مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

مبررات اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات عقود الاستثمار

The justifications for resorting to arbitration for the Settlement of investment contract disputes.

حرير أحمد*

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سيدي بلعباس، (الجزائر)، ahmed.harir@univ-sba.dz

مخبر المرافق العمومية والتنمية.

تاريخ ارسال المقال:2021/12/03	تاريخ القبول: 2022/01/15	**تاريخ النشر**: 2022/03/01

***المؤلف المرسل**

الملخص:

تعتبر آلية التحكيم أهم وسيلة تلجأ إليها الأطراف المتنازعة في عقود الاستثمار لتسوية نزاعهم، خاصة العقود التي تكون فيها الدولة طرفا، بحيث أن التحكيم يمكن من تحقيق العدالة لصالح الطرفين خاصة المستثمر الذي تكون جنسيته أجنبية، كما أنه يحقق السرعة في الفصل في النزاع نظرا لكفاءة وتخصص المحكمين. وهذه المميزات المتعلقة بالتحكيم السابقة الذكر تعتبر أهم المبررات التي تدفع أطراف النزاع للجوء إليه لتسوية نزاعهم.

الكلمات المفتاحية: عقود الاستثمار؛ نزاع؛ تسوية؛ التحكيم.

Abstract :

The arbitration mechanism is the most important method used by the disputing parties in investment contracts to settle their dispute, particularly those in which the State is a party, so that arbitration enables justice to be done to the parties, especially the investor of foreign nationality, and achieves speed in the adjudication of the dispute due to the competence and specialization og the arbitrators. These characteristics of the above-mentioned arbitration are the most important justification for the parties to the dispute to resort to it in order to settle their dispute.

Keywords: investment contracts; dispute; settlement; arbitration.

مقدّمة:

تبرم الدولة في بعض الأحيان عقود استثمار مع شركات أجنبية بهدف انجاز مشاريع استثمارية كبرى، وذلك من أجل النهوض ببعض القطاعات وتحقيق التنمية. لكن في بعض الحالات قد يشوب تنفيذ هذه العقود اخلال أحد الأطراف بالتزاماته، مما قد يؤدي إلى حدوث نزاع بينهم يختلف الأطرف في طريق تسويته بشكل يرضي كلاهما. غير أن الحل يكون في طريقين اثنين في غالب الأحيان، وهو إما بعرض هذا النزاع أمام القضاء الوطني للدولة المضيفة، ولكن ونظرا للطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار فإن المستثمر الأجنبي لا يحبذ هذا الطريق خوفا من انحياز القضاء لصالح حكومته، فيبقى الحل الثاني الذي قد يرضي جميع الأطراف وهو ما يشترطه المستثمر غالبا على الحكومة وقت ابرام العقد، ويتمثل في عرض النزاع أمام هيئة تحكيمية مستقلة تتصف بالنزاهة والحياد. **فما الأسباب والمبررات التي تدفع الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار إلى اللجوء إلى التحكيم بهدف تسوية نزاعاتها التي قد تثار أثناء تنفيذ العقد ؟**

هذا الطريق يهدف إلى إيجاد آلية قِوامها الخروج عن طرق التقاضي العادية، وهو يعتمد أساسا على قيام أطراف النزاع على القيام بأنفسهم باختيار قضاءهم، ويكون في حالة ما إذا كان النزاع المعروض يتعلق بعقد يدخل في مجال عقود الاستثمار، خاصة في الحالة التي يكون فيها المستثمر أجنبي. وبالتالي فإن التحكيم يتعبر من أهم الآليات والطرق الودية التي تهدف إلى فض النزاعات الناجمة عن نختلف العقود وعقود الاستثمار خاصة. وعليه سنتطرق في هذا البحث إلى الأسباب والمبررات التي تدفع أطرف النزاع إلى اللجوء إلى التحكيم، غير أنه لابد من التطرق إلى ماهية هذه الآلية أولا، وذلك في إطار الخطة الآتية: المبحث الأول ماهية التحكيم، متطرقين إلى مفهوم التحكيم وكذا طبيعته القانونية. أما المبحث الثاني نتناول فيه المبررات التي تدفع أطراف النزاع إلى اللجوء إلى التحكيم لتسوية هذا النزاع.

المبحث الأول: ماهية التحكيم

باعتبار التحكيم آلية مهمة في فض نزاعات عقود الاستثمار، فإنه لابد من التطرق قبل الغوص في مبررات اللجوء إليه إلى مفهومه (المطلب الأول) وطبيعته القانونية (المطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم التحكيم

نتطرق في هذا المطلب إلى كل من المفهوم اللغوي وكذا المفهوم الاصطلاحي للتحكيم.

الفرع الأول: المفهوم اللغوي

لفظ التحكيم هو إسم، جمعه تحكيمات، مصدره حَكَّمَ بتشديد الكاف.

وجاء في معجم المعاني أن التحكيم يعني احتكام شخصين إلى فلان أي رفعوا خصومتهم إليه ليفضي بينهم[1].

وكما جاء في لسان العرب لابن منظور على ان التحكيم معناه التفويض في الحكم مأخوذ من كلمة حَكَّمَ، ويقال أحكمه فاستحكم أي صار محكَما. وحكَّموه بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم، أي اجازة حكمه بينهم[2].

والمحَكَّم بتشديد الكاف هو الشخص الذي يسند إليه الحكم في الشيء.

وجاء في القرآن الكريم قوله عزوجل: " فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا " (الآية 65 من سورة النساء)، أي يجعلوك حكما فيما حل بينهم من شجار.

ويصطلح على التحكيم بالفرنسية بـ Arbitrage وبالإنجليزية بـ Arbitration.

والتحكيم هو عملية يلجأ إليها المتنازعون إلى طرف ثالث يوافقان عليه، أو هو تسوية لنزاع من طرف ثالث محايد، وهيئة التحكيم هي لجنة تقوم بالحكم في القضاء وبين الأطراف المتنازعة[3].

الفرع الثاني: المفهوم الاصطلاحي

إن المفهوم الاصطلاحي يلزمنا بالتطرق إلى ثلاثة عناصر على أساسها يُعرف التحكيم، حيث يتمثل الأول في المفهوم التشريعي (أولا) والثاني في المفهوم القضائي (ثانيا) والثالث في المفهوم الفقهي (ثالثا).

أولا: المفهوم التشريعي

تم تعرف التحكيم في مختل تشريعات الدول، حيث عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، على أنه اتفاق يتعهد بموجبه المتعاقدون على إحالة النزاعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم[4].

وتطرق المشرع المصري بدوره إلى تعريف التحكيم من خلال المادة 10 من القانون رقم 27 لسنة 1994 المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، حيث جاءت كما يلي: " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية "[5].

ونجد أن كلا التعريفين المقدمين من المشرع الفرنسي وكذا المشرع المصري متشابهين، ومن خلال هذين التعريفين نستنتج أن التحكيم يقوم على عنصرين أساسيين، وهما اختيار هيئة تحكيمية بإرادة أطراف النزاع الحرة

بهدف فض النزاع، وكذا قيام المحكم بإصدار حكم فاصل في النزاع المعروض عليه بحيث يكون هذا الحكم ملزم للطرفين.

أما المشرع الجزائري فقد عرف التحكيم في القسم الثاني المتعلق باتفاق التحكيم من الباب الثاني المتعلق بالتحكيم من الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وجاء ذلك بموجب المادة 1007 من هذا القانون التي تنص على ما يلي: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة في مفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"، وتنص المادة 1006 من نفس القانون على مايلي: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

ومن خلال هذا التعريف نجد أن المشرع الجزائري يتوافق مع كل من المشرع الفرنسي وكذا المشرع المصري في تعريف التحكيم. ويرجع تنظيم التحكيم من طرف المشرع الجزائري نظرا للأهمية البالغة التي يكتسيها خاصة في الجانب الاقتصادي الذي يعرف ازدهارا في الوقت الحاضر، مما يترتب عنه قيام العديد من النزاعات التي يفضل أطرافها عرضها على هيئات تحكيمية متخصصة تتصف بالحياد والنزاهة.

أما فيما يخص بعض الهيئات الدولية، وعلى رأسها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فقد عرفت التحكيم في المادة 7 فقرة 1 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985[6]، بأن اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد تنشأ بينهما من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. وقد جاءت صياغة هذه المادة كما هي مبينة بعد تعديلها سنة 2006 من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وهذه الأخيرة تعتبر هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، وهي تؤدي دورا هاما في تحسين الإطار القانوني للتجارة الدولية من خلال اعداد نصوص تشريعية دولية بغية استخدامها من طرف الدول في تحيين وتحديث قوانينها المتعلقة بالتجارة الدولية.

ثانيا: التعريف القضائي

عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه طريق لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية للتقاضي وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم، وذهبت ذات المحكمة في حكم آخر باعتبارها أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات وقوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات، فهو يكون مقصورا حتما على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم[7].

أما المحكمة الدستورية العليا المصرية فعرفت التحكيم على أنه عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار، يُعيّن باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددونها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائبا عن شبهة المغالاة، مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية[8].

كما عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية التحكيم بأنه اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة[9].

ومن خلال هذه التعريفات المقدمة من طرف الهيئات القضائية المصرية، نستنتج على أن هناك اتفاق قضائي حول اعتبار التحكيم وسيلة لفض المنازعات، يَحلّ فيها الحكم التحكيمي محل الحكم القضائي لتسوية النزاع المثار بين الطرفين.

ثالثا: التعريف الفقهي

تعددت وتنوعت التعاريف التي أعطاها فقهاء القانون للتحكيم، فيعرفه فقهاء القانون المصري ومنهم الدكتور رمضان على عبد الكريم دسوقى عامر، على أنه اتفاق أطراف النزاع على تسوية النزاعات التي تنشأ بينهما مستقبلا أو نشئت بالفعل نتيجة وجود علاقة قانونية بين الأطراف، سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية، وذلك بعرض هذا النزاع على أشخاص يتم اختيارهم بمعرفة الأطراف يتولون العملية التحكيمية[10]. كما يعرفه البعض الآخر على أنه اتفاق أطراف العقد على فض منازعاتهم التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما على جهة خاصة بدلا من القضاء، لتفصل بينهما في كل أو بعض منازعاتهم بمقتضى حكم تحكيمي منهي للخصومة بينهما[11]. أما البعض من الفقهاء فقد عرفه على أنه اتفاق طرفين قبل نشوء النزاع أو بعده على عرض النزاع على محكم أو محكمين من الغير للفصل في النزاع فصلا حاسما يكون بديلا للقضاء[12]. ويعرفه البعض الآخر على أنه 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 فيه[13]. والبعض الآخر يعرفه على أنه توافق إرادتي عاقدين على حل نزاع معين أو نزاع محتمل بخصوص تنفيذ عقد معين بواسطة محكم بغير طريق السلطة القضائية الرسمية[14].

أما فقهاء القانون الفرنسي فقد عرفوا التحكيم على أنه مؤسسة خاصة للقضاء يتم بمقتضاها استبعاد المنازعات من اختصاص محاكم القانون العادية من الفصل فيها، ويوكلون مهمة الفصل فيها إلى أفراد محكمين لهم معرفة ودراية بموضوع النزاع[15].

وبدورهم فقهاء القانون الجزائري أعطوا العديد من التعاريف للتحكيم، فقد عرفه الأستاذ لزهر بن سعيد على أنه نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف وبإرادتهم قضاتهم، ويخولونهم بمقتضى اتفاق مكتوب، مهمة الفصل في النزاعات التي نشأت، أو قد تنشأ بينهم بخصوص علاقتهم العقدية أو غير العقدية، وفقا لمبادئ وأحكام القانون والعدالة، بإصدار حكم ملزم يفصل في النزاع[16]. ويعرفه جانب آخر على أنه تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسائل تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص، من طرف شخص أو عدة أشخاص آخرين –المحكم أو المحكمين– يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويحكمون بناء على ذلك الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بتلك المهمة من طرف الدولة[17].

ويجب أن يُدرج شرط التحكيم في عقد الاستثمار إما قبل النزاع أي أثناء عملية المفاوضات وإبرام العقد، أي أن يتفق الطرفان على وضع شرط التحكيم كشرط أساسي يتم اللجوء إليه في حالة حدوث نزاع بين الطرفين في المستقبل، كما قد يتم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع، ويكون ذلك في حالة إغفال طرفي عقد الاستثمار عن إدراج شرط اللجوء إلى التحكيم أثناء عملية إبرام العقد أي قبل نشوء النزاع. وفي حالة اتفاق الطرفين على التحكيم كطريق لتسوية نزاعهما، فقد يتفقا بعدها على مكان إجراء التحكيم واختيار المحكمين ووقت إجراء التحكيم والقانون الواجب التطبيق على عملية التحكيم، كما قد يتفق الطرفان على العمل بأحكام اتفاقية دولية معينة بهدف تطبيقها على العملية التحكيمية.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

يعتبر التحكيم كنظام لتسوية النزاعات عن طريق اللجوء إلى شخص أو أكثر من شخص يطلق عليهم صفة المحكمين يختارهم الخصوم، ويكون ذلك بناءا على اتفاق بينهما مما يرجح أن يكون التحكيم ذو طبيعة اتفاقية أو عقدية. ولكن بعد النظر في النزاع المثار بين الخصوم من طرف الهيئة المحكمة، فإنها تقوم بإصدار حكم شبيه بالحكم القضائي من حيث الآثار التي يرتبها والذي يعتبر بمثابة الحل والتسوية لهذا النزاع، وهذا ما يرجح أن يكون التحكيم ذو طبيعة قضائية.

من خلال ماسبق نستنتج أن هناك جدل واسع بين فقهاء القانون حول طبيعة التحكيم فيما إذا كانت عقدية أو قضائية، فهناك من يرجح الرأي الأول وهناك من يرجح الرأي الثاني وهناك من يرى أن التحكيم يجمع بين الأول والثاني، أي ذو طبيعة مختلطة.

الفرع الأول: التحكيم ذو طبيعة عقدية (اتفاقية)

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم يخضع لمبدأ سلطان الارادة، أي إلى الارادة الحرة للأطراف المتخاصمة، وذلك عن طريق اتفاقهم على اختيار الهيئة المحكمة التي يعرض عليها النزاع المثار، بحيث يستمد فيه المحكم ولايته من إرادة الخصوم التي يجد من خلالها حكم التحكيم قوته التنفيذية[18]. وبالتالي طالما أن التحكيم

يقوم على أساس إرادة الأطراف الحرة فإنه يعتبر عملية تعاقدية أي أنه عقدا رضائيا ملزم لجانبين، وبالتالي فإن الطرفين المتخاصمين باتفاقهم على التحكيم فإنهم يتخلون عن بعض الأساليب القانونية والإجرائية الموجودة في النظام القضائي[19]، لأن إرادة الأطراف المتنازعة هي التي تحدد الاجراءات الواجب اتباعها والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، كما تحدد أيضا كيفية تعيين المحكم وتحديد ولايته. ويرى البعض أن هذا الاتفاق لابد أن يذكر في بنود العقد، ولا يجوز للدولة التدخل في ذلك إلا لمنع المساس بالنظام العام أو لضمان حسن سير العملية التحكيمية، وذلك بوضع قواعد تسد ثغرات اتفاق الأطراف، ولا تلجأ إلى ذلك إلا في حدود ما يمس بالأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية[20].

الفرع الثاني: التحكيم ذو طبيعة قضائية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم هو بداية العملية التحكيمية وبذرة وجودها، إلا أنه لا ينبغي إهمال الغرض الأساسي الذي وجد من أجله التحكيم ألا وهو الحصول على حماية قضائية وحماية الحقوق المتنازع عليها وحسم النزاع الذي نشب بين الاطراف المتنازعة[21]، وهي الغاية التي وجد من أجلها أيضا النظام القضائي. كما يستمد أصحاب هذا الاتجاه رأيهم في طبيعة الوظيفة أو المهمة التي يقوم بها المحكم والتي هي ذاتها التي يقوم بها القاضي، أي أنه يفصل في النزاع شأنه شأن القاضي، وبالتالي فإن عمله يكون عملا قضائيا، كما أن حكم التحكيم الذي يصدره المحكم يكتسي نفس الآثار والأهمية التي يكتسيها الحكم القضائي[22]، ويتجلى ذلك من حيث القوة الإلزامية للطرفين المتخاصمين، حيث أن على الطرفين الالتزام بحكم التحكيم مهما كان، أو من حيث حجية الشيء المقضي فيه، بحيث بعد صدور حكم التحكيم لا يستطيع أحد الطرفين المتخاصمين، في حالة ما إذا لم يرضى بهذا الحكم، أن يقوم بإعادة عرض النزاع على هيئة أخرى سواء كانت تحكيمية أو قضائية. بالإضافة إلى ذلك فإن النظر في النزاع أمام المحكم يمر بنفس الإجراءات التي يمر بها أمام القاضي، كما تنتهي العملية التحكيمية بإصدار المحكم لحكم بتضمن نفس السمات والخصائص التي يتضمنها حكم القاضي سواء من حيث الشكل أو من حيث قابليته للطعن فيه أو من حيث قابليته للتنفيذ، كما أنه يحسم النزاع مثلما يحسم فيه الحكم القضائي[23].

الفرع الثالث: التحكيم ذو طبيعة مختلطة (مركبة)

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم لا يمكن أن يخرج عن كونه يُعتبر ذو طبيعة مركبة يبرز من خلالها وجهان أحدهما تعاقدي والآخر قضائي، ولا يمكن استثناء أحد الأمرين أو استبعاده، لأن التحكيم يقوم على أساس تراضي إرادة الأطراف المتنازعة عن طريق اتفاقهم على اختيار محكم أو عدة محكمين للفصل في النزاع المثار بينهما. كما أنه لا يمكن الإنكار على أن التحكيم يمتاز بالصفة القضائية من حيث الإجراءات المتبعة فيه، وكذا عمل المحكم الذي يفصل في النزاع عن طريق لجوئه إلى استعمال القوانين الوضعية، وهو نفس العمل الذي يقوم به القاضي حين يُعرض عليه النزاع للفصل فيه. وما يمكن استنتاجه هو أن هذه النظرية تسعى إلى التوفيق بين

النظريتين السابقتين لتجعل التحكيم يحتل موقعا وسطا بينهما. ويتوافق رأينا مع هذا الرأي وذلك كون أن التحكيم تُتّبع فيه نفس الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية، وكذلك كونه لا يمكن تجاهل ضرورة اتفاق الأطراف المتنازعة على عرض نزاعهما على هيئة محكمة، لأنه في حالة رفض أحدهما فلا يمكن أن يتم ذلك، وعلى هذا الأساس فإنه كما قال الأستاذ لزهر بن سعيد أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم.

المبحث الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات عقود الاستثمار

إن السؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد، هو هل يعتبر التحكيم كأفضل وأحسن طريق لفض المنازعات الناشئة بين طرفي عقد الاستثمار ؟

يرى بعض الفقه على أنه رغم أن التحكيم يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات فيما يتعلق بالسلطتين القضائية والتنفيذية[24]، حيث أن لجوء الدولة إلى التحكيم للفصل في منازعات العقود الإدارية يعتبر تحييدا للسلطة القضائية المختصة أصلا بالفصل في المنازعات كافة، ومنها تلك المتعلقة بالعقود الإدارية بصفة عامة، إلا أن الطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار باعتباره من عقود التجارة الدولية وكذا من عقود الاستثمار الدولية خاصة عندما يكون المستثمر من جنسية أجنبية، فإن التحكيم يعتبر الوسيلة الأفضل والطريق الأحسن لفض النزاعات الناشئة عنه، ويرجع ذلك لعدة مبررات من بينها تلك التي للمستثمر علاقة بها (المطلب الأول)، أو المتعلقة بالمزايا التي يتميز بها نظام التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المبررات التي لها علاقة بالمستثمر

تتمثل هذه المبررات في خوف المستثمر من عدم حياد القضاء الوطني للدولة المضيفة (الفرع الأول)، وكذا اعتباره التحكيم كضمانة للتشجيع على الاستثمار (الفرع الثاني)، وأخيرا ثقته في مدى كفاءة المحكمين (الفرع الثالث).

الفرع الأول: خوف المستثمر من عدم حياد القضاء الوطني للدولة المضيفة

تعتبر الدولة في حالة تعاقدها وفقا لأي نمط، طرف غير عادي من حيث المزايا خاصة السيادية التي تتمتع بها[25]، بحيث يمكن لها أن تُخِلّ بحياد القضاء خاصة إذا كان نظام الفصل بين السلطات غير معمول به بالشكل اللازم، أو غياب الشفافية والنزاهة لدى القضاء الوطني، أو حتى ولو كان كذلك فإنه في نظر المستثمر الأجنبي يعتبره قضاء غير محايد، خاصة عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بالمصالح الاقتصادية لبلده، وبالتالي في حالة اعتياد الدولة على اللجوء إلى القضاء لتسوية نزاعاتها التي قد تثور في العقود التي تكون طرفا فيها، فإن عقد الاستثمار يمتاز بميزة أساسية وهي توفره في العديد من الحالات على العنصر الأجنبي، فالتحكيم وإن كان يعتبر في نظر الدولة كطريق اختياري ثانوي، فإنه بالنسبة للمستثمر يعتبر كشرط أساسي للتعاقد[26]. وعليه فإن المستثمر عند تفاوضه مع الدولة فإنه في غالب الأحيان ما يضع شرط اللجوء إلى التحكيم لتسوية أي نزاع قد يثور في المستقبل بين

الطرفين كبند أساسي في البنود التي يتضمنها العقد، ويستبعد اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة خوفا من ميله لصالح دولته، وبالتالي تخوفه من أن تكون هذه الأخيرة خصما وحكما في آن واحد، وأيضا خوفه من طول إجراءات التقاضي التي قد تؤدي إلى الإضرار بمصالحه.

الفرع الثاني: التحكيم يعتبر كضمانة للتشجيع على الاستثمار

إن المستثمر يسعى إلى استثمار أمواله في الدولة من خلال بحثه عن الضمانات التي تعطيه أكبر قدر من الأمان والاطمئنان، ومن بين هذه الضمانات هي التحكيم، وبالتالي فإن المستثمر يشترط على الدولة المضيفة على أنه في حالة قيام نزاع في المستقبل فإنه يعرض على هيئة تحكيمية، كما أن الدولة تهدف إلى جلب رؤوس الأموال الأجنبية عن طريق التشجيع على الاستثمار سواء كان مباشر أو غير مباشر، عن طريق تقديمها للعديد من الضمانات، والتي يعتبر التحكيم من بينها، والذي يعتبر في هذه الحالة كضمانة للتشجيع على الاستثمار. أما في حالة غياب هذه الضمانة فقد تؤدي إلى عدم تحمس المستثمرين إلى الاستثمار في الدولة نظرا لعدم قناعتهم بمختلف الضمانات الممنوحة في غياب ضمانة اللجوء إلى التحكيم. وبالتالي فما على الدول خاصة الدول النامية سوى القبول بالتحكيم كضمانة للمستثمرين خاصة الذين يحملون جنسية أجنبية، حتى تشجع على جلب رؤوس الأموال الأجنبية التي هي في حاجة إليها. وفي الجزائر، فإن ما جاء به التشريع في هذا الشأن منصوص عليه في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، ويظهر ذلك جليا في المادة 24 منه التي تنص على أنه في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.

الفرع الثالث: كفاءة المحكمين

يعتبر المحكم خبير في مجال اختصاصه، وفي حالة قيام نزاع بين طرفي عقد الاستثمار في مجال ما، فإنهما يقومان بعرض هذا النزاع على محكم خبير غالبا ما يكون مختص في موضوع النزاع، وهذا ما يمنح ضمانة وثقة للطرفين خاصة للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة، على كفاءة وعدالة المحكم. بحيث يتيح نظام التحكيم للطرفين المتنازعين اختيار من يشاءون من خبراء مختصين ليفصلوا في النزاع في أسرع وقت، كما أن تعدد المحكمين يتيح الفرصة لوجود أكثر من خبير في الهيئة التحكيمية الأمر الذي يؤدي إلى الفصل في النزاع على نحو أفضل[27]. كما أنه لا يشترط في المحكم أن يكون رجل قانون فقط، وإنما أن يكون متمتعا بالإضافة إلى ذلك بالكفاءة والدراية بالأمور التجارية والاقتصادية على حسب اختصاصه، والأهم من ذلك أن تكون له مؤهلات تمكنه من فهم طبيعة النزاع المعروض أمامه.

المطلب الثاني: المبررات المتعلقة بالمزايا التي يتميز بها نظام التحكيم

وتتمثل هذه المبررات بدورها في بساطة اجراءات التحكيم (الفرع الأول)، حفاظ التحكيم على العلاقة بين الطرفين (الفرع الثاني)، وأخيرا الفصل في النزاع بطريقة سرية وتحقيق العدالة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: بساطة إجراءات التحكيم وتحقيق السرعة في الفصل في النزاع

تكمن بساطة اجراءات التحكيم في كون أنها تُحدَّد من قبل الأطراف المتنازعة بهدف ربح الوقت، ويكون ذلك عن طريق اختصار للإجراءات المعروفة أمام الجهات القضائية التي تمتاز بطول مدتها وطول آجال الفصل في النزاع إلى الحد الذي يضر بمصالح المستثمر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى اختصار لدرجات التقاضي، حيث تصدر هيئة التحكيم حكم بات، الأمر الذي يؤدي إلى سرعة إصدار حكم التحكيم[28].

ومن بين أسباب عدم لجوء أطراف عقد الاستثمار إلى القضاء الوطني في حالة قيام نزاع بينهما، هو طول اجراءات التقاضي، عكس التحكيم الذي يمتاز بسرعة اجراءاته، بحيث يمتاز من خلال إجراءاته المتمثلة في سماع الأطراف وتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف على موضوع النزاع وصولا إلى إصدار حكم التحكيم، بمدته القصيرة التي تعتبر أقصر بكثير من تلك المتعلقة بالقضاء الوطني، بحيث تمتد العملية التحكيمية، التي تختتم بصدور الحكم النهائي فيها، من 03 أشهر إلى 06 أشهر، وقد حددها المشرع الجزائري بـ 4 أشهر في نص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت كما يلي: " يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ اخطار محكمة التحكيم"، مع العلم أن المنازعة أمام الهيئة التحكيمية لا توقف عملية تنفيذ العقد، أما في حالة عرض النزاع أمام القضاء الوطني فإنه في غالب القضايا المتعلقة بمجال الاستثمار قد يؤدي إلى طول مدة الفصل فيها، وفي انتظار صدور حكم القضاء يبقى تنفيذ العقد مجمدا مما يؤدي إلى تجميد الاستثمارات وحركة رؤوس الأموال[29]، وميزة عقود الاستثمار أن المستثمر لا يقبل عرض نزاعاته مع الدولة المضيفة على قضائها، كما أن متطلبات التجارة الدولية تقتضي السرعة، وبالتالي فإن النزاع الذي يثار في عقود الاستثمار يتطلب الاستعجال أي السرعة في الفصل في نزاعه، لأنه في حالة عرضه على القضاء الوطني فقد يمتد الفصل فيه إلى مدة زمنية طويلة يمكن أن تُضِرّ بمصلحة أحد الطرفين خاصة المستثمر، وبالتالي تصبح الإجراءات أمام المحكمة عقبة حقيقية تحول بينه وبينه اقتضاء حقه[30]. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مدة عقد الاستثمار قد تكون مدة طويلة ممكن أن تصل إلى 10 أو 20 سنة، وبالتالي لا يمكن عرض النزاع على القضاء الوطني نظرا لطول اجراءاته التي قد تزيد في مدة العقد زيادة تضر بمصلحة الدولة بنسبة كبيرة، كما يمكن أن تؤدي طول مدة الفصل في النزاع من قبل القضاء الوطني إلى تغير في الظروف الاقتصادية والسياسية، وفي هذه الحالة قد يطلب المستثمر تعويضا من الدولة على ما فاته من ربح الذي كان سيحققه لولا لم يتم عرض النزاع على القضاء الوطني، وهذا ما يميز عقد الاستثمار الذي يتطلب اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاته عن العقود الأخرى أهمها الصفقات العمومية، التي يمكن في حالة قيام نزاع بين المتعاقد مع الإدارة والإدارة نفسها اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة وتحديدا إلى القضاء الإداري، وذلك لا يشكل أي عائق أمام الطرفين كون أن الإدارة العامة أبرمت العقد مع المتعاقد معها في إطار قواعد القانون العام من خلال شروطها التي تفرضها عليه والتي لا يمكن أن تفرضها على المستثمر في عقد الاستثمار.

ومن خلال ذلك كله فإن المستثمر خاصة الأجنبي يضع في حسبانه كل ذلك ويشترط على الدولة المضيفة منذ البداية اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع في المستقبل، وذلك حتى يُفصل فيه في أسرع وقت ممكن.

الفرع الثاني: حفاظ التحكيم على العلاقة بين الطرفين

يعتبر التحكيم طريقا لتسوية النزاع عن طريق التفاهم بين الطرفين وليس طريقا نزاعيا فظا وعنيفا مثل القضاء الوطني، وبعد تسوية النزاع غالبا ما تستمر العلاقة بين الطرفين المتخاصمين، أما القضاء الوطني غالبا ما ينهي العلاقة بين الطرفين وعدم استمرارهما في التعاون مع بعضهما، ذلك لأن كل منهما يسعى إلى استعمال أساليب الكيد للطرف الآخر حتى يضمن صدور الحكم لصالحه. كما أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكبر من الحرية التي يتمتع بها القاضي في المحكمة، فالتحكيم يتيح للشريكين فرصة واسعة لتقديم وشرح وجهات نظرهم ومناقشتها مع المحكم ومع الطرف الآخر، كما أن للمحكم الوقت الكافي للنظر في النزاع عكس القاضي الذي لا يملك الوقت الكافي للاستماع إلى جميع وجهات نظر الأطراف وحججهم، ذلك بسبب كثرة القضايا المعروضة أمامه[31].

الفرع الثالث: التحكيم يفصل في النزاع بطريقة سرية ويحقق العدالة

يعتبر مبدأ العلانية في الفصل في النزاعات والقضايا من المبادئ العامة التي يقوم عليها أي نظام قضائي في العالم، وهي تعني الفصل في القضايا في جلسة علنية يسمح فيها بالحضور لكل شخص. لكن في إطار التحكيم، فإن النظر في النزاعات التي يعرضها الخصوم على هيئة تحكيمية تتم بطريقة سرية، بحيث يحرص أطراف النزاع في عقد الاستثمار على سرية الإجراءات وسرية سير العملية التحكيمية حتى يتم الحفاظ على سرية ما تتضمنه هذه العقود من شروط ومن عمليات تم الاتفاق عليها، بحيث يؤدي الكشف عنها فقدانها لقيمتها الإقتصادية، لأن المستثمر يفضل خسارة دعواه على الكشف عن أسراره التجارية أو الصناعية خاصة فيما يتعلق بنقل التكنولوجيا والتي تمثل في نظره قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضل من أجله[32]، فجلسات التحكيم تُجرى سرا بحضور الأطراف فقط، ونتائجها لا تعلن للجمهور ولا تنشر بواسطة وسائل الإعلام المختلفة، كما أن أسرار طرفي النزاع لا يعلم بها سوى هيئة التحكيم المختارة[33]. وهكذا فتعتبر أسرار التجارة العالمية ذات أهمية بالغة، لأن إفشاء السر قد يكون له أثر سلبي على مُقدم المعلومة وكذا على طرفي النزاع، كما أنه لا يمكن الإفشاء عن أسرار العملية التحكيمية إلا بترخيص من صاحب هذه المعلومة السرية[34]، ومثاله أنه لا يمكن الترخيص لمحامي أحد الأطراف بتزويد الإعلام عن نتائج العملية التحكيمية إلا بموافقة الأطراف كليهما.

كما أن التحكيم يحقق العدالة وذلك بما يوفره من ضمانات، عكس القضاء الوطني الذي قد لا يحقق القدر الكافي من العدالة لصالح الأطراف، والذي قد يضر بمصلحة أحد الأطراف دون الآخر عن طريق تحقيق مصلحة ما لطرف على حساب الآخر. فالتحكيم يعطي للأطراف حرية اختيار المحكم الذي يثقون فيه والذي يكون متحررا من أي نصوص قانونية بما يستطيع أن يقود العملية التحكيمية إلى الحل الأوسط وبطريقة عادلة،

كما يمكن للمحكم أن يقود طرفي النزاع إلى التصالح الذي يمكن أن يتحقق بموجبه مصلحة كلا الطرفين، وبالتالي يخرج كلاهما من العملية التحكيمية بدون خسارة.

خاتمة:

يعتبر التحكيم طريق أساسي ومهم لفض النزاعات التي قد تثار بين طرفي عقد الاستثمار أثناء تنفيذ هذا الأخير، خاصة بالنسبة إلى المستثمر اذا كان أجنبي الذي قد يشترط في حالة حدوث نزاع بعرضه على هيئة محكمة، وذلك نظرا للأهمية البالغة للتحكيم كونه يتضمن على العديد من المزايا كما رأينا سابقا. كما أن تمسك الدولة بضرورة عرض النزاع الناتج عن عقود الاستثمار على قضائها قد يكون عائقا أمام جذب رؤوس الأموال الأجنبية إليها وعامل طرد للاستثمارات.

في الأخير ومن أهم الاقتراحات التي ارتأينا الخروج بها في نهاية هذا البحث، هي كالآتي:

– ينبغي على الدول أن تسمح بتسوية مختلف النزاعات الناجمة عن الاستثمار من خلال وسيلة قانونية تساهم في اعطاء ضمانات أكبر للمستثمرين لحماية أموالهم واستثماراتهم، والتحكيم التجاري الدولي يعتبر الوسيلة الأمثل والأكثر فعالية لتسوية هذه النزاعات.

– تشجيع إقامة مراكز تحكيم وطنية وإقليمية ومنحها الاستقلالية الكاملة في مهامها عن دولتها، وذلك بهدف نشر ثقافة الاستثمار وثقافة تسوية النزاعات عن طريق التحكيم بواسطة مراكز متخصصة في هذا المجال.

– اقامة دورات تدريبية للكوادر في مجال التحكيم التجاري الدولي وعقد المؤتمرات والندوات.

– السعي لوضع تشريع مستقل متعلق بالتحكيم في الجزائر، يُطبق في كل النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية والاستثمار، وأن يتلاءم هذا التشريع الخاص مع ما جاء في أحكام التحكيم في قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

الهوامش:

[1] موقع المعاني، الرابط:
http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85/

[2] ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، ص952.

[3] موقع المعاني، الرابط:
http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85/

[4] Article 1442 du code de procédure français, décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF n°0011 du 14 janvier 2011, page 777 , texte n° 9.

[5] المادة 10 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 28 لسنة 1994، ج ر لجمهورية مصر العربية العدد 16 الصادرة في 21 أفريل 1994.

[6] قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت عام 2006، الوثائق الرسمية للجمعية العامة المرفق، الدورة الحادية والستون، الملحق رقم 17 (17/ 61/ A)، المرفق الأول (المواد المنقحة فقط)، منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.08.V.4.

[7] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 2011، ص238.

[8] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بتاريخ 2001/01/06 في قضية رقم 65 للسنة القضائية رقم 18.

[9] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1994/01/18 في الطعن رقم 886 للسنة القضائية رقم 30.

[10] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، 287.

[11] طه محيميد جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل ونقل الملكية BOT وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2013، ص236.

[12] عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بأسلوب البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، مصر، سنة 2008، ص30.

[13] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006، ص12.

[14] مصباح نوري المهايني، التحكيم في العقود المدنية والإدارية، مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع، ط01، مصر، سنة 2007، ص08.

[15] Jean Robert, l'arbitrage, droit interne, droit international privé, dalloz, paris, 1993, p03.

[16] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ب س ن، ص18.

[17] قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الادارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، ب س ن، ص20.

[18] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، 19.

[19] طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص258.

[20] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، ص291.

[21] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص21.

[22] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، ص291.

[23] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص21-22.

[24] أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2013، ص25.

[25] قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص211.

[26] أحمد سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص28.

[27] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص38.

[28] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص21.

[29] براغثة آمنة – العقون نريمان، تسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي لواشنطن، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2014/2013،

[30] عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص50.

[31] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، ص479.

[32] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، ص481.

[33] قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص41.

[34] عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص60.