فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

The idea of arbitration in investment contract disputes

بودلال فطومة[1]*

[1]جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس (الجزائر)، lidiaboudlal35@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/09/20 تاريخ القبول: 2021/10/07 تاريخ النشر: 2021/12/15

ملخص:

في ظل المستجدات الدولية و كل ما تفرزه من متغيرات جديدة في أساليب و طرق التعاون و الشراكة و الاستثمار و من أبرزها كيفية توفير مناخ ملائم للاستثمار و الشراكة الأجنبية . فيعتبر التحكيم واحد من أهم وسائل تسوية المنازعات التجارية على الصعيد الدولي بالإضافة إلى الوسائل الأخرى، و هو وسيلة لتسوية المنازعات بشكل اختياري رضائي بعيدا عن سلطة الدولة القضائية، فالتحكيم يمثل الفصل السريع في المنازعات عقود الاستثمار.

كلمات مفتاحية: التحكيم، منازعات الاستثمار، عقود الاستثمار.

Abstract:

In light of the international developments and all the new variables they produce in the methods and methods of cooperation, partnership and investment, most notably how to provide an appropriate climate for foreign investment and partnership. Arbitration is considered one of the most important means of settling commercial disputes at the international level in addition to other means, and it is a means of voluntary and consensual dispute settlement away from the judicial authority of the st

Keywords: Arbitration, investment disputes, investment contracts.

***المؤلف المرسل**

1. مقدمة:

يحتل موضوع الاستثمار مكانة هامة في السياسات التنموية للحكومات فهو أحد المكونات الأساسية للطلب الكلي والكفيل بتوفير مناصب شغل وإنتاج السلع والخدمات التي يحتاجها المجتمع لأغراض الاستهلاك

الاستثمار اليوم هو الظاهرة العالمية التي تتطلبها اقتصاديات الدول خاصة الدول النامية التي تفتقر الى اقتصاداتها الداخلية أي حاجاتها الأساسية فتقوم بتشجيع الاستثمار الأجنبي، فتعد هذه العقود وسيلة لتحقيق خطط التنمية الاقتصادية فالدولة ترتبط بعقود استثمار مع رعايا دول أخرى والمستثمر الأجنبي الذي يتمتع بمركز اقتصادي قوي يعمل جاهدا لحماية مصالحه وحقوقه.

فالالتجاء إلى القضاء الداخلي ليست الوسيلة المثلى، فيرى ان يدافع عن مصالحه عن طريق اللجوء الى أساليب أخرى لتسوية المنازعات في حال وجدت ومن أهم هذه الأساليب نجد التحكيم.

ما هو التحكيم ؟

هل التحكيم و سيلة من وسائل تسوية منازعات الاستثمار ؟

ما مدى فعالية التحكيم في منازعات الاستثمار ؟

الفصل الأول: التحكيم

هو نظام للقضاء الخاص يسمح بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي لكي تحل بواسطة فرد أو أفراد يختارونهم الخصوم و يسندون إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعات

المبحث الأول : مفهوم التحكيم

يتم اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض ما نشأ أو ينشأ من منازعات بإيراد انك في العقد أو في اتفاقية تستند إليه أو وثيقة مستقلة عنه سواء كان شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة دون اللجوء لقضاء الدولة بعد إجازة تشريعاتها ذلك لمواكبة التطور بعدما كانوا رافضين لفكرة التحكيم في محال العقود الإدارية على غرار المشرع الجزائري الذي نص في الإجراءات المدنية و الإدارية على إمكانية التحكيم في العقود الإدارية ،

المطلب الأول :تعريف التحكيم .

نتناول تعريف التحكيم من الناحية اللغوية ومن الناحية الاصطلاحية و من ناحية القانون الوضعي بإيراد البعض من التعريفات التي أوردها الفقه من خلال تبين عناصره .

الفرع الأول :التحكيم لغة

التحكيم مصدر حكم بتشديد الكاف مع الفتح-يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما، إذا فرضت إليه الحكم فيه فاحتكم في ذلك ، و استحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه[1] وحكموه فيما بينهم ، أمروه أن يحكم في الأمر ، أي جعلوه حكما في ما بينهم[2] ، قال **تعالى " : ولا ؤ ربك لا يؤمنون حتى يحكمون فيما شجر بينهم** [3] " أي يجعلوك حكما فيما حل بينهم من شجار. حاكمته إلى الله دعوته إلى حكمه ،و احتكموا أو تحاكموا إلى الحاكم إذا رفعوا أمرهم إليه[4]، وحاكمه خاصمه المحاكمة المخاصمة[5] .

و الحكم بضم الحاء هو العلم ، و جاء هذا اللفظ أيضا في القرآن الكريم و ذلك في قوله تعالى" : **وآتيناه الحكم صبيا** ."سورة مريم الآية رقم 12.

و المحكم بتشديد الكاف مع الفتح-هو الذي يفوض إليه الحكم في الشيء ، وقيل هو الرجل ذا خبرة و حكمة[6] ، و حكم الرجل بضم الكاف صار حكيما، و حكمت الرجل و حكمته بتشديد الكاف مع الفتح إذا منعته مما أراد ، سمي الحاكم حاكما لأنه يمنع الظالم من الظلم . و يطلق الحكم على من يجتاز الفصل بين المتنازعين[7] ، و الحكم اسم من أسماء الله تعالى الحسني .. و يفهم من التعاريف السابقة أن التحكيم هو إطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الأمر للغير . كما قيل أيضا إن التحكيم هو" أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه[8] "

الفرع الثاني : التحكيم شرعا

يعرف التحكيم في الاصطلاح الشرعي بأنه" تولية الخصمين حكما بينهما ، أي اختيار دوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم في ما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما [9]" ويقول الماوردي ":أن التحكيم هو أن يتحد الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه[10]

وفي تبصره الحرام" أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا و ارتضياه لأن حكم بينهما جنازل وفي المغني "إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما و رضياه و كان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز "

كما عرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها" اتخاذ الخصمين شخصا آخر برضاهما للفصل خصومتهما و دعواهما ." ومن تم فالتحكيم عند فقهاء الشريعة يعتبر قضاي، ولذا يشترطون في المحكم ، ما يشترط في القاضي عند التحكيم ووقت صدور قرار التحكيم .

وعرف كذلك بأنه" عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما للفصل في خصوماتهما ، بدلا من القاضي .

أو بأنه اصطلاح يقصد به إيجاد حل للنزاع القائم بين شخصين أو أكثر بواسطة شخص محكم أو أكثر محكمين غير أطراف النزاع ، و الذين يستمدون سلطاتهم من الاتفاق المبرم بين طرف أو أطراف النزاع ، دون أن يكونوا معينين من قبل الدولة .5"

و التحكيم يمر بثلاث مراحل و يكون الاتفاق على التحكيم طريقا لحل النزاع بدلا من اللجوء إلى القضاء ، سواء وقع هذا الاتفاق قبل وقوع النزاع أو بعد وقوعه و المرحلة الثانية هي منح سلطة الفصل في النزاع أي الاتفاق بين الخصوم و الشخص الذي س وف يتولى الفصل في النزاع ، على أن يتولى الحكم في خصوماتهم يعني مرحلة تولية و تقليد الحكم ثم تأتي المرحلة الثالثة ، وهي مرحلة تلي مرحلة التولي ، التفويض و هذه المرحلة تبدأ بإجراء و تنتهي بحكم . . يقول الدكتور محسن شفيق" :إن التحكيم هو في الحقيقة نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء ".

وقد جاء في تعريف التحكيم بأنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به .

كما أنه الطريق البديل الثالث لحل النزاعات بعد الصلح و الوساطة، يتم خارج مرفق القضاء و دون تدخل من القاضي ، شريطة أن لا يتعارض حكم التحكيم مع حكم قضائي سابق في موضوع النزاع .

إذن هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية ، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل ، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين .

كما يستطيعوا الأطراف الاتفاق على" التحكيم قبل حدوث أي خلافات بينهم ، فيرد اتفاقهم في هذه الحالة في شكل شرط أو بند من بنود العقد أو الاتفاق الذي ينظم علاقاتهم الأصلية ، و قد يحررون وثيقة

أو اتفاقا مستقلا، يضم اتفاقهم على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات في العقد الأصلي إلى التحكيم .

وعرفه البعض بأنه عبارة عن نظام بمقتضاه يقوم طرف ثالث بفض نزاع بين طرفين أو أكثر و ذلك بممارسة المهمة القضائية التي عهدوا بها .

الفرع الثالث :التعريف الوضعي .

اقترح الفقه عدة تعريفات للتحكيم فذهب Charles JarOsson إلى أن التحكيم هو النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف 3.

بينما ذهب الأستاذ Auby إلى أن التحكيم عبارة عن إجراء يتفق مقتضاه الأطراف على عرض نزاع معين أمام محكم يختارونه، ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول التحكيم الذي يصدره المحكم ويعتبرونه ملزما .

أو هو نظام للقضاء الخاص يسمح بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي لكي تحل بواسطة فرد أو أفراد يختاروا نعم الخصوم ويسندون إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعة.؟ والقانون الواجب التطبيق ولغة التحكيم وغيرها من كل النقاط الهامة الأساسية لقيام التحكيم .

المطلب الثاني: أهمية التحكيم

و هنا سوف نتكلم عن المتعاقد مع الإدارة و على الخصوص المستثمر الأجنبي و الثاني يهم الدولة أو الشخص المعنوي.

الفر ع الأول: أهمية التحكيم بالنسبة للطرف المستثمر المتعاقد مع الدولة

أولا: التخوف من مساس الدولة بحيادها[11]

لئن كانت الدولة مجرد طرف في العقد الرابط بينهما وبين المستثمر ، وخاصة إن كان أجنبيا ،فهي بطبيعة الحال طرف قوي يتمتع بالسيادة التي من شأنها في نظره أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد الرابط بين الطرفين ،فضلا عن إمكانية تأثيرها على القضاء الوطني ليحكم في النهاية لصالحها

فقد نادى عدة باحثين بضرورة سلب اختصاص القضاء الوطني إمكانية النظر في النزاعات التي يكون أحد طرفيها متعاقدا أجنبيا ، والطرف الآخر هو الدولة ،او الشخص المعنوي العام داخل الدولة، التي لا يعتبر المتعاقد معها من مواطنيها ،خاصة عندما يتعلق الامر بعقد متصل بالمصالح الاقتصادية او الاجتماعية للدولة المعنية ،او بسياستها ،ومن ثم نادوا بمنح هذه المنازعات لقضاء محايد ، هو قضاء التحكيم .

ثانيا: التخوف من تمسك الدولة بالحصانة القضائية[12]

فضلا عن تخوف المستثمر الأجنبي من انحياز القاضي الوطني لدولته في النزاعات التي قد تمس سيادتها من مختلف النواحي ،فإنها ولا شك والحالة هذه تتمتع بالحصانة القضائية التي بموجبها يحظر على قضاء الدولة أخرى البث في النزاعات التي تكون طرفا فيها.

ومن ثم ،فإن أي مشروع هام لا يمكنه ان يتم بالتعاقد مع الدولة او مع إحدى أجهزتها، إلا عند قبولها التعاقد مع وجود شرط التحكيم هذا فضلا عن سرية البث والاقتصاد في المصاريف وامتياز التحكيم بالسرية ،وخاصة بالنسبة للمقاولات الكبرى ذات السمعة العالمية ،والبساطة في الإجراءات. تلك أهم حوافز لجوء المتعاقد مع الدولة (الأجنبية) الى التحكيم .

الفرع الثاني: أهمية التحكيم بالنسبة للدولة

الأصل في المنازعات الإدارية بالنسبة للدول التي تعرف ازدواجية القضاء ،هو ان يعهد بالبت فيها الى القضاء الإداري الذي يوفر للأفراد ضمانات اكثر من القضاء العادي (المدني) إذ لا يمكن الكلام عن دولة القانون من دون التساؤل عن مدى احترام مبدأ المشروعية ،هذا المبدأ الذي يعني ان القانون الوضعي المطبق في الدولة يجب ان يسود على الجميع حكاما ومحكومين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص من دون أي تمييز بين الإثنين ،هذا مع العلم بوجود نظريات خاصة بالقانون الإداري ،لا نظير لها في القانون المدني ،كنظرية الظروف الطارئة مثلا ،ونظرية فعل الأمر ففي القانون المدني قد لا يعوض الشخص عن الضرر الذي تسببت فيه الإدارة التي قد تدفع بوجود قوة قاهرة لا يد لها فيها ،بينما الأمر ليس كذلك في القضاء الإداري ،ومع ذلك ونظرا للاعتبارات الداعية الى اشتراط التحكيم على الدولة السالف بيانها ،فإن لهذه الأخيرة أيضا اعتباراتها للاستجابة الى اعتبارات المستثمرين المتمثلة في الشرط المذكور أعلاه.

الفصل الثاني: منازعات الاستثمار

بسبب وجود نظام قانوني غير كاف للوفاء بمتطلبات النظام الاقتصادي الدولي الجديد أو لوجود إدارة غير منظمة أو لعوامل سياسية أخرى وتماشيا مع طبيعة المعاملات الدولية الاقتصادية و ما ينجم عنها من المشكلات الدولية الأمر الذي أدى إلى تجمع شعوب العالم في مؤسسات دولية.

المطلب الأول: التحكيم و عقود الاستثمار[13]:

التحكيم كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات بعقود التجارة الدولية، فالعديد من المعاهدات الدولية المتعلقة بعقود الاستثمار التجارية في دول العالم نصت على اللجوء إلى التحكيم باعتباره الوسيلة المناسبة والملائمة لتسوية المنازعات التجارية .وزاد هذا الاهتمام في ظل مناخ العولمة الاقتصادية و اليسر و السهولة التي صاحبت حركة انتقال الأموال بين الدول ، و أصبح التحكيم الوسيلة المناسبة و الملائمة لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار و المفضلة، فالتطورات الاقتصادية التي حدثت في العالم، كان لها انعكاس على المجال القانوني ، و أبرز هذه الانعكاسات هي البحث عن الوسائل الملائمة لتسوية النزاعات التي تنشأ عن العقود ، كوسيلة من وسائل حماية المستثمرين و تشجيعهم على الاستثمار في البلاد المستقبلة للاستثمار ، و بهذا اكتسب التحكيم مكانته العالمية بفضل انتشار عقود الاستثمار الدولية، مما يجعل بالبحث عن وسيلة دولية لفض المنازعات بعيدا عن القضاء الوطني ، استغلالا للمزايا التي يقدمها التحكيم و التي سبق الحديث عنها، و أهمها حماية المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة الأم التي تستقبل الاستثمار هذه الحماية هي حماية قضائية في ظل الخوف من انحياز القضاء الوطني في البلاد النامية في مواجهة المستثمر الأجنبي ، ليكون التحكيم الوجه الآخر من الاتفاقيات الاستثمارية الثنائية و المتعددة الأطراف التي تبرم بين دول العالم.

الفرع الأول: مفهوم الاستثمارات الأجنبية :

إن الدور الدي يلعبه الاستثمار الأجنبي على توفر الظروف المشجعة للاستثمار على أراضيها لهدا تتنافس الدول النامية فيما بينها من أجل جدب المستثمرين

ما يخشاه المستثمر الأجنبي هو عدم تمكنه من الدفاع عن حقوقه أمام سلطات الدولة المضيفة في حالة الاعتداء على حقوقه أو تخلف الدولة عن تنفيذ ما تعهدت به من التزامات اتجاه المستثمر نصت عليها قوانينها الداخلية ، و هذا يتوقف على توافر مناخ مناسب للاستثمار، و يقصد به مجمل الأوضاع القانونية و الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية و الأمنية ، التي تكون البيئة التي يتم فيها الاستثمار14.

بما في ذلك تقويم المخاطر غير التجارية التي قد تتعرض لها الاستثمارات في القطر المضيف ، فإذا كان المستثمر مستعدا لتحمل المخاطر التجارية commercial risks التي قد تواجه في أثناء توظيف أمواله في الخارج ، فإنه في كل الأحوال غير مستعد لتحمل عبء الخسائر الناتجة عن المخاطر غير التجارية non commercial risks التي تتمثل بالإجراءات التي تتخذها الدول المضيفة و تتصل بالأوضاع السياسية والاقتصادية و الأمنية العامة[15].

إذ تخرج هذه الإجراءات في طبيعتها عن إرادة المستثمر الذي لا يمكنه في الظروف العادية تجنب آثارها و انعكاساتها على مشروعه، و يأتي في مقدمة هذه المخاطر غير التجارية نزع الملكية و ...ما في حكم ذلك[16]، و تعد المخاطر التجارية التي يتعرض لها المشروع الاستثماري كالعجز عن الوفاء أو التوقف عن السداد سواء بالنسبة إلى المستثمر ذاته أم بالنسبة إلى مدينة، ظاهرة طبيعية مصاحبة لأي مشروع قائم على أسس تجارية، لذلك لا يثير هذا النوع من المخاطر أية مشكلات قانونية بصدد العلاقة بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة له، أما ما يتعرض له الأجنبي من مخاطر غير تجارية فيثير العديد من المشكلات لان هذه المخاطر خارجة عن إرادته، بل مفروضة عليه قسرا، و ليس لديه أي استعداد لتحمل عبأها كما يعد وجودها مؤشرا على المناخ غير الملائم لاستثماراته[17].

و هذه الإجراءات كافية لخلق الكثير من المخاوف لدى المستثمر الأجنبي، و من هنا تأتي أهمية توافر وسائل قانونية أخرى للمستثمر و تضفي الحماية على مشروعه، مما يشجعه على القدوم و الاضطلاع بدور مهم في تنميتها الاقتصادية داخل البلد المضيف[18].

وسعت الكثير من الدول النامية ، إلى إصدار تشريعات وطنية توضح فيها قواعد و معايير معاملة الاستثمار الأجنبي ، وتحدد وسائل تسوية المنازعات المتعلقة به[19].و على ذلك تستطيع الدولة المضيفة أن

تلغي الإعفاءات و المزايا و الضمانات التي تقررها تشريعاتها الداخلية و بدون أن يترتب على ذلك مسؤوليتها الدولية ، لأن التشريع الداخلي لا يمثل في الظروف العادية تعهدا دوليا تلتزم الدولة و إلى الأبد بعدم تعديله ما لم توافق الدول الأخرى على تعديله[20]

المطلب الثاني : أسباب منازعات الاستثمارات

لا يمكن القول بأن أسباب منازعات الاستثمار ترجع إلى قيام الدولة المضيفة بإخلالها بالتزاماتها مع المستثمر سواء انتهاك لحقوقه أو خرق للالتزامات الملقاة على عاتق هذه الدولة، إنما قد تعود تلك الأسباب إلى المستثمر بأن يكون هو الذي أخل بالتزاماته التي يجب عليه الالتزام بها .و منازعات الاستثمار[21] الأجنبي قد ترجع إلى تصرفات أو إجراءات تقوم بها الدولة المضيفة كإحداث أو عمل تغيرات تشريعية على قوانينها الداخلية و خاصة المرتبطة بعقود الاستثمار و قد ترجع إلى تصرفات المستثمر الأجنبي كإخلاله بأي من الالتزامات التي تستجوبها عقود الاستثمار من تنمية القدرة البشرية.

1- مفهوم منازعات الاستثمار[22]:

يساهم الاستثمار الاجنبي في عمليات النمو الاقتصادي للدول المضيفة ،و منازعات الاستثمار تنشأ لأسباب عديدة و مختلفة ، وعدم تسوية هذه المنازعات بصورة سريعة و بطريقة أكثر فاعلية يترتب عليه ضررا بالاقتصاد للدولة المضيفة. و هذه الوسيلة من سماتها البطء في إجراءات التقاضي، فالقضايا تستمر لفترة طويلة حتى يصدر حكما منهيا للخصومة، كما أن كثيرا من القضاء الوطني غير متخصص لحل هذه النوعية من المنازعات، مما يلجأ معه القاضي إلى الإحالة إلى الخبراء المتخصصون و هذا ما يستغرق وقتا طويلا يؤثر كثيرا سلبيا على الاستثمارات الأجنبية، و من ناحية أخرى يعوق حركة التنمية في الدول المضيفة.

ثم بدأ الفكر القانوني يتجه إلي البحث عن وسيلة أكثر ملائمة و فاعلية و متخصصة تكون الأنسب لحل منازعات الاستثمار. فأصبح التحكيم التجاري الدولي[23] البديل المناسب لتسوية منازعات الاستثمار.، فالتحكيم وسيلة قضائية لها استقلاليتها ،حيث لا يمكن اللجوء إليه إلا بموافقة أطراف المنازعة ، سواء دول

أو شركات خاصة أو هيئات تابعة للدول ، حيث أصبح التحكيم هو القضاء المتخصص لتسوية منازعات الاستثمار ، و الأكثر فعالية.

الفرع الثاني: أسباب منازعات الاستثمار

إن التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، و تزداد أهمية في عقود الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة ، و أن هذا التوازن الاقتصادي يتأثر بفعل التغيرات في الظروف التي عاصرت ابرام العقد ، و المعلوم أن عقد الاستثمار يستغرق وقتا طويلا لتنفيذها، فتلك الظروف قد تعرض هذا التوازن للانهيار أو تصيبه ببعض الخلل، و يترتب على هذا الخلل في كثير من الأحيان إثارة الكثير من المنازعات التي تتنوع و تتعدد أسبابها و إذا كان هناك التزامات قبل الدولة المضيفة فقد تقوم بالتأميم ، أو تغير القانون. و قد ترجع أسباب منازعات الاستثمار إلى فعل المستثمر بأن يخل بأحد الالتزامات المنصوص عليها بعقد الاستثمار هناك أسباب ترجع إلى الدولة المضيفة و أسباب ترجع إلى المستثمر.

الفرع الثالث: قابلية النزاع للتحكيم[24].

يجب رفض الاعتراف بحكم التحكيم ،إذا كان قانون مكان التنفيذ لا يجوز تسوية النزاع عن طريق التحكيم، أي ان الحكم قد صدر في حالة مما لا يجوز فيها التحكيم من الناحية الموضوعية ،طبقا لقانون الدولة، المراد التنفيذ على اقليمها... و على سلطة التنفيذ المطلوب فيها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، ان تقضي من تلقاء نفسها وبدون طلب من الخصوم ،برفض تنفيذ الحكم في حالة عندما يكون حكم التحكيم قد فصل في مسألة مما لا يجوز فيها التحكيم طبقا لقانون مكان التنفيذ ،او كان مخالفا للنظام العالم في بلد التنفيذ وسلطة التنفيذ لا يجوز لها في غير هاتين الحالتين ان تقضي من تلقاء نفسها برفض التنفيذ.

المطلب الثالث: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار

إن التحكيم يلعب دورا في منازعات عقود الاستثمار التي تتميز بخصوصية مستمدة من وجود الدولة طرفا فيها و كدلك تعلقها بالدولة المضيفة للاستثمار فإنه يكون من الضروري جدا أن تكون عملية التحكيم فعالة و ناجحة و لتحقيق هده الفعالية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار يجب تبني المبادئ القانونية

التي تعتبر ضرورية و هامة للوصول إلي عملية تحكيم منظمة و فعالة و تتمثل هده المبادئ في مبدأين أساسين

مبدأ استقلال اتفاق التحكيم و مبدأ الاختصاص بالاختصاص

الفرع الأول : مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

يقصد بهذا المبدأ أن لا يتأثر دلك الاتفاق سواء كان في صورة شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم بصحة العقد المتعلق بالعقد الأصلي

و تستند استقلالية الاتفاق التحكيم إلى أن هدا الاتفاق يشكل عقدا ضمن العقد الآخر أي يشكل عقدا معادلا للعقد الأصلي و يترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم و إدا اعتبرت هيئة التحكيم أن العقد المتضمن لاتفاق التحكيم غير قائم أو باطل و لا أثر له و العكس صحيح أي أن بطلان اتفاق التحكيم لا يرتب بطلان.

الفرع الثاني : مبدأ الاختصاص بالاختصاص

إذا حدث و طعن أحد الأطراف في اختصاص هيئة التحكيم و دفع بعدم صحة اتفاق التحكيم فإنه يكون لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة اختصاصها، حيث أن المبدأ الأساسي الذي يسمح بالحلول دون لجوء أحد الأطراف إلى تأخير أو عرقلة سير التحكيم عن طريق الإدلاء بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية هو الذي يعطي المحكمين صلاحية البت باختصاصهم و يعرف هذا المبدأ باسم: الاختصاص بالاختصاص.

وهكذا فإنه يترتب على مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثرين هامين أحدهما إيجابي ويتمثل في كونه فسح المجال في مرحلة أولى للمحكمين لتجاوز الحجة القائلة بأنه ليس للمحكم الحق بالنظر في أساس النزاع إلا إذا سبق و منحته سلطة أخرى هذا الاختصاص بمعنى أن هذا المبدأ سمح للمحكم بالفصل في مسألة اختصاصه تلقائيا دون انتظار منحه تلك السلطة–الفصل في الاختصاص–من قضاء الدولة[25].

والسلبي يتمثل في سماحه للمحكم إضافة إلى البيت في مسألة اختصاصه الفصل فيها أولا وقبل أية جهة أخرى[26]، بتعبير آخر يمتنع على قضاء الدولة التي يعرض عليها الفصل في اتفاق التحكيم البت أو النظر في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل أن تتاح له الفرصة للبت فيها.

خاتمة:

قامت العديد من دول العالم بالاهتمام بالتحكيم تشريعيا من خلال تنظيم التحكيم تشريعيا في قانون الإجراءات المدنية أو من خلال سن قوانين تتعلق بالتحكيم التجاري على الصعيد الدولي وعلى الصعيد المحلي بالشكل الذي لا نجد فيه دولة من دول العالم إلا وانضمت للتحكيم من المعاهدات الدولية المتعدد والمعاهدات الإقليمية المتعلقة بالتحكيم.

فكان تأثر الدول العربية بالتغيرات العالمية نحو التحكيم نسبيا ومازالت بعض الدول العربية تحتفظ بالنصوص القانونية للتحكيم

- إن منازعات عقود الاستثمار من المنازعات التي تقبل التسوية التحكيمية بدون أي تحفظات أو قيود.
- أصبحت الدول تتمتع بأهلية ابرام اتفاق التحكيم.
- أصبحت قوانين التحكيم العربية من قواعد التي يمكن اللجوء إليها من أجل تفسير اتفاق التحكيم.

المراجع:

- تهذيب اللغة لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري توفي 370 هجريه تحقيق عبد الكيم الغرباوي، مراجعة الأستاذ محمد على التجار الناشر الدار المصرية للتأليف و الترجمة.الجزء الرابع.
- معجم لسان العرب لإبن منظور، المؤسسة المصرية العامة لتأليف و النشر، القاهرة بدون سنة نشر و ماسليها
- سورة النساء الآية 65.
- تهذيب اللغة.

- المعجم الوسيط.

- فهرس المعجم الساسي. مادة حكم.

- إسماعيل الأسطل ، التحكيم في الشريعة الإسلامية.

- أحمد عبد الكريم سلامة . قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي ، تنظير و تطبيق مقارن ، طبعة الأولى ، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

- أحمد الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1998..

- محمود محمد هاشم "النظرية العامة للتحكم في المواد المدنية و التجارية، اتفاق التحكيم ، 1990، دار الفكر العرب.

- حفيظة السيد الحداد "الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية .

- حفيظة السيد الحداد " القانون القضائي الخاص الدولي الإسكندرية.

هاني محمد كامل المنايلي اتفاق التحكيم و عقود الاستثمار البترولية ،دار الفكر الجامعي .

- جابر فهمي عمران ، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية

- جابر فهمي عمران ، الاستثمارات الأجنبية .

منير عبد المجيد ، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي.

- الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الدولية ، الرجع السابق ،ص86.

- السيد الحداد (حفيظة)، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001،ص133.

[1] تهذيب اللغة لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري توفي 370 هجريه تحقيق عبد الحكيم الغرباوي، مراجعة الأستاذ محمد على التجار الناشر الدار المصرية للتأليف و الترجمة ص113.الجزء الرابع.

[2] معجم لسان العرب لإبن منظور، المؤسسة المصرية العامة لتأليف و النشر، القاهرة بدون سنة نشر ص31 و ماسليها

[3] سورة النساء الآية 65.

[4] تهذيب اللغة ص953.

[5] المعجم الوسيط ص290.

[6] فهرس المعجم الساسي. مادة حكم ص340.

[7] إسماعيل الأسطل ، التحكيم في الشريعة الإسلامية (أكمل.....ص5.

[8] أحمد عبد الكريم سلامة . قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي ، تنظير و تطبيق مقارن ، طبعة الأولى ، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر ص12.

[9] أحمد الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1998.ص19.

[10] محمود محمد هاشم "النظرية العامة للتحكم في المواد المدنية و التجارية، اتفاق التحكيم ، 1990، دار الفكر العربي،ص60-61.

[11] حفيظة السيد الحداد "الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، 2001ص7.

[12] حفيظة السيد الحداد " القانون القضائي الخاص الدولي الإسكندرية1990 ص 177.

[13] هاني محمد كامل المنايلي اتفاق التحكيم و عقود الاستثمار البترولية ،دار الفكر الجامعي 2014.ص52.

[14] ذلك بالتفصيل في : تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية، منشورات المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، ط1، لسنة 2009، ص165 و ما بعدها.

[15] ناصر عثمان محمد عثمان ، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية القاهرة، ط1، لسنة2009، ص165 و ما بعدها.

[16] صدى جوهر عبد الحكام، النظام القانوني للاستثمار في المناطق الحرة ضمن النظام القانوني العراقي و قوانين الدول العربية، رسالة ماجستير مقدمه إلى معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، 2009 ص201.

[17] محمد الطنطاوي الباز، تفسير السلوك الاقتصادي للمشروع الدولي النشاط ، مجلة مصر المعاصرة العددان 411-412، يناير/ابريل، 1988،ص111، و ما بعدها.

[18] بشأن دور الضمانات القانونية في جذب الاستثمار الأجنبي: FATOUROS(A-A) ,Governement guarantces to foreign investors.columbia university press,USA,1962.P361.نقلا عن محمد يونس يحيى ، مصدر سابق ، ص5 و ما بعدها.

[19]-هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ، مصدر سابق،ص19.

[20] علي كريمي ،النظام القانوني لانتقال رؤوس الأموال بين الأقطار العربية، منشورات مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1990، ص131

[21] جابر فهمي عمران ، الاستثمارات أجنبية ، لبمرجع السابق ص400.

[22] جابر فهمي عمران ، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2013.ص377

[23] جابر فهمي عمران ، الاستثمارات الأجنبية .المرجع السابق ص 377.

[24] منير عبد المجيد ، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي ص299.

[25] الأسعد (محمد بشار)، الفعالية الدولية للتحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الدولية ، الرجع السابق ،ص86.

[26] السيد الحداد (حفيظة)، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ،الإسكندرية، دار الفكر الجامعي،2001،ص133.