التحكيم دون اتفاق بين الرضائية والإلزامية على ضوء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

Arbitration without agreement between consensual and bligatory in the light of the International Center for Settlement of Investment Disputes

طالب الدكتوراه/ عبد الكريم بوخالفة
جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر
boukhalfa5596@yahoo.com

تاريخ الاستلام: 2017/12/27 تاريخ القبول للنشر: 2018/05/22

❖❖❖❖❖❖❖

ملخّص:

اتجه المركز الدولي الى التوسع في تفسير نص المادة 25 من الاتفاقية، حيث امتدت لتقرير اختصاصها في نظر القضايا بوجود نص يشير إلى تحكيم المركز إما في تشريع وطني أو في اتفاقية دولية سواء متعددة الأطراف أو ثنائية، وذلك إذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى طلب التحكيم أمام المركز، مما أصبح معه المركز أكثر استخداما من ضمن خدمات التي يقدمها، ومع تزايد عدد كبير من تلك الأشكال من الموافقة إلى تحكيم المركز ظهر شكل القبول المتبادل الى حيز الوجود، والذي يمثل شكلا جديدا خارج عن المفاهيم التعاقدية للتحكيم، مما أطلق على هذه الظاهرة بالتحكيم بدون اتفاق.

الكلمات المفتاحية: عقد الاستثمار؛ المركز الدولي؛ اتفاقيات الاستثمار؛ تحكيم بدون صيغة الإرادة؛ التحكيم الدولي.

Abstract:

The International Center proceeded to expand the interpreting of the content of Article 25 of the Convention, extending its competence related to the cases to the existence of a text referring to arbitration of the Center either in national legislation or in an international agreement, whether multilateral or bilateral. If the foreign investor resorted to an arbitration in front of the Center, which became the most used by its provided services, and with the increase in a huge number of these forms of consent to the arbitration of the Center, the mutual acceptance has appeared, which represents a new form rather than the contractual concepts of arbitration, which called this phenomenon arbitration without agreement

key words: *Arbitration without privity; Investment contract; international arbitration; Will.*

مقدّمة:

إن القواعد الراسخة في التحكيم أنه في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي أخره حكم، إلا أن أهم عنصر من العناصر الثلاثة يتمثل في الاتفاق، وتكمن أهميته في كون هذا أن اتفاق الأطراف على اللجوء الى التحكيم يشكل المحرك الذي يستند عليه نظام التحكيم والخطورة الأولى في سبيل إعمال قواعد التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء في تسوية المنازعات الاستثمارية، ولقيام هذا الاتفاق وجب أن يتوفر الرضا باللجوء إلى التحكيم، أي تقابل إرادة طرفي هذا الاتفاق على اتخاذه كوسيلة لفض المنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ مستقبلا بينهما.

لذلك فإن لجوء الاطراف إلى التحكيم لا يفترض، بل لابد من وجود الدليل عليه، لأن الاتفاق على التحكيم يشكل خروجا على الأصل العام في التقاضي العام في الدولة الحديثة، فكان لابّد من التعبير عنه صراحة باعتباره نظاما استثنائيا، وعليه أوجب أن يتم تخصيص نظام التحكيم بالذكر في الاتفاق عليه من قبل الأطراف المحتكمين، أو الإحالة عليه بوجه خاص.

لعل هذه القاعدة تجد مصدرها في الاتفاقيات الدولية، من بينها اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي أنشا سنة 1965 مختصا بفض المنازعات الاستثمار ما بين الدول ورعايا الدول المتعاقدة، فقد نصت المادة 25 من الاتفاقية عل أنه يمتد الاختصاص القانوني للمركز على أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة من استثمار بين دولة المتعاقدة وبين شخص تابع لدولة أخرى وبشرط أن يوافق طرف النزاع كتابة على تقديمها للمركز، بمعنى أنه لا يكفي للدولة الطرف في العقد أن تكون عضوا في الاتفاقية وأن يكون المستثمر من رعايا دول أخرى عضو في الاتفاقية بل يجب أن يكون هناك موافقة كتابية إضافية من كل الدول المتعاقدة، حيث يعد هذين الشرطين أساسين لاختصاص المركز الدولي ،وهذه السمة الرضائية والتي تتجسد في صورة شرط التحكيم الذي يرد ضمن بنود عقد الاستثمار، أو في صورة عقد تحكيم يتخذ شكل اتفاق مكتوب مستقل عن العقد الأصلي.

ولكن ما لوحظ في السنوات الأخيرة اتجاه المركز الدولي إلى التوسع في تفسير نص المادة 25 من الاتفاقية، حيث امتدت لتقرير اختصاصها في نظر القضايا بوجود نص يشير على تحكيم المركز إما في تشريع وطني أو في اتفاقية دولية سواء متعددة الأطراف أو ثنائية، وذلك إذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى طلب التحكيم أمام المركز، مما أصبح معه المركز أكثر استخداما من ضمن خدمات التي يقدمها ،ومع تزايد عدد كبير من تلك الأشكال من الموافقة إلى تحكيم المركز، ظهر شكل القبول المتبادل إلى حيز الوجود، والذي يمثل شكلا جديدا خارج عن المفاهيم التعاقدية للتحكيم، مما أطلق على هذه الظاهرة بالتحكيم بدون اتفاق ."Arbitration withoutprivity"" أو التحكيم الإلزامي الدولي.

وعليه ونظرا لأهمية هذا الموضوع الغير المألوف في نظام التحكيم، أوجب التساؤل عن مدى سلامة توجه المركز من خلال إقرار اختصاصه في تسوية منازعات الاستثمار بدون اتفاق تحكيم؟، ومدى جدية الأسباب التي يتبناها؟

وللإجابة على الإشكالية السابقة الذكر ارتأينا إلى تقسيم بحثنا الى مبحثين الأول، نتناول في المبحث الأول دراسة كيفية التحرر من قيود الإرادة في اللجوء إلى تحكيم المركز، أما في المبحث الثاني فنتطرق فيه إلى موقف التشريعات من ظاهرة التحكيم بدون اتفاق.

المبحث الأول

التحرّر من قيود الإرادة في اللجوء إلى تحكيم المركز

نجد تصور العدالة التحكيمية المتحررة من الصيغة الشكلية، اتفاقية لتبادل الرضا بالتحكيم مصداقه في ما أصبح يسمى في مجال منازعات الاستثمار الدولية بالتحكيم بدون اتفاقية التحكيم، أو بالأحرى "بدون صيغة"، وهو ما يتعلق بما ألت إليه تطبيقات مركز "CIRDI"، أي البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي تنظمة اتفاقيه واشنطن لسنة 1965 والجزائر مصادقة على هذه اتفاقيه واشنطن بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995،

لقد أصبحت الدولة المضيفة للاستثمار في ظل النظام التحكيمي تجر إلى التحكيم بدون إرادتها إذا وجدت اتفاقيه التحكيم كأساس مباشر لولاية المركز التحكيميّة، حتى أصبحت من خلال التطبيقات الحديثة لنظامه تنعقد بأحد الوجهين، إذ تأرجحت بين شكل تأهيل مباشر (المطلب الأول)، وتأهيل غير مباشر (المطلب الثاني)

المطلب الأول: التأهيل المباشر

تشترط المادة 25 من اتفاقيه واشنطن لانعقاد الاختصاص التحكيمي لمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وجود اتفاق خاص بالتحكيم يأخذ شكل شرط تحكيمي سابق أو اتفاق تحكيمي لاحق يوثّق رضا الدولة والمستثمر معا باللجوء إلى تحكيم المركز في نزاع معين ومحدّد[1]، حيث جاء فيها ما يلي "... ويوافق طرفا النزاع كتابة....."[2]، وأن يثبت في ذلك الاتفاق قبل تعهد الهيئة التحكيمية، لكن هذه الصيغة المباشرة للتأهيل فإنها تقوم بدون اتفاق خاص وفقا لما أشرنا إليه في نص المادة 25 من اتفاقيه واشنطن.

وقد حصل الخروج عن شرط[3] الاتفاق المسبق بصيغتين، تتجسد الأولى من خلال تحليل "الاتفاق الخاص" وعدم اشتراط أن يكون مدرجا في وثيقة موحدة، أي قبول أن يكون الإيجاب في وثيقة والقبول في وثيقة أخرى، وعدم اشتراط صيغة عقدية معينة للإيجاب أو للقبول فقد يحصل قبول الدولة بالتحكيم في اتفاقيه لحماية الاستثمار أو في عقد الاستثمار نفسه[4].

بينما تقوم الصيغة الثانية على افتراض قبول الدولة المضيفة بتحكيم المركز من مجرد مصادقتها على اتفاقيه واشنطن التي أنشأته أو من إمضائها اتفاقيه ثنائية ولحماية الاستثمار، أو حتى بموجب إصدارها نصّا تشريعيا يجيز الدولة باللجوء الى تحكيم المركز[5].

في هذا السياق يذهب بعض الفقه الى تفسير هذه الصيغة بنظرية القبول المفتوح، بمعنى أن الدولة التي تصادق على اتفاقيه واشنطن أو تمضي اتفاقا ثنائيا لحماية الاستثمار أو تصدر قانونا يجيز لها

اللجوء إلى التحكيم تكون قد أعطت قبولا مستمرا ومفتوحا بعرض ما ينشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي من نزاع على تحكيم المركز كلّما طلب هذا الأخير عرض النزاع عليه، وهو ما رأى فيه البعض قبولا لرضى الدولة، في حين اعتبره البعض الآخر افتراضا لرضى وهمي، أمّا الشق الثالث فوجد فيه اقتضاء كلّيا لرضا الدولة في تحكيم أحادي الجانب يمثل قضاء دولياً مكتمل الولاية[6].

وقد أثار هذا الوجه للولاية التحكيمية لمركز "CIRDI"، تزاحما في الاختصاص بين قضاء الدولة المعين بشرط التحكيمي الخاص المدرج بعقد الاستثمار وقضاء المركز، وتضارب فقه القضاء التحكيمي لمركز "CIRDI" حول هذا التنازع بين ثلاثة مواقف[7]، الأول يقر علوية وأفضلية ولايته التحكيمية على أساس معاهدات حماية الاستثمار على ولاية محاكم الدولة المضيفة للاستثمار، والثاني يعطي الأفضلية للاختصاص المسند لقضاء الدولة على أساس عقد الاستثمار، أمّا الثالث فيميّز بين الدعاوى المؤسسة على اتفاقيه دوليّة الاستثمار، والتي تكون من اختصاص المركز والدعاوى المؤسسة على الالتزامات التعاقدية أي على عقد الاستثمار والتّي تعطي فيها الأولوية لقضاء الدولة المعيّن بالشّرط التعاقدي الخاص[8].

لكن في بعض الحالات إذا كانت الولاية التحكيمية المستندة إلى عقد الولاية غير مباشرة إذ تفترض شرطا تحكيميا يعطي الاختصاص للمركز، فإن ولايته المستندة إلى التزامات الدولة القانونية الدولية المتعلقة بحماية المستثمر التي أصبحت ولاية مباشرة دون سند تعاقدي[9].

المطلب الثاني: التأهيل الغير مباشر

ينعقد اختصاص المركز التحكيمي في هذه الصورة على أساس اتفاقيه تحكيم لكنّه تّم التوسّع فيه ليشمل نزاعات لم تكن في الأصل داخلة في مناط ولاية المركز الذي رسمت له اتفاقيه واشنطن، فقد فرض تطّور مفهوم التجارة الدولية مّد اختصاصه ليشمل تلك النزاعات .

وحصل هذا الامتداد من خلال التوسع في تقدير مفهوم الاستثمار من جهة وفي مفهوم الطرف في الاستثمار من جهة اخرى، فأما في شأن توسيع مفهوم الاستثمار، فإن اتفاقيه واشنطن التي لم تعرف هذا المصطلح، تركت الباب مفتوح للاتفاقيات الثنائية والإقليمية ثمّ لفقه القضاء التحكيمي للمركز قصد ملائمته تطبيقات هذا المفهوم مع تطوّر مقتضيات التجارة الدولية فلم تقف تطبيقاته عند الاستثمار المالي أو حتى عند المعاملات التجارية الدولية العادية[10]، وإنما امتدت إلى كل الأصناف المشاريع الاقتصادية بما فيها الصفقات العمومية التي كانت إلى تاريخ قريب خارجة عن إطار مدلول عقود الاستثمار والتجارة الدولية وراجعة بالاختصاص إلى قضاء الدولة[11]. الذي هو القضاء الإداري في النظم الأخذة بازدواجية القضاء، وهكذا أصبح الاختصاص التحكيمي للمركز يشمل كلا العلاقات القانونية والاقتصادية بين الدولة ومستثمر أجنبي ما، بقطع النظر عن صيغة أو إطار إنجازها.

أما فيما يخص مدلول الدولة المضيفة للاستثمار، فهو يشمل بصريح احكام المادة 25 من اتفاقيه واشنطن الدّولة وتفرّعاتها السياسية والإدارية، وقد طبّق هذا المفهوم على المقاطعات في الدول الفدرالية وكما في قضية الأرجنتين السابق الذكر.

وفي نفس السياق ذهبت هيئة التحكيم في سابقة شركة "متلكاد" ضد دولة المكسيك الاتحادية رقم 01/97 حيث قضت بأن دولة المكسيك تعدّ مسؤولة عن تصرفات إحدى ولايتها شمال أمريكا للتجارة الحرة المعروف بـ NAFTA وبالخصوص في نص المادة 1105 التي تلزم كل دولة متعاقدة بتوفير الضمانات والحماية الكاملة والمعاملة العادلة للمستثمر[12].

ويرى الفقه الحديث في هذه التطبيقات التحررية لتحكيم المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار ما بين الدول ومواطني الدول الأخرى نوعا جديدا من التحكيم يخرجه عن طبيعته الاتفاقية التقليدية الى طبيعة أحادية عبر دولية وفوق دولية، ويخرجه عن دوره التقليدي وهو الرقابة على احترام الالتزامات العقدية للأطراف ليسند له دورا جديدا مغاير تماما وهو السهر على مدى احترام الدول لالتزاماتها الدولية تجاه المستثمر الأجنبي[13].

لكن مهما بلغ تحرير التحكيم أو تحرره من الاتفاق المسبق في شكل شرط ما بين الأطراف في عقد الاستثمار، فإن الأصل يبقى التأهيل الشكلي أي المستند إلى اتفاقيه التحكيم شرطا كانت أم مشارطة أياً كانت صيغتها، لذلك ولكي تتعزز استقلالية التحكيم وتتسع سلطات المحكم حتى يستفرغ ولايته على كامل عناصر النزاع التحكيمي[14]، لابد في غياب التأهيل القانوني المباشر من تحصين سند تأهيل المحكم غير المباشر.

المطلب الثالث: التطبيقات القضائية للتحكيم بدون اتفاق

تعتبر سابقة شركة "فيفندي" الفرنسية ضد دولة الأرجنتين في حق إحدى مقاطعاتها وهي مقاطعة توكومان الصادر فيها حكم تحكيمي بتاريخ 21 نوفمبر 2000، والتي موضوعها طلب إلزامها بأن تؤدي للشركة الفرنسية وفرعها بالأرجنتين تعويضا قدره ثلاثمائة مليون دولار، فردت دولة الأرجنتين بعدم اختصاص المركز لأنها لم تمض اتفاقيه تحكيم خصوصية على معنى المادة 25 من اتفاقيه واشنطن، لكنّ هيئة التحكيم ميّزت بين النزاعات المستندة الى الالتزامات القانونية الدولية والتي ينعقد الاختصاص بها للمركز مباشرة "دون صيغة"، ومن بين النّزاعات المستندة الى التزامات عقدية المستمدة من عقد الاستثمار والتي لا ينعقد الاختصاص بها إلا بموجب "صيغة"[15].

وقد أقرت تبعا لذلك اختصاصها على أساس إخلال دولة الأرجنتين بالتزاماتها الدولية المأخوذة من اتفاقيه واشنطن ومن الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار الممضاة بينهما و بين دولة فرنسا سنة 1991، رغم تأكيدها في نفس قرارها بعدم تدخل دولة الأرجنتين في اتفاق الاستثمار الذي أعطى بنده الثّامن الخيار للمستثمرين بين اللجوء الى قضاء دولة الأرجنتين أو الى تحكيم المركز أو الى تحكيم حر[16].

وفي نفس السياق نجد كذلك سابقة شركة "ساليني" الإيطاليّة ضد دولة المغرب والمتعلقة بمشروع إقامة الشركة الإيطالية طريقا سيارا بالمغرب وكان محل الدعوى التحكيمية لدى مركز CIRDI بطلب من المستثمر الإيطالي على أساس اتفاقيه حماية الاستثمار، والتي تعطيه خيار اللجوء الى التحكيم بما في ذلك تحكيم المركز[17]، في حين تمسكت الدولة المغربية بنص في عقد الاستثمار الذي أسند الاختصاص للقضاء المغربي، لكن هيئة التحكيم أصدرت حكمها بتاريخ 23 جويلية 2001 وأعطت الغلبة

للمحاكم للاختصاص المباشر للمركز، معتبرة أن شرط إسناد الاختصاص للمحاكم الوطنية لا يحجب الاختصاص التّحكيمي لمركز CIRDI، مؤكدة في نفس الوقت الخيار المفتوح للمستثمر ولم تعتمد مبدأ الفصل بين الدّعويين وبين الأساسين العقدي والاتفاقي الدّولي، ولا مبدأ الفصل بين الاختصاصين الذين كرّستهما سابقة فيندي أنفرسال لسنة 2000 السابقة الذكر.

بالإضافة الى السابقتين نجد كذلك سابقة الشركة العامة للمراقبة الخفية ضد دولة باكستان الإسلامية الصادر حكمها في 06 أوت 2003، ومثلها سابقة SGS ضدّ دولة الفلبين الصادر حكمها في 2004/01/29، ففي هذين السّابقتين عاد فقه القضاء التحكيمي لمركز CIRDI الى اجتهاده في سابقة فيندي مستعيرا للمبادئ التي كرسها بمناسبتها وهي[18]:

- حماية ازدواجية الدّعوى بين عقد الاستثمار ودعوى اتفاقيه الاستثمار
- مبدأ ازدواجية الاختصاص، أي اختصاص القضاء المحليّ بنظر الأولى، واختصاص هيئات التحكيم للمركز بالمرة الثانية
- مبدأ الفصل بين الأساسين العقدي والاتفاقي في إقامة مسؤولية الدولة وعدم تلازم بينهما.

وهكذا خالفت هاتان السابقتان فقه قضاء هيئة التحكيم في سابقة ساليني، لكنهما رجّحنا الحل التوفيق الذي لقي إقبال كبير من قبل الفقه[19].

المبحث الثاني

موقف التشريعات من ظاهرة التحكيم بدون اتفاق

لقد سبق أن تطرقنا لحجج هيئات تحكيم لمركز في قبولها الاختصاص بنظر النزاع بدون اتفاق تحكيمي والمعبرة عن الإدارة المنفردة من جانب المستثمر عند لجوئه الى تحكيم المركز، وذلك اعتماد على نصوص تشريعها الوطني او الاستثمار ذاتها مع المبادئ الأساسية في التحكيم الدولي، ونظرا لخطورة هذه الظاهرة والتي تشكل تهميشها للرضا في التحكيم اوجب تشخيصها على مستوى التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية (المطلب الأول) وعلى أن نختم بدور صياغة العقود في تنظيم اللجوء إلى التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف التشريعات الوطنية والدولية من الظاهرة

لما كان التحكيم يعتبر احد مقتضيات التجارة الدولية ويشيع على نمو التجارة الدولية وازدهارها فقد عالجت مسألة صحة اتفاق التحكيم ومن بينها المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 1443 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي لسنة 1980 على انه يجب ان يكون شرط التحكيم مكتوبا في العقد أو في أي مستند يحيل اليه وإلا كان التحكيم باطلا . "كما اوجبت على أن تكون مشارطة التحكيم ثابتة بالكتابة وذات التوجه ذهب القانون المصري لسنة 1994 في المادة 12 حين أشترط لصحة اتفاق التحكيم أن يكون مكتوبا والا كان باطلا ...."

وكذا ما اتجه إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1008 فقرة الأولى منها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلة أوفي الوثيقة التي تستند إليها" وعليه فإن المشرع الجزائري اعتبرا إجبارية كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي[20].

وفي نفس السياق اشترط القانون الإنجليزي الكتابة كشرط لإثبات التحكيم وليس شرطا لصحته في المادة 7 من القانون التحكيم الإنجليزي عندما نص ما يلي: " اتفاق التحكيم هو اتفاق مكتوب، ويشمل الاتفاقية الضمنية عن طريق تبادل الخطابات أو البرقيات لإخضاع المنازعات التي نشأت بين الطرفين او مستنشأ مستقبلا للتحكيم وبالتالي فالقانون الإنجليزي أبدى مرونة كبيرة في تحديد المقصود بشرط التحكيم فلم يشترط شكلا معينا لاتفاق التحكيم وقد سار على نهجة المشرع المغربي في القانون 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية[21].

وكذا حذو قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري وخصوصا مقتضيات المادة 7 الفقرة الثانية من حيث جاء الفصل 313 من ق م .م ليعرض بتفصيل إلى عنصر الكتابة في اتفاق التحكيم على النحو الآتي " يعتبر اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في وسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو البرقيات أو أيّ وسيلة أخرى من وسائل الاتصال والتي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده أو حتى بتبادل مذكرات الطرف الأخر[22]، في ذلك يعد في حكم اتفاق التحكيم المبرم كتابة كل إحالة في عقد مكتوب على أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية وإلى وثيقة اخرى تتضمن شرطا تحكيما إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا لشرط جزاء من العقد[23]، مما يتعين أن القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية وكذا لوائح التحكيم قد اشترطت أن يكون الاتفاق مكتوبا وإن اختلفت حول شكلية الكتابة، حيث ذهب بعض التشريعات إلى أنّ الكتابة شرط اثبات وليس شرط صحة وبعضها أقر بالكتابة كشرط من شروط صحته[24].كل هذا محاولة من جانب التشريعات من أجل الحد ووضع شكلية صارمة لاتفاق التحكيم، هدفه غلق الباب أمام التحكيم بدون اتفاق والتذكير بأن الحكم هو إجراء استثنائي والتشبث بوجود الرضا.

وبالتالي فإن اللجوء إلى التحكيم لا بد أن يتم النص عليه صراحة سواء في العقد المبرم ما بين الطرفين أو في وثيقة لاحقة على هذا العقد وهو ما أكدته مقدمة اتفاقيه واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في 18 مارس 1965 والتي تتضمن قواعد تؤكد الحاجة إلى وجود عقد تحكيمي حيث تشير إلا أنه " تقديرا لضرورة التعاون الدولي المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى التي يطرح ما نشب بينهم من منازعات على قضاء التحكيم إذا ما أرادو ذلك، ولا بد من توافر رضا الطرفين المشترط على عرض هذه المنازعات على قضاء التحكيم مع ملاحظة أنّ الدول الموقعة على هذه الاتفاقية لا تعتبر بمجرد التصديق عليها أو إقرارها أو قبولها ملزمة بعرض أي نزاع على التحكيم[25].

المطلب الثاني: دور صياغة العقود في تنظيم اللجوء إلى التحكيم

من المسائل الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها التحكيم منح الأطراف الحرية في إبرام الاتفاق التي يريدون عليه بالرغم من اجتهاد الغرف الدولية والمحاكم التحكيمية في وضع عدد من شروط التحكيم النموذجية فإن شرط التحكيم يبقى اختياريا من الأطراف المتعاملين في مجال التجارة الدولية ولما كانت البنود التعاقدية تلعب دورا محوريا في تجنب الخلافات في شتى النقط القانونية أو الواقعية، كما انها تطبق بأولوية على الاتفاقيات الدولية بل وبالأحرى على القانون الداخلي مالم يتعلق الأمر بحالات جعلتها القوانين والاتفاقيات من النظام العام ورتبت على مخالفتها ببطلان آثار البنود التعاقدية كان من المستحب استخدام الألفاظ التي من شأنها التدليل على رغبة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم ومنه تسمية المحكمين او طريقة الاختيار أو تحديد المحكمة التحكيمية أو الغرفة الدولية التي سيتم اللجوء إليها والقواعد القانونية الواجبة التطبيق، بحيث لا تدع مجال للشك والريبة والتناقض في اتفاق التحكيم، وذلك تفاديا للتفسير الموسع لاتفاق التحكيم والحد من ظاهرة التحكيم بدون اتفاق[26].

ومن بين الحلول التي يمكن للأطراف إعمالها في إبرام اتفاق التحكيم من أجل تعديل تصحيح الاتفاق المبرم بينهم وأن يستثنى الطرفان في مجال الاستثمار بعض المنازعات من القابلية للتحكيم أمام المركز الدولي بواشنطن أو إدخال بعض المنازعات التي ليس لها اتصال وثيق بمفهوم الاستثمار نظرا لترابطها بمعاملتهم الأصلية ولعل هذا يجد سنده في ما نصت عليه المادة 26 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 حول أخذ بنود العقد بعين الاعتبار من قبل المحكمة التحكيمية حيث "أقرت أن موافقة الطرفين على التحكيم طبق لهذه الاتفاقية تعني اتفاقهما على استبعاد سائر سبل حل النزاع الأخرى، إلا إذا نص على غير ذلك ويجوز للدولة المتعاقدة أن تطلب استنفاذ سبل حل النزاع المحلية الإدارية او القضائية كشرط على التحكيم[27].

وعليه فإن التدقيق في صياغة البنود التعاقدية يبقى أمراً مطلوبا بحيث يجب أن يعهد بذلك إلى مستشارين قانونيين وخبراء متخصصين في المجال المتعاقد بشأنه، كما يكون من الضروري على الدولة توخي الحذر في صياغة تشريعاتها وكذا الاتفاقيات التي تبرمها، وذلك بأن تشترط أن تكون الموافقة صريحة ومحددة من الدولة لكي تتم الإحالة إلى التحكيم بموجب قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كما يجب تحديد مفاهيمها بدقة خاصة في مجال الاستثمار من أجل الحد من هذه الظاهرة الغير مألوفة.

خاتمة:

في ختام دراستنا لهذا الموضوع استنتجنا أن الدور الحيوي والفاعل في مجال العلاقات الدولية يتوقف على تحديد هيئات التحكيم لاختصاصها الشخصي والموضوعي، والرضائي بشكل يتفق مع ما حددته نص المادة 25 من اتفاقيه واشنطن ومع الأهداف المتوخاة من إنشاء هذا المركز.

وتوصلنا بعد دراستنا وتحليلنا إلى ما جاء نص في المادة 25 من الاتفاقية واستنادا الى الأعمال التحضيرية، وما استقر عليه اجتهاد هيئات التحكيم وعلى اعتبار مجرد إدراج نص قانوني يشير الى تحكيم المركز الدولي سواء في قانون الاستثمار في الدول المضيفة أو في اتفاقيات الاستثمار الثنائية أو متعددة

الأطراف موافقة الدولة على اللجوء الى تحكيم المركز، دون اشتراط وجود اتفاق مباشر بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي كما تتطلّبه القواعد العامة التي جاءت بها في نصوص بعض التشريعات التي أشرنا إليها سابقاً.

بالإضافة إلى أنه ينعقد اختصاص المركز بشكل تلقائي وعلى أساس التحكيم بدون صيغة الذي رغم الانتقادات الموجه إلى هذه الظاهرة من قبل التشريعات التي أشارت أنه لا يستطيع اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي إلا باتفاق مكتوب فإن هذا الأمر يعتبر بمثابة الخروج عن قيود الإرادة وبذلك فإن المستثمر الأجنبي بمجرد نشوب نزاع بين وبين الدولة المضيفة وكانت الدولة مصادقة على هذه الأخيرة فإنه من حقه اللجوء الى تحكيم المركز وتعتبر هذه الظاهرة كضمانة وضعتها اتفاقيه واشنطن بالنسبة للمستثمرين وللشركات الدولية العاملة في ميدان العقود النفطية وإن صح التعبير فإننا نستطيع القول أن اتفاقيه واشنطن جاءت لحماية المستثمرين الأجانب الذين يعتبر جلهم من الدول المتقدمة.

وفي الأخير خلصنا من خلال معالجتنا للموضوع الى بعض التوصيات، نجملها فيما يلي:

- ضرورة صياغة شرط التحكيم بإحكام لأنه يعتبر من المسائل الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها التحكيم.
- ضرورة اعتماد الدقة والوضوح أثناء صياغة شرط التحكيم وتجنب ترك الثغرات التي تتسبب فيما بعد في قيام المنازعات بين الأطراف، على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.، سيما مع ظهور الإشكاليات المطروحة بخصوص تحكيم بدون صيغة.
- إجراء تعديلات تشريعية وخاصة في التشريع الجزائري حتى لا نقع في هذه الظاهرة ونصبح منجرين الى تحكيم المركز دون النص عليه كألية لتسوية المنازعات، ويجب توضيح ذلك في اتفاقيات الاستثمار التي تبرمها الدولة في هذا المجال.
- ضرورة التزام هيئات المركز الدولي بالنصوص الحرفية لاتفاقية واشنطن وتجنب التفسيرات الموسعة بهدف جلب الاختصاص للمركز.

الهوامش:

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لينان، 2008، ص 248.

(2) راجع في هذا السياق نص المادة 25 من اتفاقيه واشنطن لسنة 1965.

(3) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 251.

(4) القرعان عامر صالح، مدى تقيد المركز الدولي واشنطن باختصاصه في تسوية منازعات الاستثمار، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير بكلية الحقوق والعلوم السياسية، الأردن، 2016، ص153.

(5) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 350.

(6) Ben Hmida, L'arbitrage Transnational unilatéral, thase paris;2003, p26.

(7) مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار دار وائل للنشر الأردن، 2013، ص130و131.

(8) نور الدين قارة، الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية في المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، أعمال الملتقى حول مجلة القانون الدولي الخاص الذي نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائي لوزارة العدل يوم 12 مارس 1999، منشورات المركز، 2000، ص 65.

(9) باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014، ص 318.

(10) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 213.

(11) الحسن، رفاد معين محمد، مدى كفاية قواعد التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في التشريع الأردني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، بكلية الحقوق، عمان، الأردن 2015، ص 54.

(12) قرار ARB*97/1 Metalacd corporation .v. The United Mexican State.

(13) Paulsson Arbitrage without privitiy, ICSID Review 1995, p 251.

(14) عاطف شهاب، إتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر،2002 ، ص 7

(15) الحسين السالمي، المرجع السابق، 337.

(16) Compania de agua del Aconquija Sa, et, Compagnie générale des eaux Claimants. V Argentinerepublic. Case n ARB97/3,pup www.worldbank.org/ICSID/case/awardes.

(17) علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 291.

(18) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 251.

(19) Stern Briqitte, L'entreé de la ociété civile dans L'arbitrage entre eEtats et investisseurs, rev arb,2002, p 239.

(20) أنظر نص المادة 1008 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج .ر، عدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008

(21) طه احمد علي قاسم، تسوية منازعات الدولية الاقتصادية، دراسة تأصيلية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008،ص 340.

(22) مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر،2001، ص 59 و 60 .

(23) مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، دار الفكر الجامعي، مصر، 1988، ص 598.

(24) هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2011، ص 236.

(25) مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 134.

(26) إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر ، 1998، ص 105.

(27) فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص 242.