة في إطار الدول المنضمة إلى اتفاقية واشنطن، يصادق على تنفيذه بأمر بالتنفيذ الصادر عن المحاكم الوطنية لهذه الدول، كما أنه محصن من جميع طرق الطعن القضائية المعروفة ويعطيه قوة التنفيذ الدولية[2].

✓**إلزامية الحكم:**

يعتبر حكم التحكيم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حكما ملزماً للأطراف المتنازعة، التي تصادق على إلزامية تنفيذه كما جاء منطوقه كما تنص المادة 54 في فقرتها الأولى من الاتفاقية على أن:«**يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الأتفاقية بإعتباره حكما ملزما، وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الألتزامات المالية التي يفرضها.....**».

بهذا وعدا أمر الإعتراف بالحكم وتنفيذه لا يتقيد الحكم الصادر عن المركز بأية قيود قانونية باعتباره قابل لتنفيذه بقوة القانون، زيادة على كون الدولة الموقّعة على اتفاقية واشنطن

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 391.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع نفسه، ص 392.

مجبرة على الإعتراف بإلزاميته مع وجوب تنفيذ إلتزاماته وبإعتبار أن اتفاقية واشنطن معاهدة دولية فلا بد من أن تكون أسمى من قوانينها الوطنية.

✓**نهائية الحكم:**

ويعتبر الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حكماً نهائيا وغير قابل لطرق الطعن المختلفة إلا في حدود ما أقرّته الاتفاقية، وتكون الدّول الأعضاء في الإتفاقية ملزمة بالإنصياع إلى الأحكام الصادرة عن المركز مع تنفيذها كما لو كانت صادرة عن محاكمها الوطنية، وبذلك عليها الإعتراف بها وتنفيذها في إقليمها[1].

الفرع الثاني:

طرق الطعن في حكم التحكيم حسب قواعد المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار «C.I.R.D.I»:

يتوصل المحكمون عند تسوية النّزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار إلى حكم تحكيمي نهائي قابل للتنفيذ، غير قابل للطعن لا بالإستئناف لا بأي طرق أخرى، إلا أن إتفاقية واشنطن تركت الباب مفتوحا بالنسبة لبعض الأحكام التي يكون فيها الطعن ممكنا وهي الأحكام التي يتخللها صعوبة في الفهم أو عدم التعرض لمسألة ما أو حتى أخطاء أو غيره من الأسباب الأخرى التي سنتعرض إليها، بطريقة من طرق الطعن المتاحة سواء بتقديم طلب تصحيح الحكم أو طلب تفسير الحكم، أو طلب إعادة النظر بالحكم وأخيرا طلب إبطال الحكم.

أولا: طلب تصحيح الحكم:

لقد نصت المادة **49** من إتفاقية واشنطن على أنّه: « **بناءا على طلب أحد الخصوم الذي يقدم خلال خمسة وأربعين يوما من صدور الحكم، تستطيع المحكمة بعد إخطار الطرف الأخر، أن تفصل في أية مسألة تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فيها عند إصدار حكمها، وكذلك أن تصحح أيّة أخطاء مادية واردة في الحكم، ويعتبر قرارها في هذا الشأن جزء لا يتجزأ من الحكم، ويخطر به الخصوم بذات الأشكال المقررة لذلك، وتبدأ المدد المنصوص عليها بالمادة 2/51 والمادة 2/52 تبدأ في السريان من تاريخ صدور الحكم.** »

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 401.

بإستقراء نص المادة **49** من إتفاقية واشنطن، نلاحظ أنها أتاحت تصحيح ما وقع من أخطاء في الحكم وذلك من خلال تقديم طلب في ذلك في أجال محددة وتحت مجموعة من الشروط التي نصت عليها المادة والأتية ذكرها:

1- أن يتقدّم بطلب التصحيح أحد الخصوم في المنازعة التحكيمية، ولا يجوز لمحكمة التحكيم أن تباشر التصحيح من تلقاء نفسها، ولا بد أن يكون الطلب المقدم من الخصوص كتابة.

2- أن يقدم طلب التصحيح خلال 45 يوما من تاريخ صدور الحكم الأصلي.

3- أن يكون الخطأ ماديا، والمقصود هنا بالخطأ المادي الخطأ في التعبير عن الإرادة، الذي يمكن أن يكون خطأ كتابيا أو حسابياً، وبذلك لا يمكن إعتبار الخطأ المتعلق بتقدير الوقائع أو تحديد القاعدة القانونية التي تحكم النّزاع أو تفسير تلك القاعدة من قبيل الخطأ المادي.

وبإستيفاء تلك الشروط، تباشر محكمة التحكيم التي أصدرت الحكم الأصلي عملها عند التوصل إلى الطلب الذي قدّمه أحد الأطراف بتبليغ الطرف الأخر بطلب تصحيح الحكم، ثم تقوم بالنّظر في هذا الطلب، ويعتبر القرار الذي تصدره بذلك جزءا من الحكم الأصلي[1].

وبعد صدور القرار يقوم السكرتير العام للمركز بتبليغ الخصوم به عن طريق إرسال لهم صورة معتمدة من الحكم المطابق، ويعتبر الحكم قد صدر في تاريخ إرسال صورة مطابقة عنه للخصوم، ولأجل الحيلولة دون استغلال عملية التصحيح للمساس بالحكم، فقد حددت الاتفاقية ميعادا للطعن بإعادة النظر أو الإلغاء، من تاريخ إرسال صورة القرار المطابق إلى الخصوم[2].

ثانيا:طلب تفسير الحكم.

لقد نصت المادة **50** من إتفاقية واشنطن على أنه :

«1- إذا نشأ نزاع بين الأطراف فيما يتعلق بمفهوم أو مضمون الحكم فإنه يمكن للخصم صاحب الشأن، أن يتقدم كتابة إلى السكرتير العام بطلب تفسير الحكم.

2 – ويعرض الطلب بقدر الامكان على المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تفسيره، وإذا تعذر ذلك، تشكل محكمة جديدة للنظر فيه طبقا للقسم الثاني من هذا الفصل،

[1] عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 221.

[2] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 403.

ويجوز للمحكمة متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك وقف تنفيذ الحكم، إلى أن تفصل في طلب التفسير المعروض عليها».

نستقرئ من خلال نص المادة أنّه من حق أي طرف أن يطلب من محكمة التحكيم التي أصدرت الحكم تفسير معناه أو مضمونه، ويكون الطلب كتابيا وموجها إلى السكرتير العام للمركز، وفي حالة عدم تمكن طرف طالب التفسير من توجه إلى نفس المحكمة التي صدر في ظلها الحكم، حينها يتمّ تشكيل محكمة جديدة بنفس الطريقة المتبعة في تشكيل المحكمة الاولى التي تضمنتها الاتفاقية من المواد **37** حتى **40.**

أماّ عن الأجال الخاصة بتقديم الطلب، فإنها غير محدّدة بموجب الإتفاقية، هذا يعني أنه يمكن تقديم طلب التفسير في أي وقت بعد صدور الحكم، بذلك يختلف طلب التفسير عن طلب التصحيح.

كذلك فالمقصود هنا بطلب تفسير الحكم، هو تحديد ما يتضمنه من تقدير وذلك بالبحث في العناصر المكونة للحكم، وفقا لما يمليه المنطق القويم، دون الاعتداد بإرادة المحكم، ولهذا فإنه ليس من الضروري أن يقوم بالتفسير ذات هيئة التحكيم، التي أصدرت الحكم المراد تفسيره[1].

كذلك، فقد أقرّت الإتفاقية للمحكمة التحكيمية أن تصدر قرارا بإيقاف تنفيذ الحكم، إيقافا مؤقتا إلى حين الفصل النهائي في طلب تفسير الحكم، كما يجوز لصاحب طلب تفسير الحكم المطالبة بإيقاف تنفيذ الحكم.

كما يجوز أن تأمر المحكمة بتلقاء نفسها بوقف تنفيذ الحكم لحين صدور قرارها النهائي، إذا قدّرت أن الظروف المحيطة بالطلب، تتطلب وقف تنفيذ الحكم، ويعلم السكرتير العام للمركز الأطراف بإيقاف التنفيذ، الذي يعد نافذا من تاريخ إرسال هذا الإعلان، وينتهي إيقاف تنفيذ حكم التحكيم بصورة تلقائية، من تاريخ صدور القرار النهائي في طلب التفسير [2].

ثالثا: طلب إعادة النظر في الحكم.

لقد نصت المادة **51** من إتفاقية واشنطن على أنّه:

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 415.

[2] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 405.

« 1- يجوز لكل من الأطراف أن يطلب كتابة إلى السكرتير العام إعادة النظر في الحكم، بسبب إكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثر بشكل قاطع في الحكم، بشرط أن تكون هذه الواقعة مجهورة قبل النطق بالحكم، من قبل كل من المحكمة والطرف طالب إعادة النظر في الحكم، بحيث أن تجاهلها لم يكن راجعا إلى خطأ الطالب.

2- يجب أن يقدم طلب إعادة النظر خلال التسعين يوما التالية لاكتشاف الواقعة الجديدة، وفي جميع الأحوال خلال السنوات الثلاث التالية لصدور الحكم.

3- ويجب أن يعرض الطلب بقدر الإمكان على ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب إعادة النظر فيه، وإذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة للنظر فيه طبقا للقسم الثاني من هذا الفصل.

4- ويجوز للمحكمة متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن تقرر وقف تنفيذ الحكم إلى أن تفصل في طلب الخصم – في صدد إعادة النظر – وقف تنفيذ الحكم فإن التنفيذ يوقف مؤقتا حتى تفصل المحكمة في هذا الطلب.».

ويعتبر طلب إعادة النظر في الحكم الطريقة التي تمكن من الطعن في الحكم أو مراجعته، حيث أجازت المادة **51** من الاتفاقية لأي من الخصوم تقديم طلب إعادة النظر في الحكم من خلال تقديم طلب كتابي لدى السكرتير العام للمركز، بطلب لإعادة النظر في الحكم الصادر عن محكمة التحكيم إذا ما توافرت الشروط التي تتطلبها المادة 51 من الاتفاقية.

ويظهر جليا، من خلال المادة **51** أعلاه، أن من الشروط التي يشترط توفرها لأجل تأسيس طلب إعادة النظر في الحكم هو إكتشاف وظهور واقعة جديدة من شأنها أن تغير في الحكم، وشريطة أن تكون مجهولة سواءا للمحكمة أو الطرف الذي يرغب في إعادة النظر بالحكم على أساسها، وذلك أثناء صدور الحكم على أن لا يرجع سبب جهل طالب إعادة النظر تقصيرا من جانبه[1].

[1] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 169.

وعليه فإنه يشترط في طلب إعادة النظر أن يشتمل على التاريخ، كما يلزم إلحاق الحكم المتعلق به أثناء الإيداع، وموجز يتضمن تفصيلا عن الوقائع التي يتم إكتشافها والتي من شأنها التأثير بصورة حاسمة في الحكم[1].

كذلك نستقى من خلال الفقرة الثانية من المادة **51** من الاتفاقية، أن تقديم الطلب إلى السكرتير العام للمركز يكون خلال تسعين يوما من إكتشاف الواقعة، وفي جميع الأحوال يحدد ميعاد ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم كميعاد نهائي لقبول النظر في الطلب، وتنظر فيه نفس المحكمة التي أصدرته وإذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة وفقا للقواعد التي تنص عليها الإتفاقية [2].

أما فيما يخصّ وقف تنفيذ الحكم المراد إعادة النظر فيه، فيمكن أن يتقرّر من طرف المحكمة نظرا للظروف المتعلقة بالنّزاع، إو إذا طلب ذلك من تقدم بطلب إعادة النظر شريطة أن يتمّ تقديم طلب وقف التنفيذ خلال طلب إعادة النظر [3].

مع الإشارة في الأخير إلى أنه بإمكان المحكمة من تغيير أو رفع وقف تنفيذ الحكم في أيّة مرحلة من مراحل الإجراءات بناءاً على طلب أحد الخصوم، وفي جميع الأحوال ينتج أثر ذلك من تاريخ تبليغ الأمين العام بقرار محكمة التحكيم بشأن هذه المسألة[4].

رابعا: طلب إلغاء الحكم.

لقد سمحت إتفاقية واشنطن لأطراف النّزاع اللجوء إلى إلغاء الحكم الصادر عن المركز الدولي أو بطلانه، ويعدّ من أهم طرق الطعن التي بموجبها يلغى الحكم الصادر ويعاد الفصل من جديد في النّزاع أمام تشكيلة جديدة من المحكمين تدعى اللجنة المؤقتة.

تضمنت المادة **52** فقرة **1** أهم الأسباب التي يستند إليها لطلب إلغاء الحكم على سبيل الحصر كما يلي :«**يجوز لكل من الطرفين أن يطلب كتابة إلى السكرتير العام إلغاء الحكم لأحد الأسباب الأتية:**

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 423.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص ص 168، 169.

[3] عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 132.

[4] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 401.

1- عيب في تكوين المحكمة.

2- تجاوز المحكمة حدود سلطاتها بشكل واضح.

3- رشوة أحد أعضاء المحكمة.

4- التجاهل الجسيم لقاعدة إجرائية أساسية.

5- خلو الحكم من الأسباب».

يتبين لنا جلياً من خلال نصّ هذه المادة أنه لطرفي النّزاع الحق في المطالبة بإبطال حكم التحكيم الذي يصدر عن المركز الدولي، بواسطة عريضة مكتوبة لدى السكرتير العام، كما يستوجب تبيين تاريخ الطلب وتعيين الحكم المطعون فيه وإرفاق الطلب برسم الإيداع تطبيقا لنصّ المادة 1/50 من نظام التحكيم[1].

ولشرح الأسباب التي من خلالها يمكن لأطراف النّزاع تقديم طلب إلغاء الحكم والمذكورة في المادة أعلاه سنتعرض لها كمايلي:

1- هناك عيب في تكوين المحكمة، وهذا يعني أنّه لم تتبع القواعد المنصوص عليها في الإتفاقية بشأن تشكيل لجنة التحكيم، والتي نصّت عليها في الفصل الثاني من الباب الرابع، من المادة **37** إلى المادة **40**، والتي بموجبها لا بد أن تتكون المحكمة التحكيمية من عدد فردي من المحكمين، الذين يتم إختيارهم من القائمة المعتمدة من المركز، وشروط أخرى سبق التطرق إليها[2].

2- إذا تجاوزت هيئة التحكيم حدود سلطاتها بشكل واضح، ويتحقق ذلك من خلال مخالفة هيئة التحكيم لإختصاصها المخول لها بموجب إتفاقية التحكيم، ويمكن أن تتخذ صورا متعددة، كأن تتولى هيئة التحكيم الفصل في مسائل غير تلك التي أوكلت لها، أو أن لا تراعي ما ورد في المادة **42** من الإتفاقية من خلال عدم تطبيقها لقواعد القانون الواجب التطبيق على النزاعات المعروضة عليها [3].

3- إذ ثبت فساد عضو من أعضاء هيئة التحكيم، وتتعلق هذه النقطة بمسألة إختيار المحكمين، الذين يستوجب توفر لديهم شروط أساسية مثل الإستقلالية للمحكم سواء

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع نفسه، ص 402.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 170.

[3] عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 129.

عن الطرف الذي عينه أو عن البلد الذي ينتمي إليه، بالإضافة إلى إتصافه بالسمعة الحسنة والأخلاق الحميدة، التي تضمن عدم فساده أو وقوعه تحت تأثير الرشوة أو أي ضغوطات خارجية قد تحول بينه وبين الحكم بالعدالة والإنصاف [1].

4- في حالة عدم مراعاة لجنة التحكيم أحد القواعد الإجرائية الأساسية، وهو السبب الرابع من أسباب البطلان، يتحقق من خلال تجاوز المحكم لإجراء جوهري من إجراءات المحكمة، حيث أن الإجراءات تلعب دورا هاماً في سير محاكم التحكيم، مثل عدم إحترام مبدأ حقوق الدفاع، أو عدم مراعاة مبدأ الوجاهية [2].

ومن خلال التمعن في هذا السبب من أسباب البطلان نجد أنه مركب من شرطين والأول هو وقوع تجاوز لإجراء أساسي، أما الثاني أن يكون هذا التجاوز على درجة كبيرة من الخطورة.

5- إذا لم يذكر الحكم الأسباب التي استند إليها، حيث بإمكان أطراف النزاع اللجوء إلى إلغاء الحكم الصادر عن هيئة تحكيم المركز إذا كان هذا الحكم خالي من التسبيب، وهذا الجزاء نتيجة مخالفة ما نصت عليه المادة **48** من الاتفاقية التي تنص على ذكر جميع المسائل التي تطرقت لها المحكمة وعلى وجوب تسبيب الحكم[3].

مع ذلك يشترط في الحكم الخاضع لإجراءات البطلان أن يكون حكماً فاصلاً في الموضوع، أما الأحكام الأخرى الصادرة عن المركز والفاصلة في مسألة الإختصاص فلا تكون خاضعة لإجراءات البطلان، زيادة عن ذلك يستوجب أن يستند طلب الإلغاء أو البطلان على أحد أسباب البطلان المحددة حصراً في الفقرة الأولى من المادة **52** من الإتفاقية[4].

أماّ عن مسألة الأجال لتقديم طلب الإلغاء، فهي محددة بـ **120** يوم من تاريخ صدور حكم التحكيم، إلاّ في الحالة التي يؤسس فيها الطلب على رشوة أحد أعضاء المحكمة فتحسب الأجال إبتداءاً من تاريخ إكتشاف ذلك وفي جميع الأحوال خلال مدّة **3** سنوات من تاريخ صدور الحكم، وبعد ذلك تشكّل لجنة تتشكّل من ثلاث أعضاء طبقا للشروط التي حدّدتها الفقرة الثالثة من

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 240.

[2] عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص129.

[3] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 172.

[4] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 402.

المادة **52** من الإتفاقية، يتولى رئيس مجلس الإدارة بتعيينهم تكون لها سلطة إبطال القرار كلياً أو جزئياً، وإلى حين الفصل في الطلب يمكن لمحكمة التحكيم الأمر بإيقاف تنفيذ الحكم وفي حالة إبطال الحكم يعرض النّزاع على محكمة جديدة للفصل فيه [1].

بذلك يتخذ صاحب المصلحة، عند إلغاء الحكم جزئيا أو كليا المبادرة في تقديم عريضة التحكيم أمام السكرتير العام لأجل عرض النّزاع أمام محكمة ثانية للفصل فيه من جديد وتتّبع نفس الإجراءات الخاصة بتسجيل العريضة والتبليغ وتعيين المحكمين.

الفرع الثالث:

الإعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه:

يلتمس صاحب الحقّ في منازعة الاستثمار من خلال اللجوء إلى التحكيم لتسوية النّزاع بينه وبين الطرف الأخر في حماية الحق المعتدى عليه عن طريق صدور حكم تحكيمي فاصل في الموضوع يجسد له تلك الحماية.

إن بلوغ هذه الغاية لا يعني على الإطلاق بلوغ الثمرة الحقيقية من تسوية النّزاع عن طريق التحكيم ألا وهي تنفيذ الحكم، ذلك أن صدور الحكم وبقاء منطوقه مجرد عبارات مكتوبة يجرّد التحكيم من أية قيمة ويفقده الفعالية كأسلوب لتسوية المنازعات.

ولذلك فتعتبر مسألة تنفيذ حكم التحكيم أهم جانب عملي في مجال التجارة الدولية، أو العلاقات الإقتصادية الدولية بصفة عامة، لأن تنفيذ الحكم يؤثر بدون شك، من الناحية العملية، على العلاقات الإقتصادية الدولية وما يجب أن يسودها من ثقة وطمأنينة. [2]

ويعتبر تنفيذ الحكم والإعتراف به اللّبنة الأخيرة التي تضاف إلى الجهد الذي بذله المحكمون في تسوية النّزاع المطروح أمامهم، إلا أن سلطتهم تنتهي بصدور الحكم وتوقيعه وليست لهم أي دخل في مسألة الإعتراف وتنفيذ الحكم.

إلا أن التعرض إلى عملية تنفيذ الحكم والأحكام التي تنظمها مسألة لها أهميتها تظهر الغاية من السلطات التي منحتها الاتفاقية للمحكمين طيلة مسار تسوية المنازعة الاستثمارية.

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 370.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 423.

لذلك سنتعرض فيما يلي إلى القواعد الإجرائية المنظمة لمسألة الإعتراف، وتنفيذ الحكم في الدول المتعاقدة، وكذا إلى الحصانة التنفيذية التي تعترض إجراءات التنفيذ، مع الإشارة إلى الضمانات المقررة من قبل واضعي اتفاقية واشنطن، في حالة عدم تنفيذ حكم التحكيم.

أولا: القواعد الإجرائية للإعتراف وتنفيذ الحكم:

أولت إتفاقية المركز الدولي مسألة الإعتراف وتنفيذ الحكم أهمية كبيرة تتجسّد من خلال القواعد القانونية المنظمة للعملية، بإعتبار الحكم الصادر من المركز الدولي معفى من أية رقابة في الدولة المطلوب فيها تنفيذه، سواء كانت الدولة الطرف في النزاع أو أية دولة أخرى متعاقدة.

ومن أجل الوصول إلى النتيجة المرجوة من حكم التحكيم، فإن الدول الأطراف في الإتفاقية وضعت على عاتقها إلتزاما دوليا بموجبه يعترف بأحكام التحكيم الصادرة عن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أما عن إجراء تنفيذ حكمها فلا يشترط سوى إجراء شكلي بسيط من قبل صاحب المصلحة، أمام الجهة المختصة في دولة التنفيذ[1].

بذلك يكون الحكم الصادر عن محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، حكما نهائيا لا يجوز الطعن فيه، وتبقى الدول الأطراف في الاتفاقية ملزمة بالإنصياع للحكم التحكيمي وتنفيذه، كما لو كان صادرا عن محكمة مختصة في الدولة التي يطلب منها الإعتراف بالحكم وتنفيذه في إقليمها.

فلا تستوجب نصوص الاتفاقية اللجوء إلى أية إجراءات معينة من أجل تنفيذ الحكم، إذ أن الحكم الصادر عن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يمكن تنفيذه تلقائياً، ولا بد على كل دولة متعاقدة الاعتراف بأن الحكم الصادر من محاكم المركز، ملزما لها بمجرد إبراز نسخة من الحكم، مصادق عليها من قبل السكرتير العام للمركز، كما يفترض من كل دولة متعاقدة تنفيذ الالتزامات المالية التي فرضها الحكم التحكيمي[2].

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 421.

[2] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 414.

وبذلك تتجسد إلزامية الحكم التحكيمي وفقا لقواعد اتفاقية واشنطن من جهة بالنسبة للمستثمر ومن جهة أخرى بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار، وقد نصت الإتفاقية على هذا الالتزام في المادتين **53** و**54** من الاتفاقية[1].

عند إستقرائنا لنصّ المادة **53** من إتفاقية واشنطن في فقرتها الأولى فيتجلي لنا الطابع الإلزامي للحكم التحكيمي، إذ جاء نصّها بالصيغة الآتية:

«يكون الحكم ملزما بالنسبة لأطرافه، ولا يجوز أن يكون محلا لأي طريق من طرق الطعن خلاف ما ورد في هذه الاتفاقية» .

إلى جانب هذا، تمّ النصّ في **المادة 54** من الاتفاقية على الإلتزام الواقع على الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف وتنفيذ الإتزامات المالية التي تفرضها أحكام التحكيم الصادرة عن المركز، حيث جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة ما يلي:

« 1-يتعيّن على كل دّولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكما ملزما وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الإلتزامات المالية التي يفرضها الحكم، على نحو ما يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة، وإذا كانت الدولة المتعاقدة ذات نظام فديرالي فإنها تضمن تنفيذ الحكم عن طريق تدخّل محاكمها الفيدرالية»

وبإستقرائنا لنصي المادتين يتضح لنا أن اتفاقية البنك الدولي، تفرض على الدول الأطراف فيها التزامين أساسيين، يتمثل أولهما في اعتبار الحكم التحكيمي الصادر عن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي حكما نهائيا، وذلك بإحترام ذلك وبدون اللجوء إلى أي إجراء إضافي، قابل للتنفيذ بدون الصيغة التنفيذية.

نفهم مما سبق أنه يرتّب تنفيذ الحكم أو الأعتراف به التزامات مالية داخل إقليم إحدى الدول المتعاقدة باعتباره حكماً نهائياً صادراً من إحدى محاكمها، وهذان الإلتزامان المفروضان على الدول الأطار سبق وأن أكّدهما التقرير المرفق بإتفاقية واشنطن وبما لا يدع أي شكّ حول دلالة نصّي **المادة 53والمادة 54**من الاتفاقية، إذ جاء هذا التقرير بما يلي:

وبهذا يظهر لنا جليا، أن الدّول الأطراف في الإتفاقية ملتزمة بالإعتراف بكل حكم يصدر عن إحدى محاكم المركز الدولي، وأن تكون ضامنة إلى ما يترتب عليه من إلتزامات

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 423.

علما أن يعرّف بإسم الحكم بالإضافة إلى حكم التحكيم الفاصل في موضوع النّزاع، كل حكم تتخذه محكمة التحكيم بشأن طلب التفسير، أو إعادة النّظر أو الإلغاء طبقا للمواد 50، 51، 52 من الاتفاقية، هذا من جهة.

من جهة أخرى، فعندما يصل حكم التحكيم الصادر عن المركز إلى مرحلة تقديمه إلى الإعتراف به وتنفيذه، فلا يمكن فرض أيّة رقابة عليه مهما كان نوعها، حتى لا يجوز الإعتراض على الإعتراف بالحكم أو رفض تنفيذه حتى ولو كان ذلك على أساس الدفع المتعلّق بالنظام العام [1].

وقد فرضت إتفاقية البنك الدولي مجموعة من الأحكام، لأجل السماح بالتنفيذ المباشر لأحكام المركز الدولي، أن مثل هذا التنفيذ يجب أن يخضع ويتم وفقا للقوانين المتعلقة بتنفيذ الأحكام، القابلة للتنفيذ في الدولة المطلوب التنفيذ في إقليمها[2].

وفي الأخير، يمكن القول أن حرص إتفاقية واشنطن على ضمان الإعتراف بالحكم وتنفيذه من طرف الدّول المتعاقدة من شأنه بعث نوع من الثّقة والطمأنينة في نفوس الأطراف المتنازعة في فعالية الأحكام الصادرة تحت إشراف المركز الدولي وقابليتها للتنفيذ.

ثانيا- الجهة المختصة بالاعتراف بالحكم وتنفيذه:

نستقرئ من خلال المادة 54 في فقرتها الثالثة من الإتفاقية الأتي نصّها: « **ويحكم تنفيذ هذا الحكم، التشريع الوطني المتعلق بتنفيذ الأحكام المعمول به في الدولة التي يسعى المحكوم له تنفيذ الحكم على أراضيها**» أن تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، يتم وفقا للشروط والأوضاع المعمول بها في قانون الدولة المطلوب فيها التنفيذ[3].

وعليه، فإنه بالرغم ما يتمتع به الحكم الصادر عن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، من حيث كونه حكماً ملزماً ونهائياً وحائزاً لحجية الشيء المقضي فيه، إلا أن من أجل تنفيذه على مستوى الاقليم الوطني للدولة المطلوب التنفيذ

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 423.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 153.

[3] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 417.

فيها، يستوجب تدخل السلطات العامة المختصة لأجل ضمان تنفيذه، بمعنى أن أحكام المركز الدولي لا تلقى التطبيق التلقائي، وإنما يقتضي تدخل السلطة الوطنية المختصة، التي سبق تحديدها وإخطار المركز الدولي بشأنها.

وبالتالي يبقى أمر تحديد وتعيين الجهة المختصة للإعتراف بالحكم وتنفيذه، مرتبطا بالدول الأطراف في اتفاقية واشنطن، حيث نجد نص الفقرة الثانية من المادة **54** من اتفاقية واشنطن التي تنصّ على أنّه:«**من أجل الحصول على الاعتراف بالحكم وتنفيذه على أراضي دولة متعاقدة، يتعين على الخصم صاحب الشأن أن يقدم صورة من الحكم معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى أية سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض، ويجب على كل دولة متعاقدة أن تخطر السكرتير العام بالمحكمة المختصة أو إلى أية سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض، وبأية تغيرات لاحقة في هذا الأمر**».

وتطبيقا لنص المادة، تتمتع الدول المتعاقدة في الإتفاقية بالحرية الكاملة، في اختيار وتحديد السلطة المختصة، التي يقدم أمامها الحكم الدولي الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، قصد الإعتراف والإشراف على تنفيذه.

وتطبيقا لمقتضيات المادة في تحديد الجهة المختصة على المستوى الوطني، قامت بعض الدول الأطراف المتعاقدة في الاتفاقية، بتعيين الإدارة المركزية، وعين البعض الأخر إحدى الجهات الداخلية، سواء تلك المتواجدة على مستوى قمة نظامها القضائي، أو تلك المتواجدة على مستوى الدرجة الأولى أو الثانية.

ومن الناحية التطبيقية فقد لجأت بعض الدول المتعاقدة في الاتفاقية، إلى تعيين إحدى الوزارات مثل بلجيكا والسويد اللتان عينتا وزارة الخارجية، كجهة مختصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المركز الدولي، كما قامت جمهورية مصر بتعيين وزارة العدل لهذا الغرض.

أما بعض الدول الأخرى فقد إختارت تعيين جهة قضائية محددة، حيث تم تعيين المحكمة العليا من قبل غانا، وجاميكا، وأندونيسيا، وكينيا، كما عينت بعض الدول الأخرى المتعاقدة محكمة الاستئناف، أو المحاكم الجهوية لمكان التنفيذ.

وبالرجوع للتشريع الجزائري، فإننا نشير إلى أنه ليس هنا أي تحديد أو إخطار على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، بشأن تحديد الجهة المختصة بالإعتراف وتنفيذ الحكم، الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وهذا بحسب ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة **52** من الاتفاقية.

غير أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في الفصل المتعلق بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، نجد الإجابة في نص الفقرة الثانية من المادة **1051** من قانون إ م إ، التي حددت أن رئيس المحكمة التي صدر الحكم في دائرة إختصاصها أو محكمة محلّ التنفيذ إذا كان مقرّ محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني، هو المختص بالاعتراف وتنفيذ الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

فضلا عن هذا، فقد أحالت م **1054** ق إ م إ تنفيذ حكم التحكيم الدولي إلى المواد من **1035** إلى **1038** ق إ م إ المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي، زيادة على ذلك كله فقد نصت المادة **1055** ق إ م إ على قابلية استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقا للحالات المحددة حصرا في المادة **1056** ق إ م إ.

انطلاقا من كل هذا، فإذا سلمنا بأن الجهة المختصة للاعتراف وتنفيذ الحكم الصادر في إطار المركز الدولي، باعتباره حكما تحكيميا دوليا طبقا لنصّ م **1051** ق إ م إ، هي رئاسة محكمة محلّ التنفيذ.

وفي الأخير، نشير إلى أن إجراء الحصول على الإعتراف بالحكم الصادر عن المركز الدولي، لا يشوبه أيّ غموض أو تعقيد، حيث يكفي لصاحب المصلحة في الاعتراف والتنفيذ، أن يقدم نسخة من الحكم المصادق عليه من قبل السكرتير العام للمركز الدولي، إلى الجهة المخولة والمختصة بالإعتراف والتنفيذ في الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم، وهذا بحسب نص الفقرة الثانية من المادة **54** من الاتفاقية التي تقضي بمايلي: «**... يتعين على الخصم صاحب الشأن أن يقدم صورة من الحكم معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية المختصة، أو إلى أية سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض....**».

ومما سبق نلاحظ أن اتفاقية واشنطن قد عالجت مشكلة الاعتراف بحكم التحكيم، وإن كانت قد نصت على أن تنفيذ الحكم، يخضع كقاعدة عامة للقوانين الداخلية في الدولة، المراد تنفيذ الحكم فيها، وهذا ما قد يعرض أحكام التحكيم، الصادرة بمقتضى الاتفاقية، إلى اختلاف في المعاملة من دولة إلى أخرى، تبعا للنظم القانونية المعمول بها في تشريعاتها[1].

ثالثا: المشاكل التي قد تعترض تنفيذ الحكم.

يصدر عن محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أحكاماً نهائية وملزمة كما سبق تبيانه، الذي يتوجب تنفيذها على أرض أية دولة متعاقدة كما لوتعلق الأمر بتنفيذ حكم نهائي صادر عن محكمة تمارس صلاحياتها على أرض هذه الدّولة، إلا أنه لا يمكن أن يتعرض تنفيذ القرار التحكيمي هذا، لمخاطر التصادم مع أحكام القانون الوطني في هذا النطاق، أو أن تتمسك الدولة بحصانتها القضائية ضد أمر تنفيذه أو غيرها من العقبات، التي تشكل حائلا دون تنفيذ الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي[2].

وباستقراء نص المادة **55** من الاتفاقية التي تنص على مايلي: « **لا يجوز تفسير عبارات المادة 54، على أنها تدخل استثناء على القواعد القانونية السارية، في أراضي الدولة المتعاقدة فيما يتعلق بحصانة التنفيذ للدولة المذكورة، أو ولأية دولة أجنبية**»، نفهم أنه بالرغم مما يتميز به الحكم الصادر عن المركز الدولي من كونه حكم نهائي وملزم وحائز لحجية الشيء المقضي فيه، إلا أنه يمكنه التعرض إلى عقبة الحصانة التنفيذية كون ذلك لا يؤثر على ما تتمتع به الدولة المتعاقدة من حق في التمسك بحصانتها السيادية ضد إجراءات تنفيذ الحكم على أراضيها الوطنية[3].

وبالتالي تضمن إتفاقية واشنطن حق الدولة بالتصدي بالحصانة السيادية ، ضد تنفيذ الحكم الصادر عن المركز، وذلك بموجب المادة 55 وذلك رغم الإلزام الذي جاءت به الإتفاقية، والذي فرضته على الدول المتعاقدة فيها بمعاملة حكم المركز، كما لوكان حكما نهائيا صادرا من أحد محاكمها الوطنية.

---

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 421.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص154.

[3] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، مرجع سابق، ص 428.

أ- منع الحصانة السيادية لتنفيذ الحكم:

يمكن للدولة المضيفة للاستثمار أن تضع حدا لتنفيذ أي حكم صادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، باستخدام اعتبارات السيادة وتعتبر هذه نقيصة خطيرة في الاتفاقية، رغم تأكيد الاتفاقية على فعالية الحكم الصادر عن محكمة تحكيم المركز الدولي، إلا أنها في نفس الوقت قدمت ضمانا للدول الأطراف المتعاقدة في الاتفاقية بأن تدفع بالحصانة السيادية، عندما يطلب منها تنفيذ حكم التحكيم، ولاشك أن إعمال هذا الاستثناء تقويض ما سعت الاتفاقية إلى تجسيده من حكم تحكيمي له صفة الإلزامية والتنفيذ[1].

وتتفرع الحصانة السيادية إلى فرعين كل من الحصانة القضائية والحصانة التنفيذية، بإعتبار أن الحصانة القضائية تهدف إلى الحيلولة دون الاعتداء على سيادة الدولة واستقلالها، من خلال منع خضوعها لقضاء وطني أخر، غير قضائها الوطني أو حتى لقضاء التحكيم، بينما تهدف الحصانة التنفيذية في الحيلولة دون التنفيذ على أموال الدولة، وما يتضمن ذلك من سلطة الإجبار[2].

يذهب الرّاي الراجح إلى التأكيد على انفصال الحصانة القضائية عن الحصانة التنفيذية، حيث أن التنازل عن الحصانة القضائية، لا يستلزم بالضرورة التنازل عن الحصانة التنفيذية، ففي مجال حصانة الدول القضائية تم التوصل إلى أن دخول الدولة في عقد يتضمن شرطا للتحكيم، يعد تنازلا من قبل هذه الأخيرة عن حصانتها القضائية، نظرا لعدم ارتباط اختصاص المحكم بالصلاحيات السيادية للدولة المنوط بها تنفيذ الحكم[3].

أما بالنسبة لحصانة الدولة التنفيذية، فلا يمكن القول بأن التنازل عنها بمجرد وجود اتفاق على التحكيم، نظرا لاستنادها إلى اعتبارات السيادة والمساواة بين الدول، والمحافظة على العلاقات الدولية[4].

---

[1] جلال وفاء محمدين، **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، المرجع السابق، ص 91.

[2] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، مرجع سابق، ص 429.

[3] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 423.

[4] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع نفسه، ص 430.

أيضا يمكن القول أنه أمام تسابق الدول نحو تحقيق أكبر قدر من الضمانات التي تخدم صالح المستثمر الأجنبي، لأجل جذب الاستثمارات، خاصة القضائية منها ، فليس من مصلحة الدولة المضيفة التنصل من التزاماتها في مجال تنفيذ الأحكام الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

زيادة على هذا وفي سبيل المحافظة على العلاقات الاقتصادية بين الدول، ومتعامليها الأجانب، فإن التنفيذ الطوعي والاختياري للأحكام الصادرة في منازعات الاستثمار، هو المبدأ السائد هذا من جهة.

ومن جهة أخرى إذا كانت اتفاقية واشنطن قد أبقت على امكانية التمسك بالحصانة التنفيذية بموجب المادة **55**، إلا أن منذ دخول اتفاقية واشنطن حيز التنفيذ عام **1966**، فقدعرفت نظرية الحصانة التنفيذية تطورا ملحوظا، سواء من الناحية الفقهية أو التشريعية أو القضائية. بالإضافة إلى هذا، تدل القضايا التي تم فيها إثارة تطبيق المادة **55** من الاتفاقية بشأن حصانة الدولة التنفيذية، بأن الدول المتعاقدة المطلوب فيها تنفيذ أحكام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، تعمل على بلوغ فعالية تحكيم الجهاز الدولي، عن طريق تجاوز مشكلة الحصانة ضد التنفيذ[1].

ب- رفض السلطات الوطنية تنفيذ حكم المركز:

قد تبدي السلطات الوطنية إحجاما عن تقديم تسهيلات للمستثمر الأجنبي في تنفيذ الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ويكون ذلك بمثابة رفض قاطع لتنفيذ حكم المركز، إذ لا ينحصر دورها في تقديم المساعدة القضائية لتسهيل الاعتراف بأحكام المركز الدولي، بل يمتد دور السلطات الوطنية المحددة لتشمل تقديم التسهيلات لضمان تنفيذ هذه الأحكام.

وقد يتمثل الرفض في تنفيذها في إحجامها بتقديم يد المساعدة في تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة تحكيم المركز، وبإختلاف الإجراءات بين محاكم الدول المتعاقدة من بلد

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 433.

إلى بلد أخر تختلف المعاملة التي يلقاها حكم التحكيم، وذلك وفقا لمرونة أو عدم مرونة القوانين والإجراءات المتبعة في تلك المحاكم[1].

ومن العقبات التي قد تواجه المستثمر الأجنبي في هذه المحاكم، تتمثل في كون هذه المحاكم ممنوعة من التعرض لأية نزاعات تخص السلطة العامة، وبالتالي لا تستطيع تنفيذ الأحكام الصادرة لصالح المستثمر ضد السلطة العامة، أو أن أية أحكام تصدر ضد هذه السلطة، ليس من حق هذه المحاكم الفصل فيها، والعمل على تنفيذ الإجراءات الخاصة بها[2].

رابعا: حالة عدم التنفيذ والضمانات المقررة:

عندما يصدر المركز الدولي حكما ضد المستثمر الأجنبي، فإن عملية تنفيذ الحكم لا تواجهها أية مشاكل كون أموال المستثمر تقع في إقليم الدولة التي صدر الحكم لصالحها، ولكنه إذا ما صدر حكم التحكيم لصالح المستثمر وإمتنعت الدولة المضيفة عن تنفيذ الحكم، فإن المستثمر لا يمكنه أن يقاضي الدولة أمام محاكمها كما لا يمكن الحجز والتنفيذ على أموالها في دولة أخرى، لأن هذه الأخيرة تتمتع بالحصانة القضائية.

كذلك يمكن أن تمتنع الدولة المضيفة التي صدر الحكم في غير صالحها الخضوع له، ودفع الإلتزامات المالية المترتبة عليه، ولتجنب مثل هذه الحالة من رفض تنفيذ الحكم فقد أخذت اتفاقية واشنطن بعين الاعتبار هذه المسألة، وذلك من خلال تقرير بعض الإجراءات، الكفيلة بضمان فعالية الأحكام الصادرة عن محكمة تحكيم المركز، تتمثل في كل من الحماية الدبلوماسية أو رفع دعوى دولية أمام محكمة العدل الدولية.

أ- اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية:

منحت إتفاقية واشنطن الفرصة للمستثمر الأجنبي بالوقوف جنبا إلى جنب مع الدولة المضيفة للاستثمار للمطالبة بحقه لكن في المقابل قد حظرت على دولة المستثمر الأجنبي

---

[1] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 423.

[2] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية**،....، المرجع السابق، ص 517.

اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية، وتقوم بمطالبة دولية بالنسبة لنزاع اتفق فيه أحد مواطنيها مع الدولة الأخرى الطرف في النزاع عن طريق التحكيم[1].

حيث نصت المادة **27** من الإتفاقية على أنّه: « **لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية، أو ترفع قضية دولية في خصوص أي نزاع متى اتفق بشأنه أحد رعاياها مع الدولة الأخرى على طرحه على التحكيم، أو تم طرحه بالفعل على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية، إلا إذا رفضت الدولة المتعاقدة الأخرى تنفيذ الحكم الصادر في النّزاع.**

وفي خصوص تطبيق الفقرة السابقة، فإن مفهوم الحماية الدبلوماسية لا يشمل المساعي الدبلوماسية البسيطة، التي تهدف إلى تسهيل تسوية النزاع».

يظهر جليا من خلال المادة أنّه في حالة إستحالة تنفيذ الحكم يمكن للمستثمر الأجنبي طلب الحماية الدبلوماسية من دولته، على ألا تعتبر المباحثات الدبلوماسية غير الرسمية بين الدولتين بهدف تسهيل حل النزاع، من قبيل الحماية الدبلوماسية[2].

كذلك تظهر المادة أنه في حال استحالة تنفيذ الحكم فهو الاستثناء الوحيد لمبدأ التنازل عن الحماية الدبلوماسية، فعدم احترام الدولة المضيفة للاستثمار للحكم، الذي يصدر ضدها من محكمة تحكيم المركز، يضمن مرة أخرى حق المستثمر في الحماية الدبلوماسية[3].

وقد تتنازل الدولة المتعاقدة عن الحماية الدبلوماسية في حالتين، الأولى في حالة التراضي لطرفي المنازعة على التحكيم في المركز الدولي أو تسجيل طلب التحكيم وشروع المحكمة في النظر فيه، ويبقى التنازل قائما لغاية إنتهاء إجراءات الخصومة، أما الحالة الثانية فهي خضوع الدولة المحكوم عليها لحكم التحكيم وقبولها تنفيذه، وإلا فلدولة المستثمر الأجنبي الحق في أن تمارس الحماية الدبلوماسية.

---

[1] عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 226.

[2] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 159.

[3] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 428.

كما يمكن لدولة المستثمر أن تختار رفع دعوى ضد الدّولة المضيفة أمام محكمة العدل الدولية.

ب- اللجوء إلى محكمة العدل الدولية:

قدمت إتفاقية واشنطن ضمانة لأطراف النزاع لتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عن المركز الدولي من خلال المادة **27** منها غير أنه لم تكتف بذلك إذ قدمت ضمانة أخرى وذلك من خلال السماح للأطراف اللّجوء للتقاضي أمام محكمة العدل الدولية وذلك من خلال المادة **64** منها.

إذ تنص الماد **64** من إتفاقية واشنطن على مايلي: «**أي نزاع يمكن أن ينشأ بين الدول المتعاقدة، من حيث تفسير أو تطبيق الاتفاقية الحالية، ولم يتسن حله بالطرق الودية، يعرض على محكمة العدل الدولية بناءاعلى طلب أي طرف في النّزاع، وذلك مالم يتفق الأطراف المعنية على طريق أخر لتسويته**».

من خلال إستقراء المادة نفهم أن اتفاقية واشنطن، قد وفّرت وسيلة هامة وضمانة دولية لتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عن المركز الدولي لمواجهة ما قد تضعه الدول من عراقيل تحول دون تنفيذ هذه الأحكام[1].

كذلك، فأمام خرق الدولة المضيفة لأحكام الإتفاقية الواردة في المادتين **53** و**54** ورفضها الإنصياع لحكم محكمة المركز الدولي، يترتب عليه مسؤوليتها، يستوجب من دولة المستثمر رفع دعوى قضائية ضد الدولة المضيفة، بغرض إستصدار حكم يلزمها تنفيذ القرار التحكيمي الصادر ضدها، بالإضافة إلى إلزامها بالتعويض، إذا كانت قد أصابها ضرر من ذلك[2].

بهذا، تكون إتفاقية واشنطن قد وضعت نظاما متميزا لتنفيذ أحكام التحكيم حتى تضمن فعاليتها، في الوقت الذي سمحت فيه الاتفاقية بالتمسّك بالحصانة التنفيذية بموجب المادة **55** منها، إلا أنهّا في نفس الوقت منعت ذلك بطريقة غير مباشرة، عن طريق اللّجوء إلى منح الحماية الدبلوماسية وفقا لنصّ المادة **27** أو باللّجوء إلى محكمة العدل الدّولية

---

[1] طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدّولية الأقتصادية**، ص 519.

[2] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 430.

تطبيقا لنصّ المادة**64** ، فضلا عن الإمكانية المتاحة لجهات أخرى للتدخّل في مجال ضمان التنفيذ بحكم علاقاتها الوطيدة مع المركز الدولي[1].

الفرع الرابع:

قواعد الإجراءات النهائية لهيئة تحكيم الكنودسي

تسمح قواعد تحكيم الكنودسي تسوية النزاعات الناشئة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار في إطار سلطة التسمية التي تتولى تسيير إجراءات التحكيم مباشرة بعد تعيينها خلافا على نظام تحكيم المركز الدولي الذي يتولى تسيير الإجراءات منذ بدايتها حتى نهايتها، والإختلاف الأخر الذي يمكن أن يكون هو في قواعد التحكيم التي تسير الإجراءات النهائية للتحكيم، وبعد تعرضنا لإجراءات صدور حكم التحكيم والإعتراف به وتنفيذه وطرق الطعن فيه في إطار المركز الدولي فسوف نتطرق لنفس الإجراءات في إطار قواعد الكنودسي.

بذلك سنترطق في هذا الفرع إلى إصدار قرار التحكيم (أولا) ثم إلى كيفية إنتهاء إجراءات التحكيم (ثانيا) وإلى تفسير وتصحيح قرار التحكيم (ثالثا) تنفيذ قرار التحكيم والإعتراف به (رابعا) الطعن في قرار التحكيم (خامسا) وأخيرا نحو معاملة موحدة لجميع قرارات التحكيم بغض النظر عن بلد المنشأ (سادسا).

أولا: إصدار قرار التحكيم

أصدرت قواعد الكنودسي مجموعة من القواعد بشأن الجانب الشكلي لحكم التحكيم مثل تلك التي نجدها في قواعد إتفاقية واشنطن، غير أنه توجد بعض أوجه الإختلاف من الناحية الشكلية وسنتطرق بذلك إلى المادة **34** من قواعد الكنودسي التي تخص شكل قرار التحكيم وأثره، ومن أوجه الإختلاف مع قواعد الإتفاقية الخاصة بالمركز الدّولي أنّه من الجانب الشكلي يجوز إصدار عدّة قرارات تحكيم منفصلة فيما بينها بخصوص مسائل مختلفة وفي أوقات مختلفة من سير إجراءات التحكيم وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة

---

[1] قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، المرجع السابق، ص 439.

34، أي بإمكان المحكمين في أي مرحلة من مراحل التحكيم أن يصدروا قراراً بخصوص مسألة ما فرعية تخص القضية محل النّزاع، وهذا ما سيسمح في الأخير بصدور مجموعة من القرارات تخص نفس القضية ويتوجب بذلك تنفيذها تنفيذا جزئيا.

وبإستقراء نص الفقرة الثانية من المادة **34** نجد مجموعة من الشروط الشكلية المتعلقة بالحكم ذاته كشرط الكتابة الذي إشترطته القواعد بأن يصدر قرار التحكيم كتابة كما إشترطت أن تكون قرارات التحكيم الصادرة نهائية وملزمة لطرفي النّزاع وذلك بأن تكون قرارتها حائزة لقوة الشيء المقضي فيه وبذلك لا بد من الفصل في كل النقاط الخاصة بالقرار التحكيمي فصلا نهائيا وذلك قبل صدوره كما اشترطت أن تكون القرارات الصادرة ملزمة لأطراف النّزاع نابعة عن إرادة طرفي النّزاع الذين إختاروا اللجوء إلى قواعد الكنودسي لتسوية منازعتهم، كما نصّت على الإلزامية بخضوع أحكامها إلى التنفيذ الجبري فور صدورها وتنفّذ كل القرارات الصادرة في نفس النّزاع مباشرة بعد صدورها طبقا لقواعد الكنودسي.

كذلك نجد من الشروط الشكلية التي نصت عليها قواعد الكنودسي هو أن يكون قرار التحكيم ممهوراً بتوقيع المحكمين، وإذا لم يوقع أحد المحكمين فيكون قرار التحكيم باطلا وذلك بموجب الفقرة **4** من المادة **34** والتي نصت أنّه في حال وجود أكثر من محكم واحد وعدم توقيع أحد المحكمين فلا بد أن تذكر أسباب عدم التوقيع في القرار، وإلا سيعرض قرار التحكيم للبطلان.

كما اشترطت قواعد الكنودسي شروطا موضوعية إلى جانب الشروط الشكلية وهي بأن تكون القرارات الصادرة عن هيئتها المعيّنة مسببة وعليه فلا بد لهيئة التحكيم في تبيان الأسباب والدّواعي التي أدت به للوصول إلى منطوق القرار، والتي تضمنتها الفقرة الثالثة من المادة **34** من قواعد الكنودسي، ولقد جعلت المادة غير ملزمة كونها أدخلت الكنودسي الفقرة **3** ضمن النظام الخاص إذ أنه شرط تسبيب الحكم ملزم ما لم يكون الأطراف قد اتفقوا على خلاف ذلك، وبالتالي تكون قد أجازت لطرفي النّزاع الإتفاق على مخالفتها عكس ما نجده في قواعد المركز الدولي الذي لا يجيز ذلك.

زد على ذلك أنّه في أثر قرار التحكيم فقد أجازت قواعد الكنودسي بموجب الفقرة **5** من المادة **34** نشر قرار التحكيم في العلانية بموافقة أطراف النّزاع، أو حتى إذا كان أحد الأطراف

ملزماً قانونا بأن يفصح للعلن عن ذلك القرار من أجل حماية حقّ قانوني أو المطالبة به، أو كذلك إذا في خلال إجراءات قانونية أمام أية محكمة أو هيئة مختصة أخرى.

وفي الأخير، ألزمت قواعد الكنودسي هيئة التحكيم بأن ترسل نسخا من قرار التحكيم تكون ممهورة بتوقيع المحكمين [1].

ثانيا: كيفية إنتهاء إجراءات التحكيم.

نجد في قواعد الكنودسي نظاما للتسوية الذي يضع حداً لإجراءات التحكيم كمثيلها في قواعد التحكيم في المركز الدّولي وهناك أسباب أخرى لإنهاء الإجراءات إذ نصت على ذلك في المادة 36 من قواعد الكنودسي.

كذلك قد يتفق طرفا النّزاع، قبل صدور قرار التحكيم على تسوية تنهي المنازعة مثلما تنص الفقرة **1** من المادة **36**، وبذلك على هيئة التحكيم أن تصدر أمراً بإنهاء إجراءات التحكيم أو أن تثبت تلك التسوية بناءا على طلب أحد طرفي النّزاع وموافقة هيئة التحكيم على ذلك في شكل قرار تحكيم متفق عليه، وأن لا تكون هيئة التحكيم ملزمة بتسبيب هذا القرار [2].

بذلك تكون قد أتاحت قواعد الكنودسي سلطة وقف إجراءات التحكيم وإنهائها للمحكمين بموجب قرار تحكيمي أو أمرا بإنهاء الإجراءات كذلك لم تلزم الهيئة بتسبيب هذا القرار كونه يصدر بموافقة الأطراف على التسوية.

كذلك لهيئة التحكيم سلطة وقف إجراءات التحكيم، قبل صدور قرار التحكيم لأسباب أخرى غير التسوية التي بسببها أصبحت المواصلة في إجرارات التحكيم عديمة الجدوى أو

---

[1] **المادة 34 من قواعد الكنودسي التحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010:** « 1- يجوز لهيئة التحكيم أن تُصدِرَ قراراتِ تحكيم مُنفصلةً بشأن مسائلَ مُختلفةٍ في أوقات مختلفة.

2-تُصدَر كُلُّ قرارات التحكيم كتابةً، وتكون نهائيةً ومُلزِمة للأطراف .وينفِّذ الأطراف كلَّ قرارات التحكيم دون إبطاء.

3-على هيئة التحكيم أن تُبيِّن الأسبابَ التي استند إليها القرارُ، ما لم يكن الأطرافُ قد اتَّفقُوا على عدم بيان الأسباب.

4- يكون قرارُ التحكيم ممهوراً بتوقيع المحكَّمين، ويُذكَر فيه التاريخُ الذي أُصدر فيه ومكانُ التحكيم .وفي حال وجود أكثر من محكَّم واحد وعدم توقيع أحدهم، تُذكَر في القرار أسبابُ عدم التوقيع.

5-يجوز نشرُ قرار التحكيم علناً بموافقة كلِّ الأطراف أو متى كان أحدُ الأطراف مُلزَماً قانونا بأن يُفصِح عن ذلك القرار من أجل حماية حقٍّ قانوني أو المطالبة به أو في سياق إجراءاتٍ قانونية أمام محكمة أو هيئة مختصة أخرى.

6-تُرسِلُ هيئةُ التحكيم إلى الأطراف نُسَخاً من قرار التحكيم ممهورةً بتوقيع المحكَّمين.

[2] أنظر غلى نص المادة 36 فقرة 1 من قواعد الكنودسي المنقحة لسنة 2010.

مستحيلة كلية، شريطة إبلاغ هيئة التحكيم أطراف النّزاع بعزمها إصدار أمر بإنهاء الإجراءات، وتمارس هيئة التحكيم سلطتها في إيقاف إجراءات التحكيم بموجب أمر إنهاء الإجراءات متى رأت أنّه لا توجد مسائل أخرى متبقية قد يلزم الفصل فيها أو أنه من المناسب الفصل فيها، كل ذلك نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة **36** [1].

كذلك، تضيف الفقرة **3** من المادة **36** عن كيفية ممارسة هيئة التحكيم لسلطتها في إنهاء الإجراءات وذلك بإرسال هيئة التحكيم نسخا ممهورة بتوقيع المحكمين من الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم أو من قرار التحكيم المتّفق عليه.

كما تضيف الفقرة، أنه في حال يكون قرار التحكيم المتفق عليه فوجب إتباع الأحكام الواردة في الفقرات **2** و**4** و**5** من المادة **34** حول شكل قرار التحكيم الذي وجب إصداره[2].

ثالثا: تفسير وتصحيح قرار التحكيم

إلى جانب سلطة وقف إجراءات التحكيم فقد منحت قواعد الكنودسي إلى المحكمين سلطات أخرى مثل تفسير القرار أو تصحيحه إو إصدار قرار إضافي لشرحه أو استكمال جزء ناقص منه قد يعيق إجراءات الإعتراف وتنفيذ الحكم في المستقبل.

ففيما يخص تفسير الحكم فقد نصت المادة **37** فقرة **01** من قواعد الكنودسي على جواز طلب أي طرف من طرفي النّزاع من هيئة التحكيم إعطاء تفسير لقرار التحكيم شريطة أن يقدّم الطلب في غضون **30** يوماً من تاريخ تسلّمه قرار التحكيم الصادر في النّزاع.

كما أضافت المادة في فقرتها الثانية أنّه على هيئة التحكيم أن تعطي التفسير كتابة في غضون **45** يوماً من تاريخ تسلّم الطلب، على أن يشكل التفسير جزءاً من قرار التحكيم وتسري عليه أحكام المادة **34** حول شكل القرار من الفقرة **2** إلى **6**.

تجيز قواعد الكنودسي طلب تصحيح حكم التحكيم بالعودة إلى هيئة التحكيم في غضون **30** يوما من تسلّمه قرار التحكيم وشريطة إشعار الأطراف الأخرين بهذا الطلب،

---

[1] تنص **المادة 36 فقرة 2** :« إذا أصبح الاستمرارُ في إجراءات التحكيم، قبل صُدور قرار التحكيم، عديمَ الجدوى أو مُستحيلاً لأيِّ سبب غير مذكور في الفقرة 1، أَبلغَت هيئةُ التحكيم الأطرافَ بعزمها على إصدار أمر بإنهاء الإجراءات . وتكونُ لهيئة التحكيم صلاحيةُ إصدار ذلك الأمر، ما لم تكن هناك مسائلُ متبقّيةٌ قد يلزم الفصلُ فيها وترى هيئةُ التحكيم أنَّ من المناسب الفصلَ فيها».

[2] **Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Lois pré-cité, Article trente-six, Page 15.

وذلك من أجل تصحيح ما قد طرأ في القرار من أخطاء حسابية أو كتابية أو مطبعية أو أيّ أخطاء أخرى أو أي سهو ذي طابع مشابه، كما تجيز الفقرة الأولى من المادة **37** أن تقوم هيئة التحكيم عندما ترى بأن الطلب مؤسس بإجراء التصحيح في غضون **45** يوما من تاريخ تسلمها الطلب[1].

كما تضمنت المادة **37** في فقرتها الثانية أن تصحيح قرار التحكيم يبقى من النظام العام وبصريح العبارة أنّه يجوز لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أن تقوم بتلك التصحيحات في غضون **30** يوماً من تاريخ إرسال قرار التحكيم.

أما عن طريقة القيام بتلك التصحيحات فقد أضافت المادة **37** في فقرتها الثالثة أنه تجرى التصحيحات كتابة وبأنها تشكّل جزءاً من قرار التحكيم وتسري عليها أحكام الفقرات من **2** إلى **6** من المادة **34.**

كذلك إلى جانب تصحيح قرار التحكيم فتجيز قواعد الكنودسي اللّجوء إلى إصدار قرار تحكيم إضافي، وقد أعطت سلطة إصداره إلى هيئة التحكيم شريطة أن يتقدم أحد أطراف النّزاع بطلب إليها في غضون **30** يوماً من تاريخ تسلّمه سواءاً الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم أو قرار التحكيم مع وجوب إشعار الأطراف الأخرين بهذا الطلب.

وبذلك تصدر هيئة التحكيم قرار تحكيم أو قرار تحكيم إضافي بشأن ما لم تفصل فيه من طلبات أثناء إجراءات التحكيم، عندما تدرس الطلب وترى بأنّه مؤسس، في غضون **20** يوماً من تاريخ تسلّم الطلب مع جواز تمديد تلك المهلة من طرف هيئة التحكيم عند الضرورة [2].

أما عن الشروط الشكلية والموضوعية لقرار التحكيم، أو قرار التحكيم الإضافي فقد أكّدت القواعد في الفقرة **3** من المادة **39** وجوب إتباع ما تنصّ عليه المادة **34** من الفقرات **2** إلى **6.**

رابعا: تنفيذ قرار التحكيم والإعتراف به

لم تنصّ قواعد الكنودسي على التنفيذ والإعتراف بقرارت التحكيم لكنها بإعتبارها نصّت على إلزامية أحكامها ترتكز على إرادة الأطراف على التراضي على التحكيم بموجب قواعدها والإنصياع الطوعي لأحكامها بتنفيذها والذي يعتبر الأصل في أحكامها أما عن

[1] أنظر الفقرة 01 من المادة 37 من قواعد الكنودسي المنقحة لعام 2010.

[2] أنظر الفقرة 02 من المادة 39 من قواعد الكنودسي المنقحة لعام 2010.

التنفيذ الجبري فهو يمثل الإستثناء، إذ عادة ما يقبل الأطراف قرار المحكم أو المحكمين المختارين من قبلهم، غير أنه في بعض الأحيان قد يتمرد الطرف الخاسر ويرفض الإنصياع لقرار محكمة التحكيم، وعندئذ يتحتم على الطرف المستفيد من الحكم اللّجوء إلى تنفيذه جبرا.

على خلاف قواعد الإتفاقية الخاصة بالمركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار، يلاحظ صمت نظام الكنودسي عن التنفيذ الجبري لأحكامه إذا لا يوجد بقواعد الكنودسي أي إشارة إلى مسألة التنفيذ الجبري للأحكام التحكيمية الصادرة وفقا لها، إذا فللمستفيد من قرار تحكيمي وفقا لقواعد الكنودسي أن يباشر تنفيذه الجبري تبعا للقواعد الإتفاقية في مجال الإعتراف والتنفيذ الجبري للأحكام الأكثر استعمالا (و بالخصوص اتفاقية نيويورك)، أو القوانين الوطنية الأكثر ملائمة للتطبيق.

خامسا: الطعن في قرار التحكيم.

تؤول قواعد الكنودسي مسألة الطعن في قرارت التحكيم إلى القانون الواجب التطبيق الذي قد ينصّ على كيفية الطعن في قرار التحكيم وبإعتبار حق الطعن متاح أمام الحالات القصوى التي تستوجب الطعن فيها، إلا أن قواعد الكنودسي سكتت عن إمكانية الطعن بموجب قواعدها.

غير أنّه تضمنت قواعد الكنودسي في مرفق خاص بقواعدها بيان تنازل محتمل مفاده ملاحظة وبيان نصها:« أنّه إذا أراد الأطراف استبعاد إمكانية الطّعن في قرار التحكيم التي قد تكون متاحة بمقتضى القانون المطبق، جاز لهم أن ينظروا في إضافة حكم بهذا المعنى وفق الحكم المقترح أدناه، على أن يأخذوا بعين الإعتبار أن فعالية هذا الاستبعاد وشروطه تتوقف على القانون المطبق»، بالإضافة إلى التنازل الذي تضمن الفقرة التالية: « يتنازل الأطراف بموجب هذا عن حقهم في أيّ شكل من أشكال الطعن في قرار التحكيم أمام أيّ محكمة أو هيئة مختصّة أخرى، طالما جاز لهم إجراء هذا التنازل بمقتضى القانون المطبق».

كذلك كثير من الأنظمة الدولية الخاصة بالتحكيم تؤول النظر في الطعن ببطلان القرارات التحكيمية إلى الجهات القضائية الوطنية لمكان مركز التحكيم، غير أن نظام التحكيم في الكنودسي لم يعط الخصوم إمكانية التوجه إلى القضاء للطعن في قراراته التحكيمية، ملزما بإتباع طرق طعن خاص به، سواء بالطعن بحسب القواعد المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق أو بالتنازل عن الطعن والبحث عن إصدار حكم إضافي في التحكيم.

سادسا: نحو معاملة موحدة لجميع قرارات التحكيم بغض النظر عن بلد المنشأ.

يتناول الفصل الثامن والأخير من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي [1] مسألة الإعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها وتأتي أحكامه تجسيدا للقرار الهام المتعلق بالسياسة العامة والقاضي بأن تطبق نفس القواعد على قرارات التحكيم سواء كانت صادرة في البلد الذي يجري فيه التنفيذ أو خارجه وبأن تتبع تلك القواعد من كتاب قواعد إتفاقية نيويورك لعام 1958، ويضع القانون النموذجي إذ يتناول القرارات التي تتخذ في التحكيم التجاري الدولي تناولا موحدا بغض النظر عن المكان الذي صدرت فيه خطا فاصلا جديدا بين قرارات التحكيم «الدولية» و«غير الدولية» يستغني به الخط التقليدي الذي يفصل بين القرارت «الأجنبية» و«المحلية» ويستند هذا الخط الجديد إلى أسباب موضوعية وليس إلى حدود إقليمية تتصف بأنها غير مناسبة بسبب ضآلة أهمية مكان التحكيم في القضايا الدولية ذلك أن مكان التحكيم يختار في كثير من الأحيان من أجل راحة الطرفين وقد لا يكون للنزاع إلا صلة واهية إذا وجدت هذه الصلة بالدولة التي يقع فيها التحكيم ونتيجة ذلك هي أن الإعتراف بقرارات التحكيم «الدولية» وتنفيذها سواء كانت هذه القرارات «أجنبية» أو «محلية» ينبغي أن يخضعا للأحكام ذاتها، والقانون النموذجي إذ يصوغ قواعد الإعتراف والتنفيذ على غرار الأحكام ذات الصلة المشمولة بإتفاقية نيويورك لعام 1958 يكمل نظام الإعتراف والتنفيذ المنشأ بهذه الإتفاقية دون أن يتعارض مع النظام المذكور [2].

[1] قواعد الكنودسي بصيغتها المعتمدة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي المؤرخة في 21 جوان 1985.

[2] https://justice-academy.com/h-recognition-of-arbitration-decisions-and-their-implementation/

خاتمـــة

تعتبر الاستثمارات الخاصة الأجنبية بالنسبة للدّول المتقدمة معيارا أساسيا في تحديد مدى التقدم الإقتصادي، أما بالنسبة للدول النّامية فهي تعدّ الرافد الأساسي لتنمية الإقتصاد بحيث يسمح الاستثمار الأجنبي بتدفق رؤوس الأموال والخبرات والتقدم التكنولوجي والصناعي مما يعد رافدا أساسيا في التطور والازدهار بالنسبة للدول في ظل التنافس الكبير الذي يشهده العالم جراء الإنفتاح الدوّلي في مجال التجارة الخارجية، وظهور تكتلات إقتصادية كبرى تهيمن على التبادلات التجارية وتضع قيودا حمائية لتحقيق منافع إقتصادية داخلية كبيرة، وتشجع السلع والخدمات المنتجة في الدّول أعضائها على حساب الدول غير الأعضاء فيها.

كذلك في ظل تنامي ظاهرة العولمة، التي تسمح للشركات المتعددة الجنسيات في بسط نفوذها على الأسواق العالمية وجعلها سوقا موّحدة حرّة تحكمها المنافسة المطلقة، وتوسع استثماراتها عبر باقي دول العالم مما أدى بالدّول العربية والدّول النامية إلى الإستجابة لسياسات العولمة وركائزها، وانضمامها إلى العديد من الإتفاقيات الدّولية والتي كان من أهمها إتفاقية البنك الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة، التي توفر العديد من المزايا والضمانات في تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي، من خلال حماية الاستثمارات وذلك عبر نظام التحكيم الذي توفره لهم.

لقد تطرقنا من خلال دراستنا إلى التحكيم في مجال عقود الاستثمار بدراسة مقارنة وفقا للقانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والقانون المصري رقم (27) لسنة 1994 متطرقا إلى الإتفاقيات الدولية، خصوصا إتفاقية واشنطن المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وقواعد التحكيم اللجنة الأممية الكنودسي، وقد تركزت الدراسة على فهم مفهوم عقود الاستثمار وتبيين سلطات المحكمين سواء في القانون الجزائري أو في القوانين الأخرى الاتفاقيات خصوصا إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

كذلك فقد توجّهت الدّول إلى ابرام العديد من الإتفاقيات الدّولية في مجال تشجيع الاستثمار الأجنبي وحمايته، التي تبرم على شكل اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف والتي سمحت ببروز مؤسسات ومراكز متخصصة ذات طابع دولي في مجال التحكيم الدّولي منها المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي، وأخرى ذات طابع إقليمي مثل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدّولي الذي يتبنى قواعد الكنودسي في

التحكيم التجاري الدولي، أما الإتفاقيات الثنائية التي تبرم بين الدّول فهي تنصّ في معظمها على اللّجوء للتحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات التي تنشأ من الاستثمار.

بذلك فلجأت معظم الإتفاقيات الثنائية الخاصة بتشجيع الاستثمار وحمايته إلى إعطاء مفهوم موسع للاستثمار يسمح باستقطاب أكبر عدد ممكن من الاستثمارات الخارجية، ويسمح بتدفق رؤوس الأموال إليها كما يسمح عند اللجوء إلى التحكيم ضمن المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار بتوسيع دائرة الاختصاص للمركز لتشمل كل الاستثمارات المنجزة في الدولة المضيفة للاستثمار والتي يمكن أن تدخل ضمن إختصاصه.

كذلك فتنجز معظم الاستثمارات في الدول المضيفة عن طريق إبرام عقود الاستثمار بين المستثمر الأجنبي من جهة والدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى، ونظرا للتفاوت الكبير في المركز القانوني لطرفي عقد الاستثمار فيعتبر التحكيم الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة والمساواة بين طرفي عقد الاستثمار، ناهيك عن التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي يضع على نفس قدم المساواة المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار.

وتلعب عقود الاستثمار دورا أساسياً في التنمية الإقتصادية للدول المضيفة للاستثمار التي غالبا ما تكون من دول العالم الثالث، ونظرا للمدّة الزمنية الكبيرة التي تستغرق تنفيذ عقود الاستثمار، فهي معرضة إلى التغيير في الاطار القانوني للاستثمار الذي قد يحصل في الدول المضيفة للاستثمار، كذلك إلى تغير الظروف السياسية والاقتصادية المحيطة بالعقد، ما قد يؤثر على تنفيذه وقد يخلق نزاعات مختلفة بين المستثمر الأجنبي المعرض للمخاطر على رؤوس أمواله والدولة المضيفة للاستثمار التي تسعى لحماية إقتصادها الوطني.

كما قد تتخذ الدولة المضيفة للاستثمار إجراءات إنفرادية قد تؤثر على العقد والعلاقة التي تربط طرفي العقد، كما قد يخلّ المستثمر في بند من بنود عقد الاستثمار، ما قد يجعل العلاقة التي تربطه بالدولة المضيفة تتغير بقعل النّزاع الذي قد يطرأ جرّاء ذلك، وتبقى المراكز القانونية المتفاوتة لطرفي عقد الاستثمار، من جهة الدولة المضيفة كطرف عام، ومن جهة أخرى المستثمر الأجنبي كطرف خاص تؤثر على إستقرار العقد وقابليته للتنفيذ.

كذلك بالنسبة لتباين مصالح وأهداف كلا من طرفي العقد، فمن جهة الدولة التي تسعى في تنمية إقتصادها الوطني والاستجابة للمطالب الإجتماعية لمواطنيها من توفير مناصب العمل وتحقيق الرفاهية في العيش، ومن جهة أخرى المستثمر الأجنبي الذي يسعى لتحقيق الأرباح

وإكتساح الأسواق المحلية بمنتوجاته ورفع رؤوس أمواله يجعل من تسوية أي نزاع قد يطرأ بينهما غاية في الأهمية يمس بمصالحهما,

كذلك فتختلف طبيعة النزاعات التي قد تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، فمهما كانت طبيعتها سواءا كانت ناجمة عن القوة القاهرة أو الظروف الطارئة أو عن إجراء إنفرادي أخذته الدولة المضيفة كالتغيير التشريعي كلها تصبّ في إطار إتفاقية التحكيم وسلطان الإرادة لطرفي العقد في تسوية نزاعها عن طريق اللّجوء إلى التحكيم سواءا في إطار التحكيم الحرّ أو التحكيم المؤسساتي.

وبذلك تمّ تكريس التحكيم الدّولي كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في غالبية الأنظمة القانونية الدولية نظرا لما يوفره من استقلالية وفعالية، ويمثل إخراج المنازعات الخاصة بالاستثمار الدولي من اختصاص المحاكم الوطنية ضمانة أساسية للمستثمر الأجنبي.

بذلك فإنه قد تمّ إخراج النّزاع من إختصاص القاضي الوطني وذلك لأسباب متعددة وتمّ تفضيل المحكم أو المحكمين للنظر فيه كضمانة أساسية لسير عملية التسوية لمنازعة الاستثمار وهذا لما يتمتع فيه المحكم من سلطات سواء كان معيّناً في إطار التحكيم الحرّ أو في إطار التحكيم المؤسساتي وقد نشأت عدة هيئات دولية تعمل على تسوية منازعات الاستثمار وتؤطر المحكمين والعملية التحكيمية، كما تسمح قوانين الكنودسي المطبقة عادة على التحكيم الحر وبعض التحكيم المؤسساتي بسير عملية التحكيم بصفة موثوقة ومنظمة، غير أن المحكم لا بد أن تتوفر في شخصه شروطا مثله مثل أي قاضي مثل الحياد والمصداقية كما هو ملزم بإحترام المهمة المسندة إليه وعدم تجاوز سلطاته في إطار المهمة التحكيمية ما قد يؤدي إلى إحداث ضرر بالمستثمر الأجنبي أو الدولة المضيفة للاستثمار والتي قد تترتب عنه مطالبة بالتعويض.

غير أنّه نجد أنّ غالب تشريعات التحكيم سواء في إطار إتفاقية واشنطن أو قواعد الكنودسي أو قوانين أخرى تحمي المحكم من المساءلة عن تصرفاته لكن تمنحه سلطات محددة وتلزمه بالتقيّد بها وقد استخلصنا ذلك من خلال بحثنا أن المحكم يحضى بحماية خاصة في حدود سلطاته وذلك لا يعفيه من وجوب تقيده بقواعد الحياد والاستقلالية عن أي طرف من أطراف المنازعة ومن شروط تعيينه أنّه يتمتع بالنّزاهة والكفائة العالية وأنه يكون متمكنا في مجال القانون ومجالات أخرى كالتجارة والاقتصاد وغيره من المجالات المطلوبة في ميدان التحكيم.

كذلك فقد تركزت دراستنا على السلطات التي يمنحها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار للمحكمين من خلال اتفاقية واشنطن والذي كان الهدف من إنشائه هو إيجاد أداة دولية تختص في تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار المتعاقدة والمستثمرين الأجانب من الدول المتعاقدة الأخرى.

فمن خلال التطرق إلى مسألة الإختصاص التحكيمي، سواء الإختصاص الموضوعي أو الشخصي، فمن جهة نجد الاختصاص الموضوعي للمركز، نجد أن المركز مختص فقط في المنازعات ذات الطابع القانوني والناشئة عن استثمار دولي، من جهة أخرى في الإختصاص الشخصي نجد أن المركز ينظر فقط في المنازعات بين الدول المتعاقدة المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب من دول متعاقدة.

بذلك يظهر لنا جليا أن التوسيع في الإختصاص الموضوعي للمركز، كتوسيعه ليشمل المنازعات في ميدان التجارة الدولية أمر غير ممكن، قد ينزع من صفة المركز كمركز مختص في النّزاعات الخاصة بالاستثمار وجعله مؤسسة من مؤسسات التحكيم الدّولية العامة والتي تنظر في جميع أنواع المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية، وهذا ما يتناقض مع الهدف في إنشاء المركز، إلا أن التوسيع في مفهوم الاستثمار الذي لم تعرفه الاتفاقية، فقد توسع قضاء التحكيم في توجّه ليبرالي في إعطاء مفهوم للاستثمار ليشمل إختصاصه العمليات الإقتصادية حتى تلك التي لا تدخل بعملية الاستثمار، والذي يجتهد المحكمون في تقديره بالعودة إلى تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية أو المتعددّة الأطراف المتعلقة بالاستثمارات أو حتى في القوانين الداخلية، لذلك يتوجب الحدّ من هذا التوسيع لكي لا يخرج المركز عن أهدافه.

أما عن مسألة التراضي في اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي سواء من خلال إتفاقية التحكيم أو من خلال العرض العمومي للتحكيم عن طريق القانون الداخلي للدولة المضيفة أو الاتفاقيات الثنائية وتوصلنا إلى إمكانية التراضي على التحكيم بالنسبة لطرفي عقد الاستثمار بمختلف الطرق وخصوصا تلك المستحدثة كالعرض العمومي للتحكيم، التي تفتقد إلى الأساس الإرادي، كون حق المستثمر في عرض دعواه أمام محكمة التحكيم مستمد من نصوص قانونية وليس علاقة عقدية تربطه بالدّول المضيفة.

أمام هذه الحالة فتجد الدولة المضيفة للاستثمار مجبرة على التحكيم بدون اتفاق وعليها توخي الحذر عند إعداد نصوصها الخاصة بالاستثمار أو ابرام الاتفاقيات في منح ضمانات كالحق في اللجوء للتحكيم عند نشوء المنازعات.

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق الذي يمتلك المحكمون السلطة في تحديده بموجب المادة **42** فقرة **1** بكل حرية فنجد المحكمين يبتعدون عن مبدأ إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال اللجوء إلى تطبيق قواعد القانون الدولي، كذلك أمام تأكيد المادة **42** في فقرتها الثانية على تطبيق قانون الدولة المضيفة بالإضافة إلى قواعد القانون الدولي في حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، أصبح المحكمون يتمسكون بسلطاتهم في إختيار قواعد القانون الدولي واستبعاد القوانين الأخرى.

كذلك فبالنسبة للدول المضيفة للاستثمار خصوصا الدول النامية منها والتي كانت تبدي بمخاوف للتحكيم في العقود التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب الخواص، فهي مؤسسة وراجعة إلى واقع قضاء التحكيم الذي يقوم بتغليب مصالح المستثمر الأجنبي على حساب إهتمامات الدول المضيفة في مجال التنمية.

كذلك تضمن إتفاقية واشنطن تسوية النّزاع المطروح أمام محكمة التحكيم للمركز الدولي بصفة نهائية، بصدور حكم تحكيمي ذي طابع دولي يتمتع بقوة الشئ المقضي فيه والذي هو قابل للتنفيذ في كل الدول المتعاقدة من خلال إجراءات الإعتراف بالحكم وتنفيذه، كأنه حكم صادر عن محكمة مختصة في الدولة التي يطلب منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه إذ يتوجب على كل دولة متعاقدة الإعتراف بأن الحكم الصادر عن محاكم المركز ملزم لها بمجرد إبراز نسخة من الحكم مصادقا عليه من قبل السكرتير العام للمركز، كما يجب على كل دولة متعاقدة تنفيذ الالتزامات المالية، التي فرضها الحكم التحكيمي.

غير أنّه نجد أن الاتفاقية بموجب المادة **55** منها تسمح للدّول الأطراف أن ترفض تنفيذ الحكم التحكيمي على أساس الإعتبارات المتعلقة بالسيادة، وقد يتحقق هذا الدّفع في بعض الأحوال، وقد نجد أنفسنا أمام حكم تحكيمي صحيح ومعترف به، ولكنه عمليا فهو يصبح معطّلا بسبب الإنصياع لقواعد التنفيذ في دولة التنفيذ، مما قد يؤدي بالدّول إلى استخدام هذا الدّفع للتهرب من التزاماتها التعاقدية.

كذلك يمكن الإعتراف للقضاء التحكيمي للمركز بالاستقلالية، من خلال نظام الطعن في حكم التحكيم الصادر عن المركز بحيث يحتفظ المحكمون بسلطة النظر في طلبات الطعن مثل طلب تفسير الحكم أو إعادة النّظر فيه، أما في حالة طلب إبطال الحكم التحكيمي فيقوم رئيس البنك الدّولي للإنشاء والتعمير بتعيين محكمة جديدة بهدف النّظر في طلب الإبطال، بذلك يكون نظام التحكيم في المركز نظاماً داخلياً يبتعد عن القوانين الوطنية للدّول المتعاقدة، فلا يتم الطّعن أمام محاكم الدّول المتعاقدة، وإنما تبدأ عملية التحكيم في المركز وتنتهي فيه.

وللوصول إلى الإجابة على الإشكالية، إخترنا في بحثنا التطرق كذلك إلى نظام التحكيم من خلال قواعد التحكيم اللجنة الأممية الكنودسي، من أجل تبيين سلطات المحكمين من خلالها والفرق الموجود مع نصوص الإتفاقية المنشئة للمركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار.

فمن خلال دراستنا تبين لنا الدّور الذي تلعبه سلطة التعيين ورقابة الأمين العام عليها، كذلك فإن إزدياد اللجوء للتحكيم في إطار هذه القواعد يعود لسببين أساسيين فمن جهة يتمتع الأطراف بحرية إختيار التحكيم طبقا لنصوص الكنودسي ومن جهة أخرى هو تمتّع القرار الصادر طبقا لقواعدها بالإلزامية المطلوبة في قرارات التحكيم وخضوعه عند التنفيذ الجبري إلى قواعد الإعتراف والتنفيذ حسب إتفاقية نويورك.

زيادة عن ذلك فهو إدراج نصوص الكنودسي في سنة **2013** إلى المادة الأولى منها فقرة رابعة تعترف بالطرق الجديدة للتراضي على التحكيم خصوصا الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار ما جعل اللّجوء إليها أسهل سواء للمستثمر الأجنبي الذي يجد نفسه محميا بالإتفاقية أو بالدّول المضيفة التي بإمكانها إحالة التحكيم على قواعد اللّجنة الأممية للكنودسي بموجب نص قانوني مدرج في الاتفاقية الخاصة بتشجيع الاستثمار.

كذلك فلاحظنا التشابه الكبير الموجود بين قواعد التحكيم طبقا للكنودسي وقواعد التحكيم طبقا لنصّ إتفاقية واشنطن، غير أنّه يكمن الإختلاف في بعض النقاط نذكر منها:

أ- تمتع نظام تحكيم المركز الدولي بتنظيم مؤسساتي في هياكله يسمح بمباشرة الدعوى التحكيمية فور تقديم طلب التحكيم عكس قواعد الكنودسي التي يستوجب فيها تدخل محكمة العدل الدولية في تعيين سلطة التسمية والتعيين التي ستدير العملية التحكيمية.

ب-يعين المحكمين الأمين العام للمركز الدّولي بينما تعيّن سلطة التسمية والتعيين المحكمين حسب قواعد الكنودسي.

جـ-الإختلاف في عملية إختيار القانون الواجب التطبيق.

د-يتمّ الإعتراف بقرارات التحكيم الصادرة عن المركز بموجب نصوص الإتفاقية أما القرارات الصادرة عن لجنة تحكيم الكنودسي فهي تتم بالإعتماد على أحكام اتفاقية نيويورك.

هـ- يتمّ الطعن في أحكام التحكيم بالمركز بصفة داخلية دون اللجوء إلى محاكم الدّول المتعاقدة، بينما تحيل قواعد اللّجنة الأممية للتحكيم تقديم الطعن إلى نصوص القانون الواجب التطبيق على النّزاع الذي يختار الجهات المختصة في النظر في الطعون.

غير أنّه النظامان سواء نظام تحكيم البنك الدّولي أو نظام تحكيم الكنودسي يحتفظان بنفس الهدف والمتمثل في تحقيق فعالية في عملية التسوية التحكيمية التي تتجلى من خلال الأحكام أو القرارات الصادرة عنها والتي رغم إلزاميتها فهي ترتكز على مدى إمكانية التنفيذ الجبري لها حفاظا على مصالح الأطراف في المنازعة التحكيمية وعلى المصالح العامة للإقتصاد الدّولي التي ترتكز على السرعة في تسوية النّزاعات وبذلك تحقيق عولمة حقيقية تسمح برفع وتيرة التبادلات الإقتصادية العالمية وزيادة في الاستثمارات الدّولية ويعدّ التحكيم في هذا الصّدد بمثابة المضلّة التي يحتمي بها المستثمر وهو بمثابة إمضاء عقد استثماره مع الدولة المستضيفة لاستثماره.

كذلك تصبح عقود الاستثمار الدولي محمية من المخاطر المختلفة سواء من جانب الدولة المضيفة للاستثمار أو من جانب المستثمر الأجنبي، ويحتفظ التحكيم بمكانته في تسوية المنازعات وإرجاع الأطراف إلى الحال الذي كانت عليه قبل نشوب النّزاع بينها حفاظا على العلاقات الجيّدة بين طرفي العقد للإستمرار في علاقتهم العقدية المتمثلة في تكريس عقد الاستثمار الدّولي، فحتى بعد إجراءات التنفيذ الجبري لقرارات التحكيم فعادة ما يعود ذلك بالفائدة على أطراف العقد فتسترجع الثقة التي كانت توجد بينهما من قبل وغالبا ما تزدهر العلاقة بينهما وتنشأ عنها استثمارات جديدة منتجة كل ذلك يثبت بفعالية التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار.

ويحتفظ المحكمون بمكانتهم الأساسية في سيرورة العملية التحكيمية وبحسن إدارتهم لسلطاتهم التي إكتسبوها من خلال قواعد التحكيم التي يعملون بها، وبإقامتهم العدل بين أطراف النّزاع سيتوصلون إلى أحكام تحكيمية في مستوى الثقة التي وضعت فيهم من أطراف النزاع والهيئة المحكمة التي قامت بتعيينهم.

بالنظر إلى ما تمّ إستخلاصه من دراسة سلطات المحكمين في إيطار تسوية منازعات عقود الاستثمار، نود تقديم مجموعة من التوصيات بشأن نزاعات الاستثمار الخاص الأجنبي آخذين في الإعتبار خصوصية موضوع النزاع وطبيعة أطرافه:

1- العمل على تفعيل طرق الصلح المتوفرة بين المستثمر الأجنبي والدول المستقبلة للاستثمار ذلك لتفادي وقوع نزاعات للاستثمار والوصول إلى تسوية ودية في حالة وجود خلاف.

2- تكوين المحكمين بطريقة جيدة في المجال القانوني لتسمح لهم بأداء مهامهم بصفة مثالية وإدارة العملية التحكيمية وتطوير التحكيم في مجال الاستثمار.

3- توحيد إجراءات التحكيم في حل جميع المنازعات وعلى وجه الخصوص إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبية، مما قد يساهم في تطور العملية التحكيمية الاستثمارية.

4- تضمين التشريعات الوطنية الناظمة للعملية الاستثمارية قدر الإمكان ما يحدد ماهية عقود الاستثمار الأجنبية أو الدولية لعدم الخلط ما بين عقود الدولة وعقود الاستثمار، بمعنى تحديد طبيعة الأطراف هذه العقود وموضوعها وصولا إلى تحديد طبيعة هذه العقود التي تنص على العقود الفاصلة بين كل من القانون الخاص والقانون العام.

5- ضرورة أن ينصب إهتمام قضاء تحكيم المركز الدولي، على تطوير التحكيم في مجال الاستثمار، أخذا في الإعتبار خصوصية النزاع ونتائجه على الأطراف، في هذا الإطار يجب على قضاء التحكيم تبني مواقف واقعية وعقلانية من خلال معاملة النزاعات المطروحة عليه معاملة قانونية ومهنية وفقا لروح ونصوص إتفاقية واشنطن، بهذا فقط يمكن ضمان حماية العلاقات الإقتصادية الدولية.

قائمة المراجع

أولا/ باللغة العربية :

أ/الكتب :

1- **المعجم الوسيط**، الجزء الأول، منشورات دار المعارف، 1980، مجمع اللغة العربية.

2- أحمد إبراهيم عبد التواب، **إتفاق التحكيم مفهومه –أركانه وشروطه- نطاقه، دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم 48-2011 بتاريخ 13 جانفي 2011 وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.س.ن.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2004.

4- ازاد شكور صالح، **الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية (دراسة مقارنة)**، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، د.س.ن.

5- إلياس ناصيف، **العقود الدولية، عقد البوتB.O.T في القانون المقارن**، الطبعة الأولى 2006، مكتبة الحلبي، بيروت، لبنان.

6- بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدّولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدّولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والأتفاقيات الدّولية والتشريعات الوطنية**، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، طبعة 2009.

7- بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.

8- جلال وفاء محمدين، **التحكيم تحت مظلّة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، دار الجامعية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1995.

9- جلال وفاء محمدين، **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

10- حسان نوفل، **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، دار هومة للنشر، الجزائر، د س ط.

11- حسن أحمد الجندي، **النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء إتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2005.
12- حفيظة السيد الحداد، **العقود المبرمة بين الدول الأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.
13- حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2004.
14- حسين الموجي، **دور الإتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي للاستثمارات الأجنبية الخاصة**، المركز العلمي للتصوير والطباعة، القاهرة، 1991.
15- خالد كمال عكاشة، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2014.
16- طارق فهمي الغنام، **التنظيم القانوني للمحكم (الشروط – الواجبات- الإلتزامات- المسؤولية) طبعة مزودة بأحدث التشريعات القانونية والأحكام القضائية والتحكيمية**، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، 2015.
17- طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدّولية الإقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008.
18- عادل محمد خير، **حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995.
19- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، **المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي**، دار النهضة العربية، 1990.
20- عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، **تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار**، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، طبعة 2014.
21- عبد الله عبد الكريم عبد الله، **ضمانات الاستثمار في الدّول العربية، دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدّولة مع الإشارة إلى منظمة التجارة الدّولية ودورها في هذا المجال**، مكتب دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2008.

22- عبد الحميد الأحدب، **التحكيم ووثائق تحكيمية**، د.د.ن، الجزء الرابع، طبعة 1990.
23- عثمان ناصر عثمان، **ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
24- عجة الجيلالي، **الكامل في القانون الجزائري للاستثمار**، دار الخلدونية، الجزائر، طبعة 2006.
25- عصمت عبد الله الشيخ، **التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
26- عليوش قربوع كمال، **التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005.
27- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر طبعة 2008.
28- علي إبراهيم، **العلاقات الدولية في وقت السلم**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
29- علي بركات، **الرقابة الدستورية على نصوص القانون**، دراسة تحليلية لموقف المحكمة الدستورية العليا من النصوص المنظمة للتحكيم، دار النهضة العربية 2003.
30- عمر هاشم محمد صدقة، **ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي**، دار الفكر العربي، الأسكندرية، مصر العربية، د.ع.ط، د.س.ط.
31- عمر صقر، **العولمة وقضايا إقتصادية معاصرة**، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.
32- عيد محمد القصاص، **حكم التحكيم**، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط2، 2008.
33- غسان رباح، **الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي)**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

34- فوزي سامي، **التحكيم التجاري الدّولي، (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدّولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية العربية مع الإشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية)**، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن، طبعة 2008.

35- قادري عبد العزيز، **الاستثمارات الدولية، (التحكيم التجاري الدّولي – ضمان الاستثمار)**، الجزء 1، دار هومة، الجزائر، 2004.

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

37- مناني فراح، **التحكيم طريق بديل لحلّ النزاعات (حسب أخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري)**، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010.

38- منى محمود مصطفى، **الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

39- مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، **التحكيم في منازعات الاستثمار الدّولي بين الدّولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي**، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، طبعة 2013.

40- محمد نور عبد الهادي شحاته، **النشأة الإتفاقية للسطات القضائية للمحكمين، نطاقها ومضمونها – دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ع.ط، د.س.ط.

41- وديان خالد عوده العبيدي، **التحكيم في منازعات الاستثمار، في ضوء أحكام مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار دراسة مقارنة**، المركز العربي للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2020.

ب/ الرسائل والمذكرات الجامعية :

رسائل الدكتوراه:

1- إقلولي محمد، **النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار"التجربة الجزائرية نموذجا"**، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2006-2007.

2- باسمة لطفي دباس، **شرط إتفاق التحكيم وأثاره**، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 2005.

3- بوسهوة نور الدين، **المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005.

4- حازم حسن عبد الحميد جمعة، **المشروعات الدولية العامة وقواعد مايتها في القانون الدولي**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر العربية، د. س.ن.

5- رفيقة قصوري، **النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النّامية**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخصر، باتنة، السنة الجامعية 2010-2011.

6- صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، **دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدّولي الخاص (دراسة مقارنة)**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر العربية، سنة 1999.

7- ضحى ابراهيم محمد صقر الزياني، **شرط التحكيم في العقود المدنية**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2003.

8- طه أحمد علي قاسم، **تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات**، رسالة دكتوراه، دار الجامعة للنشر، 2008.

9- عدلي محمد عبد الكريم، **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

10- عيبوط محند وعلي، **الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر**، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2006/2005.

11- عيساوي محمد، **فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر (على ضوء الاتفاقيات الدّولية للجزائر)**، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

12- علي رمضان علي بركات، **خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن**، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1996.

13- عطار نسيمة، **النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص: قانون عام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2017-2018.

14- فاضل حسن صالح الزهاوي، **المشروعات المشتركة وفقا لقوانين الاستثمار**، دون نشر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1984.

15- قبايلي الطيب، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن**، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 21 جوان 2012.

16- كعباش عبد الله، **مسؤولية الدّولة المضيفة تجاه أموال المستثمر الأجنبي**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2013.

17- معيفي عبد العزيز، **الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2015/06/24.

18- والي نادية، **النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.

19- يوسف عبد الهادي الأكيابي، **النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي لخاص**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر العربية، 1989.

مذكرات الماجستير:

1- حرزي لوناس, **دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع القانون الدولي للأعمال ,كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ,تيزي وزو، 2013.

2- حسيني يمينة، **تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2011/12/08.

3- حدادن الطاهر، **دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي**، رسالة لنيل شهادة ماجيستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2012/07/04.

4- صديقي بغداد، إتفاقية **التحكيم التجاري الدّولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2002.

5- فتح الله عوض بن خيال، **التحكيم في عقود الدولة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2002.

6- قبايلي الطيب، **نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدّولي لفض منازعات الاستثمار بين الدّولة ورعايا الدولة الأخرى**، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة المناقشة: 2001.

7- محمد بواط، **التحكيم في حل النزاعات الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008.

ج/ المقالات:

1- أبو العلا على أبو العلا النمر، **نظرة إنتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا**، مقال، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر العربية، العدد الثاني، يوليو 2002، ص 7.

2- العرباوي نبيل صالح، **إتفاق التحكيم**، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 15، 2016، من ص 361 إلى 371.
3- العرباوي نبيل صالح، **القانون الواجب التطبيق على المنازعات التحكيمية**، مقال منشور في مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، مجلد 18، العدد 01، مارس 2019، من ص 271 إلى 285.
4- بوالصلصال نور الدين، **التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد ونظام الكنودسي (دراسة مقارنة)**، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات الأنسانية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، العدد 10، 2015، من ص99 إلى 118.
5- سامي بلعابد، **إنعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري**، مقال منشور في مجلة الحوار الفكري، جامعة أحمد درايا، أدرار، المجلد 12، العدد 14، د س ن، من ص 113 إلى 150.
6- عبد الخالق الدحماني، **عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص** "**دراسة تحليلية** "، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المغرب، 2013، من ص 119 إلى 129.
7- عبد الحميد الأحدب، **قانون التحكيم الجديد**، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح والوساطة والتحكيم، 15 و16 جوان 2008، من ص 21 إلى 216.
8- عجابي إلياس، **النّظام القانوني للتحكيم التجاري الدّولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد**، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الأقتصادية والسياسية، العدد 2010/03، من ص 55 إلى 78.
9- عز الدين بوجلطي، **التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولي**، مقال منشور في مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 17/ العدد 27، السنة: 2021، من ص 247 إلى 266.
10-محمد يونس الصائغ، **أنماط عقود الاستثمارات النفطية في ظل القانون الدولي المالي**، مقال منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد 46، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010، من ص 190 إلى 247.

11- محمد عيساوي، **حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار أمام مطلب الشفافية**، مقال منشور في مجلة معارف الصادرة عن جامعة أكلي محند الحاج، البويرة، مجلد 10، العدد 18، من ص 105 إلى 121.

12- مروة جزيري، ميلود سلامي، **التحكيم التجاري الدولي كضمانة للمستثمر الأجنبي**، مقال منشور في مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 06، العدد 02(2021)، من ص 181 إلى 202.

13- يحي إكرام بدر، **مفهوم الاستثمار في المادة 25 من معاهدة واشنطن 1965**، مقال، المجلة الدولية للقانون، جامعة قطر، د.ع.ن، سنة 2014، من ص 1 إلى 18.

14- يحياوي سمية، **عقود الاستثمار الأجنبي**، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد الثاني عشر، العدد الرابع (ديسمبر 2019)، من ص 212 إلى 222.

15- يسعد حورية، **التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية**، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، عدد حجم 47 رقم 01، من ص 313 إلى 327.

د/ النصوص القانونية:

- **الإتفاقيات والمعاهدات:**

1- الإتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات، المنعقدة سنة 1965 بواشنطن، الصادرة بالجريدة الرسمية رقم 95/ 66 المؤرخة في 05 نوفمبر 1995.

2- الإتفاقية الجزائرية الإسبانية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 23 المؤرخة في 1995/04/26.

3- الإتفاقية الجزائرية الفرنسية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد1 المؤرخة في 1994/01/02.

4- الإتفاقية الجزائرية السوسرية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 97 المؤرخة في 1998/12/27.

5- **إتفاقية الجزائر مع فيدرالية روسيا المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 128/06 المؤرخ في 2006/04/03**، المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية وحكومة فيدرالية روسيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر في 2006/03/10، ج ر عدد 21 لسنة 2006.

6- **إتفاقية الجزائر مع سويسرا المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 235/05 المؤرخ في 2005/06/23**، المتضمن التصديق على إتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية والمجلس الفيدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع ببيرن في 2004/11/30، ج ر عدد 45 لسنة 2005.

7- **إتفاقية الجزائر مع البرتغال المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 192/05 المؤرخ في 2005/05/28**، المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بلشبونة في 2004/09/15، ج ر عدد 37 لسنة 2005.

8- **إتفاقية الجزائر مع السويد المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 431/04 المؤرخ في 2004/12/29**، المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 2003/02/15، جر عدد 84 لسنة 2004.

9- **إتفاقية الجزائر مع الدانمارك** المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 525/03 المؤرخ في 2003/12/30 المتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدانمارك حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع في الجزائر في 1999/01/25، ج ر عدد02 لسنة 2004.

10- **الأتفاق والبروتوكول الإضافي بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية وحكومة ألمانيا الإتحادية**، يتعلقان بتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، الموقعة بالجزائر في 11 مارس 1996، والمصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي 2000-280، المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2000، ج.ر عدد 58 الصادر بتاريخ 08 أكتوبر 2000.

- **النصوص التشريعية:**

1- **الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 01 جمادى الثانية 1422 الموافق لـ 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار** الصادر بالجريدة الرسمية العدد رقم 47 المؤرخة في 03 جمادى الثانية عام 1422 هـ الموافق لـ 22 أوت عام 2001 م.

2- **القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 المتضمن قانون الاستثمارات**، الجريدة الرسمية رقم 53 المؤرخة في 02 أوت 1963.

3- **الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمارات**، الجريدة الرسمية عدد رقم 80.

4- **الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975**، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم الصادر في الجريدة الرسمية عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975.

5- **المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار** المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 هـ الموافق لـ 05 أكتوبر سنة 1993م والصادر بالجريدة الرسمية عدد رقم 64 المؤرخة في 24 ربيع الثاني عام 1414 هـ الموافق لـ 10 أكتوبر سنة 1993.

6- **القانون 10/90 المؤرخ في 1990/04/14، المتعلق بالنقد والقرض**، ج ر عدد 16 لسنة 1990.

7- **القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008**، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في الجريدة الرسمية العدد 21.

هـ/الوثائق:

1- إتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي

Voir :file:///C:/Users/simtech/Downloads/Agreement_3968%20(1).pd

2- نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية والذي أصبح نافذا اعتبارا من أول يناير عام 1998. أنظر هذه القواعد منشورة بالإنجليزية على شبكة الأنترنت في الموقع:

http :www :jus.uio.no/lm/icc.arbitration.rules.1998/doc.html

3- **دليل الكنودسي** ، حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. مطبوعة صادرة عن مكتب الأمم المتحدة فيينا، 2013، ص 03.

ثانيا/النصوص القانونية الأجنبية:

1- **القانون 360 الجريدة الرسمية التونسية، العدد41**، الصادر بتاريخ 2001/08/18، ص 3553، والمعدل بموجب القانون 771، الصادر بتاريخ 2006/11/11، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 54، الصادرة بتاريخ 2006/11/11، ص 5732.

2- **قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري** رقم 13 الصادر بتاريخ 1968/05/09.

3- **القانون المدني المصري** رقم 131 الصادر بتاريخ 1948/07/29.

4- **نص قانون التحكيم المصري** رقم 27 لسنة 1994 في الجريدة الرسمية الصادرة في 21 أفريل 1993.

ثالثا/ القرارات القضائية الأجنبية:

1- نقض مدني في الطعن رقم 86، جلسة 2002/11/26، محكمة النقض الفرنسية.

2- حكم محكمة النقض الفرنسية في 4 يوليو سنة 1972 في القضية المعروفة باسم «Hecht» .

3- حكم محكمة إستئناف القاهرة دائرة (91) تجاري في الدعوى رقم 95 جلسة 2006/05/30.

4- حكم محكمة إستئناف باريس في 14 أكتوبر 1987.

5- محكمة إستئناف القاهرة الدائرة (91) تجاري في الدعويين 43، 89 جلسة 2006/05/30.

6- حكم محكمة إستئناف القاهرة الدائرة (91) تجاري في الدعوى 14 لسنة 133 ق تحكيم، جلسة 23 أفريل 2006.

7- نقض مدني في الطعن، رقم 86 – جلسة 2002/11/26، محكمة النقض المصرية.

رابعا/باللغة الفرنسية:

A-Ouvrages :

1- ANCEL Jean-pierre **« l'arbitrage international en France (Principe et systéme) » dans l'arbitrage, Archives et Philosofie du droit**, Tome 52, Dalloz, 2009.

2- ANCEL Jean-pierre **«L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », Travaux du comité français de droit international privé**, Edition Pedone, 1994.

3- DELAUME Georges, **Le centre international pour le règlement des différends relatives aux investissements,** JDI N°4, 1982.

4- GAILLARD Emmnuel, **Chronique des sentences arbitrales**, JDI N°1,1999.

5- GILLES Anne, **la définition de l'investissement international, collection droit international**, Bruxelles, Larcier, 2012.

6- HAROUN Medi, **le régime des investissements en algérie**, Litec, Paris, 2000.

7- LAVIEC Jean pierre, **protection et promotion des investissements, etude de droit international économique**, Graduate institue publications, Genève, Suisse, 1 ére édition 1985.

8- Mathias audit, Sylvain Bollé, Pierre Callé, **Droit du commerce international et des investissements étranger**, LGDJ, Letenso éditions, Issy-les-Moulineaux, France, édition 2016.

9- MANCIAUX Sébastien, **Investissement étrangers et arbitrage entre états et ressortissants d'autre Etats**, Litec, Paris 2004.

10- Ousmane Diallo, **Le consentement des parties à l'arbitrage international,** The graduate institute, institut de hautes études internationales et du développement, Geneva publications, suisse, 2010.

11- REUTER Paul, Réflexion sur la compétence du centre crée par la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre états et ressortissants d'autres états, in **« Investissements étrangers et arbitrage entre états et personnes privées »**, Pedons, Paris ; 1969.

B- Théses et mémoires :

Théses :

1- Abédjinan Sandrine Tanon Lopes, **le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI**, thése présentée pour obtenir le grade de docteur, Université de Bordeaux, France, 2016.

2- Ben Hamida Walid, **Larbitrage transnational unilatéral, Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique**, Thése de doctorat Univercité Panthéon-Assas (Paris II) , Paris, 2003.

3- Manijeh DANY ELMI, la **sentence arbitrale et le juge Etatique: approche comparative des systèmes français et Iranien**, thèse de doctorat, Université de PARIS Panthéon-Sorbonne, France, 2016.

C- Articles :

1- Bernandini (p),**the renegotiation of the investment Contracts, I C S I D Revus** F.I.L.J. Vol 13,N2,1998,pp 409-412.

2- Emmanuel Gaillard, **La jurisprudence du CIRDI**, Paris, Pedone, 2004.

3- H.Slim **« les contrats d'état et les spécificités des systémes juridiques dualistes »,** Revue ARB, 2003, p p 691-718.

4- Julien Fouret and Dany Khayat**, Centre international pour le téglement des différents relatifs aux investissements (C.I.R.D.I)**, Revue québécoise de droit international, Volume 17, Numéros1, 2004, pp 160 et s.

5- M.N Nchakou Mouansie, **la liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique**, the dactyl, Univercité de Cergy –pontoise, 1999 pp 121-135

6- W.Ben Hamida, **« les contrats BOT à l'heure du nouveaux droit des investissement interationaux »** in **les aspects nouveaux du droit des investissement – New Aspects of international Investment Law**, Ph Kahn et Th.Walde , Académie de droit international de la Haye, 2007, pp 275-308.

D- Décisions Cours de Cassation :

1- Cour de cassation, 1er Chambre Civile, du 04 Juillet 1972, France Revue crtitique du droit international Privé.

2- Cour de cassation, chambre civile1, du 20 décembre 1993, France, 91-16.828, publié au bulletin 1993, N°372

3- Cassation Civile, 1re, 20 décembre 1993, Dalico, Rev arb, 1994,P 116, note H.Gaudemet-Tallon.

4- Cassation Civile, 1re, 5 janvier 1999 ; Zanzi, Rev. Arb 1999, p 260, note Ph Fouchard.

5- Cassation Civile, 1re, 8 juillet 2009, Soerni, Rev arb 2009, p 2009, p 529, note D. Cohen.

E- Principales Décisions et Sentences CIRDI :

1- Affaire Fedax NV c/Venezuela, CIRDI n°ARB/96/3, décision sur la compétence du 11Juillet1997

Voir le cite Internet :
https://www.memoireonline.com/11/17/10178/m_La-qualification-d-investissement-au-regard-de-la-jurisprudence-arbitrale-internationale-entre-conc2.html

2- Salini Costruttori S.P.A et Italstrade S.P.A c. Royaume du Maroc, **Affaire N° ARB/00/4,Décision du 23 Juillet 2001 sur la compétence**, 129 J.D.I 196 (2002) (Original en Français) , Traduction en anglais dans 42.11.M 609 (2003) (CIRDI) (Salini).

3- (ARB/00/05), Décision sur la compétence du 27/09/2001.

4- **Affaire N° ARB/01/3**, décision sur la compétence du 14 Janvier 2004 (CIRDI), en ligne : Investment Traty Arbitration, http :ita.law.uvic.ca/documents/Enron-jurisdiction_000.pdf [Enron].

5- SGS Société Générale de Surveillance S.A.c Les Philippines, **AF CIRDI n° ARB/02/6**, Décision sur la compétence du 29 Janvier 2004 et déclaration du professeur Crivellaro, en ligne sur le site du CIRDI, également publiée au 19 Int 'l Arb. Rep.C1(Février 2004) SGS c. les philippines.

6- Décision sur la compétence du 06/08/2003, Société Générale de Surveillance c/République Islamique de Pakistan,JDI N°1,2004.

7- Ceskoslovenska Obchodni Banka .as Contre République slovaque, **Affaire N° ARB/97/4**, Décision du 24 mai 1999 sur la compétance, 14 ICSID Rev.- Foreign Inv't L.J 251, (CIRDI). En ligne :CIRDI (http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob_decision.pdf).

F-Autres Documents :

1- Annale Univercitaire des sciences sociales de toulouse,1995.

2- CNUDCI, **« Accord d'investissement, portée et définition »,** Nations Unies, New york et Genéve 2001.

3- Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé (2000). Disponible sur :http://www.unicitral.org.

4- **Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Lois pré-cité, **Champ d'application** Article Premier.

5- Rapport des administrateurs sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autre Etat, Doc/CIRDI, Para27.

6- **Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C. Libellé type de clause compromissoire.

7- **Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

8- **Texte de la convention sur le règlement des différents relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autre Etats** (CIRDI 1965) publié in JORA n° 95/66 du 05 novembre 1995.

9- **Texte de la convention portant création de l'AMGI** (1985) publié in M : JORA n°95/66 du 05 Novembre 1995.

خامسا/ باللغة الإنجليزية:

A-Ouvrages :

1- GAILLARD Emmnuel, Sauvage Jaune, **« Fouchard, Gaillrd, Goldman sur l'arbitrage commercial international »,** Kluwer Law International, 1999.

2- WOLFGANG Peter : **Arbitration and Renegotiation of international Investment Agreements** ; Kluwer law international, 1995, The Hague, London, England.

سادسا/مواقع الأنتيرنت:

1- https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/icsid-arbitration/ date de consultation :24/05/2021.

2- https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000023450909. date de consultation: 04/03/2022.

3- https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000023450946 date de consultation: 04/03/2022.

4- https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716 / تاريخ الإطلاع: 2021/03/16.

5- https://maraji3kanon.blogspot.com/2016/01/blog-post_95.html date de consultation: 25/05/2021.

6- https://www.trans-lex.org/261100/_/ad-hoc-award-of-january-14-1982-elf-aquitaine-iran-v-national-iranian-oil-company-yca-1986-at-97-102-et-seq/ date de consultation :23/04/2021.

7- http://www.arabic.aalco.int/ar/CRCICA تاريخ الإطلاع: 2021/01/27

الفهرس

مقدمة.....1

الباب الأول

الطبيعة الخاصة للتحكيم ضمن عقود الاستثمار الدولي

الفصل الأول:

عقود الاستثمار الدّولي الخاضعة للتسوية عن طريق التحكيم

المبحث الأول: العقود التي تبرمها الدولة مع الطرف الأجنبي. 10
المطلب الأول: المفهوم العام لعقد الاستثمار الأجنبي: 11
الفرع الأول: مفهوم الاستثمار 12
أولا : المفهوم اللّغوي 12
ثانيا: المفهوم الإصطلاحي 12
الفرع الثاني: الأشكال القانونية للاستثمار الأجنبي 28
أولا: الاستثمار الأجنبي غير المباشر 28
ثانيا: الاستثمار الأجنبي المباشر 29
المطلب الثاني: تمييز عقود الاستثمار الدّولي عن العقود الأخرى المشابهة.....31
الفرع الأول: الدولة كطرف في إبرام عقود مع الطرف الأجنبي.....31
أولا: عقود الاستثمار الدّولي والعقود الإدارية الدولية:.....33
ثانيا: عقود الاستثمار الدولي وعقود القرض الحكومي الدولي. 38
الفرع الثاني: ماهية عقود الاستثمار الدّولي 41
أولا: المفهوم القانوني لعقود الاستثمار الدّولي.....44
ثانيا: نشأة عقد الاستثمار الدولي 47
ثالثا: الطبيعة القانونية لعقد الدولة.....49
رابعا: تكوين عقد الدولة للاستثمار.....52
خامسا: النماذج المختلفة لعقود الاستثمار 57
المبحث الثاني: القواعد المقيدة للمحكمين في تمييز عقود الاستثمار الدّولي. 63
المطلب الأول: القواعد المقيدة للمحكمين في إطار الأتفاقيات الثنائية. 63

الفرع الأول: رجوع المحكمين إلى الاتفاقيات الثنائية.....64
أولا: بالرجوع إلى قوائم التحديد الشامل. 65
ثانيا: بالإحالة على التشريع الداخلي للدّولة المضيفة. 66
الفرع الثاني: رجوع المحكمين لمعايير خاصة بالاستثمار 70
أولا: معيار المساهمة.....71
ثانيا: معيار الزمن 72
ثالثا: معيار المخاطرة. 72
رابعا: معيار التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.....73
المطلب الثاني: القواعد المقيدة للمحكمين في إطار التحكيم المؤسساتي. 74
الفرع الأول: رجوع المحكمين إلى قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.CIRDI 75
أولا: بالرجوع إلى إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية ومنازعات الاستثمارCIRDI 75
ثانيا: بالرجوع إلى اجتهاد المركز الدولي لتسوية ومنازعات الاستثمارCIRDI 77
الفرع الثاني: تطبيقات لنص المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن 78
أولا: قضية Enron corporation et Ponderosa Assets , LP ضد جمهورية الأرجنتين...78
ثانيا: قضية الشركة العامة للمراقبة SGS ضد الفيليبين().....80

الفصل الثاني:

القيود الناشئة عن لجوء المستثمر الأجنبي لاتفاقية التحكيم ضمن عقد الاستثمار الدولي.

المبحث الأول: نطاق اللّلجوء إلى التحكيم بالنسبة لطرفي عقد الاستثمار.....83
المطلب الأول: مبررات اللجوء إلى التحكيم الّدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار 84
الفرع الأول: الحوافز المرتبطة بطبيعة المنازعة 84
أولا : مزايا التحكيم التي ترتبط بالطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار.....85
ثانيا: تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم.....88
الفرع الثاني: التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار. 90
المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها لتصريح الأطراف المتعاقدة بالإرادة في التحكيم.....92
الفرع الأول: الشروط العضوية (أطراف النزاع) 92

أولا: طبيعة الأشخاص الأطراف في المنازعة. 93
ثانيا: تراضي الأطراف على التحكيم 109
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بطبيعة النّزاع 113
أولا: وجود نزاع قانوني. 113
ثانيا : وجود رابطة مباشرة بين النزاع القانوني والاستثمار.....115
المطلب الثالث: طبيعة المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الدّولي. 117
الفرع الأول: المنازعات الناتجة عن التغيير في شروط التعاقد. 117
أولا : تأثير أحداث القوة القاهرة في عقد الاستثمار 118
ثانيا : المنازعات الناجمة عن الظروف الطارئة في عقد الاستثمار الدّولي.....122
الفرع الثاني: المنازعات الناتجة عن الإجراءات التي تتخذها الدّولة المضيفة للاستثمار 129
أولا : النزاع الناشىء نتيجة التغيير التشريعي الذي قامت به الدّولة المضيفة.....129
ثانيا : النزاع الناشىء نتيجة إستيلاء الدّولة المضيفة على الاستثمارات الأجنبية بإجراء إنفرادي....134
المبحث الثاني: اتفاقية التحكيم كأساس لبدئ إجراءت التحكيم وطبيعة منازعات الاستثمار. 140
المطلب الأول: اتفاقية التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار.....141
الفرع الأول: اتفاقية التحكيم في مختلف التشريعات.....141
أولا: في الإتفاقيات المتعدّدة الأطراف. 141
ثانيا: في الإتفاقيات الثنائية 143
ثالثا: في التشريع الجزائري.....143
الفرع الثاني: إثبات اللجوء إلى إتفاقية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار. 144
أولا : حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم (خاص أو مؤسساتي) 144
ثانياّ: عوامل إختيار المحكمين في منازعات عقود الاستثمار 149
ثالثا: الإلتزام بسرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.....150
رابعا: الشروط اللاّزم توافرها في إتفاقية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار: 151
المطلب الثاني: حدود سلطات المحكم في إطار إتفاقية التحكيم. 157
الفرع الأول: تعريف إتفاقية التحكيم.....158

أولا : إتفاقية التحكيم وسلطة المحكم 158
ثانيا : شرط وإتفاق التحكيم 161
ثالثا : إستقلالية إتفاقية التحكيم 165
رابعا : تشكل اتفاق التحكيم.....170
خامسا : أثار إتفاقية التحكيم على سلطة المحكم.....175
الفرع الثاني: حدود سلطات المحكم فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق.....181
أولا : حدود سلطات المحكم في تطبيق القانون الواجب تطبيقه على إجراءات التحكيم.....181
ثانيا: حدود سلطات المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع 188

الباب الثاني

سلطات المحكمين في إطار مباشرة الدعوى التحكيمية

الفصل الأول:

الإطار القانوني والتنظيمي للتحكيم

المبحث الأول: آليات التحكيم الدّاخلي والتحكيم الدّولي في إطار مراكز التحكيم. 198
المطلب الأول: سلطات المحكمين وإجراءات التحكيم في إطار التشريع الجزائري.....199
الفرع الأول: سلطات المحكمين ضمن الإجراءات الأولية للتحكيم في إطار التشريع أثناء سريان الخصومة.....200
أولا: المحكمة المساعدة للتحكيم.....200
ثانيا: كيفية تعيين المحكمين. 203
ثالثا: إمكانية وكيفية ردّ المحكمين.....204
الفرع الثاني: سلطات المحكمين طبقا لإجراءات التحكيم في إطار التشريع الجزائري عند صدور حكم التحكيم. 206
أولا: شروط صدور حكم التحكيم. 206
ثانيا: القانون الواجب التطبيق.....208
الفرع الثالث: الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها وطرق الطعن فيها. 209
أولا: الاعتراف بالأحكام التحكيمية 209

ثانيا– تنفيذ الأحكام التحكيمية:.....211
ثالثا: الطعن في الأحكام التحكيمية.....213
المطلب الثاني: النظام القانوني للتحكيم الدولي في تسوية منازعات عقود الاستثمار.....220
الفرع الأول: دور الاتفاقيات الدّولية في تسوية منازعات عقود الاستثمار. 221
أولا: اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965: 222
ثانيا: القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدّولي (الكنودسي) CNUDCI. 1966. 224
ثالثا: إتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدّول العربية والمواطنين العرب.1974 225
الفرع الثاني: دور المراكز الدّولية في تسوية منازعات عقود الاستثمار.....225
أولا: المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار«C.I.R.D.I» : 226
ثانيا : محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدّولية في باريس ICC: 227
ثالثا: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدّولي «CRCICA »: 229
المبحث الثاني: اللجوء للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الدولي. 230
المطلب الأول: أليات التحكيم في مجال الاستثمار الدولي.....231
الفرع الأول: خصوصيات التحكيم في مجال الاستثمار الدولي.....231
أولا: اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية.....231
ثانيا: ظهور التراضي المنفصل 235
الفرع الثاني: اللجوء للتحكيم على أساس إتفاقية التحكيم. 236
أولا– إختصاص هيئة التحكيم 237
ثانيا– القانون الواجب التطبيق 238
الفرع الثالث: اللجوء إلى التحكيم على أساس عرض عمومي للتحكيم. 239
الفرع الرابع: اللجوء إلى التحكيم على أساس القانون الوطني للدولة المضيفة.....249
أولا: العرض العمومي للتحكيم بالوسائل التشريعية.....249
ثانيا: اختصاص التحكيم 250

المطلب الثاني: الإشكالات الخاصة بالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار.....251
الفرع الأول: الإشكالات الناجمة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم. 251
أولا: التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها الكافية على اللجوء إلى التحكيم 252
ثانيا: التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم.....259
الفرع الثاني: الإشكالات الناجمة عن تمسك الدولة بحصانتها 260
أولا: الحصانة ضد القضاء 261
ثانيا: الحصانة ضد التنفيذ.....264

الفصل الثاني:

سلطات المحكمين ضمن قواعد مراكز التحكيم الدّولي دراسة مقارنة بين المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI وهيئة تحكيم(الكنودسي)CNUDCI

المبحث الأول: التحكيم وفقا للمركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI 267
المطلب الأول: الوضعية العضوية للمركز واختصاصاته. 268
الفرع الأول: التشكيلة العضوية للمركز 269
أولا: تشكيلة المجلس الإداري: 269
ثانيا: تشكيلة الأمانة العامة أو السكرتارية 272
ثالثا: هيئة المحكمين والموفقين. 275
الفرع الثاني: الأختلاف الموجود في الوضعية العضوية مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي276
أولا: منشأ الكنودسي والعضوية فيه(الجمعية العامة).....276
ثانيا: العضوية في الكنودسي. 277
ثالثا: الكنودسي (اللجنة).....278
رابعا: الأفرقة العاملة. 278
خامسا: برنامج عمل الأمانة العامة: 279
سادسا: المراكز الأقليمية. 280
سابعا: الكنودسي كهيئة تشريعية، رقابية ثم تحكيمية.....280
المطلب الثاني: شروط إنعقاد إختصاص المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار 285

الفرع الأول: الإختصاص الموضوعي للمركز 285
أولا: أن يكون النّزاع قانونياً. 286
ثانيا: أن يكون النّزاع ناشئ عن استثمار 288
الفرع الثاني: الإختصاص الشخصي للمركز 291
أولا: أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة: 292
ثانيا: أن يكون الطرف الأخر مواطنا لدولة أخرى متعاقدة 296
الفرع الثالث: الإختصاص الرضائي للمركز:.....299
أولا: حالة التراضي الثنائي.....300
ثانيا: التراضي عن طريق نص تشريعي للدولة المضيفة للاستثمار.....302
ثالثا: التراضي عن طريق إتفاقية متعددة الأطراف.....303
رابعا: التراضي عن طريق الإتفاقية الثنائية. 303
الفرع الرابع: إختصاص التحكيم وفقا لقواعد تحكيم الكنودسي. 304
المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة في التحكيم أمام المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار. 304
المطلب الأول: الإجراءات الأولية لرفع دعوى التحكيم أمام المركز أو قبل صدور حكم التحكيم....305
الفرع الأول: إخطار المركز بدعوى التحكيم:.....306
أولا: تقديم العريضة ومضمونها. 306
ثانيا: فحص العريضة وتسجيلها. 307
ثالثا: دفع المصاريف القضائية.....308
الفرع الثاني: تشكيل محكمة التحكيم وإختيار المحكمين:.....308
أولا: تشكيلة محكمة التحكيم. 308
ثانيا: استبدال وردّ المحكمين.....311
الفرع الثالث: سلطة المحكمين في إختيار القانون الواجب التطبيق 312
أولا: مدى سلطة المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم. 312
ثانيا: مدى سلطة المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع.....314
المطلب الثاني: الاختلاف في الإجراءات الأولية لدعوى التحكيم مع هيئة تحكيم (الكنودسي).....321

الفرع الأول: تشكيلة هيئة تحكيم الكنودسي 322
أولا: دور سلطة التسمية والتعيين في تشكيل المحكمة التحكيمية 323
ثانيا: عدد المحكمين 325
ثالثا: تعيين المحكيمن. 326
رابعا: أسباب ردّ المحكم وإجراءاتها. 328
خامسا: إستبدال المحكمين.....330
سادسا: حول استبعاد المسؤولية للمحكم 331
الفرع الثاني: في إتخاذ التدابير المؤقتة والأوامر الأولية.....331
أولا: شروط إصدارها. 333
ثانيا: القواعد الخاصة بها. 333
ثالثا: الأحكام المنطبقة عليها. 334
الفرع الثالث: سير إجراءات التحكيم 334
أولا: بيان الأدعاء وبيان الدفوع. 335
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع. 338
المطلب الثالث: سلطات المحكمين ما بعد صدور حكم التحكيم.....339
الفرع الأول: سلطات المحكمين في إصدار حكم التحكيم: 339
أولا: إعداد حكم التحكيم. 339
ثانيا: شكل ومضمون حكم التحكيم. 340
ثالثا: خصائص حكم التحكيم. 341
الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم التحكيم حسب قواعد المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار 342
أولا: طلب تصحيح الحكم 342
ثانيا:طلب تفسير الحكم.....343
ثالثا: طلب إعادة النظر في الحكم. 344
رابعا: طلب إلغاء الحكم. 346
الفرع الثالث: الإعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه: 349

أولا: القواعد الإجرائية للإعتراف وتنفيذ الحكم 350
ثانيا– الجهة المختصة بالاعتراف بالحكم وتنفيذه.....352
ثالثا: المشاكل التي قد تعترض تنفيذ الحكم.....355
الفرع الرابع: قواعد الإجراءات النهائية لهيئة تحكيم الكنودسي 361
أولا: إصدار قرار التحكيم.....361
ثانيا: كيفية إنتهاء إجراءات التحكيم. 363
ثالثا: تفسير وتصحيح قرار التحكيم 364
رابعا: تنفيذ قرار التحكيم والإعتراف به 365
خامسا: الطعن في قرار التحكيم.....366
سادسا: نحو معاملة موحدة لجميع قرارات التحكيم بغض النظر عن بلد المنشأ.....367
خاتمــة.....368
قائمة المراجع 377
الفهرس 395

ملخص

يعتبر الاستثمار أداة مهمة بالنسبة للدّول لجلب رؤوس الأموال وغالبا ما تبرم عقود الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة للاستثمار، وبالرغم من الإنتشار الواسع للاستثمار الدولي نجد أن الكثير من المستثمرين الأجانب يواجهون عقبات غير متوقعة مما يثير العديد من المنازعات بين المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار، ويعتبر اللجوء للتحكيم هو الحل الأمثل بدل من اللجوء لقضاء الدولة المتعاقدة لما قد يثيره من ريبة وشك لدى المستثمر، من تحيز القضاة في هذه الدولة لمصلحتها وكذلك الأمر بالنسبة للجوء إلى قضاء الدولة التي يتبع لها المستثمر.

يتكفل المحكمون بتسوية منازعات عقود الاستثمار ويتمتعون بسلطات عديدة سواءا في إطار التحكيم الخاص أو التحكيم المؤسساتي.

Résumé

L'investissement est un important outil pour les pays pour attirer des capitaux, et les contrats d'investissement sont souvent conclus entre l'investisseur étranger et le pays d'accueil. Malgré la large diffusion de l'investissement international, nous constatons que de nombreux investisseurs étrangers font face à des obstacles inattendus, ce qui soulève de nombreux différends entre les investisseurs et les pays d'accueil. L'arbitrage est considéré être la meilleure solution au lieu de recourir aux tribunaux de l'État contractant en raison de la méfiance et la suspicion que cela pourraient susciter chez l'investisseur, relativement à la partialité des juges de cet État dans son intérêt, et de même pour le recours à la justice de l'État dont dépend l'investisseur.

Les arbitres sont chargés de régler les litiges relatifs aux contrats d'investissement et disposent de nombreux pouvoirs, que ce soit dans le cadre d'un arbitrage privé ou d'un arbitrage institutionnel.