مجلـــة جديد الاقتصاد
ISSN : 1112-7341
المجلد17/ العـــــــدد: 01 (2022)، ص 532– 560

التحكيم كضمانة قانونية لجذب الإستثمار الأجنبي المباشر

Arbitration as a legal guarantee to attract new direct foreign investments

دردار نادية[1]

[1] جامعة سوق اهراس، الجزائر، n.dardar@univ-soukahras.dz

تاريخ الاستلام: 2022/11/09 تاريخ القبول: 2022/12/09 تاريخ النشر: 2022/12/31

ملخص:

تلجأ الدول إلى تنمية اقتصادها وتطوير منشآتها وبناها التحتية عن طريق الإستثمار الأجنبي ، وبما أن المستثمر الأجنبي يحتاج إلا ضمانات لتسهيل عمله وحفظ حقوقه في مواجهة دول بإمكانها أن تأمم إستثماره أو تعدل تشريعاتها مما قد يضعف مركزه القانوني فإن الدول سعت إلى إيجاد حل يمكنها من جذب الإستثمارات عن طريق وسيلة بديلة لحل النزاعات التي قد تنشأ بصدد تلك الاستثمارات، وتمثل الحل في التحكيم، أي عدم إحالة النزاعات التي قد تنشأ بصدد إستثماره في هذه الدولة إلى قضائها الوطني، كونه بنظر المستثمر قضاء غير حيادي.

كلمات مفتاحية: استثمار أجنبي مباشر، تحكيم، ضمان قانوني، قضاء وطني

تصنيفات JEL : ....، ....، ...

Abstract:

Countries resort to developing their economy and developing their facilities and infrastructure through foreign investment, and since the foreign investor needs guarantees to facilitate his work and preserve his rights in the face of countries that can nationalize his

investment or amend their legislation, which may weaken his legal position, the countries have sought to find a solution that enables them to attract Investments through an alternative means to resolve disputes that may arise in connection with those investments, and represents the solution in arbitration, that is, not referring disputes that may arise in connection with his investment in this country to its national judiciary, as it is in the investor's view a non-neutral judiciary.
Keywords: direct foreign investment, arbitration, legal guarantee National judiciary
JEL Classification Codes: …, …, …

المؤلف المرسل: دردار نادية، **الإيميل**: dardarnadia24@gmail.com

1. مقدمة:

تلجأ الدول وخصوصا النامية منها الى تنمية اقتصادها وتطوير منشآتها وبناها التحتية عن طريق الاستثمار الأجنبي، وبما أن المستثمر الأجنبي يحتاج الى ضمانات لتسهيل عمله وحفظ حقوقه في مواجهة دول ذات سيادة بإمكانها أن تأمم استثماره أو تعدل تشريعاتها الداخلية مما قد يضعف مركزه القانوني، أو بالأحرى لتحقيق نوع من التوازن في عقد محتمل بين مستثمر أجنبي وهو شخص من أشخاص القانون الخاص، وبين دولة من الدول وهي شخص من أشخاص القانون العام، وتسعى الدول في ذلك الإطار إلى خلق مناخ استثماري مشجع للاستثمار عن طريق تحديث تشريعاتها ومواكبتها للتطورات العالمية ، وعن طريق عقد الاتفاقيات لتشجيع الاستثمار ، ومن الضمانات التي يسعى إلى وجودها أي مستثمر عدم إحالة النزاعات التي قد تنشأ بصدد إستثماره في هذه الدولة إلى قضائها الوطني، كونه بنظر المستثمر قضاء غير حيادي، من أجل ذلك كله سعت الدول إلى إيجاد حل يمكنها من جذب الإستثمارات عن طريق وسيلة بديلة لحل النزاعات التي قد تنشأ بصدد تلك الاستثمارات، وتمثل الحل في التحكيم الذي نصت عليه المادة 12 من القانون 18/22 الصادر في 24 يوليو 2022 (قانون 18/22 ،ج ر العدد 50).

وتوافق الدولة المضيفة على هذا الشرط رغبة منها في تشجيع الاستثمارات الأجنبية على الدخول في مشروعات لن تستطيع هي القيام بها نظرا لضعف إمكاناتها المادية أو التقنية، إضافة إلى أن التحكيم ليس فيه اعتداء أو انتقاص من السيادة الوطنية (عبد العزيز عبد المنعم خليفة، 2007، ص 158)، وتتم إحالة هذه النزاعات التي قد تنشأ بين الأطراف إلى هيئة مستقلة من اختيار الأطراف، وتمخضت تطلعات الدول والمستثمرين معا إلى وجود مثل تلك الهيئات عن عقد اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. فمضمون هذا المقال يتمحور حول الإجابة على الإشكالية التالية:

مامدى فعالية التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية وبالتالي جذب الإستثمارت الأجنبية في الجزائر مما يؤدي إلى خلق مناخ استثماري ملائم؟

تهدف هذه الورقة البحثية إلى بيان أهمية آلية التحكيم في تسوية منازعات عقود الإستثمار بسبب تخوف المستثمر الأجنبي من القضاء الجزائري وعدم حياده، إضافة إلى الضمانات التي يوفرها التحكيم والتي تدفع بالمستثمر الأجنبي إلى استثمار رؤوس أمواله في الجزائر.

وتبرز أهمية الموضوع في أن ضمانة التسوية الودية للمنازعات بعيدا عن القضاء في عقود الاستثمار من أهم الضمانات التي يحرص المستثمرين على تضمينها عقود استثماراتهم، والدول التي تبحث عن استقطاب الاستثمارات الأجنبية تضمن نصوصها القانونية أحكاما تسهل اللجوء إلى الإستثمار ووضع إجراءات كفيلة لتنفيذ الحكم.

وسوف نعالج هذه الإشكالية من خلال النقاط التالية:

- ماهية التحكيم في عقود الإستثمار ومدى جوازه في عقود الدولة.
- التحكيم وفقا للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.
- أثر فسخ الدولة المضيفة عقد الاستثمار على شرط التحكيم و تقييمه.

2. ماهية التحكيم في عقود الإستثمار ومدى جوازه في عقود الدولة

لقد تطرق المشرع الجزائري للتحكيم في الكتاب الخامس من القانون 09/08 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي خصصه لتنظيم الطرق البديلة لحل النزاعات، وقد تناول التحكيم في المواد من 1006إلى 1060 (قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فيفري 2008)، إضافة إلى المادة 17 من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار والتي نصت على " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص".

1.2ماهية التحكيم في عقد الاستثمار

قبل التطرق إلى مفهوم التحكيم في عقود الاستثمار يجب أولا أن نعرج على تعريف الاستثمار وفقا لما نص عليه القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، ووفقا لما جاء به الفقهاء، ثم نتطرق إلى مفهوم التحكيم، لنخلص في الأخير إلى مفهوم التحكيم في عقود الإستثمار.

1.1.2 مفهوم عقد الاستثمار

إن الاستثمار الدولي غالبا ما يتناول مواضيع ذات علاقة بحركة البضائع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود، مما يعني بالضرورة تعدد أشكاله وتنوعها وتطورها المستمر مما أدى إلى صعوبة وضع تعريف جامع مانع للاستثمار، وذلك ما أدى إلى تباين التعريفات الفقهية والقانونية وتنوعها .

ولذلك فقد حاولت بعض التشريعات والفقهاء التصدي لتعريف مفهوم الاستثمار فعرفه أحد الفقهاء مرتكزا على الأساس الاقتصادي للاستثمار بأنه : " توجيه

المدخرات لزيادة القاعدة الاقتصادية ، ومن ثم رفع المستوى الاقتصادي العام " (ضيا ليندا فضل، 2008، ص 211) .

وعرف كذلك بأنه توظيف لرؤوس أموال وخبرات فنية ومهارات إيدارية وتكنولوجية في بلد أجنبي خلال فترة معينة قصد الحصول على الأرباح (رفيقة بسكري، 2016، ص 176).

وقد حاول المشرع الجزائري أن يعطي تعريفا للاستثمار من خلال المادة 2 من الأمر رقم 03/01 مؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار بقوله " يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يلي:

- إقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج، أو إعادة التأهيل، أو إعادة الهيكلة.
- المساهمة في رأسمال مؤسسة، في شكل مساهمات نقدية أو عينية.
- إستعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية.

وعرفت اللجنة المشكلة من قبل إتحاد القانون الدولي للاستثمار على أنه : " تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر إلى البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر " ، وقد انتقد البعض هذا التعريف واقترحوا تعريفا آخر هو " تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر إلى البلد المستفيد بقصد إنشاء أو تنمية مشروع لإنتاج السلع والخدمات "

ويبدو أن الجهود مهما كانت مضنية للوقوف على تعريف جامع مانع للاستثمار إلا أنها تقف عاجزة أمام أشكال الاستثمار وصوره المتنوعة والمتطورة باستمرار ، إلا أننا نجد التعريفات السابقة قد أجمعت على عناصر الاستثمار المتمثلة برأس مال يمكن تقويمه بالنقد يدخل دولة ما غير دولة جنسيته لإنشاء مشروع في تلك الدولة.

2.1.2 مفهـــــوم التحكيم

لقد قيل بعديد من التعريفات للتحكيم، ونكتفي بإيراد هذا التعريف الذي يحدد جوهر فكرة التحكيم ببساطة ووضوح " التحكيم هو إتفاق على طرح نزاع على

شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"(سلامي ميلود ،بوستة جمال، 2017، ص 145).

ومن ثم يتضح أن التحكيم هو عملية قانونية مركبة، تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة، وفقا لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين، والذي يحوز حجية الأمر المقضي ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها (يسرى محمد العصار، 2002، ص 14)

أما بالنسبة إلى تعريف التحكيم في إطار عقود الاستثمار، فهي اتفاق أطراف عقود الاستثمار على فض منازعاتهم التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهم على جهة خاصة، بدلا من القضاء لتفصل بينهم في كل أو بعض منازعاتهم بمقتضى حكم تحكيمي ينهي الخصومة التي بينهم (دويب حسين صابر عبد العظيم، 2008، ص 266)

وعلى الرغم من أن إرادة أطراف العقد أو النزاع هي التي تنشئ اتفاق التحكيم، إلا أنها لا تنشئ التحكيم ذاته، حيث أن إجازة التحكيم تتطلب نص المشرع على تلك الإجازة محددا لنطاق التحكيم، بمعنى تحديد التشريع لكيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن فيها (عبد العزيز عبد المنعم خليفة، 2007، ص 14) .

3.1.2 الفرق بين اتفاق التحكيم في عقود الإستثمار وبينه في عقود التجارة الدولية

قد يثور لبس أو تساؤل عن الفرق بين التحكيم الناشئ عن منازعات عقود الاستثمار وغيره من عقود التجارة الدولية لذلك تقتضي هذه الدراسة تسليط الضوء بإيجاز على أهم الفروقات بينهما .

إن من أهم ما يتميز به التحكيم في منازعات عقود الاستثمار هي خصوصية أطراف اتفاق التحكيم في هذه المنازعات ، إذ يشترط أن يكون أطراف الاتفاق من طبيعة خاصة وهي أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من جهة وأن يكون الطرف الآخر مستثمر من أحد رعايا دولة أخرى متعاقدة في تلك الاتفاقية.

وعلى ذلك فإن الدولة قد تخضع للتحكيم ضد شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص، وهذا ما شكل قفزة نوعية في إطار القانون الدولي العام ومبدأ سيادة الدول ، لذلك فإنه في حالة وجود منازعة مع دولة تتعلق بالاستثمار، أعطي لشخص من أشخاص القانون الخاص الحق باللجوء مباشرة للمركز دون تدخل من دولته طالما أن دولته طرف في اتفاقية المركز .

من ناحية أخرى فإن التحكيم المتعلق بمنازعات الاستثمار يخضع إذا ما توافرت شروطه لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .

أما عقود التجارة الدولية فإن أطرافها هم من أشخاص القانون الخاص لدول مختلفة كأن يكون عقد التجارة الدولية متعلق بشراء بضائع بين شركة جزائرية وأخرى سورية على سبيل المثال.

من ناحية أخرى فإن الإختصاص بفصل المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية لا يمكن أن يكون خاضعا لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ذلك أن التحكيم المتصل بهذه العقود يكون الاختصاص بفصله لجهات أخرى نظمت أحكامها اتفاقية منظمة التجارة الدولية واتفاقية العقود النموذجية .

2.2 مدى جواز التحكيم في عقود الدولة

إذا تعلق التحكيم بالعلاقات الخاصة الداخلية أو الدولية فقل أن يوجد من يماري فيها أو يشكك في جدواها، لكن إذا تعلق الأمر بعلاقة قانونية تكون الدولة أو أحد أجهزتها العامة طرفا فيها بوصفها صاحبة سيادة وسلطان، فقد اشتد الخلاف وضخب

الجدل وحمي وطيس مقارعة الحجج ببعضها، حيث تفرق الرأي بصددها إلى اتجاهات ثلاثة.

1.2.2 جواز التحكيم في علاقات القانون العام والخاص على السواء

حيث ردد هذا الاتجاه الحجج التي سيقت لتبرير التحكيم بصفة عامة، ومن الحجج التي أضافها هذا الاتجاه نجد أن القول بجواز التحكيم في عقود الدولة تقتضيه سياسة تشجيع الإستثمار، وضرورات التنمية الاقتصادية.

لقد استند هذا الإتجاه إلى أن الواقع العملي يشهد بأن كافة الدول تتبارى فيما بينها على جذب أكبر قدر من الاستثمارات الأجنبية إليها، وذلك نزولا على ضرورات التنمية الاقتصادية، وحتى تدرك الدول هذه الغاية وتنجح في هذه السياسة، كان ينبغي عليها أن تسمح بتسوية منازعات الاستثمار والتنمية الاقتصادية بصفة عامة عن طريق التحكيم، وذلك لأن المستثمرين عادة ما يتخوفون من عرض منازعاتهم على القضاء الوطني في الدولة المضيفة خشية تحيزه لدولته، لافتقاده- من وجهة نظرهم- إلى الاستقلال في مواجهة السلطة التنفيذية في الدولة ويفضلون عادة تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم لما فيه من ضمانة هامة تدعوهم إلى الاطمئنان وتبث في نفوسهم الثقة (محمد الروبي، 2004،ص 164)

ولقد وصل البعض إلى حد أن يقرر أن التحكيم قد أصبح واقعا يفرض نفسه كشرط حتمي لبقاء الدولة في المنظومة الاقتصادية العالمية، وهو ما يعني أنه إذا لم تقبل دولة ما هذا الشرط الحتمي فسيترتب على ذلك الإلقاء بها خارج ما دعاه هذا البعض بالمنظومة الاقتصادية العالمية (عبد العزيز عبد المنعم خليفة، 2007، ص 14) .

وقد كرست اتفاقية واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى هذا الإتجاه، وكان عمادها في ذلك الحجج التي نحن بصددها.

2.2.2 حصر جواز التحكيم في مجال علاقات القانون الخاص

على عكس الإتجاه السابق يرى الاتجاه الماثل أن الحجج التي سيقت لتبرير التحكيم قد تصدق إذا ما انصب على علاقات القانون الخاص، أما إذا كانت الدولة أو أحد أجهزتها العامة طرفا في العلاقة فلا يجوز التحكيم،وذلك استنادا إلى مايلي:

– التحكيم آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي

يتضح من مطالعة أحكام التحكيم الصادرة في منازعات عقود الدولة أن كثيرا منها قد انحاز انحيازا سافرا إلى الشركات الاستثمارية المهيمنة على التجارة العالمية على حساب الدول للاستثمار، ولذلك قرر جانب من الفقه أن التحكيم الدولي يهدف إلى فرض إرادة الشركات الاستثمارية على الدول النامية لأن في جوهره هو وسيلة تمكن وحدات النظام الرأسمالي العالمي، وهي الشركات العابرة للقارات من الإفلات من التقاضي أمام القضاء الوطني.

– التحكيم في عقود الدولة من شأنه أن يؤدي إلى الإفلات من الخضوع لسلطان القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

يرى البعض أن النظرة المشوبة بالحذر من جانب الدول النامية للتحكيم في منازعات عقود الدولة لا تنبع من فراغ، بل من واقع العلاقات الاقتصادية غير المتكافئة مع الشركات المهيمنة على التجارة الدولية، والتي تؤكد أن التحكيم في هذا المجال وسيلة تكفل لهذه الشركات الهروب من أحكام القوانين الوطنية للدول المضيفة، بعد أن يتحقق لها الإفلات من الخضوع لولاية محاكمها، وتضمن لهم خضوع عقود الدولة لنظم قانونية تحمي مصالح تلك الشركات دونما اعتبار لأحكام القوانين الداخلية للدول، ولا الظروف الاقتصادية وأولويات التنمية فيها (محمد الروبي، 2008، ص 166، 167).

– التحكيم يتنافى مع طبيعة منازعات عقود الدولة

يرى البعض أن عقود الدولة بما لها من طبيعة خاصة، خصائص ذاتية، وأحكام متميزة خارقة للشريعة العامة، فإنها تحكم بموجب قواعد خاصة تتلاءم مع طبيعتها هي قواعد القانون الإداري، وهي في معظمها قواعد قضائية لكونها من خلق القضاء الإداري، الأمر الذي يصعب التسليم معه بخضوع المنازعات الناشئة عنها للتحكيم.

ومن ناحية أخرى فإن العقود الإدارية تهدف إلى تغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة، والقول بجواز التحكيم في منازعات هذه العقود من شأنه التسوية بين المصلحة العامة والخاصة، بل وقد يكون من شأنه تغليب الأخيرة على الأولى، وهو مايمثل إخلالا بالنظام العام في الدولة (محمد كمال منير، 1991، ص 330)

واستنادا لما سبق يرى هذا الإتجاه أن مصالح الدول النامية، وواقع العلاقات الاقتصادية الدولية، والسوابق التحكيمية في مجال عقود الدولة تقتضي القول بأن تظل عقود الدولة حبيسة الاختصاص القضائي والتشريعي للدولة المضيفة للاستثمار.

3.2.2 جواز التحكيم في عقود الدولة بقيود تحقق مصالح الدول المضيفة للاستثمار

لقد حاول اتجاه ثالث، وهو الاتجاه الغالب فقها وقضاء وتشريعا، التوفيق بين المخاوف من التحكيم وما يحمله من عيوب، وضرورات التنمية الاقتصادية في الدول المستقبلة للاستثمار وما تستتبعه من المرونة وبث الطمأنينة في نفوس المستثمرين، وذلك من خلال إحاطة التحكيم في عقود الدولة بالضمانات التي تكفل مصالح الدولة المضيفة للاستثمار في مواجهة الشركات المهيمنة على التجارة العالمية، من ذلك أن ينص قانون الدولة على بعض أنواع من العقود الإدارية التي يجوز بصددها التحكيم دون باقي هذه العقود كما فعل القانون الفرنسي، أو أن يجعل الأصل العام هو جواز التحكيم في هذه العقود إلا ما استثني بنصوص خاصة، أو أن يتطلب لجواز التحكيم في هذا المجال الحصول على موافقات من جهات معينة، واستيفاء شروط خاصة.

أما في إطار القانون الجزائري فإن الأشخاص المعنوية العامة تلجأ إلى التحكيم فيما تعلق بعلاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية طبقا للمادة 2/1006.

وفضلا عن هذه الضمانات التشريعية فكثيرا ما تشترط الدول في سبيل ضمان مصالحها، شروطا تعاقدية تدرجها في العقد، ولعل أهم هذه الشروط هو أن يكون قانونها الوطني هو الواجب التطبيق على النزاع، وأن يتم اختيار المحكمين بحرية من قبل الطرفين، لا أن يفرضوا عليها من قبل مراكز ومؤسسات التحكيم الدولي، وأن يتم التحكيم من قبل أحد مراكز التحكيم المشهود لها بالحيدة والنزاهة والموضوعية...، وغير ذلك من الشروط التعاقدية (محمد الروبي، 2008 ، 168، 169)

3. التحكيم وفقا للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

نظمت اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأحكام الناظمة للتحكيم الذي يختص به المركز ، ونظرا لاتساع هذه الأحكام وشمولها لمساقات قد لا يتسع البحث لذكرها وشرحها، فسنتطرق في هذا المبحث إلى أهم الأحكام التي تناولتها الاتفاقية في ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول شروط الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) ، كما نتناول في المطلب الثاني القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم وسنتناول في ثالث أخير القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

1.3 شروط الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(ICSID)

نصت المادة 25 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على : " يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الإستثمارات ، بين دولة من الدول المتعاقدة أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو

إحدى وكالاتها التي تعينها وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة ، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز وعندما يعطي الطرفان موافقتهما لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة."

لقد أكدت هذه المادة على وجود شرطين بشأن الأشخاص أطراف المنازعة التي تعرض للتحكيم أمام المركز وهما : (كوجان لما أحمد، 2008، ص 23)

1- أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة أو أحد الهيئات التابعة لها التي تعينها للمركز .

2- أن يكون الطرف الآخر مواطنا أو مواطنين من دولة أخرى متعاقدة .

وإن كون الطرف الآخر من أحد رعايا دولة أخرى متعاقدة يستوجب أن يكون هذا الطرف متمتعا بجنسية الدولة الأخرى المتعاقدة في تاريخين معاً وهما :

1- تاريخ موافقة الأطراف على طرح النزاع للتحكيم

2- التاريخ الذي يسجل فيه طلب التحكيم لدى المركز من خلال سكرتيره العام (وفقا لأحكام المادة 25\2\أ و ب من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار)

كما اعتبرت هذه المادة رضى أطراف النزاع شرطا من شروط الخضوع لاختصاص المركز، واشترطت أن يكون الرضا مكتوبا ، وبالتالي يعتبر رضا الأطراف باللجوء للتحكيم أمام المركز هو الأساس لاختصاصه ، أي أنه لا يمكن للمركز النظر في نزاع لم يتفق طرفاه على اللجوء للمركز، وأنه عندما يقبل الطرفان بهذا اللجوء للمركز لا يمكن لأي منهما الرجوع عنه، وهذا ما قررته محكمة التحكيم التابعة للمركز تأكيدا على حكم المادة 25\1 من الاتفاقية ، فقررت المحكمة في نزاع Alco V. Jamaic أن الدولة المتعاقدة لا يجوز لها أن تنسحب أو تلغي رضاها بالتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار إذا تم الاتفاق على هذا التحكيم في عقد الاستثمار نفسه (ففي هذه القضية وقع اتفاق استثمار بين كل من شركة Alco

الأمريكية وحكومة جاميكا ، بموجبه وافقت الشركة على إنشاء مصنع ألمنيوم في جاميكا على أن تمنح الشركة امتيازا لتعدين البوكسيت ومنحها بعض المزايا والإعفاءات الضريبية، إلا أن حكومة جامايكا قامت بإصدار قانون يلغي جميع الإعفاءات والامتيازات في تعدين البوكسيت، وأبلغت السكرتير العام للمركز بأنها تستثني النزاعات التي تتعلق بهذا الموضوع من اختصاص المركز)، كما اشترطت المادة في النزاع أن يكون قانونيا وناشئا مباشرة عن أحد الاستثمارات .

2.3 القانون الواجب التطبيق من قبل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:

من المعلوم فقها وقضاء وتشريعا في مختلف النظم القانونية هي خضوع العقود الدولية أيا كان أطرافها من حيث موضوعها لقانون الإرادة، أي للقانون الذي اختاره الأطراف صراحة لحكم العقد، أو ذلك الذي اتجهت إرادتهم الضمنية إلى تطبيقه عليه.

1.2.3 الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

إذا كان الرأي قد أضحى مستقرا على أن ضابط الإسناد الأول، والأكثر أهمية في عقود الدولة ومنها عقود الإستثمار هو ضابط إرادة الأطراف، فإن الإجماع يكاد ينعقد على أنه من الأهمية بمكان أن يقوم الأطراف بتحديد هذا القانون صراحة، وذلك حتى يتجنبوا المشكلات الجسام التي يمكن أن تواجههم عند عدم قيامهم بهذا التحديد الصريح (أحمد عبد الكريم سلامة، 2001، ص 190).

نصت المادة 24 من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أنه " في حالة عدم تحديد الأطراف للقانون واجب التطبيق، تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة الطرف في النزاع، بما يشمل قواعد تنازع القوانين الواردة في هذا القانون، وكذلك مبادئ القانون الدولي في مجال التحكيم" ويتفق حكم هذه المادة مع حكم المادة 28 فقرة 1 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985(رشا علي الدين، 2001، ص 24).

يتبين من نص المادة أن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الاتفاقي للأطراف، فإن لم يتفق الأطراف تطبق المحكمة قانون الدولة المضيفة للاستثمار وما ينطبق من قواعد القانون الدولي، فأخذت الاتفاقية بشكل عام بمبدأ سلطان الإراد، إذ أن الخضوع أساسا لتحكيم المركز أساسه إرادي وهو عنصر الرضا، فمن باب أولى أن تكون القواعد المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق سواء على الإجراء أو على الموضوع محل النزاع اختيارية، ولكن الملاحظ أنه في حالة عدم الاتفاق على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تطبق المحكمة التحكيمية قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، وهذا خلافا لما سبق ذكره في مجال القانون واجب التطبيق على اجراءات التحكيم.

يتضح من ذلك أن للأطراف الحق في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع، ولكن ما مدى حرية الأطراف في الاختيار والقيود التي ترد على هذا الاختيار؟

قبل الحديث عن مدى حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، لابد من بيان أمرين مهمين:

– **الأول**: أن اختيار الأطراف لقانون دولة ما يعني تقييد الحكم بهذا القانون بكل قواعده وفقا لمصادره، وبالترتيب والتسلسل المقرر فيه، ففي حالة ما إذا كان القاضي في قانون دولة ما يلتزم بتطبيق النصوص التشريعية، وعند عدم وجود نص يعتمد على المبادئ العامة والعرف...، فإذا ما اختار أطراف التحكيم هذا القانون، فعلى المحكم الإلتزام بما يلتزم به القاضي.

– **الثاني**: عندما يختار الأطراف قانون دولة فيدرالية تتعدد فيها الشرائع، فإن المقصود بالإرادة لا يخرج عن ثلاث فروض:

الفرض الأول: الذي يختار الأطراف قانون دولة فيدرالية تتعدد فيها الشرائع تعددا إقليميا، ولكن يكون لهذه الدولة قانون واحد لكافة الولايات كما في القانون المدني السويسري، هنا يطبق هذا القانون بوصفه القانون الموحد لكافة المقاطعات السويسرية.

الفرض الثاني: ويتمثل في اختيار الأطراف لقانون إحدى الولايات، هنا لايوجد أمام المحكم مشكلة حيث سيطبق قانون هذه الولاية.

الفرض الثالث: هنا يختار الأطراف قانون دولة ما، إلا أن هذه الدولة تختلف القوانين المعمول بها من ولاية لأخرى من حيث المضمون ومصادر القاعدة القانونية، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، فإذا ما اختار الأطراف قانون هذه الدولة، فما المقصود بهذا القانون؟

هذا الأمر يحتاج إلى تفسير إرادة الأطراف، ويقوم بالتفسير المحكم، فيطرح الأمر للنقاش بين أطراف العلاقة احتراما لمبدأ المواجهة بينهم، وهذا المبدأ يعد من أهم المبادئ الأساسية التي تحكم سير الخصومة أمام القاضي والمحكم على حد السواء (عكاشة محمد عبد العال، 2008، ص 583).

ويعد اختيار الأطراف لقانون محدد بمثابة تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا المبدأ يدفع الأطراف لاختيار القانون الملائم الذي يتفق ورغباتهم وتوقعاتهم ويحقق لهم الأمان المتطلب في المعاملات الدولية.

ويستطيع الأطراف اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة منذ إبرام العقد وحتى انتهائه، ويجوز لهم تعديل هذا القانون مع احترام حقوق الغير، وألا يؤدي هذا التغيير إلى إبطال العقد الذي نشأ صحيحا وفقا للقانون الذي تم اختياره مسبقا (رشا علي الدين، 2008، ص 223)، وألا يكون المقصود بهذا التغيير التحايل على القواعد القانونية الآمرة في القانون السابق، أو القانون واجب التطبيق الذي حدده المشرع عند سكوت الإرادة عن الاختيار (أحمد عبد الكريم سلامة، 2001، ص 181).

إذا كان للأطراف حرية اختيار القانون الملائم لعقودهم، فإن المستقر عليه في قضاء التحكيم هو أن حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون المذكور ليست مطلقة،

وإنما هي مقيدة بقواعد النظام العام عبر الحدود، وإن الراجح فقها هو أنه على الأطراف التقيد بما يعرف بالنظام العام الدولي، بالمعنى الحقيقي بوصفه مجموعة القواعد الآمرة التي تقرها أكثرية الأمم المتحضرة، أي التي تشكل قاسما مشتركا بين أكبر عدد ممكن من الدول، ويتعين على المحكم احترام القواعد التي تشكل النظام العام الدولي، واستبعاد أي قانون يخالفها، بحجة أن تلك القواعد والمبادئ تعبر عن المصالح العليا للمجتمع الإنساني، ولاشك أن هذه الأصول والمبادئ تعلو على المصالح الفردية، ولا تقوى هذه الأخيرة على مخالفتها.

إضافة إلى أنه يجب على المحكم احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، وإلا كان مصير هذا الحكم مجرد حبر على ورق (رشا علي الدين، 2008، ص 225، 226).

2.2.3 الإختيار الضمني للقانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار

من المتفق عليه أن التعبير يكون ضمنيا متى كان المظهر الذي اتخذه هذا التعبير لا يكشف بذاته عن الإرادة، ولكنه مع ذلك يدل على هذه الإرادة ويسهل استخلاصها منه، نظرا لأنه لا يمكن فهمه إلا على أساس هذا الاستخلاص.

وتأسيسا على ذلك إذا خلا عقد الاستثمار من نص صريح يحدد الأطراف من خلاله القانون واجب التطبيق على عقدهم، ولم يبرموا اتفاقا لاحقا على العقد يحدد هذا القانون صراحة، وجب على المحكم الكشف عن إرادتهم الضمنية من خلال استخلاصها من نصوص العقد، وظروف الحال، وملابسات العملية التعاقدية.

والإرادة الضمنية ينبغي اعتبارها وعدم تجاهلها لأنها إرادة حقيقية تنبئ عن ميل أو اختيار ضمني لقانون العقد أو اعتقاد حقيق وكاف بشأنه (أحمد عبد الكريم سلامة، 2001، ص 194).

*** ضوابط الاختيار الضمني لقانون العقد الدولي**

الإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية وقائمة، غير أنها كامنة أو مستترة ، ومن ثم يقتصر دور المحكم على الكشف عن هذه الإرادة وإماطة اللثام عنها من خلال القراءة المتأنية لنصوص العقد، والتقدير السليم للملابسات التي أحاطت بالعملية التعاقدية، والتمحيص الهادئ للظروف التي صاحبت تنفيذ العقد، وسلوك الأطراف أثناء ذلك، ومن ثم لا يجوز للمحكم أن يتعدى ذلك إلى محاولة افتراض إرادة الأطراف من نسيج خياله وآرائه الشخصية، أو يستقيها من غير الأسس السابقة، والقاضي مقيد بأن ينبثق استخلاصه لهذه الإرادة من نصوص العقد وظروف الحال وملابسات التعاقد (محمد الروبي،2008 ، ص177).

وتأسيسا على ما تقدم يقرر الفقه الغالب ضرورة أن تكون الإرادة الضمنية حقيقية ومؤكدة، بحيث تدل على أن رغبة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون معين على عقدهم، وذلك تقييدا لسلطة المحكم في هذا الصدد، وحتى يأتي استخلاصه لإرادة الأطراف الضمنية تعبيرا حقيقيا قصده هؤلاء الأطراف (أحمد عبد الكريم سلامة، 2001، ص 194).

*** وجوب أن يورد المحكم الأسباب والقرائن التي استقى منها الإرادة الضمنية المؤكدة**

إذا كان استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف العقد يلزم أن يتم في إطار الضوابط التي تجعل الاختيار الضمني لقانون العقد اختيارا مؤكدا أو حقيقيا، فإن المنطق القانوني يستوجب القول بوجوب أن يورد المحكم في حيثيات حكمه الأسباب التي حملته على تطبيق قانون معين بحسبانه القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف الضمنية بصورة مؤكدة إلى تطبيقه على العقد، وذلك حتى يتسنى للخصم الذي يرى أن المحكم قد انحرف في استخلاص هذه الإرادة، أو أساء تقدير الظروف التي استقى منها الاختيار الضمني

لقانون العقد، أو يرى أن نصوص العقد قد تفسيرها تفسيرا مغايرا للنية الحقيقية للأطراف، أن يطعن بالبطلان على حكم المحكم (محمد الروبي، 2008، ص 178، 179).

3.2.3 القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم من قبل ICSID

تنص المادة 44 من الاتفاقية على : " تدار جميع إجراءات التحكيم طبقا لأحكام هذا القسم ، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك ، طبقا للائحة المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التحكيم ، وإذا ثارت مسألة إجرائية لم ينص القانون عليها في هذا القسم إذ في لائحة التحكيم أو أي لائحة أخرى يتبناها الأطراف ، تتولى المحكمة الفصل فيها على نحو ما تراه ملائما ".

يتبين من نص المادة السابقة أن أحكام الاتفاقية بشأن إجراءات التحكيم هي واجبة التطبيق ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ، مما يعني أن الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقية والناظمة لإجراءات التحكيم مكملة ويجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ولتوضيح الفكرة يطيب في هذا المقام ضرب المثال التالي :

قامت شركة ترانز تيليكوم الفرنسية بالتعاقد مع حكومة المملكة الأردنية الهاشمية لتحسين وتطوير البنية التحتية في قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية، وكانت فرنسا طرفا في اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات كما انضمت الأردن لهذه الاتفاقية قبل التعاقد ، اتفق الطرفان ، حكومة المملكة الأردنية الهاشمية و شركة ترانز تيليكوم الفرنسية ، على خضوع أي نزاع قد ينشأ بينهما للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، على أن تطبق أحكام القانون المصري على إجراءات التحكيم، وبالتالي قانون إرادة الطرفين هو الذي سيطبق في هذه الحالة.

4. أثر فسخ الدولة المضيفة عقد الاستثمار على شرط التحكيم و تقييمه

من المقتضى حماية اتفاق الاستثمار من التدابير الانفرادية التي تقوم بها الدولة لإنهاء أو فسخ الاتفاق الأصلي الذي يتضمنه ، وبذلك أصبح الاعتراف باستقلال شرط

التحكيم في العقد الأصلي الذي يتضمنه ضرورة ملحة لتحقيق فاعلية التحكيم في مجال الاستثمار، ولقد أقرت بعض القوانين الوطنية صراحة مبدأ استقلالية شرط التحكيم بصفة عامة ، كما ذهبت بعض الدول إلى الاعتراف به فحسب في مجال التحكيمات الدولية.

1.4 فسخ الدولة المضيفة عقد الاستثمار وأثره على شرط التحكيم

لقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه : " بمقتضى قاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم يعتبر شـــرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي الـــذي يحتويه بما لا يمس القـــواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي "

ولقد بقي القضاء الفرنسي منقسماً حول مبدأ استقلال شرط التحكـــيم ، إلى أن حسم المشرع الفرنسي هذا الخلاف مبيناً مبدأ استقلالية شرط التحكيم عـــن العقد الأصلي ، حيث نصت المادة 1466 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه: " إذا كـــان شرط التحكيم باطلاً فإنه يعتبر غير مكتوب على نحو لا يترتب معه بطلان العقد الأصلي "

ولقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أن مبدأ استقلال شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل عقد التحكيم غير خاضع إلا للنظام العام الدولي وحده ، وإن هذا النظام يمنع المشرع من التمسك بالقانون الداخلي للتهرب من الالتزامات الدولية. ونظراً لخطورة التدابير التي يمكن أن تتخذها الدولة تجاه مشروع المستثمر الأجنبي ، من تأميم أو نزع ملكية ، فإن الأمر يتطلب دراسة شرط التحكيم في المنـــازعات الناشئة عن هذه التدابير

في هذه الحـــالة، نجد أن غالبية الفقـــه تؤيد اختصـــاص المحكم في البحث عن التعويض المناسب لحسم الضرر الناجم عن فسخ العقد دون النظر في أمر شرعية الإجراء نفسه ويستند هذا الرأي على أساس أن المحاكم الدولية ، ومحاكم التحكيم لا يدخل في سلطتها إرغـــام الدولة على الرجوع فيما اتخذته من إجراءات ، وإلزامها

بتنفيذ العقد خاصة وأن هذه المنازعات تتعلق في كثير من الأحيان باستغلال مصادر الثروة الطبيعية في الدولة المضيفة فضلاً عن ارتبـــاطها بخطط التنمية الاقتصادية ، والاجتماعية للبلاد أي أنها تتعلق نسبياً بالدولة، وعليه ما يمكن لهيئة التحكيم أن تقوم به تجاه هذه الإجراءات هو البحث عن تعويض مناسب لجبر الضرر ، ولكن لا يمكن لسلطة التحكيم أن تتعـــرض لشرعية إجراءات التأميم أو المصـــادرة وإنما ينبغي أن يقف اختصاصها عند حد نظر التعويضات الملائمة.

ولا بد من التنويه ضمن هذا المجال بأن هذه الحدود قد رسمتها بعض عقود الامتياز بطريقة ضمنية ، فقد نصت على أن كل منازعة تتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد تدخل في اختصاص محكمة التحكيم الدولية في باريس، عدا ما يدخل في مجال النظام العام الوطني للدولة المتعاقدة، ففي هذه الحالة فإن المتعاقد الآخر يقبل الاختصاص القضائي لهذه الدولة ، وقد استندت محكمة التحكيم إلى هذا النص للتأكيد على أنه لا يدخل في اختصاص قاض أجنبي، ومن باب أولى المحكم ، البحث في دوافع إلغاء الامتياز الذي أقدمت عليه الدولة والتي تدخل في إطار نظامها العام الوطني (محمد وليد منصور، 2006، ص3) .

2.4 تقييم التحكيم في عقود الاستثمار

إذا ما عدنا إلى الإحصائيات المعدة من قبل مؤسسات التحكيم الدولية يتبين ازدياد نسبة النزاعات في عقود الاستثمار الدولية المعروضة على الهيئات التحكيمية،وإن اللجوء المتزايد للتحكيم يمكن تفسيره ببعض المزايا التي يجد فيها رجال الأعمال ضالتهم بالوصول إلى حل النزاع بعيداً عن متاهات القضاء الوطني، وتوجد بعض السلبيات للتحكيم كذلك ولكن في جميع الأحوال أثبت الواقع العملي أن هذه المآخذ بقيت عديمة الفاعلية أمام مزايا التحكيم وبخاصة على المستوى الدولي.

1.2.4 مزايا التحكيم مقارنة مع القضاء

يمكن اختصار هذه المزايا بمايلي:

*** السرية**

إن إجراءات التحكيم والمرافعات فيه بعيدة عن العلنية الملازمة للقضاء العادي وبذلك يستطيع رجال الأعمال إخفاء طبيعة نزاعهم وإجراءات التقاضي عن الجمهور (سلامي ميلود، بوستة جمال، 2017، ص 147).

*** المرونة**

المرونة في إجراءات التحكيم هي أيضاً من الميزات الأساسية له، حيث يمكن للأطراف اختيار الإجراءات الواجبة التطبيق على التحكيم والتي قد تبدو لهم أكثر ملائمة لنزاعهم وبذلك يتخلصون من القواعد الوطنية لأصول المحاكمات الملزمة التطبيق في القضاء الوطني. كما يمكن للمتخاصمين أن يعفوا المحكمين من اتباع أية أصول أو إجراءات ملزمة أثناء التحكيم . (سلامي ميلود، بوستة جمال، 2017، ص 148).

*** خبرة وحيادية المحكمين**

حيادية وخبرة المحكمين هي صفة إضافية للتحكيم، والحيادية في اختيار المحكمين بعيداً عن القضاء الوطني لأحد الأطراف المتعاقدة لها أهمية كبيرة في العقود الدولية وبالتالي يمكن للأطراف أن يختاروا محكمين مستقلين وبعيدين عن الثقافة القضائية الواحدة أو يتم اختيار هؤلاء المحكمين من هيئة دولية مستقلة.

كما أن اختيار المحكمين لا يتم بموجب معيار الحيادية فقط – وإن كانت نظرية أحياناً – إلا أن معيار الخبرة له حيز كبير في اختياره .فعند وجود نزاع ناتج عن عقد بناء يكون تحديد المحكم نتيجة لخبرته في هذا المجال، عكس القضاء الوطني حيث يمكن البت بالدعوى من قبل محكمة ليس لديها أية خبرة سابقة في مثل هذه العقود، إلا

أنه لا يجوز المغالاة في حيادية وخبرة المحكمين، إذ غالباً ما يتم اختيار المحكم من قبل أحد الأطراف المتخاصمة نظراً لتعاطفه أو قبوله أو على الأقل قربه بثقافته القانونية والشخصية من الطرف الذي سمّاه (بشار محمد الأسعد، 2009، ص 21).

*** السرعة**

أهم ميزات التحكيم بالمقـــارنة مع القضاء العادي تتعلق بسرعة الوصول إلى قرار تحكيمي نهـــائي، وهذه الميزات ضرورية في الحياة التجـــارية التي تعتمد على صفتين هامتين ألا وهما الائتمان التجاري والسرعة في إنجاز الأعمـــال التجارية، فكثيراً ما يصدر قرار المحكمين بأقل من سنة أو حتى ستة أشهـــر من استلامهم مهمة التحكيم، وحيث أن أغلب دول العالـــم بموجب قانـــونها الداخلي أو بموجب تصديقها على اتفاقية نيويورك لعام 1958 لتنفيذ أحكام المحكمين تعطي هذه القرارات صفة الإبرام وتكسبها صيغة التنفيذ المباشر، لذلك أصبح للتحكيم التجاري الداخلي أو الدولي صفة السرعة التي لا بد منها لحل النزاعات التجارية بما في ذلك تلك الناتجة عن عقود البناء.

وحيث أن الوقت جزء من الحق و يعني المـــال في الوقت الحـــاضر فكثيراً مادا فع البعض عن فكرة أن التحكيم أرخص من اللجوء إلى القضاء العادي. هذه الفكرة ناشطة جداً في مدرسة التشريع القضـــائي " common law " ولكـــن أغلب فقهاء القانون المدني يعـــارض صحتها ويتحفظ بخصوصها .

2.2.4 المآخذ على التحكيم بالمقارنة مع القضاء الوطني

إذا لم يختر المتعاقدون التحكيم طريقة لحل نزاعاتهم و لم يضمّنوا عقدهم أي نص كان بخصوص حل النزاعات، فإن الطريق الرئيسي لحل النزاع يكون عندها أمام القضاء الوطني. في الواقع هنالك من يدافع عن ضرورة حل النزاعات عن طريق القضاء الوطني باعتباره الطريق الوحيد والأساسي والإلزامي لفض النزاعات شاء المتعاقدون بذلك أم لا.

إلا أن القضاء الوطني مرفوض غالباً في العقود الدولية لعدم رغبة أي من المتعاقدين للخضوع إلى القضاء الوطني لأي منهم، ويؤخذ على القضاء العادي عدم خبرة القضاء في بعض أنواع النزاعات كما يمكن أن تكون وثائق العقد والتنفيذ بلغة مختلفة عن لغة القضاء وثقافته القانونية مما يستدعي ترجمة كل المستندات، وقد تكون الترجمة المحلفة بعيدة أحياناً عن فهم المصطلحات الخاصة بالعقد، أضف إلى أنه في العلاقات الدولية هنالك حالياً أكثر من 120 دولة صادقت على اتفاقية نيويورك بينما لا يوجد الكثير من الاتفاقيات للاعتراف المتبادل بالأحكام الوطنية .

هذه الملاحظات على القضاء الوطني في البت بشكل خاص بالنزاعات الدولية ترافقها أيضاً ملاحظات حول التحكيم التجاري الوطني والدولي للبت في المنازعات التجارية حيث يمكن اختصار هذه المآخذ في مايلي:

*** إكساء قرار المحكمين صيغة التنفيذ**

إن أكثر ميزات التحكيم أهمية وبخاصة لجهة السرعة والسرية تفقد أهميتها عند إعطاء قرار المحكمين صيغة التنفيذ أمام القضاء الوطني الذي يطلب منه غالباً البت في صحة أو بطلان قرار المحكمين مما يتطلب وقتاً وجهداً إضافيين.

*** إلزامية القرارات القضائية**

إن قرار المحكمين لا يمكن أن يكون نهائياً إلا بعد إكسائه صيغة التنفيذ أمام القضاء الوطني، أي أن قرارات المحاكم الوطنية أكثر إلزامية من قرارات المحكمين، هذا الانتقاد قد يقبل به على المستوى الوطني ولكنه مرفوض كلياً على المستوى الدولي . فكما ورد آنفاً، ان أغلب النظم القضائية تعطي الصيغة التنفيذية لقرارات المحكمين بصورة أسرع وأفضل منها لقرارات المحاكم الأجنبية .

*** عدم تمتع المحكمين بسلطات القضاة**

يفتقد المحكمون للكثير من السلطات التي يتمتع بها القضاة، ففي كثير من الأحيان يرى المتنازعون أنفسهم ملزمين باللجوء إلى القضاء الوطني إلى جانب التحكيم للحصول مثلاً على حجز أو أي قرار آخر مستعجل يصدر عن القضاء لصفته الملزمة.

*** اختصار التحكيم على الأطراف المتفقة عليه**

يفتقد المحكمون أيضاً سلطة ضم الملفات التحكيمية أو إدخال شخص آخر في الدعوى التحكيمية، لأن التحكيم يقتصر على الأطراف المتفقة عليه، وحتى لو اتفق الجميع على التحكيم إلا أن وجود إجراءات تحكيم متعددة للبت بنزاع واحد توجد جذوره في عقود مختلفة يؤدي إلى إصدار قرارات متعارضة في مضمونها.

وبالتالي لابد من إيجاد نظام يسمح بالتحكيم المتعدد الأطراف وبالجمع بين القضايا التحكيمية المتعددة لوحدة الموضوع. هذا هو حديث الساعة حالياً وموضوع مناقشات أكاديمية وعملية في العديد من النظم القضائية وحتى على المستوى الدولي .

*** التحكيم أكثر كلفة من القضاء العادي**

بالعودة إلى موضوع التكاليف، غالباً ما يعتبر التحكيم أكثر كلفة من القضاء العادي وبخاصة في دول القانون المدني حيث لا يدفع المتخاصمون أية مصاريف للمحاكم بينما يدفع المتنازعون أجور المحكمين إضافة إلى المصاريف الإدارية للتحكيم التي يجب دفعها كنسبة من قيمة النزاع المنظور به، وإذا كان التحكيم لا يتم وفق قـــــواعد مؤسسة تحكيمية فإنه يجب على المتنازعين تحمل مصاريف إدارية مختلفة كاستئجار مكان الاجتمـــاع والأدوات اللازمة لإجراءات التحكيم مصاريف تنقل الشهود .... الخ.

*** النزعة بالوصول إلى حل رضائي**

آخر الملاحظات تتعلق بواقع توصل المحكمين إلى حل رضـــائي دون البت بشكل قـــاطع بالنزاع المعروض عليهم وفقاً لقواعد القانون، أي أن هنالك مآخذ على

المحكمين بأنهم قد يتوصلون في بعض الأحيان إلى تقسيم الخسائر أو المكاسب بين المتنازعين بصورة رضائية دون العطف على القانون الواجب التطبيق وحقوق الأطراف وفقه .

في جميع الأحوال أثبت الواقع العملي أن هذه المآخذ بقيت عديمة الفاعلية أمام مزايا التحكيم وبخاصة على المستوى الدولي، حيث تثبت الإحصائيات ازدياده كماً ونوعاً على حساب القضاء الوطني، فعلى المستوى الوطني يمكن أن يتوازن ميزان الاختيار بين القضاء الوطني والتحكيم الوطني، أما على المستوى الدولي فلا مجال للاختيار حيث أن أمام المتعاقدين والمتخاصمين إما اللجوء إلى قضاء أحدهم أو قضاة دولة أخرى لا يعرفون عنه الكثير أو إلى التحكيم الدولي الذي حصل على ثقة رجال الأعمال دولياً .

إلا أن التحكيم بعكس القضاء الوطني يتميز بأنه نظام خاص له قوامه وميزاته التي يجب الأخذ بها عند العطف عليه.(أنس مصطفى البو، 2009، ص1)

4. خاتمة:

لما كانت الجزائر هي صاحبة المصلحة الحقيقة في جذب رؤوس الأموال إليها لتنمية مواردها وتحقيق التنمية الاقتصادية، كان عليها أن تعمل على توفير العوامل المناسبة لتشجيع تدفق هذه الأموال ومواجهة العوائق التي تحول دون استقطاب رأس المال الأجنبي إليها، وتوفير الضمانات والتسهيلات الكافية لنجاح المشاريع الاستثمارية الموجهة نحوها من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة.

إن الاعتماد على التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار أصبح أمرا حتميا ومطالب به من طرف المستثمر الأجنبي ، لذلك حتى تضمن الجزائر فعالية هذه الوسيلة في حسم منازعات الاستثمار بشكل إيجابي، وجب عليها تنظيم إجراءاته والتحكم فيها

والعمل على تكوين وتأهيل الإطارات القانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، حتى تستطيع الدفاع عن مصالحها أمام لجان التحكيم.

إن التحكيم المتعلق بمنازعات عقود الاستثمار يكون خاضعا للتحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إذا ما توافرت شروطه ، وأن القانون الجزائري متمثلا بقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الاستثمار يأتي مواكبا للاتفاقيات الدولية في هذا الشأن، وأهمها اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .

إن تعريف عقد الاستثمار بتعريف جامع مانع يكاد يكون مستحيلا ، لذلك وكنتيجة منطقية لعدم النص على تعريف شامل للاستثمار فعلى الدولة حين إبرام أي عقد من هذه العقود أن تعرف الاستثمار الوارد بشأنه ، تلافيا لإشكالية تفسير النصوص وأيضا معالجة الأحكام الناظمة للتحكيم في منازعات الاستثمار في القانون الجزائري من خلال تسليط الضوء على قانون التحكيم الجزائري وقانون الاستثمار وبعض الاتفاقيات التي تنظم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار وأهمها اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

5. قائمة المراجع:

القوانين:

القانون 18/22 مؤرخ في 24 يوليو 2022 يتعلق بالاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 50، السنة التاسعة والخمسون، صادرة في 28 يوليو 2022.

المؤلفات:

- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، 2001، القاهرة.

- رشا علي الدين، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، 2001، القاهرة.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، 2007، الإسكندرية.
- كوجان، لما احمد ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ، منشورات زين الحقوقية ، 2008، بيروت-لبنان .
- محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم (B.O.T) ، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2004، القاهرة.
- يسرى محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، 2002، القاهرة.
- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، بيروت لبنان.

الأطروحات:

- ضيا ليندا فضل، خصوصية التحكيم في حل المنازعات المتصلة بالاستثمار وفقا لمعاهدة واشنطن 1965 ، 2008، رسالة ماجستير ،كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان.

المقالات:

- سلامي ميلود، بوستة جمال، التحكيم التجاري كضمان إجرائي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، 2017، العدد الخامس، الصفحات 142 إلى 154؛

- بسكري رفيقة، التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الإستثمار الدولية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد التاسع؛ الصفحات من 171 إلى 188؛

- د. محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، 1991، العدد الأول.

المداخلات:

1- دويب حسين صابر عبد العظيم، 2008، التحكيم في العقود الإدارية وعقود البوت، التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر السنوي السادس عشر ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي؛

2- د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، دراسة في ضوء مشروع القانون الاتحادي لسنة 2006، التحكيم التجاري الدولي، سنة 2008، المؤتمر السنوي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، أبو ظبي؛

3- د. محمد الروبي، التحكيم في عقود البوت، 2008، التحكيم التجاري الدولي، سنة 2008، المؤتمر السنوي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، أبو ظبي؛

مواقع الانترنيت:

- أنس مصطفى البو (2009)، التحكيم في عقود المقاولات، بحث مقدم للدورة التاسعة عشر لتأهيل المحكمين العرب والتي تعقد بمصر –الغردقة من 11- 15 آب 2009، تاريخ الاطلاع 2022/04/22.

الموقع، *http://www.areeha.com/forum/viewtopic.php*

– د.محمد وليد منصور، التحكيم في عقود الاستثمار، مقالة منشور في المحامون العددين /3 و 4/ لعام 2006 ، تاريخ الاطلاع 2022/05/14.

الموقع، *http://www.company-lawyers.com*