رضا الأطراف في إسناد الاختصاص للتحكيم لفض منازعات عقود الاستثمار

Satisfaction of the parties in giving arbitration jurisdiction for the settlement of investment contract disputes

طالب الدكتوراه/ رضوان ربعية*
جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر
m.robaiaredouane@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2017/12/26 تاريخ القبول للنشر: 2018/05/21

❖❖❖❖❖❖❖

ملخّص:

تعد القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها التحكيم بصفة عامة هي اتفاق الأطراف، فالتحكيم هو صنع الاتفاق. هذا الأخير لا يستوي وجوده بدون تراض بين أطرافه كمتطلب لإسناد الاختصاص للتحكيم بالنظر في النزاع، فإذا تخلف ركن الرضا امتنع القول بوجود اتفاق تحكيمي وبالضرورة بطل القول بصحة القرار التحكيمي، لذا وجب أن يكون الرضا صادرا عن إرادة سليمة معبر عنها صراحة يقترن فيها الإيجاب مع القبول وصادرة من ذي أهلية.

لكن في السنوات الأخيرة أصبحت متطلبات ركن الرضا أكثر سهولة من ذي قبل، خاصة في منازعات عقود الاستثمار،أين أصبح ركن الرضا يستنتج بإسناد الرضا بالتحكيم إلى اتفاقية دولية بين دولة المستثمر والدولة المضيفة أو إلى تشريع وطني للدولة المضيفة أين يتضمن شرط اللجوء إلى التحكيم وهو ما يسمى التحكيم بدون اتفاق.

الكلمات المفتاحية: اتفاق التحكيم؛ الرضا؛ الإرادة؛ منازعات عقود الاستثمار؛ تحكيم بدون اتفاق.

Abstract:

The basic rule on which arbitration is generally based is the agreement of the parties, Arbitration is made by agreement, this one does not exists without the consent of the parties, as a necessity to attribute competence to arbitration considering disputes if there is not the element of agreement we cannot say that there is arbitral decision ,So agreement must be derived from a good will frankly expressed in this one positive is blend to acceptation by a qualified person .

However in the last years ,the requirements of the satisfaction element have become easier than before, especially in the contracts investment disputes when the element of satisfaction results from the attribution of satisfaction with arbitration to an international convention between the state of the investor and the host state or to a national legislation of the host state when it includes the condition of using arbitration so called arbitration without agreement.

key words: arbitration; agreement; consensual; will; investment ;disputes arbitration without agreement.

* عضو مخبر إشكاليات التحول الاقتصادي والاجتماعي والقانوني والسياسي بالجزائر، جامعة ورقلة.

مقدّمة:

يعد اتفاق التحكيم هو الأساس الذي يستند عليه اختصاص هيئات التحكيم كطريق استثنائي لفض منازعات عقود الاستثمار دون الطريق العادي المتمثل في القضاء الوطني إذ نجد أنه المبدأ الذي يضفي الشرعية على اختصاص نظام التحكيم، سواء وقع هذا الاتفاق على كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بين الأطراف بمناسبة علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، كما يستوي أن يتم الاتفاق على التحكيم داخل الدولة أو خارجها، وعليه يختلف قضاء التحكيم عن القضاء الوطني في كون هذا الأخير يجد أساسه القانوني في ما سطره له المشرع، أين يملك سلطة الإجبار إزاء أطراف النزاع لممارسة الوظيفة القضائية،بينما اللجوء إلى التحكيم جاء كضمانة إجرائية لتشجيع استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية كما يكون اختياريا من الأصل وسنده القانوني هو اتفاق الطرفين بمعنى أنه يقوم على رضا الأطراف واتفاقهم.

وباعتبار اتفاق التحكيم شأنه شأن أي عقد يجب أن يتوفر فيه التراضي كركن أساسي لقيامه، أين يتكون التراضي من إرادتين على الأقل فإذا تلاقت إرادة المتعاقدين بتبادل الإيجاب والقبول في اللجوء إلى التحكيم فإن التراضي يكون قد تم ويكون العقد أو الاتفاق قد انعقد لكن إذا انتفت هذه الإرادة كان العقد باطلا، أما إذا كانت الإرادة صادرة عمن يملكها ولكنها معيبة بعيب من عيوب الرضا كالغلط والإكراه والتدليس فإن العقد يكون قابلا للإبطال[1].

لكن يثير موضوع الرضا بالتحكيم إشكاليات قانونية متعددة أكثر من هذه الأخيرة مع انتشار استعمال ظاهرة التحكيم الأحادي الجانب أو التحكيم بدون اتفاق خاص أين يستند الرضا بالتحكيم فيه على توقيع الدولة على اتفاقية دولية للاستثمار تتضمن آلية اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بتسوية المنازعات أو عندما يشير إليه القانون الوطني للاستثمار كآلية فيرتب على ذلك أن تجد الدولة نفسها مقحمة في منازعة تحكيمية دون اتفاق تحكيمي مباشر يخص العلاقة القانونية محل النزاع، كما نحصي أنه في السنوات الأخيرة نجد أن جل القضايا التحكيمية المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، ترتكز على الاتفاقيات الثنائية للاستثمار حيث تتضمن هذه الاتفاقيات عرضا بالرضا بالتحكيم وينعقد الرضا بمجرد قبول وتوقيع الدولة على الاتفاقية، وبالنسبة للمستثمر الأجنبي فبمجرد إقدامه على الاستثمار في إقليم الدولة الموقعة على اتفاقية الاستثمار الثنائية مع دولته يعد أيضا قد رضي بالتحكيم غير المباشر[2]، بمعنى أن المحكمة التحكيمية كثيرا ما تعترف باختصاصها على أساس وجود ضمني بين الدولة التي أعلنت في قوانينها الوطنية أو بمقتضى اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف إرادتها المفتوحة في اللجوء التحكيم بعد نشوء نزاع بينهم، في هذا السياق تثير هذه الدراسة إشكالية مفادها ما هي ضوابط وحدود تراضي الأطراف في إسناد

الاختصاص لهيئات التحكيم في حسم منازعات عقود الاستثمار؟ للإجابة على هذه الاشكالية اقتضت منا معالجتها الخطة التالية وفق المنهج التحليلي الوصفي:

المبحث الأول: ضوابط ركن الرضا في إسناد الاختصاص للتحكيم لفض منازعات عقود الاستثمار

المبحث الثاني: توسع مفهوم الرضا باللجوء للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار

المبحث الأول

ضوابط ركن الرضا في إسناد الاختصاص للتحكيم لفض منازعات عقود الاستثمار

يقصد بالتراضي تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفق عليه[3].باعتبار أن التحكيم يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، والمعنى أنه إذا تعلق الأمر بشرط التحكيم يكون تطابق الإرادتين ضمن شروط العقد الأصلي أما اذا تعلق الأمر بمشارطة تحكيم فيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق وليس مجرد شرط وارد في العقد أو العلاقة الأصلية[4].

فإرادة المتعاقدين والتعبير عنها وتلاقي إيجاب أحدها بقبول الآخر هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق، وتشكيل هيئة التحكيم، وسلطاتها، وإجراءات التحكيم ككل وعلى ذلك متى تخلف الرضا امتنع القول بوجود اتفاقية التحكيم وبالضرورة امتنع القول بصحة القرار التحكيمي[5]،كما أن الرضا لا بد أن يكون صادرا من شخص تتوفر فيه الأهلية اللازمة لإبرامه من هذا المنطلق سنبين الضوابط التي تحكم ركن الرضا لإسناد الاختصاص للتحكيم في فض منازعات الاستثمار فيما يلي:

1- وجود الإرادة والتعبير عنها:

وجد لفظ الإرادة ليخدم مجالات تخصصية كثيرة، ويكون مفهومها مقرونا بما يدرس في التخصص ويسعى إلى إبرازه فيها، وبالتالي فالإرادة في القانون يقصد بها أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو قادم عليه وينتهي إليه بقصده[6]، كما تعد محور الارتكاز في تكوين الرضا لذلك اهتم فقه القانون بمصطلح الإرادة كمنشئ للتصرفات القانونية فهي مجموعة من القوى التي تكوّن الشخصية وبعد ذلك تثبت هذه الارادة ذاتها وتؤكد أغراضها ودوافعها فيكون التصرف القانوني هو الملجأ الأمين للإرادة وفي نطاقه تسود مصالح الأفراد بمعنى أن ما يهم القانون من الإرادة هو أن تكون إرادة قانونية تتصف بالجدية وتتجه إلى إحداث أثر قانوني يلزم صاحبها إلزاما قانونيا، أما الإرادة التي لا تتجه إلى أحداث أثر قانوني فليست بإرادة معتبرة قانونا[7].

وعليه لكي يوجد التراضي في اتفاق التحكيم لابد من وجود إرادة صحيحة لدى كل طرف من أطراف العقد واتجاههما –الإرادة- إلى اختيار التحكيم كطريق لتسوية المنازعة بدلا عن القضاء الوطني وأن تقصد هذه الإرادة إحداث أثر قانوني يقصد صاحبها الارتباط بأمر معين على سبيل الجبر والإلزام، والذي تكفله السلطة العامة ويشترط لوجود هذه الإرادة أن تكون جدية غير هازلة، حقيقية غير صورية، وأن تتجه لإحداث أثر قانوني يتمثل في مفاضلة طريق التحكيم على القضاء الوطني بخصوص فض منازعة معينة[8].

فلإرادة تتجه إلى اختيار نظام التحكيم بديلا عن القضاء الوطني في فض المنازعة، لكن هذه الأخيرة لا تكفي لتوفر التراضي في اتفاق التحكيم؛ إذ لابد أن تخرج من أطرافها إلى العالم الخارجي بمعنى التعبير عن الإرادة و هو الإعلان عن القصد الذي يتجه إلى إحداث أثر قانوني سواء كان الإعلان إيجابا أو قبولا أو إرادة منفردة، أو غير ذلك.

والجدير بالذكر أنه ليس هناك مظهر خارجي يتحتم أن يتخذه التعبير عن الإرادة؛ إذ القاعدة في التعبير أنه لا يخضع لشكل ما وهذا مقتضى مبدأ الرضائية فالمتعاقد يفصح عن إرادته بالوسيلة التي تحلو له، ولا يهم بعد ذلك نوع هذه الوسيلة ما دامت أنها تعبر عن الإرادة وبالتالي قد يكون التعبير عن الإرادة صريحا كما أنه قد يكون ضمنيا[9]، وهذا ما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا" إذا يكون التعبير الصريح هو الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة أي بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الأشخاص، أما التعبير الضمني هو الذي ينبئ عن الإرادة بطريقة غير مباشرة أي بوسيلة لا تتفق والمألوف بين الناس في الكشف عن الإرادة لكن يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال[10].

لكن بالرجوع الى نص المادتين 1008و 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المشرع على غرار الاتفاقيات الدولية يشترط تحت طائلة البطلان أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، بمعنى أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة فيما يتعلق بالتحكيم فالتحكيم من المسائل المهمة التي يجدر على المتعاقدين التنبه لها وإدراك ما هم مقبلون عليه حتى يتم اتخاذ قرارهم بتروٍّ وتفكير وفهم وبالتالي صدورها عن إرادة صريحة وواضحة[11].

إن اشتراط الكتابة في الاتفاق على تسوية النزاع عن طريق التحكيم كتعبير عن الإرادة راجع لاعتبارات الحماية القانونية لخطورة الأثر الجوهري المترتب في تحقق التبادل من القضاء إلى التحكيم، وحتى يتم التفادي قدر الإمكان من احتجاج أحد الأطراف بالتحكيم.

ويقتضي كذلك أن تكون الإرادة حرة خالية من أي عيب يشوبها والتي من شأنها أن ترتب جملة من الأثار، وتتمثل عيوب الإرادة في الإكراه؛ وهو أبرز العيوب التي يمكن أن يعترض لها المحتكم كالشعور بالرهبة والخوف للاتفاق على التحكيم وليس مقرونا فقط في التهديد، أما الغلط فحيث يكون أحد الأطراف على غير بينة من أمره ويتوهم غير الواقع، والتدليس هو حيث يتم إيقاع المتعاقد في غلط بطريقة احتيالية، والاستغلال حين يستغل أحد الأطراف القوية الطرف الضعيف للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة للطرف الأخر أو تتفاوت بشكل كبير.

2- تلاقي الإرادتين واقترانهما:

لا يكفي انعقاد اتفاق التحكيم بوجود الإرادة والتعبير عنها بل يجب زيادة على ذلك أن يعلن كل طرف تعبيره للطرف الأخر لكي يعلم به ويدركه ويقصد بذلك اقتران الإيجاب بقبول مطابق له، إذ يلزم لإبرام اتفاق

التحكيم أن يصدر التعبير عن الارادة متمثلة في إيجاب من أحد الأطراف يتضمن تصريحا باللجوء إلى التحكيم ويلزم أن يصدر تعبير يقابله من الطرف الأخر وهو القبول بذلك وأن تكون هاتان الإرادتان مقترنتين فلا يكفي تبادل التعبيرين لكي يوجد تراضٍ بل يجب أن يندمج التعبيران لتتكون منهما إرادة واحد تسمى الإرادة المشتركة أو النية المشتركة في اللجوء إلى اختيار نظام التحكيم كبديل عن القضاء الوطني للفصل في النزاع المطروح[12].

ويقصد بالإيجاب ذلك التعبير البات عن إرادة شخص يعرض على الأخر التعاقد معه، أين يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به[13]، وعليه يشترط لصحة الايجاب في اتفاق التحكيم أن يكون باتا ونهائيا جازما على الرغبة في اللجوء إلى التحكيم وإسناد الفصل بالنزاع إلى هيئة التحكيم وعزل القضاء الوطني، مع تعيين النزاع في الاتفاق التحكيمي المستقل عن العقد (مشارطة) عكس الشرط أو البند المدرج في العقد أين تنصرف فيه إرادة الطرفين إلى كافة المنازعات المستقبلية وأما غير ذلك من إجراءات التحكيم في تشكيل الهيئة والآجال والقواعد الموضوعية لا تعد قاعدة جوهرية في الايجاب رغم وجوبها[14].

ويقصد بالقبول التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، ويجب أن يقترن القبول مع الايجاب بنفس الخصائص وصفات هذا الأخير في الصراحة والوضوح في اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ذلك لأن اتفاق التحكيم يعتبر استثناء وخروجا عن الأصل في التقاضي وفي اعتبار القضاء الوطني هو المختص وفقا لمبدأ الإقليمية وكذا سلطة من سلطاته.

كما يشترط لصحة القبول في اتفاق التحكيم أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب فإذا كانت هناك مدة محددة للإيجاب فإنه يجب أن يصدر القبول خلال هذا الأجل، فإذا صدر القبول متأخرا فإنه لا يترتب انعقاد الاتفاق التحكيمي وإنما يمكن اعتباره إيجابا جديدا[15].

والجدير بالذكر أن موضوع تلاقي الإيجاب بالقبول واقترانهما عند حضور المتعاقدين أصالة أو وكالة لا يثير أي إشكال لكون الاتفاق يكون مباشرا في وثيقة مكتوبة تتضمن شرط التحكيم في العقد الأصلي أو اتفاقا مستقلا عن العقد (مشارطة) أو إحالة إلى عقد معين يتضمن بندا تحكيميا، أين يتحقق التراضي بالتحكيم في نفس الزمان والمكان ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، لكن الإشكال يثار عند حالة التعاقد في حالة الغياب عن طريق المراسلة أو بإحدى وسائل الاتصال الحديثة التي تقرها التشريعات الوطنية التي تجيز هذا النوع من التعبير على الاتفاق التحكيمي إذ بالرجوع إلى قانون الاجراءات المدنية الجزائري نجد أن المادة 1040 فقرة 2 تنص على أنه "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة" وهذا تعبير صريح على أنه يمكن الاتفاق على التحكيم عن طريق البرقيات والخطابات والبريد الالكتروني وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة ذات الطابع التوثيقي، ويلتقي الايجاب مع القبول في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به والرد عليه، ويعتبر الاتفاق التحكيمي قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول[16]، وهنا يقتضي التمييز بين حالتين[17]:

- **الحالة الأولى:**

بالنسبة للمراسلات والبرقيات والخطابات التقليدية فيعد زمان ومكان انعقاد اتفاق التحكيم هو الزمان والمكان الذي يعلم فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك كون هذه الأخيرة لا تعد من النظام العام بل تعتبر مكملة لإرادة الأطراف.

- **الحالة الثانية:**

بالنسبة للتعاقد عبر الوسائل الحديثة فيذهب الفقه إلى اعتبار وقت صدوره أي تعبير (إيجاب أو قبول) هو الوقت الذي يتفق فيه الطرفان على ذلك، وفي حالة عدم الاتفاق يكون الوقت الذي تدخل فيه الرسالة إلى نظام الكمبيوتر أين تخرج عن نطاق سيطرة المنشئ لها ولا يستطيع استرجاعها.

3- صدوره من ذي أهلية:

أن الأصل في إبرام العقود هو افتراض توافر الإرادة لدى الأشخاص، لكن القانون لا يعتد بالإرادة إلا إذا كانت صادرة من شخص له القدرة على المعرفة والتصرف أي شخص ذي أهلية، بمعنى أن انعدام الأهلية يعني بالضرورة انعدام الإرادة تأسيسا على أن الأهلية تدور مع الإرادة وجودا وعدما كمالا ونقصانا[18].

وباستقراء نص المادة /1006فقرة 1 (ق إ م إ) الجزائري نجدها تنص على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها". بمعنى أن الأهلية اللازمة لصدور إرادة صحيحة لإبرام اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف،فقد سمح المشرع الجزائري لكل من توافرت لديه أهلية التصرف في إبرام اتفاق التحكيم دون غيره،هذا إذا كان الأشخاص أشخاص طبيعيين، أما إذا كان طرفي النزاع شخص اعتباري أي شخص معنوي له شخصية قانونية وأهلية الوجوب ولها حق التقاضي من ثمة فإن الممثل القانوني لهذه الأشخاص الاعتبارية هو الذي يعبر عن إرادتها في كافة التصرفات ومنها اتفاقية التحكيم[19].

ويكون الشخص الطبيعي مؤهلا للاتفاق على شرط التحكيم متى توافرت فيه شروط المنصوص عليها في نص المادة 40 من قانون المدني الجزائري وهو بلوغه سن الرشد أي 19 سنة كاملة وأن يكون متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه[20].

بالتالي القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد أو المصاب بعارض من عوارض الأهلية، أو الشخص الراشد الذي صدر حكم قضائي بالحجر عليه بسبب إصابته بعارض من عوارض الأهلية (الجنون، العته، السفه، الغفلة) أو الجاني الذي يقضي عقوبة جنائية لا يجوز لهم القيام بأي تصرف قانوني لأن أهليته منعدمة، وبهذا لا يجوز الاتفاق على شرط التحكيم لأنه سيقع عليه حكم البطلان إن باشر التصرّف الخاص بالتحكيم إلا في نطاق الإذن المسموح له من قبل المحكمة المختصة للأشخاص المصرّح لهم القيام بذلك نيابة عنهم كالوليّ والوصيّ والمقدم.

وتجدر الإشارة إلى أنّه يمكن للقاصر البالغ ثمانية عشر سنة مزاولة التجارة وذلك بعد أن يحصل على إذن من والده أو أمّه أو وليه، أو قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من طرف المحكمة، ليصبح أهلا للقيام بجميع الأعمال التجارية التي أذن بمباشرتها واتفاق التحكيم بشأنها، غير أن المشرّع استثنى التصرف في أموال

القاصر العقارية في مجال الترشيد لأنه ينظر إليه أنه غير مكتمل الأهلية وإنه يحتاج إلى حماية وعليه وجب اتّباع الاجراءات المتعلقة ببيع أموال القصّر أو عديمي الأهلية[21].

تثير أهلية التصرف أن العاهة التي تفشت وأبانت قبل صدور الحكم وبعد مباشرة التصرفات فإنّه يمتد حكم البطلان إليها[22]، أما بالنسبة للشخص الذي صدر حكم بفقدانه نتيجة لغيابة أو فقدانه فعلى المحكمة المختصة أن تعين من يتولى إدارة أموره وتسيير أمواله وبالتالي يرجع هذا الحق للولي أو الوصي أو المقدم كما نصت المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري بعد الحصول على إذن من القاضي المختصّ والسماح له كذلك بإذن للاتفاق على التحكيم وتمتد مهمّته إلى غاية ظهور الغائب، أو المفقود أو الحكم بوفاته.

كما يمكن للقاضي تعيين مساعد قضائي يتولى مباشرة التصرفات عن الشخص المصاب بإحدى العاهتين (عمي بكم،عمي صم، صم بكم) فإذا قام الشخص المصابُ بتصرفات دون أن يحضر الاتفاق دخلت هذه التصرفات في دائرة قابلية البطلان، فإذا كان شرط التحكيم من ضمن هذه التصرفات التي قام بها المصاب وكانت في نطاق عمل المساعد القضائي فإنه جاز الاتّفاق عليها، أما إذا كانت خارجة عن مهمّة المساعد فلا يجوز له الاتفاق على شرط التحكيم[23].

إضافة إلى ما سبق، أجازت التشريعات للأشخاص الاعتبارية أن تكون طرفا هي كذلك في إجراءات التحكيم، ولكن بشرط أن تتوفر على الأهلية اللازمة لذلك سواء بالنسبة للشخص المعنوي الخاص أو العام ولا بأس هنا من عرض موجز لأهلية الأشخاص المعنوية الخاصة ثم أهلية الأشخاص العامة التي أورد فيها المشرع استثناءات:

أ- الشخص المعنوي الخاص:

يمكن للأشخاص المعنوية الخاصة متى توفرت لها كافة مقومات الشخصية المعنوية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات مادام أنها تدخل في نطاق الغرض الذي أنشأت من أجله، وبالتالي يمكن أن تتمتع الأشخاص المعنوية الخاصة بأهلية إبرام اتفاق التحكيم متى تمتعت بالشخصية القانونية.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع أي قيد حول أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة وأجاز لها لإبرام اتفاقية التحكيم طبقا لنص المادة 1006/فقرة 1 "يجوز لكل شخص(طبيعي أو معنوي) اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها" عكس الفقرة الثالثة التي رجع و وضع فيها ضوابط بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة دون إشارة إلى الأشخاص المعنوية الخاصة[24].

وتجدر الإشارة إلى أن الشركات التجارية هي الوحيدة من بين الأشخاص الاعتبارية الخاصة التي تقوم بممارسة المعاملات التجارية دون المؤسسات و الشركات المدنية التي تحمل نفس صفة الأشخاص الاعتبارية الخاصة، وعليه فهي أكثر الأصناف لجوءا إلى التحكيم، لكن بشرط تمتعها بالأهلية الكاملة لإبرام اتفاق التحكيم وهي القيد بالسجل التجاري طبقا لنص المادة 546 من قانون التجاري الجزائري" لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في سجل التجاري" كما نصت المادة 50 من قانون المدني على أنه تكتسب الشركة الأهلية في الحدود التي يعنيها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون. وفي هذا إشارة واضحة إلى ضرورة التزام الشركة بالغرض الذي أنشأت من أجله وهو الذي يمثل أهليتها، كما نصت المادة 417 من

القانون المدني أنه تعتبر الشركة شخصا معنويا بمجرد تكوينها غير أنها لا تكون حجة للغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي نص عليها القانون[25].

كما جاء في نص المادة 10 من القانون المدني أن التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها إذا كان أحد الأطراف أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع لسبب فيه خفاء لا يسهل تنبيهه على الطرف الأخر فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة "معنى ذلك أن الأصل في العلاقات الدولية (عقود الاستثمار) أن يكون المتعاقدان مكتملي الأهلية. وعليه؛ فإن اتفاقية التحكيم التي يبرمها طرف أجنبي (اعتباري خاص) ولم تكتمل شخصيتها المعنوية تعتبر اتفاقية صحيحة متى كان ذلك مخفيا.

ب- الشخص المعنوي العام:

أثارت مسألة أهلية الأشخاص المعنوية العامة جدلا فقهيا واسعا بين مؤيد ومعارض لمنح الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم فانقسمت التشريعات الوطنية بين من يمنع على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم إلا ضمن ضوابط وشروط، ومنها من لا يقيم هذا المنع ويجيز ذلك ومنهم من يفرق بين منع اللجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم الداخلي ويجيز لها في التحكيم الدولي .

ولقد حسم المشرع الجزائري موقفه اتجاه التحكيم في عقود الأشخاص العامة بموجب تعديل قانون الاجراءات المدنية بقانون رقم 09/93المؤرخ في 1993/04/25حيث أصبحت المادة 442/فقرة 3 تنص على أنه: "لا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقتهم التجارية الدولية". كما تم الاعتراف بالتحكيم بموجب مرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بالاستثمار، ثم الأمر 01/03 وما ألحقه من تعديلات الى آخر قانون 09/16.

ولقد مد المشرع الجزائري المجال الذي تكتسب فيه الأشخاص المعنوية ليشمل نوع من عقود الإدارية وهي الصّفقات العمومية التي تنفرد بخصائصها المميزة نظرا لتعلقها بالمرفق العام واحتوائها على شروط استثنائية تمنح للإدارة سلطات وامتيازات غير معروفة في عقود القانون الخاص، وذلك بموجب نص المادة 1006/ف3 من قانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي تضمن إمكانية لجوء الاشخاص العامة إلى التحكيم في علاقتها الاقتصادية أو في إطار الصفقات العمومية الدولية "ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

ويعتبر إجازة طلب التحكيم من قبل الأشخاص المعنوية العامة عند إبرامها للصفقات العمومية أكثر وضوحا في نص المادة المذكورة أعلاه.

وبالتالي على الرغم من أن مشرع الجزائري وسّع المجال المسموح فيه للأشخاص المعنوية العامة للجوء للتحكيم إلا أنه ما زال محتفظا بالقاعدة التقليدية التي كان ينص عليها في نصوص الخاصة القديمة والمتمثلة في جعل الأصل حظرا للجوء الأشخاص المعنوية العامة في حين تجعل من إجازة طلب التحكيم استثناءا وذلك بحصر إمكانية لجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

المبحث الثاني

توسيع مفهوم الرضا بالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار

لما كان رضا الأطراف ركنا أساسيا في الاتفاق التحكيمي، فإن هذا الرضا لا يفترض، وإنما لابد من وجود الدليل عليه، والتعبير عنه صراحة باعتباره نظاما استثنائيا يعهد إليه الأطراف لحل خلافاتهم وفيه خروج عن الأصل الذي يعود للقضاء العام لدولة في جميعا النزاعات التي تقع بين الأفراد أيا كان موضوعها،وعليه لابد التأكد من وجود الرضا لدى الأطراف على اختيار التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم، من خلال وجود إرادة سليمة معبر عنها كتابة أو بأي وسيلة تجيز الإثبات بالكتابة يقترن فيها الإيجاب مع القبول وصادرة من ذي أهلية، لكون تخلف عنصر الرضا أيا كانت صورته أو صحته يؤدي إلى انعدام الاتفاق وبالتالي يكون الاتفاق على التحكيم باطلا[26].

إنّ التحكيم في منازعاتِ عقود الاستثمار له خصوصيّة عن التّحكيم في بقيّة العقود، إذ أنّ هناك نوعًا من التحكيم يسمى التحكيم الأحادي الجانب، والرضا في هذا النوع من التحكيم له منظور مختلف إذ إنه لا يتطلب التعبير عن تطابق إرادتين وتلاقي الإيجاب مع القبول وإنما يكون الرضا مستمدا من مجرد توقيع الدولة على اتفاقية استثمار تنص على اللجوء إلى التحكيم كآلية لفضّ منازعات عقود الاستثمار، أو قد تعهد بالتحكيم إلى مركز تحكيمي بعينه كمركز الأكسيد، أو قد يكون الرضا بالتحكيم مصدره نص تشريعي في قانون الاستثمار الوطني ينص على إمكانية اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي[27]، لذا سنبيّن صور الرضا بالتحكيم في عقود الاستثمار بداية بالصورة التقليدية ثم بالصور الحديثة.

1- الرضا بالتحكيم المصرح به في العقد:

يعتبر الرضا المصرح به في العقد الشكل التقليدي للتحكيم، فالأصل أن تتفق الدولة على اللجوء إلى التحكيم مع المستثمر المتعاقد معها في حالة حدوث أي نزاع حيني أو مستقبلي بشأن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، وبهذا يمكن للدولة أن تبرم عقودا ذات طابع اقتصادي أو تجاري بصفتها كما لو كانت شخصا عاديا أو كيانا خاصا، فيبرم عقد الاستثمار بشكل مباشر بين الدولة أو أحد أجهزتها والمستثمر الأجنبي يتضمن شرط تحكيم وفي هذه الحالة يكون الرضا بالتحكيم ناتجا عن اتفاق مباشر بين الطرفين يأخذ ثلاث صور معروفة شرطا أو مشارطة أو حتى إحالة.

أ- شرط التحكيم:

يقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار، والمستثمر الأجنبي أين يتعهد بمقتضاه الطرفين أو الأطراف قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلا بشأن هذا العقد[28]، ولقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 1007من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"[29] ويفهم أنه عادة ما تثور في ذهن المتعاقدين

إمكانية ما قد يثور من خلافات بينهم في المستقبل، فمن الصحي أن يضمّنوا عقدهم بندا يلخصون فيه اتجاه إرادتهم لتسوية منازعاتهم بشأن العقد المزمع تنفيذه عن طريق التحكيم .كما يجب أن تكون هده الإرادة مترجمة بشكل واضح الدلالة والألفاظ على نيتهم إلى الوعد بالتحكيم .وهذا ما يميز شرط التحكيم وهو تعلقه بنزاع محتمل الوقوع في المستقبل وليس تعلقه بنزاع قائم[30].

ب-مشارطة التحكيم:

هي اتفاق خاص تبرمه الأطراف بعد قيام النزاع وبمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان إجراء التحكيم وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون[31]، فمشارطة التحكيم تتعلق بنزاع قائم فعلا ويتطرق أطرافه إلى كافة جوانبه كما يكون منفصلا عن العقد الأصلي، وعليه فهو ذلك الاتفاق الملحق بالعقد أو المنفصل عنه زمنيا، أما إذا وقع قبل وقوع النزاع فلا يعتبر مشارطة.

كما يشترط أن يكون موضوع النزاع قائما بالفصل بين الأطراف مدرجا في نطاق المسائل التي يجوز فضها بطريق التحكيم[32].

فمشارطة التحكيم هي وثيقة أساسية للتحكيم الدولي والتي تضع قاعدة سلوك إلزامي بالنسبة للأطراف الموقعين عليها من حيث تنفيذها أو الالتزام بحكمها، كما يمكن أن نعتبر مشارطة التحكيم تنفيذا لشرط التحكيم الذي سبق الاتفاق عليه من قبل الفرقاء قبل قيام النزاع، وبالتالي تعتبر مشارطة التحكيم كوسيلة للاستكمال العناصر الضرورية حتى يتم التبادل الوظيفي وإلا كان التحكيم باطلا ولذا يتعين تحديد العديد من المسائل الخاصة التي تتضمن تعيين النزاع على وجه الدقة، وكذا تعيين المحكمين واللغة، والقانون الواجب التطبيق وكل هذا تحت مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"[33]، ولقد أقر المشرع الجزائري مشارطة التحكيم في نص المادة 1011 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوءه على التحكيم الداخلي" كما تنص المادة 1040من نفس القانون "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة للتحكيم الدولي"

ج- شرط التحكيم بالإحالة:

اعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور الحديثة لاتفاق التحكيم، ونعني بها إشارة المتعاقدين في عقد من العقود أو العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزءا لا يتجزأ من العقد[34]، والغرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة إلى عقد سابق بينهم، أو إلى عقد نمطي أو شروط معروفة التعامل بينهم، وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم أو تفاديا لتكرارها، وكان ذلك العقد النموذجي أو تلك الشروط العامة تتضمن بين بنودها شرطا أو بندا يقضي بتسوية النزاعات التي تنشأ بينهم عن طريق التحكيم، دون أن يستطيع أولئك الأطراف التنصل بدعوى استقلال العقد الأصلي عن العقد المحال إليه أو الشروط العامة المحال إليها والمتضمنة شرط تحكيم[35].

والملاحظ أن هذه الصورة التقليدية في صورها الثلاثة معروفة لدى جميع الأنظمة القانونية ومنها المشرع الجزائري كما يرى الدكتور عبد الحميد الأحدب أنه يختلف الرضا بالتحكيم المستند إلى عقد الاستثمار عن الرضا المستند إلى اتفاقية دولية للاستثمار، فالتحكيم المستند إلى اتفاقية دولية يكون من الصعب التنبؤ بأطرافه وتحديد أي من المستثمرين المنتمين بجنسيتهم للدول الموقعة سوف يكون طرفا في خصومة تحكيمية ضد إحدى الدول الموقعة بينما يكون التحكيم المستند إلى عقد استثمار أكثر قابلية للتنبؤ بأطرافه وإدارته بشكل أفضل من التحكيم المستند إلى اتفاقية دولية[36]. وسنأتي على تفصيلها أكثر عند عنصر الرضا بالتحكيم المستند الى الاتفاقيات الدولية أسفله.

2- الرضاء بالتحكيم المصرح به في القانون أو التشريع:

الأصل أن تتفق الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي بشأن تسوية المنازعات التي يمكن أن تحدث بينهم في عقد الاستثمار من خلال شرط التحكيم في العقد الأصلي أو مشارطة التحكيم بعد نشوء نزاع وهذا ما يسمى باتفاق تحكيم مباشر أو تقليدي، فالتحكيم في مجال الاستثمار لا يتطلب هذا النوع فقط من الرضاء كما في مجال التحكيم التجاري الدولي، كون اتفاقيات الاستثمار الجماعية والثنائية تناولت التحكيم بشكل مختلف وتضمنت صورا وأشكالا مختلفة عن الاتفاق التقليدي وقررت أشكالا مختلفة للرضاء يتقرر فيها اختصاص الهيئة التحكيمية في الفصل في النزاع كالرضا بالتحكيم المصرح به في التشريع المعمول به.

إذ إنه في سبيل تشجيع الدول لاستقطاب رؤوس الأموال وتهيئة مناخ ملائم للاستثمار، منهم من يعمل على تضمين قانونه الداخلي المتعلق بالاستثمار العديد من الحوافز والإعفاءات من أجل جلب التدفقات المالية الأجنبية المساهمة في دعم الاقتصاد الوطني وتحقيق مشروعات ضخمة تعجز عن تحقيقها ميزانية الدولة.

تعد بعض النصوص التي تتضمنها هذه القوانين تعبير عن رضائها بالتحكيم في منازعات المتعلقة بالاستثمارات التي تتم في إطار هذه القوانين على الرغم من أنها لا تتضمن رضاء صريحا بالتحكيم وأنه ملزم للدولة اتجاه المستثمر[37].

لكن حتى ينتج هذا التعبير أثره بشأن مسألة تبادل المراكز الوظيفية بين التحكيم والقضاء بشأن حل النزاع بين الطرفين واكتمال ركن الرضاء يجب أن يصدر عن المستثمر قبولا بذلك في وقت لاحق.

ويتميز هذا النوع من الرضاء بانفصال التعبير عن الإرادة لكل طرف إذ تعبر الدولة المضيفة للاستثمار عن إيجابها بموجب نص قانوني داخلي، بينما يعبر المستثمر عن قبوله كتابة في وقت لاحق بعد نشوء النزاع بين الطرفين في غالب الأحوال هذا من جهة، ومن جهة أخرى تتميز هذه الصورة للرضا تقدم عرضا موجها لكل مستثمر أجنبي مما يعني أن الدولة المضيفة للاستثمار ليست على علم بخصومها وقت تقديمها لهذا العرض[38].

إذن، قانون الاستثمار يعد بمثابة إيجاب من الدولة يتضمن موافقتها على اللجوء إلى التحكيم في أي نزاع متعلق بالاستثمار فإذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى الاستثمار في الدولة وحدث نزاع بينه وبين الدولة فإن

لجوءه إلى التحكيم يعتبر تلاقيا بين الإيجاب والقبول، وهذه صورة من الصور التي يصطلح عليه ظاهرة تهميش الرضا أو التحكيم بدون الاتفاق.

كما اعتبره البعض تحكيما إجباريا فهو لا يمنح للأطراف حرية اللجوء إلى التحكيم بل إنهم ملزمون باللجوء إليه في حالة نشوء نزاع بينهم بناء على نص يفرض عليهم سلوك هذا الطريق في اللجوء إلى التحكيم دون اللجوء إلى القضاء الوطني لكن هذا الوضع يعتبره الكثير مخالفا لإعلانات حقوق الإنسان والدساتير في الحق في اللجوء إلى القضاء الوطني[39].

وللإشارة نجد أن التشريعات الوطنية للاستثمار انتهجت مجالات عدة في اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات سنقف عندها لنبين صورها:

الصّورة الأولى- الرضا الصريح بالتحكيم في التشريع الوطني للاستثمار:

نجد العديد من الدول تتبنى في نصوصها إيجابا صريحا واضحا تعطي به حق اللجوء إلى التحكيم لكل مستثمر في حالة حدوث منازعة بديلا عن القضاء الوطني يكفي أن يقترن به قبول من المستثمر لهذا العرض؛ ومثال ذلك نص المادة الثامنة من التشريع الألباني لسنة 1993 على أنه "إذا نشأ نزاع بين المستثمر وجمهورية ألبانيا ولو يتم تسويته وديا يجوز للمستثمر الاختيار بين حل النزاع عن طريق اللجوء إلى المحكمة المختصة أو المحكمة الإدارية للجمهورية الألبانية وفقا لأحكام القانون الوطني إضافة على ذلك لو كان النزاع ناشئا أو مرتبطا بنزع الملكية أو التعويض الناشئ عن نزع الملكية أو أي إجراء تعسفي ضد المستثمر فمن حق المستثمر اللجوء لتحكيم الأكسيد وتوافق على ذلك الجمهورية الألبانية" والملاحظ أن المشرع الألباني تناول عرضا وإيجابا صريحا وواضحا بالموافقة للجوء إلى تحكيم الأكسيد في حالة أي إجراء تعسفي ضد المستثمر[40].

الصورة الثانية- الرضا بالتحكيم المبنى على اتفاقية في التشريع (الغير صريح):

في هذا الفرض يمكن أن نميز بين حالتين تبنتهما تشريعات العديد من الدول لا تعبر فيهما عن الرضا بشكل مباشر وصريح، تتمثل الحالة الأولى أن أساس الرضا بالتحكيم في المنازعات الاستثمارية بين هذه الدول والمستثمرين يجد مصدرها في الاتفاقيات المنظمة لها لأن التشريع الوطني الداخلي لم يتضمن أي إشارة عن حق المستثمر في اللجوء إلى التحكيم ضد الدولة ولم تتعرض كذلك لكيفية تسوية المنازعات ولكن بحكم انضمامها إلى اتفاقيات تجيز حل المنازعات عن طريق التحكيم فهي تجيز ذلك تاركة الأمر للقانون الواجب التطبيق المحتمل تطبيقه على النزاع ومثال ذلك قانون الاستثمار لدولة الأرجنتين رقم 3830/21، وقانون دولة الهيندوراس رقم 92/80[41] الصادر في 1992/05/21، أما الحالة الثانية هي التي تسمح فيه الدولة بالتحكيم في حالة الاتفاق الخاص أو ما يسمى كذلك بالرضا الوارد في قانون الاتفاقي، فبدونه لا يمكن الاستناد للتشريع الوطني وحده كمصدر لرضا الدولة بالتحكيم مثال ذلك التشريع الجزائري في نص المادة 24 من قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار إذ تنص أنه: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدول الجزائرية في حقه للجهات القضائية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق

بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص" وللإشارة أن المشرع الجزائري تباين في شأن إخضاع عقود الاستثمار للتحكيم، إذ أن هناك نصان لم يخضعا الاستثمارات للتحكيم ولقد ورد ذلك في قانون الاستثمار لسنة 1966[42]، وكذا قانون النقض والقرض لسنة 1990[43]، بينما أخضعت قوانين 1963[44]، و1993و[45]2001 وتعديل 2006[46]. وأخيرا 2016 في المادة المذكورة أعلاه اخضاع عقود الاستثمار إلى التحكيم بصورة واضحة[47].

كما أخذ بذلك المشرع المصري في القانون رقم8 لسنة 1997 في المادة 08: "يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات السارية بين الجمهورية المصرية العربية ودولة المستثمر أو في إطار الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول المبرمة عام 1965 وانضمت إليها جمهورية مصر بالقانون 90 لسنة 1971 وذلك بالشروط والأوضاع وفي الأحوال التي تسري فيها تلك الاتفاقيات أو وفقا لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بقانون رقم 27 لسنة 1994 كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي"[48]. وباستقراء النصين في التشريعين نجد أن كلا من المشرع المصري والجزائري يجيز تسوية منازعات الاستثمار وفقا للاتفاق الخاص بين الدول والمستثمر لكن الملاحظ أنها توسعت أكثر من هذا وهو على الرغم من عدم وجود اتفاق التحكيم مباشر.

وقد شهد مركز الأكسيد عددا من المنازعات الاستثمارية ضد دولة مصر حكمت فيها هيئات التحكم باختصاصها استنادا لإشارة القانون المصري للاستثمار لتحكيم المركز على الرغم من عدم وجود اتفاق خاص ومثال ذلك قضية هضبة الأهرام الشهيرة[49].

الصورة الثالثة- الرضا بالتحكيم المبني على ترخيص منصوص عليه في التشريع:

تبنّى هذا الاتجاه بعض الدول الإفريقية على وجه الخصوص مثل ناميبيا ووفقا لهذا الاتجاه يجب أن يحصل المستثمر على تصريح من الدولة للاستثمار في أراضيها، ويحكم هذا التصريح العلاقة بين المستثمر والحكومة وعند طلب المستثمر الحصول على تصريح بالاستثمار يجوز له اختيار أنواع معينة من المنازعات التي يلجأ فيها المستثمر للتحكيم وعلى سبيل المثال يتضمن التصريح وفقا لقانون الاستثمار الناميبي تحديد المسائل التي تكون محل نزاع بين الدولة والمستثمر كالآتي: "أن أي نزاع بين حامل التصريح والحكومة فيما يتعلق بالمسائل التالية:

- أي مسألة تتعلق بمبلغ التعويض أو أي مسألة تتعلق به أو في حالة عدم الدفع تعويض عن نزع الملكية.
- سريان أو استمرار التصريح بالاستثمار سوف تحال إلى تسوية عن طريق التحكيم الدولي.
- في حالة النص على التحكيم الدولي سوف يكون التحكيم وفق لقواعد يونيسترال ما لم يتفق الوزير المختص والمستثمر الذي يصدر لصالحه التصريح على أي وسيلة أخرى لتسوية النزاعات.
- أن التصريح الذي يتضمن اللجوء إلى التحكيم يعبر عن رضاء حامل التصريح وأيضا الحكومة باللجوء التحكيم ويعتبر أي حكم صادر من هذا التحكيم باتا نهائيا وملزما للأطراف[50].

والملاحظ كذلك أن التشريعات الوطنية للاستثمار في الدول العربية اتجهت ثلاثة اتجاهات مختلفة فهناك دول أشارت إلى الرضا بالتحكيم في قوانينها المتعلق بالاستثمار مع تحديد الاتفاقيات التي أبرمتها بشأن الاستثمار والتحكيم ومن هذه الدول مصر، تونس اليمن، سوريا، السودان، وهناك دول عربية أشارت في قوانين الاستثمار الوطنية إلى التحكيم والاتفاقيات المنظمة له دون تحديد هذه الاتفاقيات التي أبرمتها ومنها الجزائر، وليبيا، والمغرب، والسعودية، والأردن، ودول عربية أخرى أشارت إلى التحكيم ولم تحل إلى أية اتفاقيات دولية أو إقليمية وهذه الدول هي العراق عمان قطر الكويت لبنان، ومن الدول العربية التي لا تحتوي قانونا خاص بالاستثمار كالإمارات العربية والبحرين بل تخضع منازعات عقود الاستثمار إلى قوانين التحكيم[51].

3- الرضا بالتحكيم المصرح به في الاتفاقيات الدولية للاستثمار:

يختلف هذا الاتجاه قليلا عما عرضناه أعلاه لكون منح الاختصاص للهيئة التحكيمية لفصل في النزاع لا يستند إلى اتفاق مباشر أو عقد حقيقي وإنما يستمد اختصاصه من شرط التحكيم المدرج في الاتفاقية الدولية وهو ما يسمى « Arbitration without privity » باللغة الانجليزية وهذه العبارة من الصعب إيجاد مقابل لها في العربية كما في العديد من اللغات، شاعت أكثر في إطار تحكيم مركز واشنطن ويقصد بها تلك الحالة التي يرفع فيها المستثمر النزاع لمركز التحكيم ليس بناءا على اتفاق خاص أو مباشر صريح وإنما بصورة أحادية فالمركز له سلطة التأكد من وجود اتفاق تحكيمي بناءا على فحص سطحي للأمور، بمعنى أن الانضمام إلى اتفاقية دولية يعد تعبير عن رضا الدولة باللجوء للتحكيم دون حاجة إلى اتفاق مباشر أو خاص منفصل والجدير بالذكر أن هذه الظاهرة رغم أنها أخذت بعدا متميزا أمام مركز واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا دول[52] إلا أنها مست جميع أنواع التحكيم نحو تهميش قداسة الرضا في التحكيم التجاري الدولي[53].

ولقد منح في الكثير من القضايا الاختصاص لهيئة التحكيم للفصل في النزاع على أساس وجود تراضٍ ضمني بين الدولة التي أعلنت في قوانينها الوطنية أو الاتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف إرادتها المترجمة في اللجوء إلى التحكيم وإرادة المستثمر الناشئة بتحريكها أمام الجهة المختصة بعد نشوب النزاع .

وتعتبر قضية سيريلانكا أول قضية تحكيمية تستند فيها هيئة التحكيم إلى شرط التحكيم الوارد في الاتفاقية دولية وهي قضية نظرت أمام مركز الأكسيد وتعود حيثيات هذه القضية اتفاق شركة تسمى شركة آسيا للمنتجات الزراعية المحدودة « Asian agricultural profucts ltd » مع حكومة سيريلنكا لإنشاء مشروع مشترك (مزرعة جمبري) إلا أن القوات المسلحة السيريلانكية قامت بتدمير المزرعة على إثر العمليات العسكرية التي باشرتها ضد بعض المنشات التي يستخدمها متمردون على السلطة، وبالرغم من أن العقد القائم بينهما كان خاليا من شرط التحكيم قامت الشركة AAPL بتقديم طلب تحكيم ضد دولة سيريلانكا أمام المركز الدولي في 1987/07/08 وتولى الأمين العام للمركز تسجيله بتاريخ 1987/07/20 طالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها مؤسسة طلبها باللجوء إلى التحكيم بناءا على اتفاقية ثنائية مبرمة بين حكومة سيريلانكا والمملكة المتحدة عام 1980 في نص مادة 8/فقرة1 على "كل دولة متعاقدة الموافقة على

إحالة أي نزاع قانوني ينشأ بين أي طرف متعاقد ورعية أو شركة تابعة للطرف المتعاقد الآخر بشأن استثمار الأخير في إقليم الطّرف الأول إلى التحكيم وفقا لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" أين تمسكت المحكمة التحكيمية للمركز باختصاصها بتاريخ 1990/06/27 باعتبار أن هذه الاتفاقية جزء من النظام القانوني لجمهورية سيريلانكا أين استخلص الرضا بإيجاب الدولة من المادة المشار إليها أعلاه ولقي قبولا من المستثمر بعرضها على المركز عند تقديمه طلب مما استكمل ركن التراضي ومن هذه القضية كانت منعرجا حاسما الاعتراف باللجوء إلى التحكيم وفقا لشرط التحكيم المدرج في الاتفاقية بشكل إنفرادي دون توفر شرط أو مشارطة تحكيم أو دون علاقة عقدية في إطار التقليدي[54].

ولقد ثارت العديد من القضايا المتشابهة التي تسمح للأطراف اللجوء إلى التحكيم، وتمنح الاختصاص للهيئة التحكيمية من خلال رضا الدولة بالتحكيم الذي يتحقق بمجرد التصديق على اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف وبقبول المستثمر لاستكمال ركن الرضا من خلال إعطاء الموافقة الكتابية بتقديم طلب إلى اللجوء إلى تحكيم أمام المؤسسة أو المركز التحكيمي ومن بينها قضية AMT ضد الزائير، وقضية هضبة الأهرام في مصر...الخ.

خاتمة:

في الختام كخلاصة لورقتنا البحثية التي خصصت لدارسة ركن الرضاء كأساس لإسناد الاختصاص للهيئة التحكيمية للفصل في منازعات عقود الاستثمار، نقول إن واقع التحكيم اليوم قد أفرز صورا جديدة للتراضي على اختصاصه – التحكيم- ولم يعد إلزاما توافر رضا مباشر في منح الاختصاص الذي ترتضي فيه الدولة المضيفة للاستثمار في اللجوء الى التحكيم ويلقى قبولا من جانب المستثمر، بل يمكن أن نستنتج ضمنيا منح الاختصاص عن طريق نص تشريعي داخلي أو بناءا على نص اتفاقي وهو تراضٍ يختلف جوهره و شروطه ونتائجه عن التراضي في إطار الاتفاق التحكيمي التقليدي وفي هذا السياق يمكن بيان أهم النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها كما يلي:

أولا – النتائج:

1- يعتبر اتفاق التحكيم الأساس الذي يضفي الشرعية على اختصاص نظام التحكيم كطريق استثنائي لفض منازعات عقود الاستثمار دون الطريق العادي المتمثل في القضاء الوطني.

2- يعتبر الرضاء ركنا أساسيا في اتفاق التحكيم فإذا تخلف ركن الرضا امتنع القول بوجود اتفاق تحكيمي وبالضرورة بطل القول بصحة القرار التحكيمي.

3- حتى يوجب التّراضي لابد من وجود إرادةٍ صحيحة لدى كل من أطراف العقد واتجاههما إلى اختيار التحكيم كطريق لفض المنازعات بديلا عن القضاء الوطني والتعبير عن ذلك صراحة بإخراجها للعالم الخارجي واقتران الإيجاب بقبول مطابق له صادرة من أطراف يملكون حق التصرف فيها.

4- تعد مسألة التراضي من القضايا التي غيرت اتجاه القبول بالتحكيم، أين توسع مفهومه ونطاقه ولم يصبح وليد اتفاق مباشر أو خاص بين الأطراف المتنازعة، وإنّما أصبح يستخلص من النصوص القانونية الداخلية للدول المضيفة والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف أين أصبح التحكيم يجد

أساسه في الإرادة المنفردة للطرف الأجنبي في عرض دعواه أمام محكمة التحكيم مستمد من نصوص القانون والاتفاقيات الدولية وهو ما يسمى بالتحكيم بدون اتفاق.

5- بلا شك تعتبر ظاهرة التحكيم الأحادي الجانب تهميشا للرضا وخروج عن المألوف إذ يمثل ضمانا مفرطا لمصالح المستثمرين الأجانب على حساب الدول المضيفة للاستثمار لكن يعتبر في نفس الوقت ضمانا كبيرا لاستقطاب رؤوس الأموال.

ثانيا- الاقتراحات:

1- ضرورةُ إمعان النظر في ظاهرة تهميش الرضا والوقوف على خروجها عن الأصل بإصدار مادة تتضمن ضرورة وجود اتفاق مقترن فيه الإيجاب والقبول بصفة مباشرة للجوء إلى التحكيم في فض المنازعات لاحق حتى لا يدع مجالا للشك في استخلاصه (التراضي) بناءا على نص أو اتفاقية.

الهوامش:

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، دون طبعة، سنة2013،ص 84-85.

(2) هند محمد مصطفى مصطفى،وسائل تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي،رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق قسم القانون التجاري، جامعة القاهرة، سنة 2015، ص 205.

(3) أيسر داؤد سليمان، أثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية،دار الفكر الجامعي، مصر طبعة الأولى،سنة 2014،ص93.

(4) محمود مختار البربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، سنة 2012،ص 45-46

(5) حسين مصطفى فتحي، مجلة التحكيم العربي،العدد08 اغسطس 2005ص165.

(6) عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق،ص 86.

(7) بني يونس جميل محمد حسين، مفهوم الارادة في فلسفة القانون الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عمان العربية، كلية الدراسات القانونية العليا، الاردن،سنة 2008،ص 05.

(8) محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، سنة 1994،ص 379.

(9) الصده عبد المنعم فرج، التعبير عن الإرادة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي،الإمارات،مجلد5 عدد01،سنة 1997،ص 01.

(10) - المرجع نفسه، ص 01-02.

(11) عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 88.

(12) عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 90 وما بعدها.

(13) أنظر المادة 61 من القانون رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني (جريدة الرسمية عدد78 لسنة 1975) معدل ومتمم بقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007 (جريدة الرسمية عدد31 صادرة بتاريخ 2007/05/13).

(14) أنظر المادة 1040 من قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 18 صفر1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008،المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.(جريدة الرسمية عدد21 لسنة 2008).

(15) أنظر المادة 63 و66 من القانون رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(16) أنظر المادة 67 من القانون رقم 58/75، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(17) عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق،ص95.

(18) محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص 381.

(19) نبيهة بومعزة، مرجع سابق،ص224 .

[20] المادة 40 من القانون رقم 58/75 المتضمن قانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق، "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة.

[21] بوالصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم،رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2011،ص62.

[22] انظر نص المادة 107 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ27 فبراير سنة 2005(جريدة الرسمية عدد43 المؤرخة في 27 فبراير2005).

[23] عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم التجاري الدولي حسب التشريع الجزائري، مذكر لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 02، سنة 2014،ص 28.

[24] أنظر المادة 1006 من قانون رقم 09/08، مرجع سابق.

[25] بوالصلصال نور الدين، مرجع سابق،ص 66.

[26] محمود السيد عمر التحيوي، الرضاء لا يفترض وإنما لابد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية،مصر، دون ط، سنة 2002،ص 128.

[27] هند محمد مصطفى مصطفى، مرجع سابق، ص 205-206.

[28] هند محمد مصطفى مصطفى، لمرجع السابق، ص 212-213.

[29] أنظر المادة 1007 من قانون رقم 09/08، مرجع سابق.

[30] أيسر عصام داود سليمان،مرجع سابق،ص69.

[31] خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة مصر الطبعة الأولى، لسنة 2014.،ص213.

[32] أيسر داؤد سليمان، مرجع سابق، ص74. -خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص214.

[33] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق،ص214.

[34] خالد كمال عكاشة مرجع سابق،ص 216.

[35] أيسر داؤد سليمان، مرجع سابق، ص80.

[36] عبد الحمد الأحدب، التحكيم في اتفاقيات الاستثمار العربية، عدد السابع عشر، ص272.

[37] عبد الحميد الأحدب،ص110.

[38] قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، سنة 2012،ص 135-136.

[39] علاء محي الذين مصطفى أبو حامد، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، دون طبعة، سنة 2012،ص 49.

[40] هند محمد مصطفى مصطفى، مرجع سابق،ص 213.

[41] نفس المرجع، ص 210-211.

[42] أنظر: الأمر(ملغى) رقم 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر1966 يتضمن قانون الاستثمارات، ج .ر العدد 80 الصادر في 17 سبتمبر 1966.

[43] أنظر: قانون(ملغى) رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل سنة 1990 يتعلق بالقرض والنقض، ج .ر العدد 16 الصادر في 18 أبريل 1990.

[44] أنظر: قانون(ملغى) 277/63 المؤرخ في جويلية 1963 يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر عدد 53 الصادر في 2 أوت1963.

[45] أنظر: مرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 05 اكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار،ج.ر عدد64 الصار في 10أكتوبر 1993.

[46] أنظر كلا من : الأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001يتعلق بتطوير الاستثمارات، ج ر عدد47، وكذا الامر 08/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج. ر عدد 47 الصادر في 19أوت 2006.

[47] عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بوساحة للطباعة والنشر والتوزيع، سوق أهراس، طبعة الرابعة، سنة 2017، ص 35.

[48] أنظر المادة 24 من قانون رقم 09/16 المؤرخ في29 شوال 1437 الموافق لـ 03 اغسطس 2016 المتعلق بقانون ترقية الاستثمار،كذا المادة 08 من قانون رقم 08 لسنة 1997 المتعلق بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار لجمهورية مصر العربية.

[49] تراري مصطفى، ظاهرة تهميش الرضا في التحكيم الدولي في التجارة الدولية عموما وفي مجال الاستثمار بوجه خاص،المجلة المغربية للوساطة والتحكيم المركز الدولي للوساطة والتحكيم، المغرب العدد04 سنة 2009،ص 31.

(50) هند محمد مصطفى مصطفى، مرجع سابق،ص213.

(51) نفس المرجع، ص 214.

(52) وللإشارة انه بموجب المرسوم الرئاسي 95-346 المؤرخ في: 1995/10/30 صادقت الجزائر على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعيا الدول الأخرى. المعدة في واشنطن في 18 مارس 1965 الجريدة الرسمية العدد 66.

(53) تراري مصطفى، مرجع سابق،ص 30.

(54) قبايلي طيب، مرجع سابق،ص147 وما بعدها.