مجلة آفاق علمية ISSN: 1112-9336
المجلد: 12 العدد: 02 السنة 2020 ص 645 - 661

تاريخ الإرسال: 2019/10/01 تاريخ القبول: 2019/10/09
تاريخ النشر: 2020/04/26

الموجبات المترتبة على اللجوء للآليات البديلة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

Obligations of resorting to alternative mechanisms for settling foreign investment disputes

طالب دكتوراه. رقاب عبد القادر
جامعة زيان عاشور– الجلفة reggabkader@gmail.com
مخبر إصلاح النظام الدستوري ومتطلبات الحكم الراشد – كلية الحقوق والعلوم السياسية

الملخص:

يرتب تفعيل اللجوء للآليات البديلة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بعض الالتزامات، سواء على أطراف النزاع في حد ذاتهم أم المكلف بتسويته، بدءا بالالتزام بالتفاوض بين المتنازعين لتذليل الخلافات وتقريب الرؤى بينهم، أو الاتفاق على الآلية المناسبة لتسوية النزاع، بالإضافة إلى وجوب الالتزام بالسرية في ما تم طرحه خلال المفاوضات؛ كما يتوجب أن يكون المكلف بتسوية النزاع محايدا ومستقلا، فلا يحق له تغليب كفة طرف ما على حساب الطرف الأخر، بالإضافة إلى تمتعه بالكفاءة والاختصاص في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية: اللجوء للآليات البديلة ؛ منازعات الاستثمار الأجنبي ؛ موجبات.

Abstract:

The activation of resorting to alternative mechanisms for settling foreign investment disputes entails certain obligations, both on the parties themselves, or on the one in charge of

settling them , firstly to commitment to negotiation between them , in order to overcome differences and bring visions closer , or agree on the appropriate mechanism for conflict resolution , in addition to commitment to confidentiality In what was put forward during the negotiations.
The person charged with settling the dispute must be neutral and independent , he is not entitled to prevail to party at the expense of another party , in addition to must be competent and jurisdiction in this field .
Keywords: resort to alternative mechanisms, foreign investment disputes, obligations

---

المؤلف المرسل: رقاب عبدالقادر ، الإيميل: REGGABKADER@GMAIL.COM

مقدمة:

إن اللجوء للآليات البديلة لتسوية المنازعات يرتب موجبات وجب احترامها والعمل بها سواء بالنسبة لأطراف النزاع أو على غير المكلف بتسويته، حيث ثمة حقوق وواجبات لكليهما، كما تترتب أثار موضوعية وإجرائية على اتفاق الأطراف على اللجوء لهذه الآليات، يفيد شرط اللجوء إلى الآليات البديلة لتسوية النزاعات إلزام الأطراف بالتفاوض بحسن نية من أجل التوصل إلى فض النزاع، وهو ما ينشئ التزاما تعاقديا بعمل يتوجب القيام به[1].

ينص المبدأ على وجوب التفاوض و التشاور بين اطراف النزاع قصد إزالة الصعوبات والمشاكل التي تواجههم أثناء تنفيذ العقد الاستثماري والاقتناع ومحاولة إنهائه بالطريقة المناسبة التي تحفظ مصالحهم والوصول إلى اتفاق ودي[2]، أو التوصل إلى تكليف طرف ثالث بالتوسط بينهم قصد تقريب وجهات النظر وفض النزاع، وهذا ما يرتب موجبات والتزامات على المتنازعين بغية الوصول الى التسوية

بانتهاج إحدى الآليات البديلة، وكذا التزامات على الطرف الثالث المكلف بحل النزاع حيث يتوجب عليه أن يكون محايدا ومستقلا وذا كفاءة وخبرة في هذا المجال[3].

انطلاقا مما سبق نطرح مشكلة البحث التالية: ماذا يترتب عن اللجوء للآليات البديلة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي؟. وللإجابة على مشكلة البحث المطروحة ارتأينا تقسيم دراستنا إلى قسمين، معتمدين على المنهج الوصفي والتحليلي باعتبارهما يتلاءمان وطبيعة الموضوع، حيث سنتطرق إلى الموجبات المترتبة على أطراف النزاع أولا، ثم معالجة ما يجب على المكلف بتسوية النزاع ثانيا.

أولا : الموجبات المترتبة على اطراف النزاع

إن العقد الذي يتضمن بندا ينص على اللجوء إلى إحدى الآليات البديلة لتسوية ما قد ينشأ بين أطرافه من نزاعات، يعني فيما يعني أن أطراف النزاع يرغبون في تجاوز الصعوبات التي قد يتعرض لها تنفيذ العقد دون التوجه إلى القضاء، ويعكس رغبتهم في تسوية النزاعات بطريقة ودية[4].

إن ما يتم التوصل إليه عن طريق تفعيل إحدى الآليات البديلة يختلف عن ما يصدر عن القاضي من أحكام من حيث إلزامية تطبيقه ومدى تحقيق العدالة، فمال فض النزاع بواسطة إحدى الآليات البديلة هو نتيجة لموجب المفاوضات والتشاور بين الأطراف سواء برعاية الطرف الثالث المكلف بتسويته أم بدونه، وهو ما يهدف للوصول إلى التسوية والاتفاق على إيجاد الحلول، وهذا ما جعل الفقهاء يعتبرون أن موجب المفاوضات لا يمكن أن يكون إلا موجب نتيجة آو موجب غاية[5]؛ أي أن يلتزم أطراف النزاع بتحقيق نتيجة من التفاوض وهو فض النزاع بالطريقة التي يرضونها، وهي الغاية التي حددها العقد، وهم ملزمون هنا بالبدء في تنفيذ شرط التسوية المتفق عليه مسبقا بواسطة الآليات البديلة المدرجة في العقد، سواء كان التوفيق أم الوساطة قبل اللجوء إلى التحكيم والقضاء[6].

بينما ذهب بعضهم الآخر إلى الطبيعة المختلطة لهذا الموجب، باعتبار أن المفاوضات هي آلية ومن ثم وسيلة للوصول إلى اتفاق، أي موجب وسيلة أو موجب عناية مفادها اتباع هذه الوسيلة وبذل العناية اللازمة بحسن نية، وتعهد الأطراف بأن يحاولوا بكل ما في وسعهم بغرض الوصول إلى اتفاق بتسوية النزاع؛ وللتفصيل أكثر في الموجبات المترتبة على أطراف النزاع سنتطرق إلى موجب المفاوضات، ثم موجب السرية الذي يعد من أهم الوسائل وأفضلها لتأمين نجاح مسعى الوصول إلى حل مقبول لدى الطرفين.

1- موجب المفاوضات: يعد موجب المفاوضات موجبا أساسيا يقع على عاتق أطراف النزاع، ويقصد به بدء تلاقي المتفاوضين باتخاذ الإجراءات الأساسية لافتتاح المفاوضات، ومن ذلك تحديد مكان التفاوض والزمن والطرف الذي يتحمل النفقات المترتبة عن ذلك[7]، بما فيها بعض الدراسات الأولية التي يتوجب القيام بها، وتعتمد المفاوضات على إجراء الحوار والمناقشات وتبادل المقترحات المتصلة بأسباب النزاع لمحاولة إيجاد السبل الكفيلة لتسويته بالآلية المناسبة لذلك، فإذا كان العقد الأصلي ينص على آلية ما لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وجب على الأطراف اللجوء إليها وتفعيلها عن طريق التفاوض؛ أما إذا لم ينص العقد على آلية معينة لتسوية النزاعات، وترك الاختيار للأطراف متاحا وقت نشأته، هنا يتوجب على الأطراف التفاوض لإيجاد واختيار الآلية المناسبة التي يمكن اللجوء إليها لتسوية النزاع[8].

تهدف المفاوضات إلى تحقيق غاية معينة حددها العقد، وتوجب على الأطراف المتنازعين النقاش أو التحاور فيما بينهم، وذلك بالبدء في تنفيذ شرط اللجوء للآلية البديلة المدرجة في العقد، لذلك يرى بعض الفقهاء أن هذا هو موجب نتيجة " result obligation" أو موجب عناية "means obligation"؛ أي يلزم الأطراف

بالتحاور وبذل عناية في ذلك بغية التوصل إلى نتيجة[9]، وعليه فإن ما يترتب على الأطراف هنا هو القيام بعمل أو بفعل التفاوض بالحرص والجدية والاستمرار، أو يتوجب على كل طرف من المتنازعين تحديد طرف ثالث ليأخذ دور الوسيط أو الموفق، وذلك بغية تسهيل حل النزاع، وبالتالي فإن الإخلال بهذا الموجب من أحد الأطراف يقع عليه سواء بالامتناع عن الحضور أم المشاركة في المفاوضات[10]، وهو ما يخل بالتزاماته العقدية، ويفوت على الأطراف فرصة التوصل إلى حل ودي سلس يرضي الطرفين ويؤدي إلى اتساع رقعة النزاع، وفي هذا السياق تحديدا صدر قرارا عن محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 1995/11/28[11] نص على وجوب محاولة التوصل إلى حل ودي يشكل التزاما عقديا، مؤداه أن الطرف الذي يهمله يخل بالتزامه.

فيما يرى بعضهم الأخر أن موجب المفاوضات هو موجب وسيلة[12]، يسعى من خلاله الأطراف بحسن نية إلى الوصول إلى اتفاق ينهي النزاع دون أن يكون أحد الأطراف مخلا بالتزاماته، وتتوافر لديه سوء النية من خلال إطالة أمد المباحثات والتفاوض، وهو يعلم بشكل مسبق بأنه لن يتم التوصل إلى أي نتيجة، وهذا ما نراه في المدين سيء النية الذي يسعى من خلال ذلك لتأخير الوفاء بالتزاماته والحصول على مهل إضافية.

تجدر الإشارة إلى أن قوة الإنسان التفاوضية لها أكثر من مردود اجتماعي وعملي، حيث إن المفاوضات تؤدي دورا كبيرا في تسوية النزاعات، خصوصا إذا تحلى المفاوض بالحنكة والدراية بحيثيات النزاع وأسبابه والابتعاد عن المشاعر والانفعالات الشخصية[13]، والاقتناع بأن المفاوضات هدفها ليس إقناع الغير بالتخلي عن حقوقه، بل التوصل إلى حلول متوازنة ترضي الجميع، كما تتيح المفاوضات تجزئة النزاع وتفصيله وطرح عدة حلول لإنجاح مسعى تسويته.

كما يتوجب على الأطراف عدم فرض شروط مسبقة للتفاوض في سبيل تجاوز التعقيدات مثل قبوله بمفاوضات جزئية أو اشتراط أشخاص معينين للتفاوض معهم دون آخرين، وهو ما ينم عن النوايا التسلطية لدى احد الأطراف[14]؛ كما توضح المفاوضات بين الطرفين فوائد الحلول المقترحة على المصالح المشتركة لكليهما، سواء كانت آنية أو طويلة المدى، باستعمال التقنيات المختلفة التي يتطلبها هذا الفن، وذلك بتحديد الاستراتيجيات واستعمال الخطط والإصغاء الجيد للتحليل وتحضير الاقتراحات المناسبة[15].

ويمكن القول أن موجب المفاوضات هو مرحلة مهمة وفعالة لفض النزاع وطي الخلافات، يقوم على بذل العناية اللازمة من المتنازعين والسعي إلى الوصول إلى الحلول المقبولة للأطراف، فأي نزاع لا يمكن حله إذا لم تتوافر الإرادة والنية الحسنة[16] والرغبة الإيجابية في الوصول إلى الحل التوافقي.

2- **موجب السرية:** يعد الالتزام بالسرية من أهم المزايا التي تتميز بها الآليات البديلة، ذلك أن عدم الإفصاح بوجود نزاع أصلا يشكل ضمانة قوية لتامين نجاح مساعي تلك الآليات. ويتطلب موجب السرية الكتمان وعدم البوح بخلفيات وأسباب النزاع من قبل أطرافه، فهو مهم جدا لتأمين مساعي أي من الآليات البديلة المنتهجة لتسوية النزاع والتزام مبدأ السرية يبقي النزاع بعيدا عن العلانية[17]، حيث توفر السرية هامشا من الأمان بتجنب التشهير، ويقي من تدخل أطراف أخرى في النزاع، وهو ما قد يؤدي إلى تعقيد العلاقات أكثر، خصوصا إذا كان الطرف الاستثماري معروفا؛ إذ يفضل هؤلاء بل يحرصون على السرية لضمان استمرار عملياتهم التجارية والاستثمارية وتفادي اهتزاز وتأثر هذه الصورة [18].

وهنا يتوجب على الأطراف أن يلتزموا ويوقعوا خطيا على المحافظة على سرية المفاوضات قبل مباشرتها، وإعادة كل المستندات والوثائق التي قد يطلع أو

يحصل عليها كل طرف بعد نهاية المفاوضات دون أخذ صور عنها أو إفشاء ما تضمنته. ويطبق مبدأ السرية في كافة مراحل وإجراءات الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي نظرا لخصوصية عقوده، فهو يشكل ضمان مما هو متوافر في القضاء، فأي إخلال بهذا المبدأ ينتج عنه مسؤولية عقدية على الطرف المخل به[19]، وعلى الأطراف احترام مبدأ السرية والعمل به طوال فترة الإجراءات.

ثانيا : الموجبات المترتبة على المكلف بتسوية النزاع

يمثل المكلف بتسوية النزاع حلقة الوصل ما بين أطرافه، فهو الطرف الثالث الذي يناط به مهمة التقريب بين وجهات النظر والبحث في الأسباب الحقيقية لنشأة النزاع في سبيل حله، سواء كان محكما أم وسيطا أم موفقا أم أي شخص آخر يتم تعيينه أو الاتفاق عليه[20]، ويشترط أن يكون هذا الطرف متمتعا بالحياد والاستقلالية والنزاهة، بحيث لا يثير أي شكوك ما بين الأطراف قد تؤدي إلى عدم الاطمئنان والثقة لديهم، بالإضافة إلى الاختصاص والكفاءة في تسوية هذا النوع من النزاعات حتى يمكن من فضه بالطريقة الملائمة التي ترضي أطرافه، وهو ما يهم جدا في نجاح مسعى الآليات البديلة، فهناك نزاعات معقدة تم حلها عن طريق الآليات البديلة بفضل كفاءة واختصاص الخبراء في التحكيم والوساطة والتوفيق؛ وسنفصل فيه أكثر من خلال التطرق لموجب الحياد والاستقلالية، ثم لموجب الكفاءة والاختصاص.

1- موجب الحياد و الاستقلالية: يقصد بالحياد عدم انحياز الطرف الثالث المكلف بتسوية النزاع إلى أي طرف[21]، والابتعاد عن كل ما من شأنه أن يخل بذلك، مثل وجود مصلحة شخصية مع طرف ما أو صلة مودة أو عداوة مع أحد الخصوم، مما يجعل المكلف بتسوية النزاع غير قادر على العمل بشكل نزيه وغير متحيز[22]، لذلك وجب أن يكون هذا الطرف محايدا، لكي يحوز ثقة الأطراف، حيث يمثل هذا ضمانا أساسيا لنجاح إجراءات التسوية[23].

تنص أغلب القوانين المتعلقة بالآليات البديلة والأنظمة التحكيمية وقواعد حل الخلافات "ADR RULES" لدى غرفة التجارة الدولية "CCI" على وجوب تمتع الطرف الثالث المكلف بحل النزاع بالحياد والاستقلالية والنزاهة[24]، حيث نصت المادة5 منه على ما يلي: " يباشر المصالح محاولة المصالحة وفقا لما يراه ملائما مسترشدا بمبادئ الحياد والعدل والانصاف"، كما نصت قواعد الاونسترال النموذجية للتوفيق التجاري الدولي في المادة 5 الفقرة 4 على ما يلي: " عند تزكية أفراد أو تعيينهم كموفقين، يتعين على المؤسسة أو الشخص مراعاة الاعتبارات التي يرجح أن تكفل تعيين موفق مستقل ومحايد، وعند الاقتضاء مراعاة تعيين موفق تختلف جنسيته عن جنسيتي الطرفين"، وفي السياق نفسه ذهبت نقابة التحكيم الأمريكية " SPTIR " إلى التأكيد على ضرورة حياد الوسيط، حيث نصت في معايير السلوك للوساطة سنة 1994 على ما يلي: " يتعين على الوسيط إدارة الوساطة بطريقة حيادية لأنها عامل أساسي، كما يجب عليه التوسط في القضايا التي يكون فيها محايدا وعادلا، أما إذا لم يستطع أن يدير عملية الوساطة بحياد فعليه الانسحاب".

إذا يتوجب هنا على الطرف الثالث المكلف بتسوية النزاع أن يقف على المسافة نفسها من المتنازعين والمساواة بينهم، متجنبا أي شيء من شأنه أن يجعله يثير الشكوك أو يوحي بمظهر التحيز لأحد الأطراف، ويؤثر على نشاطه بصورة سلبية، ويخل بمبدأ المساواة في معالجة النزاع، ويمس بذلك بمصالح المتنازعين، ويؤدي إلى نسف كل المساعي والجهود الرامية إلى الوصول إلى الحل التوافقي بين الأطراف الذي يضمن استمرار علاقاتهم التجارية[25]، وهذا الشرط يعتبر ضروري ومهم في سبيل تحقيق هذه الغاية.

ذهب بعض الفقهاء إلى ضرورة تفادي بعض الأوضاع التي قد يكون عليها الطرف المكلف بتسوية النزاع، بما أن عدم الحياد هو شعور عاطفي ليس له مظهر

خارجي، كأن يكون الوسيط أو الموفق زوجا أو قريبا أو صهرا لأحد الأطراف أو صديقا له، أو كان قد سبق له وأن أبدى رأيا في النزاع، أو كان هناك نزاعا سابقا بينه وبين احد الأطراف[26]، أو كان للطرف المحايد مصلحة مادية في النزاع كما لو كان دائنا لأحد الطرفين أو كفيلا له، كما يعد غير محايد أيضا الوسيط أو الموفق الذي اشتهر بعدائه للثقافة القومية أو للتراث القانوني أو للعقيدة الدينية لأحد الطرفين[27].

كما أثبتت التجارب العملية في تسوية النزاعات بواسطة الآليات البديلة أن وجود طرف ثالث حيادي ونزيه من شأنه أن يسهل الحوار والنقاش بين المتنازعين حيث تتعزز ثقتهم به[28]، يؤثر بصورة أكثر فعالية وجدية في حل النزاع، لاسيما إذا كانت هناك مشكلة عاجلة تتطلب حلا شاملا وسريعا، ولا شك أن موجب الحياد ضروري في جميع مراحل حل النزاع حتى لا يتم ترجيح كفة أحد على حساب الآخر وفقدان هذه الآليات لأهدافها الرئيسية المنتظرة منها بالأساس.

بالإضافة إلى الحياد يجب أن يكون الطرف المكلف بتسوية النزاع مستقلا استقلالا كاملا فيما ينتهي اليه من رأي غير متأثرا فيه بأي دوافع أو ارتباطات، أو أي علاقة تربطه بأحد الطرفين سواء كانت مالية أم اجتماعية أم مهنية سابقة أو حالية، وانتفاء أي صلة أو مصلحة له بموضوع النزاع، وهو شرط أساس نصت عليه العديد من الاتفاقيات والقوانين المتعلقة بالآليات البديلة لتسوية المنازعات[29]، وسواء كانت هذه المصلحة مادية أم معنوية بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وكل ما من شأنه أن يجعله في موقع الخصم للطرف الآخر؛ كما لا يتوافر الاستقلال كلما وجدت ظروف موضوعية معينة توحي بعمل الطرف المكلف بتسوية النزاع لحساب أحد الخصوم، كما لو كان تابعا له أو خاضعا لرأيه أو سلطته مما يؤثر على استقلاليته ومدى قدرته على فض النزاع بالطريقة العادلة.

ويستمر موجب الحياد والاستقلالية لدى المكلف بحل النزاع طيلة أمده وفي جميع مراحله، كما تفرض بعض القوانين والتنظيمات على وجوب إعلام الطرف المكلف بحل النزاع سواء كان محكما أم وسيطا أم موفقا للجهة التي عينته خطيا بكل الوقائع والظروف، التي يمكن أن تؤثر في استقلاله وحياده[30]، وأن تفسد عملية تسوية النزاع وتبطلها، وأي مستجدات قد تحدث أثناءها سواء كان طرفا من أطراف النزاع أم مرجعا أم مركزا تحكيميا[31]؛ وتنص أنظمة التسوية الودية أحيانا على رد الطرف الثالث في الآليات البديلة إذا صدر عنه غش أو انحياز في أداء مهامه، بما أن موجب الحياد والاستقلالية يتعلق بمصلحة الخصوم في حد ذاتهم وبالتالي على ذي المصلحة التمسك بذلك[32].

2- موجب الكفاءة والاختصاص: يتوقف التوصل إلى تسوية النزاعات الاستثمارية عن طريق الآليات البديلة على عدة جوانب منها مدى كفاءة الطرف المكلف بحل النزاع، سواء كان محكما أم وسيطا أم موفقا، والتي تعد مهمة جدا، وتسهم في إيجاد حلول فعالة تنهي الخلاف.

وبما أن المنازعات على الصعيد الدولي تتسم بالتعقيد فهي تتطلب كفاءات شخصية وقانونية عالية مثل المنازعات الناشئة عن عقود الاشغال الدولية نظرا لأهميتها وما ينتج عنها من مشاكل قانونية وفنية[33]، لهذا يجب أن يكون الطرف المحايد المكلف بتسوية النزاع من ذوي الاختصاص بموضوع النزاع، وله خبرة فنية واسعة في مجال الاستثمار والتجارة الدولية، وله قدرة على إعداد بدائل خلاقة من خلال الاتصالات والتشخيص الموضوعي والعلمي للمشاكل والخلافات موضوع النزاع[34] ومساعدة الأطراف للتوصل إلى آلية مشتركة فيما بينهم للتعامل مع النزاع؛ هذا ما يتيح للطرف المحايد بتحويل العلاقة بين الأطراف المتنازعة من اتجاه النزاع إلى اتجاه التعاون ومن ثم تيسير آو تسهيل تسوية المسائل الجوهرية بينهما.

ففي التحكيم مثلا نجد ان محوره يستند على دور المحكم، فإذا كان هذا الأخير راسخا في وجوده وشخصيته كاملا في اختصاصه، كان التحكيم وافيا وسليما[35]، أما إذا كان المحكم مفتقرا إلى الكفاءة والخبرة والتخصص، أصبح التحكيم كله في موضع شك، وافتقر إلى الثقة والقيمة، سواء لنسبة العدالة التي يحتويها أم لقيمته القانونية، ولهذا سلمت معظم التشريعات وأنظمة التحكيم بحرية المتنازعين في اختيار المحكم، واكتفت بوضع ضوابط عامة في ذلك فقط، فالرابط هنا هو شرط أو بند التحكيم، والذي ينبثق منه حقوق وواجبات الأطراف[36]، لهذا فهو يستمد سلطاته واختصاصه من طرفي النزاع، وليتوج ذلك بحل يرضي الطرفين وجب أن تتوفر لديه الخبرة والكفاءة، وأن يكون ذا تخصص حقوقي خاصة إذا كان منفردا[37].

يفترض في الوسيط الإلمام بموضوع النزاع واكتساب الخبرة الكافية في الدعاوى وإدارة الاجتماعات وتسوية النزاعات الاستثمارية، حتى يتسنى له إرشاد المتنازعين إلى حقوقهم وأوضاعهم واقتراح الحلول الملائمة وإقناعهم بها[38]، وضرورة تفادي ما قد ينجر عن إطالة أمد النزاع باللجوء إلى آليات أخرى، قد تأخذ منهم وقتا أطول أو تطوره، وهو ما يؤدي إلى تعقيدات أخرى قد تقف عائقا في تسويته بالطرق الملائمة والمناسبة للطرفين.

وقد يتطلب الأمر إبرام عقدا جديدا او تعديل عقدا نافذا في سبيل الحل، أو أي ترتيبات أخرى من هذا القبيل يتفق عليها الأطراف، وذلك سواء بالاجتماع بكليهما معا أم بكل طرف على انفراد، وهذا ما يتطلب توفر مهارات عملية وفهم نظري وخبرة حقوقية أو مصرفية وفنية والإلمام بثقافات ولغات الأطراف، فضلا عن القدرة على ابتكار وإبداع الأفكار التي تساعد المتنازعين في اختيار مصالحهم، وتؤمن لهم أفضل السبل في حسم خلافاتهم، بحيث لا يعطي رأيا أو يقيم واقعة معينة، كما لا يجري أمامه تبادل مذكرات أو مستندات إلا برضا الأطراف[39]، كما يعمل الوسيط او

الموفق على استغلال كل ما من شأنه أن يساعد في حل النزاع على أسس واقعية ومعقولة، معتمدا على خبرته وكفاءته في ذلك وتأهيله القانوني لصياغة اتفاق التسوية وفق الضوابط القانونية التي تحفظ حقوق الأطراف والتزاماتها ماديا و قانونيا، ومنه يتم التوصل إلى تحرير صك التفاهم والتصالح بشكل صحيح.

وقد أتاحت الأنظمة القانونية المنظمة للآليات البديلة للمتنازعين ممارسة نوع من الرقابة على عملية تسوية النزاع، والتأكد من مدى كفاءة الغير واختصاصه، أما إذا تبين العكس، فيمكن عزله بالوسائل القانونية المتاحة مثلما تم اختياره[40]، سواء كانت وساطة حرة أم مؤسسية أم توفيقا، لهذا يمكن للأطراف تحييد الوسيط أو الموفق إذا لم يكن في المستوى المطلوب الذي يمكنه من التوصل الى التسوية الودية بين الأطراف[41].

الخاتمة:

إن التزام أطراف النزاع الاستثماري بما يتطلبه اللجوء للآليات البديلة قد يسهم في الوصول الى التسوية الملائمة بينهم وتحقيق المسعى والغاية من اللجوء إلى هذه الآليات على اختلاف صورها، بدءا بالتفاوض الجاد لدراسة جوانب النزاع والاتفاق على الآلية المناسبة التي يختارون اللجوء إليها لتسويته، بما فيها هوية المكلف بالنزاع محكما كان أم وسيطا أم موفقا الذي يسهم بدوره في نجاح مسعى التسوية الودية بين الأطراف، فهذه الغاية تترتب على طريقة اختياره وتكليفه بالتوسط بينهم. و لذا يمكن أن نستخلص ما يلي :

–إن بذل عناية في التفاوض الجاد بين أطراف النزاع من شأنه أن يذلل الخلافات بينهم، ويحافظ على استمرار علاقتهم؛

-يعد الالتزام بالسرية من أهم الموجبات المترتبة على أطراف النزاع في العملية الاستثمارية، إذ ليس من مصلحة أي طرف البوح بما تم الاتفاق عليه أو اقتراحه أثناء عملية التفاوض؛

-يعد اختيار الآلية المناسبة لتسوية النزاع الاستثماري بمثابة اللبنة الأساسية لفضه، بما في ذلك المكلف بالتوسط بين الأطراف، باعتباره الجوهر الذي تقوم عليه هذه العملية، فإذا لم يكن الاختيار صائبا، اتسعت رقعة النزاع بين الأطراف، فمن الأجدر أن تتضمن العقود الاستثمارية شروط التفاوض وإعادة التفاوض بين الأطراف إذا نشأ أي نزاع بينهم، وبذل عناية كبيرة في ذلك لمدة محددة متفق عليها، إذ لا يمكن اللجوء إلى أي طريق آخر لتسوية النزاع دون انتهاء هذه المدة.

الهوامش :

[1] Mireille taok , la résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international , éditions delta , Beyrouth – Liban , p 198.

[2] د.احمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، ص 117.

[3] د.ازاد شكور صالح ، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت – لبنان ، ص 498.

[4] د . قشي الخير ، المفاضلة بين الوسائل التحاكمية و غير التحاكمية لتسوية المنازعات الدولية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، ص 117.

[5] اباريان علاء ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ص 106.

[6] د.فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ، منشاة المعارف ، الإسكندرية – مصر ، ص 31.

[7] د . احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سبق ذكره ، ص 178.

[8] في هذا السياق اكدت الاحكام الصادرة من القضاء الأمريكي إمكانية التنفيذ العيني لشرط اللجوء الى الاليات البديلة المتفق عليه و الزام الأطراف ببدء التفاوض من اجل تسوية النزاع

باعتبار ان ذلك ما هو إلا التزام عقدي ، و من الاحكام الصادرة في هذا الشأن ، الحكم الصادر من احدى المحاكم الامريكية تحت رقم 05/123 في 2005/12/13 في النزاع بين شركة " هيرتل وولف " و " هولردس رايت كونستريكسيون " ، حيث أجبرت المحكمة الطرفان على احترام العقد الأصلي بينهما و البدا بالتفاوض لإيجاد الالية المناسبة لفض النزاع حيث نص هذا الأخير على اللجوء اليها لكنه لم ينص على الية معينة و ترك الاختيار مفتوحا للأطراف .

[9] Ch . jarrosson , les modes alternatifs de règlement des conflits , r.i.d.c n 02, p 337.

[10] د . يسري عوض عبدالله ، العقود التجارية الدولية ، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة و الاستشارات ، الخرطوم – السودان ، ص 182.

[11] اباريان علاء ، مرجع سبق ذكره ، ص 108.

[12] على سبيل المثال في قضية حق المرور المقدمة من البرتغال ضد الهند امام محكمة العدل الدولية سنة 1960 و المتعلقة بحق المرور في الأراضي الهندية ، اثارت الهند الاعتراض التالي " ان البرتغال قبل ان تتقدم بادعائها في هذه القضية ، لم تراع قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي ، تتطلب منها القيام باجراء المفاوضات الدبلوماسية كوسيلة ، و الاستمرار فيها الى الحد الذي لا يعود فيه من المفيد متابعتها ، للتفصيل اكثر انظر د . محمد عبد الودود أبو عمر ، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر في اطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية ، دار وائل للنشر و التوزيع ، الاردن ، ص 167.

[13] د . إبراهيم الشهاوي ، ثقافة التفاوض و الحوار ، الشركة القومية للطبع و التوزيع ، مصر، ص 63.

[14] د . عبدالحميد الاحدب ، اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى ، مقال منشور بمجلة " التحكيم العربي و الدولي ، جامعة بيروت لبنان ، العدد 9 سنة 2004 ، ص 27.

[15] د . زينب وحيد دحام ، الوسائل البديلة عن القضاء لحل النزاعات ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ، ص 77.

– في هذا الشأن حددت قواعد بعض المراكز و الهيئات المتخصصة في تسوية المنازعات الموقف الذي يتبناه الأطراف في اطار محاولة تسوية النزاع حيث ان قواعد الاونسترال

للتوفيق لعام 1980 تنص على ان يتعاون الطرفان مع الموفق بحسن نية ، و يسعيان بوجه خاص الى الامتثال لطلبات الموفق الخاصة بتقديم مواد و توفير الأدلة و حضور الاجتماعات .

[17] د . قشي الخير ، مرجع سبق ذكره ، ص 92.

[18]د . إبراهيم الشهاوي ، مرجع سبق ذكره ، ص 65.

[19] اباريان علاء ، مرجع سبق ذكره ، ص 109.

[20] Truong Corinne , les différends lies a la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales , cci , litec , p 91.

[21]د. اميرة جعفر شريف ، تسوية المنازعات الاستثمارية – دراسة قانونية تحليلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية – مصر ، ص 71.

[22] د. حازم جمعة ، دعوى المسؤولية الدولية لحماية المواطنين و استثماراتهم في الخارج ، مقال منشور بمجلة المحاماة العدد 16 ، 1998.

[23] نصت المادة 4 من قواعد الوساطة الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على ما يلي : " يتعين ان يتوافق السلوك المهني للوسيط المختار او المعين مع قواعد السلوك المهني المعمول بها في المركز ، فليس لأحد الأشخاص القيام بدور الوسيط في أي نزاع اذا ما كانت له أي مصلحة شخصية او مالية نتيجة لهذه الوساطة إلا اذا اتفق على غير ذلك بين الأطراف كتابة ، و قبل قبول التعيين يقوم الوسيط المرشح بالتصريح باي ظرف من شانه خلق الاعتقاد بعدم الحياد او الاستقلال " .

[24] كذلك نصت المادة 3 من قواعد حل الخلافات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في 2002/02/17 على وجوب حياد و استقلالية المكلف بحل النزاع ، و على ان يودع هذا الاخير سيرته الذاتية المفصلة على مستوى الغرفة مع توقيعه و تعهده خطيا بالتزام الحياد ، فيما تقوم الغرفة بتزويد اطراف النزاع بذلك .

محمد عبد المجيد إسماعيل ، التحكيم في عقود الاشغال الدولية ، منشورات الحلبي [25]الحقوقية ، بيروت لبنان ، ص 111.

[26] د . احمد عبدا لكريم سلامة ، مرجع سبق ذكره ، ص 318.

[27] د . اميرة جعفر شريف ، مرجع سبق ذكره ، ص 57.

[28] د. إبراهيم الشهاوي ، مرجع سبق ذكره ، ص 96.

[29] على سبيل المثال بخصوص الوسيط نصت المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 على مايلي : يجب ان يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك و الاستقامة و ان تتوفر فيه الشروط التالية :

ان لا يكون قد تعرض الى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف ، و ان لا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية

ان يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه و يكون محايدا و مستقلا في ممارسة الوساطة .

[30] اشترطت المادة 12 من قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم في المحكم حياده و استقلاله حيث نصت على : "و على المحكم ان يصرح بكل الظروف التي من شانها ان تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده و استقلاله ، و على المحكم أيضا ان يفضي بلا ابطاء الى طرفي النزاع و منفذوا تعيينه و طوال إجراءات التحكيم بوجود أي ظروف من هذا القبيل الا اذا كان قد سبق له و ان أحاط علما بها

[31] نصت المادة 7 من نظام غرفة التجارة الدولية على ما يلي : كل محكم تمت تسميته او عين من قبل المحكمة عليه ان يكون و ان يبقى مستقلا بالنسبة الى الفرقاء في الدعوى .

[32] د. احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سبق ذكره ، ص 61.

[33] د. اميرة جعفر شريف ، مرجع سبق ذكره ، ص 59.

هادي منذر ، الحلول البديلة لفض النزاعات ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان [34]، ص 71.

د. يحي الجمل ، حيدة و استقلال المحكمين ، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي ، العدد 4[35] ، ص 15.

[36] فؤاد محمد محمد أبو طالب ، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية ، دراسة مقارنة وفقا لأحكام القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية مصر ، ص 47.

[37] د. يحي الجمل ، مرجع سبق ذكره ، ص 16.

[38]د. منير محمود بدوي ، الوساطة و دور الطرف الثالث في تسوية المنازعات ، دار النهضة العربية مصر ، ص 100.

[39] اباريان علاء ، مرجع سبق ذكره ، ص 125.

[40] د. فتحي والي ، مرجع سبق ذكره ، ص 55.

[41] في ذات السياق نصت المادة 17 من " معايير الوساطة " في الولايات المتحدة الامريكية الصادرة سنة 1995 على ما يلي " يتطلب ان يكون الوسيط ذو كفاءة و خبرة تمكنه من تسوية النزاع بالطريقة المناسبة ، كما يجب ان يحظى بالقبول اللازم من اطراف النزاع اما غير ذلك فيمكن رده و تحييده " ، و هو ما تم في النزاع الذي نشا سنة 1999 بين شركة Brunswick و شركة ANF .