خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية

أ.عدلي محمد عبد الكريم

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة

مقدمة:

قد يحجم الطرف الأجنبي [156] بصفة عامة والمستثمر على وجه الخصوص عن استثمار أمواله أو التعاقد مع دولة يعلم أن اللجوء إلى قضائها الوطني هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقه في حالة النزاع، وعلة ذلك تكمن في عدم معرفة المستثمر بمعطيات المثول أمام هذا القضاء كما أنه يجهل الإجراءات الواجبة الإتباع أمامه في الغالب ، وقد يعوق تلك الإجراءات مبدأ حصانة الدولة أمام المحاكم الداخلية ، الأمر الذي يحول دون هذه الأجهزة القضائية الداخلية والتعرض لتصرفات الدولة . فضلا عن ذلك فإن إناطة الاختصاص بالقضاء الوطني في الدولة للفصل في المنازعات بينها وبين المستثمر ، إنما يجعل من تلك الدولة خصما وحكما في آن واحد . وبما أن المستثمر لا يستطيع اللجوء بصفته الشخصية وبشكل مباشر إلى محاكم القضاء الدولي ، فقد اتجه الفقه وقواعد السلوك الدولي إلى اعتماد نظام التحكيم التجاري بوصفه نظاميا قانونيا بديلا لتسوية المنازعات بين الدولة والمستثمر الأجنبي . ويحظى نظام التحكيم عموما بثقة المستثمر و تأييده عموما وذلك لمرونة إجراءاته واختصار وقته وتكاليفه.[157]

---

[156] غالبا ما يكون المتعاقد الأجنبي مع الدولة إحدى الشركات الأجنبية ، ولقد ذهب الفقه الدولي إلى تبني معيار الجنسية في تحديد صفة الطرف المتعاقد مع الدولة وفي هذا الصدد يقول الأستاذ Berlin أن الصفة الأجنبية تلحق بكل شخص يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في العقد . وفي ذات السياق ذهبت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي أنشأت المركز الدولي لحل النزاعات بين الدول ورعايا دولة أخرى في مجال الاستثمارات في فقرتها الثانية من المادة 25 إلى بيان المقصود برعايا الدولة الأخرى المتعاقدة كل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع على أنه يجب أن نشير إلى أنه من النادر أن ينعقد عقد مع شخص طبيعي [156]. أنظر في ذلك سراج حسين أبو زيد : التحكيم في عقود البترول _دراسة متعمقة تتضمن عرضا تفصيليا لموقف الفقه والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية ، وأحكام محاكم التحكيم وخاصة الصادرة في مجال البترول وذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والإجراءات وموضوع النزاع، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 ، ص ص 30_34. وأنظر أيضا : طه أحمد علي قاسم : تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية _ دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، مصر ، 2008 ، ص 51.

[157] **دريد محمود السامرائي** : الاستثمار الأجنبي – المعوقات والضمانات القانونية -، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 338.

وحيث أن التحكيم يوفر للمستثمر والدولة على حد سواء العديد من المزايا ، فيعد ضمانا للمستثمر تبدد مخاوفه بشأن خضوع منازعاته لقضاء الدولة الداخلي ، ويعتبر للدولة سببا نافيا للأشكال التحكيمية الدولية الأخرى لا سيما الحماية الدبلوماسية[158] التي قد تلجأ إليها دولة الشخص المتعاقد مع الدولة .[159]

على أن خصوصية التحكيم في مجال العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ليست نابعة من تلك المزايا ، بل إن نطاق البحث بيان تلك الخصوصية النابعة من كون الدولة طرف متعاقد في مثل هذه العقود ، وذلك من خلال الوقوف عند جملة من الضوابط التي يفرزها التحكيم و التي يمكن أن تسلب الدولة حريتها في بعض التصرفات من جهة ، ومن جهة أخرى فهي تفرض ما يحقق ويجسد مبدأ الثبات والاستقرار التعاقدي .

كما أن خصوصية التحكيم في عقود الدولة تظهر من خلال الضمانات الممنوحة للأشخاص الأجنبية ، المتمثلة في النص على التحكيم كشرط في مثل هذه العقود ، وضمان الفعالية للحكم التحكيمي.

وعلى هذا الأساس أردنا دراسة هذا الموضوع من خلال الإجابة على الإشكالية التالية :

كيف تؤثر ذاتية عقود الدولة وطبيعتها النابعة من أطــراف هذه العقود ومحلها على طبيعة التحكيم فيها ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سلكنا الخطة التالية :

المبحث الأول : آثار التحكيم على الدولة كطرف في عقود الدولة

المطلب الأول : سلب الدولة لبعض خصائصها .

الفرع الاول : عدم جواز التحلل من التحكيم بالدفع بسيادة الدولة .

الفرع الثاني : انعدام المسؤولية المباشرة للدولة عند لجوء مشروعاتها إلى التحكيم .

المطلب الثاني : ضرورة تحقيق الاستقرار التعاقدي .

الفرع الأول : استمرارية العقد في ظل القوة القاهرة .

الفرع الثاني : عدم تأثر العقد بالإجراءات الانفرادية للدولة .

المبحث الثاني : التحكيم كضمان للأشخاص الأجنبية كطرف في عقود الدولة

---

[158] تعرف الحماية الدبلوماسية على أنها حق تمارسه الدولة تجاه رعاياها إذا لحق بهم ضرر في دولة أجنبية جراء مخالفة هذه الأخيرة لأحكام القانون الدولي ، واشترط الفقه شرط المواطنة للرعية و استنفاذه للوسائل القضائية الداخلية و سلوكه المستقيم أو ما يعبر عنه بمبدأ الأيادي النظيفة ولعل الخلاف واضح بين الحماية الدبلوماسية والتحكيم في أن هذا الأخير يلجأ إليه لاستبعاد القضاء الوطني للدولة المتعاقدة . أنظر في ذلك **خنيش سنوسي** : " المسؤولية الدولية والحماية الدبلوماسية " محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة كلية الحقوق ، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، 2009 _2010، غير منشورة

[159] **بشار محمد الأسعد** : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية – دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية – والتشريعات الوطنية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ،الطبعة الأولى ، ،2009 ، ص 148 . و أنظر أيضا : محمد عبد المجيد اسماعيل :عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها _دراسة للطبيعة القانونية الجديدة و الأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003 ، ص 348.

المطلب الأول : تمسك المتعاقد مع الدولة باللجوء إلى التحكيم .

الفرع الأول : تحقيق الموازنة بين الدولة والمتعاقد معها .

الفرع الثاني : عدم أحقية الدولة في الممانعة من اللجوء للتحكيم .

المطلب الثاني : فعالية لأحكام التحكيم .

الفرع الأول : من التحكيم الخاص إلى التحكيم المؤسساتي .

الفرع الثاني : آليات فعالية التحكيم كضمانة للمتعاقد مع الدولة .

أولا : عوامل اختيار المحكمين في عقود الدولة .

ثانيا : السرية في إجراءات التحكيم .

ثالثا : مرونة مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم .

المبحث الأول

آثار التحكيم على الدولة كطرف في عقود الدولة

لبيان القيود التي قد تعكس بحق خصوصية التحكيم في فض المنازعات بين الدولة و الأشخاص الأجنبية المتعاقدة نجد أن الدولة سلبت بعضا من خصائصها لاسيما الدفع بالعنصر السيادي في مواجهة الأطراف و الإدعاء بسلطتها ناهيك عن عدم مسؤوليتها الدولية جراء لجوء مشاريعها إلى التحكيم المطلب الأول .

كما أن من خصوصيات التحكيم تحقيقه لضابط الاستقرار التعاقدي سواء في تجسيد مبدأ استمرارية العقد في ظل القوة القاهرة ، أو في عدم التأثر بالإجراءات الانفرادية للدولة المطلب الثاني

المطلب الأول

سلب الدولة لبعض خصائصها

لا نجافي الحقيقة إذا قلنا أن التحكيم يسلب الدولة اهم خصائصها متمثلة في السيادة الفرع الأول وكذا أن لا مسؤولية تقام في حق الدولة جراء لجوء مشروعاتها إلى التحكيم الفرع الثاني

الفرع الأول : عدم جواز التحلل من التحكيم بالدفع بسيادة الدولة

يعارض جانب من الفقه الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة قانونية لفض المنازعات التي قد تنشأ بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد معه بحجة مخالفته لسيادة الدولة ، ذلك أن القضاء يمثل مظهرا من مظاهر السيادة غير القابلة للتصرف ولا يجوز للدولة أن تتنازل عن مقومات السيادة لشخص من أشخاص القانون الخاص . كما أن قيام هيئة تحكيم دولية بالنظر في المنازعات بين المستثمر مثلا والدولة المضيفة للاستثمار سيستدعي بالضرورة مناقشة وتقييم أعمال هذه الدولة ، وفي ذلك إعتداء جسيم على سيادتها الوطنية ، إذ لا يحق لأية جهة دولية إصدار قرارات في أمور تعتبر من صميم الشؤون الداخلية للدولة ، فمثل هذه القرارات ينبغي أن تصدر من المحاكم الداخلية للدولة وطبقا لقوانينها الوطنية .[160]

[160] دريد محمود السامرائي : مرجع سابق ، ص 340.

فقد رفضت هيئة التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية الدفع الذي تقدمت به إحدى الدول الإفريقية في نزاعها مع شركة فرنسية ، على أساس أن حصانتها تحول دون خضوعها لقضاء أجنبي ، غير أن الهيئة رفضت هذا الدفع لكون أن الحكومة أبرمت إتفاق التحكيم بإرادتها وكان لها أن ترفضه في البداية .[161]

وإذا كانت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في مادتها الخامسة الفقرة الأولى تعطي الدولة أهلية إبرام اتفاق التحكيم الدولي ، فإن إتفاقية جنيف لسنة 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي أكدت صراحة على أهلية الأشخاص المعنوية عموما في اللجوء إلى التحكيم حيث نصت في مادتها الثانية على أنه :"الأشخاص المعنوية التي تعتبر وفقا للقانون الواجب التطبيق عليها من أشخاص القانون العام تكون لها القدرة على إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة ."

ومنه إذا وافقت دولة متعاقدة كتابة على إخضاع منازعة ما نشأت أو يمكن أن تنشأ عن علاقة تجارية أو مدنية للتحكيم ، فإن هذه الدولة لا يمكنها أن تتمسك بالحصانة أمام دولة متعاقدة أخرى يتم التحكيم على إقليمها أو بموجب قانونها، فلا يمكن قبول إدعاءات الحصانة القضائية المستمدة من كون الدولة في وضع سلطة وتسيد لأن ذلك يتعارض مع إتفاق التحكيم الذي أبرمته .[162]

الفرع الثاني : انعدام المسؤولية المباشرة للدولة عند لجوء إلى التحكيم

جاء في المادة السابعة من قرار مجمع القانون الدولي لسنة 1989 ما يلي :(موافقة الهيئة التحكيمية على التحكيم لا تنطوي في حد ذاتها على موافقة الدولة أن تكون طرفا في التحكيم .)

وقد أثارت هذه المادة العديد من الإشكالات القانونية في مدى إمتداد نطاق التحكيم الذي يكون أحد أجهزة الدولة قد أبرمه في مواجهة ذات الدولة .

أثيرت هذه المسألة في قضية "واست لاند" ضد الدول العربية المشتركة في إنشاء الهيئة العربية للتصنيع وهي مصر والسعودية والإمارات وقطر ، حيث تعاقدت هذه الهيئة مع شركة واست لاند لإنتاج طائرات الهيليكوبتر ، مع الإتفاق على شرط التحكيم فلما انسحبت الدول العربية الثلاث عن مصر من الهيئة عقب إتفاق كامب ديفيد توقف المشروع ولجأت الشركة إلى غرفة التجارة الدولية بباريس تطبيقا لشرط التحكيم وتمسكت في ذات الوقت بمسؤولية الدول الأربعة لتعويضها عن الأضرار التي لحقتها ، وقد انتهت هيئة التحكيم إلى أن الأمر مشابه لشركة التضامن و أقرت بمسؤولية هذه الدول وبعد الطعن في هذا الحكم أمام القضاء السويسري أصدرت المحكمة الفيدرالية حكما يقضي بتمتع الهيئة العربية للتصنيع بشخصية قانونية مستقلة عن الدول المؤسسة لها . [163]

---

[161] بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،2006، ص 408.

[162] بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،2006، ص 409.

[163] بشار محمد الأسعد : المرجع السابق ، ص ص 426 _429 .

المطلب الثاني ضرورة تحقيق الاستقرار التعاقدي

تتسم عقود الدولة بطول مدتها وهذا ما يستدعي من الأطراف المتعاقدة المحافظة على تحقيق الثبات التعاقدي في ظل القوة القاهرة الفرع الأول ؛ وحماية العقد من تدخل الدولة كطرف في هذه العقود بصفة إنفرادية الفرع الثاني

الفرع الأول : استمرارية العقد في ظل القوة القاهرة

تبرز خصوصية التحكيم في مثل هذه المنازعات لكون الأطراف لا يريدون في الغالب إنهاء العقد بسبب القوة القاهرة ، بل يرون ضرورة التوافق مع جديد الظروف ليعيدوا النظر في العقد وذلك على خلاف القواعد العامة التي تحكم العقود .

وإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن القوة القاهرة من شأنها إنهاء الإلتزام وعدم تحمل المدين تبعة عدم تنفيذه فإن الأمر في التحكيم مختلف لحرص الأطراف المتعاقدة على مواجهة الأحداث المستقبلية ضمانا لإستمرارية العلاقة التعاقدية الإستثمارية في الغالب .

هذا ونشير إلى أن المنازعة التي تدور حول تحقق القوة القاهرة او النتائج المترتبة على ثبوتها تعد منازعة فنية تتميز بالصعوبة في الإثبات وتتطلب مستو عال من التخصص لدى الهيئات التحكيمية التي يقع عليها عبء إعادة ضبط العلاقة القانونية بين أطراف العقد ومحاولة إعادة توازنه تطبيقا لمبدأ إستمرارية العقد.[164]

الفرع الثاني :عدم تأثر العقد بالإجراءات الانفرادية للدولة

قد لا يتضمن قانون الدولة عند توقيع اتفاق التحكيم مانعا من اللجوء إلى التحكيم ، غير أنه أثناء سريان هذا الاتفاق قد يصدر تشريع جديد يتضمن هذا الحظر ، فما مدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم القائم ؟

أقرت معظم التشريعات الحديثة مبدأ استقلالية شرط التحكيم ويعتبر هذا المبدأ الأساس القانوني لمبدأ آخر هو الاختصاص بالاختصاص والذي يمنح هيئة التحكيم الفصل في مسألة اختصاصها ، وهذا ما أكدته معاهدة جنيف الموقعة سنة 1961 في مادتها الخامسة حيث جاء فيها :(لا يلتزم المحكم الذي ينكر عليه الأطراف الاختصاص ، أن يتخلى عن نظر المنازعة ، وله أن يفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود وصحة إتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد الذي يعد هذا الاتفاق جزء منه وذلك دون إخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي)

وقد ذهبت معاهدة واشنطن المنشئة للبنك الدولي للبناء والتعمير ذات المذهب في مادتها 41 والتي نصت على أن: (المحكمة هي التي تحدد اختصاصها) [165]

---

[164] عمر مشهور حديثة الجازي : التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، مجلة نقابة المحامين ، العدد 09 ، الأردن ، 2002 ، ص 06.

[165] حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2007، ص ص 229_233.

وكثيرا ما ترفض الدول اختصاص هيئات التحكيم بالنظر في إجراءاتها الانفرادية سواء فيما قامت به من تغييرات جوهرية في تشريعاتها الوطنية في مجال التحكيم أو ما لجأت إليه من سبل لنقض العقد مع الطرف الأجنبي الذي يتضمن الاتفاق التحكيمي ، لكن تعامل الدولة على نقيض قصدها وليس لهيئة التحكيم أن تتخلى عن اختصاصها تطبيقا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص من جهة وتحقيقا لمبدأ استمرارية العلاقة التعاقدية ضمانا وموازنة بين الأطراف وتكريسا لتميز التحكيم في فض منازعات الدول مع الأشخاص الأجنبية المتعاقدة .

المبحث الثاني: التحكيم كضمان للأشخاص الأجنبية كطرف في عقود الدولة

كما أن للتحكيم خصوصية تنعكس في جملة القيود الملقاة على الدولة فإن للتحكيم ذات الخصوصية بالنسبة للأشخاص المتعاقدة مع الدولة من خلال التمسك بشرط التحكيم من جهة المطلب الأول و ضمان فعالية أحكام التحكيم جهة ثانية المطلب الثاني

المطلب الأول: تمسك المتعاقد مع الدولة باللجوء إلى التحكيم

يعد تمسك الأشخاص الأجنبية المتعاقدة بشرط التحكيم دافعا لتحقيق مصلحتها و مصلحة الدولة المتعاقدة في ذات الوقت ، يعبر عنه بمبدأ الموازنة بين الأطراف المتعاقدة الفرع الأول وليس للدولة أن تمانع في اللجوء إلى التحكيم الفرع الثاني

الفرع الأول : تحقيق الموازنة بين الدولة والمتعاقد معها

يعمل التحكيم لمصلحة كل من الدولة والأطرف الأجنبي المتعاقد معها، حيث يوفر للطرف الأجنبي الأمان القانوني القضائي إذ يبدد مخاوفه بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي نادرا ما يكون يلقى قبولا لدى الطرف الأجنبي ، و من جهة ثانية فإن الدولة تتمتع بمزايا التحكيم لمواجهة تدخل الدول بذريعة حماية رعاياها و المطالبة بالتعويض بحجة الحماية الدبلوماسية

ومن بين ما يميز التحكيم في عقود الدولة والذي لأجله عد شرطا تتمسك به غالبية الأشخاص المتعاقدة مع الدول، حرية الاختيار في نوع التحكيم الملائم لخصوصية المنازعة، وكذا اختيار المحكمين الذين يتوافر لهم التكوين الملائم والخبرة الخاصة للتصدي لمثل هذه المنازعات، ومما يبرز الخصوصية في التحكيم كشرط يطالب به الأطراف المتعاقدة مسألة السرية التي تعد قوام العمليات الاقتصادية الاستثمارية السرية في إجراءات التحكيم و التي تحقق ذات المزية بالنسبة للدول التي تسعى إلى الحفاظ على سرية مشاريعها خاصة ما كان من المشاريع الإستراتيجية لها [166]

الفرع الثاني : عدم أحقية الدولة في الممانعة من اللجوء للتحكيم

[166] بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، ص 27

نصت المادة 25 فقرة أولى من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على (...متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده)

فإذا ما قبلت الدولة التحكيم بتوقيعها على شرط التحكيم، ثم رفضت بعد ذلك يستمر التحكيم ويطبق على الدولة المتعاقدة القاعدة التي تقضي بأن من سعى لنقض ما تم عليه يديه فسعيه مردود عليه .

ومن تطبيقات ذلك قضية "ليامكو" ضد الحكومة الليبية : (حيث سعت شركة بترولية أمريكية لتنفيذ حكم تحكيم ضد ليبيا لكون الأخيرة قامت بتأميم الحقوق بإتفاقية إلتزام بترولية ، وقد رفضت ليبيا المشاركة في الإجراءات ، وقد صدر الحكم في جنيف سنة 1977 بمبلغ يقدر بـــ 8 ملايين دولار ، وقد حاولت شركة البترول الإعتراف بحكم التحكيم بولاية كولومبيا وقد قرر القاضي بكولومبيا أنه مختص بنظر النزاع إلا أنه رفض ممارسة الإختصاص فيما يتعلق بقانون صادر من الدولة المتعاقدة بالتأميم مبررا ذلك بالمادة 05 فقرة 2 من معاهدة نيويورك لسنة 1958 [167] والتي تنص على أن المحاكم يمكنها ألا تعترف بالأحكام الأجنبية إذا ما كان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم فيه وفقا لقانون هذا البلد[168].

ولقد قررت ليامكو الحجز على عدد من الأصول الليبية بفرنسا والسويد وسويسرا . ففي فرنسا تم الإعتراف من قبل المحاكم الفرنسية وفي السويد قررت محكمة الاستئناف أن الحكومة الليبية قد تنازلت عن حصانتها بالتوقيع على إتفاق التحكيم ، وفي سويسرا قررت المحكمة الفيدرالية إلغاء قرار محكمة زيورخ لكون ألا إختصاص لها بتوقيع الحجوزات دون أن تنكر حكم التحكيم .) [169]

وتعد هذه القضية سببا رئيسيا في التطور التشريعي الحاصل في العديد من الدول ومن بينها الولايات المتحدة الأمريكية التي أحدثت تعديلات عام 1998 بقانون الحصانات الأجنبية إذ أصبح من الممكن تنفيذ حكم التحكيم ضد أصول دولة أجنبية سواء أكانت سببا للتحكيم من عدمه .

بل إن الأمر تزايد وصولا إلى حد سعي الفقه إلى منح الشخص الأجنبي حق اللجوء إلى التحكيم ضد الدولة المتعاقدة حتى وإن لم توقع هذه الدولة إتفاق التحكيم .[170]

المطلب الثاني: فعالية أحكام التحكيم

---

[167] انضمت الجزائر بتحفظ إلى إتفاقية نيويورك التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها .

[168] تنص المادة 05 فقرة 2على أنه :"...كذلك يمكن أن تفرض إعتماد قرار تحكيمي وتنفيذه إذا لاحظت السلطة المختصة في البلد الذي طلب فيه الاعتماد والتنفيذ ما يأتي :

أ _ إن موضوع الخلاف ، حسب قانون هذا البلد ، ليس من شأنه أن يسوى بطريق التحكيم ،أو:

ب_ أن اعتماد القرار أو تنفيذه قد يخالف النظام العام في هذا البلد ."

[169] محمد عبد المجيد اسماعيل : مرجـــــع سابق ، ص ص 350، 351.

[170] محمد عبد المجيد اسماعيل: مرجـــــع سابق ، ص 352 .

إن من مميزات التحكيم فضه للنزاع بين الأطراف المتعاقدة، ويعد يعد تجاوب النزاع للمتغيرات التشريعية و الاقتصادية من تحكيم خاص إلى تحكيم مؤسساتي من أهم خصوصياته بالنسبة للأطراف خاصة للمتعاقد مع الدولة(الفرع الأول)، كما أن خصوصية التحكيم بآليات تميزه في اختيار المحكمين وإعمال مبدأ السرية وأخيرا مرونة مبدأ النسبية في مد حكم آثار حكم التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: من التحكيم الخاص إلى التحكيم المؤسساتي

من المعروف أن التحكيم ينقسم إلى "تحكيم خاص"[171] "Ad Hoc" و"تحكيم مؤسساتي" [172] "Institutionnel" وأمام الطابع التعاقدي للتحكيم فإنه يمكن للأطراف عند الموافقة على اللجوء إليه الاتفاق على أن يستقلوا في إدارة العملية التحكيمية كما في التحكيم الخاص أو إحالة إدارة هذه العملية إلى إحدى هذه المؤسسات التحكيمية الدائمة .

وما يميز نظام التحكيم المؤسساتي التطبيق الآلي للقواعد المنظمة للتحكيم، كما يكفل هذا النوع من التحكيم الاستفادة من الإطارات الفنية المتخصصة، لكن ما يعاب عليه كثرة النفقات فضلا عن عدم توافر القدر المطلوب من السرية ، وفي المقابل يتميز نظام التحكيم الخاص بأنه ينشأ لفض منازعة بعينها فيحقق بذلك سرية الإجراءات ويتطلب التعاون بين الأطراف دون الحاجة إلى تكاليف باهضة، لكنه قد يجعل الأطراف عند عدم الاتفاق أمام إشكال يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم .[173]

وأمام خصوصية منازعات عقود الدولة فإن التحكيم الأجدى بتسوية منازعات هذه العقود انطلاقا من المفاضلة بين مزايا كل من التحكيمين، هو التحكيم المؤسساتي لما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية والتي تجعله الأكفأ في إدارة تحكيمات المنازعات الكبيرة القيمة وذات الطبيعة الفنية المعقدة، وذلك من خلال كونه يضمن الالتجاء إلى مجموعة من القواعد المعدة سلفا و كذا ضمان صلاحيات مناسبة للمحكمين تعينهم على ممارسة اختصاصاتهم وتوفر مؤسسة التحكيم الدائمة على قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات خاصة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية يحتاج فهمها إلى خبرة خاصة .

ويعتبر التحكيم المؤسساتي الأكثر تلبية للتوقعات المشروعة للأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة تحت رعاية المؤسسة على مبادئ معروفة مسبقا علاوة على أن المؤسسات التحكيمية الدائمة توفر المساعدة التي يحتاجها من صدر حكم التحكيم لصالحه في التنفيذ .[174]

الفرع الثاني : آليات فعالية للتحكيم كضمانة للمتعاقد مع الدولة

أولا : عوامل اختيار المحكمين في عقود الدولة

---

[171] يسمى أيضا التحكيم الحر وهو الذي يتولى الأطراف صياغته بمناسبة نزاعهم خارج إطار أي مؤسسة تحكيمية .

[172] هو الذي يختار الأطراف فيه إدارة إجراءات التحكيم وفقا لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة

[173] محمد عبد المجيد اسماعيل: مرجـــــع سابق، ص ص 372_373.

[174] بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق ، ص ص 28_38

يجب أن تتوفر في المحكم الذي يفصل في منازعات عقود الدولة مؤهلات تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لأطراف هذه العقود و محلها ، فقد تتعلق هذه المنازعات بأحكام القانون الدولي العام عندما تتعلق بمسؤولية الدولة عن تأميم المشروع الاستثماري و قد تتعلق بأحكام القانون الدولي الخاص لدولية هذه العقود بطبيعتها، وقد تتعلق بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات نادرة ، كأن تتعلق بتحديد معدل الإنتاج في عقود البترول أو بمشاكل في المحاسبات المالية أو بنوعية التكنولوجيا المستخدمة في إنشاء مصنع ما في عقود التعامل الصناعي، ولهذا يجب توافر التخصص القانوني المناسب في تشكيل هيئة التحكيم إلى جانب الخبرة الفنية الكافية حتى تسمح بما يمكن تسميته بالتحكيم الفني" Arbitrage technique " لأجل تفادي أي خلاف حول تحديد سعر السوق بالنسبة للنفط المنتج لفترة معينة .[175]

ثانيا : السرية في إجراءات التحكيم

يعد الحفاظ على السرية في إجراءات التحكيم مبدأ أساسيا من مبادئ التحكيم ، بل إحدى المزايا التي تدفع المتنازعين إلى اللجوء إلى التحكيم ، و تزداد أهمية سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الدولة عن أهميتها في ما عداها من منازعات لما يترتب على هذه العقود من آثار سياسية واقتصادية تؤثر بشكل كبير على مصالح الدول و على الشركات العملاقة نظرا لحساسية المعلومات والوثائق وأسرار هذه العقود، فقد يؤدي تسرب المعلومات التي تتعلق بمستوى إنتاج حقل بترولي إلى أزمات واضطرابات اقتصادية قد ترفع أو تخفض في أسعار البترول في السوق العالمية ، كما يؤدي عدم احترام السرية إلى تسرب الأسرار التكنولوجية لو كنا بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي .

وعلى الرغم من التشكيك في الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالسرية في إجراءات التحكيم فإن الالتزام بالسرية يمكن اعتباره قاعدة عرفية إذ تفرض أخلاقيات التحكيم على المحكم الالتزام بالسرية .

وحيث أن السرية تعتبر أحد الدوافع وراء لجوء الأشخاص إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ، فإن الاعتقاد بضرورة وضع شروط لضمان السرية عند صياغة اتفاق أو شرط التحكيم أمر لا بد منه.[176]

ثالثا : مرونة مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم

وهذا على خلاف العلاقة بين الشركات الأجنبية الأم و فروعها فقد ذهبت محكمة استئناف بو إلى اعتبار امتداد أثر اتفاق التحكيم على الشركات التي لم توقع على الاتفاق ظاهرة تجسد الاستثناء على مبدأ الأثر النسبي لاتفاق التحكيم ، و ذلك استنادا على اعتبارات خاصة ، من مشاركة الشركات التي لم توقع على العقد ، و جعلت من الإرادة المشتركة للشركات خاصة المعنية بالعقد أمرا يتوقف عليه إمتداد اثر اتفاق التحكيم الموقع

---

[175] بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق ، ص ص 39_40

[176] بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، المرجع السابق ، ص ص 42_44

من شركة أو أكثر من الشركات المكونة للمجموعة على شركة أو أكثر من باقي الشركات المكونة للمجموعة [177]

كما أن القاعدة العامة بشأن آثار اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص هي عدم امتداد آثار الاتفاق إلى الغير، وهذه القاعدة لا تقبل استثناءات إلا عن طريق إعمال معيار الإرادة المشتركة الذي أخفق في مد اتفاق التحكيم وعدم القدرة على الاحتجاج به بمواجهة الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها [178] .

خاتمة:

إن من مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية توفر تلك المزايا التي يتمتع بها التحكيم، في حسم منازعات عقود الدولة والتي تتناسب مع طبيعة منازعاتها الناجمة أساسا عن الطبيعة الخاصة لأطراف هذه العقود : الدولة من ناحية و الطرف الأجنبي من ناحية أخرى، وعن محل هذه العقود، إذ عادة ما يتعلق الأمر بمشاريع عملاقة تستغرق سنوات عديدة للتنفيذ، وتكلف ملايين من الدولارات مما يتطلب سرعة في الإجراءات لا تتوفر عادة في النظم القضائية التقليدية المقيدة ببعض النصوص الإجرائية، والتي تعوق دون الفصل السريع في النزاع وكذا تحقيق السرية التي تحول دون المساس بالمراكز المالية والاقتصادية للأطراف الذي ينتج عن عدم نشر أحكام التحكيم، لتظل المعلومات المرتبطة بالعقد سرية .

كما يكفل التحكيم باعتباره قضاء متخصصا الخبرة القانونية و الفنية المتخصصة التي تحقق المستوى الأعلى من الكفاءة العلمية والقانونية التي يرغب الأطراف في توفرها لدى المحكمين الذين لهم سلطة اختيارهم[179].

وأمام اختلاف المراكز القانونية لطرفي عقد الدولة يحرص الشخص الأجنبي على إدراج شرط التحكيم مخافة استعمال الدولة لسيادتها ، ناهيك عن عدم الثقة و انعدام المعرفة بمحاكم الدولة المتعاقدة ، هذا من جهة،وفي مقابل ذلك يعد إدراج شرط التحكيم أهم ضمانة لتشجيع الاستثمار سواء للدولة صاحبة المشروع أو للمتعاقد القائم به. بل إن الأمر تحول من شرط تفرضه الأشخاص الأجنبية إلى دعاية اقتصادية للدول لجلب المشاريع الاستثمارية.

وتحقيقا لمراد الدراسة أردنا بيان خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية من خلال الوقوف عند الآثار المترتبة على الدولة بوصفها طرف في عقد الدولة، التي تسلب الدولة

---

[177] حفيظة السيد الحداد : سابق . ص 247

[178] حفيظة السيد الحداد :مرجع سابق ، ص 262

[179] بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، ص ص 18 _20

بعضا من خصائصها كعدم جواز تحلل الدولة من التحكيم بالدفع بسيادتها من جهة، ومن جهة أخرى لما تتعدم المسؤولية المباشرة للدولة عند لجوء مشروعاتها إلى التحكيم، معرجين على فكرة ضرورة تحقيق الاستقرار التعاقدي، وعلاقته بالتحكيم في عقود الدولة كونه يجعل العقد لا يتأثر بالإجراءات الانفرادية للدولة والتي قد تجعل من قانونها لا يعترف بالتحكيم وسيلة لفض منازعاتها ،كما أن عقد الدولة يستمر حتى في ظل القوة القاهرة .

وباعتبار التحكيم من زاوية أخرى يعد ضمانا هاما للأشخاص الأجنبية كطرف في عقود الدولة ، فإن تمسك المتعاقد مع الدولة باللجوء إلى التحكيم يؤدي إلى تحقيق الموازنة بين الدولة والمتعاقد معها.

من خلال عدم أحقية الدولة في الممانعة من اللجوء للتحكيم . كما أن فعالية أحكام التحكيم لا تتأتى إلا من خلال إختيار التحكيم المؤسساتي و بتفعيل جملة من العوامل كـــالسرية في إجراءات التحكيم ، والتخصص الفني والقانوني للمحكمين .

قائمة المراجع :

أ _ الكتب :

- بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية – دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية – والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان،الطبعة الأولى ،2009 .

- بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،2006.

- حفيظة السيد الحداد : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان ، 2007.

- خنيش سنوسي : " المسؤولية الدولية والحماية الدبلوماسية " محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة كلية الحقوق ، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، 2009 _2010 ، غير منشورة

- دريد محمود السامرائي : الاستثمار الأجنبي – المعوقات والضمانات القانونية -، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2006 .

- سراج حسين أبو زيد : التحكيم في عقود البترول _دراسة متعمقة تتضمن عرضا تفصيليا لموقف الفقه والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية ، وأحكام محاكم التحكيم وخاصة الصادرة في مجال البترول وذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق

-التحكيم والإجراءات وموضوع النزاع، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، 2004 ،

- طه أحمد علي قاسم : تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية _ دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، مصر ،2008 .

محمد عبد المجيد اسماعيل :عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها _دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان ، 2003 .

المقالات :

عمر مشهور حديثة الجازي : التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، مجلة نقابة المحامين ، العدد 09

، الأردن ، 2002 .

النصوص القانونية الداخلية :

مرسوم رقم 88_233 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق لـــ 5 نوفمبر 1988 الذي يتضمن انضمام الجزائر بتحفظ إلى إتفاقية نيويورك التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها

الاتفاقيات و المعاهدات الدوليـــــة :

معاهدة نيويورك لسنة 1958 التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها .

معاهدة جنيف الموقعة سنة 1961 المتعلقة بحل النزاعات التجارية المبرمة تحت إشراف لجنة تنمية المبادلات التجارية التابعة للجنة الاقتصادية الأوربية التابعة للأمم المتحدة .

اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي أنشأت المركز الدولي لحل النزاعات بين الدول ورعايا دولة أخرى في مجال الاستثمارات.