خصوصية التحكيم كآلية لتسوية منازعات الاستثمار

Specificity of arbitration as a mechanism for settling investment disputes

حسين هدوار[1] *، خالدية مكي [2]

[1] جامعة تيارت (الجزائر)، Houcine.hadouar@univ-tiaret.dz

[2] جامعة تيارت (الجزائر)، khaldia.mekki@univ-tiaret.dz

Houcine hadouar[1*], khaldia mekki[2]

[1] University of Tiaret (Algeria)

[2] University of Tiaret (Algeria)

تاريخ الاستلام:2021/07/31 تاريخ القبول:2022/04/13 تاريخ النشر:2022/07/20

ملخص:

يؤدي التحكيم دورا هاما في تسوية منازعات الاستثمار بحيث يقدم ضمان الحياد و يبعث الثقة والاطمئنان لدى المستثمر، مما يخلق مناخ ملائم للاستثمار و يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية التي تسعى إليها الدولة المضيفة،كما يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات، وذلك لاختلاف نوعية المشاكل التي تنجم عن عدم التكافؤ بين الطرفين،على أساس أن الدولة المضيفة تتمتع بمبدأ السيادة على إقليمها ومبدأ الحصانة التي تتمتع بها كشخص عام، في حين لا يمثل المستثمر الأجنبي في هذه العلاقة سوى كونه شخص خاص يتمتع بحقوق حددها القانون الخاص بتلك الدولة المضيفة.

الكلمات المفتاحية: منازعات الاستثمار، الثقة، المستثمر، الدولة المضيفة، التحكيم

Abstract:

Arbitration plays an important role in the settlement of investment disputes in that it provides a guarantee of neutrality and gives confidence and confidence to the investor, which creates a favourable environment for investment and contributes to the Economic Development sought by the host state.it is also characterized by a peculiarity that distinguishes it from arbitration in other disputes, because of the different quality of the problems that result from the inequality between the parties, on the basis that the host state enjoys the principle of sovereignty over its territory and the principle of immunity as a public person, while the foreign investor in this relation is represented only as a private person with rights defined by the law of that host state

Keywords:: Investment disputes, confidence, investor, host country, arbitration

* المؤلف المرسل.

1- مقدمة:

تلعب الاستثمارات دورا هاما في تنمية الحياة الاقتصادية، ولكن قد يحدث وأن تنشأ عنها منازعات تتعدد أسبابها تحول دون تحقيق الأهداف والمصالح المرجوة منها، مما يستوجب على الدولة المضيفة توفير ضمانات من أجل استقطاب استثمارات كثيرة، و خلق جو يبعث الطمأنينة لدى المستثمرين، ومن هذه الضمانات توفير ضمانة التحكيم، كما يقوم المستثمر الأجنبي وحفاظا على مصالحه وخوفا من عدم حياد قضاء الدولة بالمطالبة بإدراج شرط التحكيم في العقد يقضي بعرض النزاعات التي قد تنشأ بينهما على التحكيم وليس القضاء الوطني للدولة .

لقد ازدادت أهمية التحكيم في المرحلة الحالية بازدياد وتيرة التطورات الحاصلة في العالم وبالخصوص في مجال التجارة الدولية ومجال الاستثمارات .

بناءا على ماتقدم يمكننا طرح الإشكالية التالية: ما مدى ملائمة التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار؟

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال العرض المفصل للموضوع حيث اعتمدنا على المنهج التحليلي لتبيين التحكيم من خلال إعطاء تعريفات، صور، وأنواع التحكيم ومدى ملائمة المبادئ التي يكرسها مع خصوصيات المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار، كما استخدمنا المنهج المقارن لتبيين مواقف التشريعات الوطنية من مسألة التحكيم .

1. تعريف التحكيم وصوره

1.1.تعريف التحكيم

تعددت التعريفات التي عُرّف بها التحكيم، و تكاد تكون متقاربة، حيث عُرِّف على أنه "الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع، والبث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكم أو المحكمين" (محمد، 2015، 13).

ومن جانب آخر عُرِّف على أنه "اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل، أو يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين "(رضوان ، 1981، 19).

كما عَرَّفه الأستاذ RENE David على أنه :"تقنية ترمي إلى منح حل لمسالة تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو أكثر من طرف شخص أو أكثر –حكم أو محكمين– الذين يستمدون سلطتهم من اتفاقية خاصة ويفضلون على هذا الأساس الاتفاقية دون أن يكون مكلفا بهذه المهمة من طرف الدولة (David , 1982, 9)

أما المشرع الجزائري فلم يعط مفهوما دقيقا للتحكيم واكتفى بتبيين صوره وانواعه وهو ماسنوضحه لاحقا.

1.2صور التحكيم

من أهم صور التحكيم نجد شرط التحكيم ، و اتفاق التحكيم أو ما يسمى بمشارطة التحكيم، إضافة إلى صورة شرط التحكيم بالإحالة، سنبين كل صورة فيما يلي :

1.2.1.شرط التحكيم

يُعَرَّف شرط التحكيم على أنه ذلك الإتفاق الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه في العقد المبرم بينهم على أن يتم الفصل في المنازعات المحتملة النشوء بينهم بسبب هذا العقد، من خلال التحكيم (حفيضة، 2001، 14)

يجب أن يعين في شرط التحكيم المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفية تعيينهم، أو القانون واجب التطبيق. نصت على شرط التحكيم المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (قانون رقم 08-09، 2008 ، عدد21)، حيث عرّفته كما مايلي :" هو الاتِّفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه بعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

أما المشرع الفرنسي فقد عرّفه في المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بأنه" اتّفاق يلتزم بموجبه الأطراف في عقد من العقود على خضوع نزاعهم الذي قد ينشأ مستقبلا عند ذكر العقد للتحكيم". وهو تقريبا ما أخذ به المشرع الجزائري .

أما فيما يتعلق بالمشرع المصري فقد عرَّف شرط التحكيم في الفقرة 2 من المادة 10 من قانون رقم27 لسنة 1994 على أنه:" يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات...".

إن شرط التحكيم يتميز بأنه سابق على نشوء النزاع، كما أنه يمكن أن يكون في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي (عبد الباسط ، 2014، 20).

1.2.2. *مشارطة أو اتفاق التحكيم*

يقصد بمشارطة التحكيم الاتفاق اللاحق لقيام النزاع، ويطلق عليها أيضا تعبير عقد التحكيم أو اتفاق التحكيم (ناصر، 2015، 53)، فقد لايتفق طرفا العقد على اللجوء إلى التحكيم في العقد الاصلي، ولكن عند قيام النزاع بينهما فإنهما يبرمان اتفاق خاص لعرض ذلك النزاع على التحكيم .

ولقد أشار المشرع الجزائري إلى مشارطة التحكيم تحت مصطلح اتفاق التحكيم في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يلي "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

لابد أن يكون اتفاق التحكيم مجسدا بعقد مكتوب وباعتباره عقدا لاحقا ومستقلا عن العقد الأصلي فلابد أن تتوافر في الشروط العامة في العقود من رضى، محل وسبب، وعلى غرار شرط التحكيم فإن اتفاق التحكيم لابد أن يتضمن تحت طائلة البطلان موضوع النزاع، وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، كما يجب أن يتضمن تحت طائلة البطلان إجراءات التحكيم، والقانون واجب التطبيق. وهو مانصت عليه المادة 1008 من قانون 09.08المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما فيما يخص القوانين المقارنة فنجد المشرع المصري عالج صورة مشارطة التحكيم في الفقرة 2 من المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 حيث نص على:" ...كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية ..."، كما نص المشرع الأردني بجواز اللجوء إلى التحكيم عن طريق إبرام مشارطة التحكيم (اتفاق التحكيم)، وذلك في نص المادة 11 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 كما يلي :"...، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى قضائية ..."

تجدر الإشارة إلى أن الاتجاه الحديث يطلق على اصطلاح "اتفاق التحكيم" على كلتا الصورتين دون تحديد ما إذا كان شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم ، ذلك لأن حسب هذا الرأي لايوجد فرق بين الصورتين من حيث المضمون إذ يتم الاتفاق بين الأطراف في إطارهما على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع (الطيب، 2012، ص122). وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "تسري اتفاقيات التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

1.2.3. التحكيم بالإحالة

يتحقق شرط التحكيم بالإحالة في الحالة التي يكتفي فيها الأطراف بالإحالة إلى عقد نموذجي يتضمن شرط تحكيم لدى إحدى الهيئات الدولية المتخصصة (الطيب، 2012، 124).

لقد اعتبرها البعض بأنها اتفاق على التحكيم لم يتضمنه الغالب الشكلي الذي صاغ فيه الأطراف إرادتهم (العقد) ولكن ضمنته وثائق أخرى منفصلة أحالت إليها إرادة الأطراف صراحة أو ضمنا واعتبرها جزء من العقد حيت تعد الإحالة هي اتفاق التحكيم (ناصر، 2015، 56).

2. أنواع التحكيم ومبررات اللجوء إليه

2.1.أنواع التحكيم

تتعدد أنواع التحكيم بحسب المعيار المعتمد في التمييز

2.1.1بالنظر إلى هيئة التحكيم

أولا – التحكيم الخاص: يكون التحكيم خاصا عندما يختار الأطراف المحكمين بأنفسهم ويحددون إجراءاته والقواعد المتبعة ، وكذلك القانون الواجب التطبيق، ويعرف كذلك باسم التحكيم الحر ، ومن أمثلته نجد التحكيم في مجال المنافسة بين الشركات، وفي براءات الاختراع، وعقود نقل التكنولوجيا، وذلك لما يحقق من سرية في مثل هذه الأحوال (رضوان ، 1981، 91).

ثانيا – التحكيم المؤسسي (المؤسساتي): يعتبر التحكيم مؤسسيا متى جرى في ظل منظمة لم تكتف بوضع لائحتها أو قواعدها التنظيمية، أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع، بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحات التحكيم المذكورة، ولا يهم حينئذ كون المنظمة تتناول مهمة نظر النزاع والفصل فيه (حفيظة، 2004، 90-91).

ومن أهم المؤسسات التحكيمية نجد المحكمة الدولية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس (ICC)، محكمة التحكيم الدولي في لندن (LCIA).

2.1.2بالنظر إلى حرية الإرادة

أولا – التحكيم الاختياري: هو ذلك التحكيم الذي يتم بناءا على اتفاق طرفي النزاع وبمحض إرادتيهما الحرة، فلهما اللجوء باختيارهما إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينهما و اختيار المحكمين و الإجراءات و القواعد التي تطبق على التحكيم (يوسف، 2011، 43) .

ثانيا – التحكيم الإجباري: يكون التحكيم إجباريا عندما يفرضه المشرع على الخصوم بنص القانون، بمعنى أن إرادة الأطراف لم تعد أساسا للتحكيم، لأن إرادة المشرع هي الأساس في إقراره ومن هنا جاءت تسميته إجباريا لأنه مفروض على الخصومن حيث تم تهميش إرادتهم في اختياره (أحمد المصطفى ، 2012، 84-58).

2.1.3بالنظر إلى الأطراف

أولا – التحكيم الداخلي: وهو ذلك التحكيم الذي تكون جميع عناصره متصلة بدولة واحدة دون غيرها، سواء تعلق الأمر بأطراف النزاع، أو موضوع النزاع، أو المحكمين، أو القانون الواجب التطبيق، وكذلك المكان الذي يجرى فيه.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من التحكيم في القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية من المادة1006 إلى غاية المادة 1038 حيث تناول فيها جميع الإجراءات المتعلقة بالتحكيم الداخلي.

ثانيا – التحكيم الدولي: وهو التحكيم الذي يكون فيه أحد العناصر أجنبيا سواء تعلق الأمر بالأطراف، أو موضوع النزاع أو القانون واجب التطبيق، أو حتى مكان إجراء التحكيم .تناولته أغلب التشريعات ومنها المشرع الجزائري الذي نظم الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في المواد من 1039 إلى 1061 من القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية .

وتخلص الدراسات الفقهية القانونية إلى وجود ثلاث معايير للتمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي (الأجنبي)، المعيار الاول يتمثل في المعيار الجغرافي ويتعلق بمكان التحكيم وجنسية أطرافه ومحل إقامتهم وقد أخذ بهذا المعيار قانون التحكيم الإنجليزي لسنة1979.

أما المعيار الثاني فهو المعيار القانوني وهذا المعيار يرتكز على مدى اتصال عناصر التحكيم بإكثر من نظام قانوني واحد ، فإذا إذا كانت عناصر التحكيم مثل مكان إجراء التحكيم، أو جنسية الأطراف، أو جنسية المحكمين، القانون واجب التطبيق على الإجراءات متصلة بدولة معينة كان التحكيم وطنيا، أما إذا اتصلت هذه العناصر بأكثر من دولة كان التحكيم دوليا (حسان، 2016، 75- 76) .

أما المعيار الثالث فهو المعيار الإقتصادي حيث أنّ طبيعة النزاع هي التي تُؤخذ بعين الاعتبار، فيعتبر التحكيم دوليا ذلك الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية دون الأخذ بمكان التحكيم، أو قانون إجراءات المحاكمة المطبّق، أو جنسية الفرقاء بعين الاعتبار (فراح، 2010، 60) .

2.2 مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار

يُفضِّل الأطراف اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار وهذا لوجود عدة مبررات واعتبارات نتناولها فيما يلي:

2.2.1.مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار

يتمتع التحكيم التجاري بالعديد من المزايا التي جعلته محط أنظار الخصوم في منازعات عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، حيث يتميز بسرعة الإجراءات اللازمة للفصل في النزاع في أقل وقت، كما أن المرونة التي تتميز بها إجراءاته تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت وهو ما لا نجده في النظم القضائية العادية التي تكون مقيدة بنصوص قانونية معوقة للفصل السريع في النزاع التي لا تخدم مصالح الخصوم (بشار ، 2006، 19)

تكون جلسات التحكيم غير علنية، حيث تترجم سرية التحكيم في عدة صور من بينها التزام المحكم بعدم إفشاء كل مايتعلق بالنزاع المعروض عليه، ومن مظاهر السرية أيضا أن جلسات التحكيم كأصل عام تكون مغلقة في وجه الصحافة والجمهور (حفيظة، 2004، 22).

2.2.2. *تمسك المستثمر بشرط التحكيم*

نظرا لأن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين الدولة ذات السيادة من ناحية والمستمر الأجنبي الخاص من ناحية أخرى، فإن قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليها، ولعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو هذا النزاع، لذلك يحرص المستثمر المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم في كل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار، خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم، إضافة إلى عدم ثقته بعدالة الدولة المضيفة (بشار، 2006، 21).

2.2.3. *التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار*

لقد أصبح التحكيم إحدى وسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي ومن ضماناته ضد المخاطر غير التجارية، حيث يدرج التحكيم ضمن آليات فض النزاعات وضمانة العدالة الدولية التي يؤمنها من كسب ثقة التجارة الدولية (بشار، 2009، 24)، والواقع أن حاجة منازعات الاستثمار إلى التحكيم ما هو إلا تصدي لموازين القوى بين المستثمرين الأجانب والدول النامية، التي قد تدفعها حاجتها لرؤوس الأموال الأجنبية إلى قبول تقديم ضمانات للمستثمرين الأجانب ومن ضمن هذه الضمانات التنازل عن اختصاص القضاء الوطني في الفصل في تلك المنازعات (خالد كمال عكاشة، 2014، 177).

3.خصوصية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار ومدى ملاءمتها مع المبادئ المكرسة في آلية التحكيم

3.1.خصوصية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار

مما لاشك فيه أن منازعات عقود الاستثمار تتمتع بخصوصية ناجمة عن كون هذه العقود تبرم بين طرف عام يتمثل في الدولة أو أحد المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها وطرف خاص أجنبي. ومن ثم فإن المشكلة الأساسية التي تلازم هذه العقود تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة والمصالح والأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي (بشار، 2009، 08).

إن عقود الاستثمار تتنوع وتتعدد بالنظر إلى المجال الذي تنصب فيه، وهذه الطبيعة الفنية تنتج من خلال الطابع الخاص بكل مجال، فكل مجال ينطوي على طبيعة فنية خاصة وبالتالي تكيف العقود الخاصة به وفقا لطبيعته الفنية (خالد، 2014، 111).

3.2.المبادئ المكرسة في آلية التحكيم

يقوم التحكيم على عدة مبادئ تساهم في فعاليته كوسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار سنبين ذلك ما يلي :

3.2.1.مبدأ سلطان الإرادة

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من أهم المبادئ التي يقوم عليها التحكيم، وقد نصت عليه أغلب التشريعات الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية سواء الثنائية منها أو متعددة الأطراف، كما أن المشرع الجزائري نص على هذا المبدأ ويظهر جليا في إعطاءه حرية للأطراف المتنازعة في تعيين المحكمين وتحديد كيفية تعيينهم وهو ما نصت عليه المادة 1041 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم"، ويستوي الأمر أن في حرية اختيار الهيئة التحكيمية سواء في التحكيم الحر أو التحكيم المؤسساتي،

من مظاهر التعبير عن الإرادة كذلك ما يتعلق بتحديد اختيار الأطراف المتنازعة لإجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق، والذي يلزم المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، حيث منح المشرع الجزائري حرية اختيار قواعد الإجراءات حيث مكن الأطراف من صياغة قواعد إجرائية مستقلة عن كل قانون، كما يمكن لهم أن يؤسسوا قواعد لهم وفقا للقواعد الواردة في بعض القوانين الوطنية ولوائح التحكيم المختلفة، وعلى هذا نص المشرع الجزائري في المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من القانون 08-09: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أ استناد على نظام تحكم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات التي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم

فموقف المشرع الجزائري واضح في نص هذه المادة حيث جعل إخضاع إجراءات التحكيم إلى القانون الذي يختاره الأطراف.

نصت أغلب التشريعات الوطنية على هذا المبدأ، ومثالها ما جاء به المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 72 لسنة 1994 في المادة 25 منه على أنه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على إجراءات القواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة.

أما فيما يخص مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق وحرية الأطراف في ذلك فقد نصت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي يراها ملائمة".

وبناء عليه فإن المشرع يكون قد منح حرية اختيار الأطراف المتنازعة على القواعد والإجراءات والقانون الواجب التطبيق كمبدأ عام، وبالتالي يكون قد كرس مبدأ سلطان الإرادة التي نادت به أغلب التشريعات الوطنية وقواعد القانون الدولي.

3.2.2.مبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار الأصلي

ويقصد بهذا المبدأ عدم تأثر اتفاق التحكيم بصورتيه (شرط التحكيم، مشارطة التحكيم)، بصحة العقد المتعلق بالعقد الأصلي، ويترتب عن هذا المبدأ استمرار اتفاق التحكيم صحيحا رغم البطلان المحتمل للعقد الذي أدمج فيه (عبد العزيز قادري، 2004، 266).

يُعد هذا المبدأ من أهم المبادئ التي تحكم اتفاقية التحكيم وبالضبط شرط التحكيم اذي يستمد أساسه من طبيعة اتفاقية التحكيم وبالخصوص التحكيم الدولي (نبيهة ، 2013، 229). لقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ وذلك بنص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الرابعة "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي". على أساس أنه في حالات كثيرة عندما يثور نزاع بين الأطراف المتعاقدة تسارع إحداهما إلى القول ببطلان العقد كي تتملص من التزاماتها وتتهرب من الخضوع إلى التحكيم.

أكدت هذا المبدأ كذلك المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، وكذلك الأمر بالنسبة لقانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 في المادة 11 منه على أنه: "....و لا تترتب على انتهاء العقد أو بطلانه أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم متى كان هذا الشرط صحيحا في ذاته". لكن إذا كان الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي من شأنه تدعيم سلطة واختصاص هيئة التحكيم في الحالات التي تقدم فيها الدولة على إنهاء هذا العقد، فإن مدى هذه السلطة وذلك الاختصاص يظل بحاجة إلى البحث والتدقيق خاصة في مجال التدابير الانفرادية التي تتخذها الدولة بصفة عامة بهدف تحقيق الصالح العام، الأمر الذي يقع في بؤرة المشاكل التي تواجه التحكيم في منازعات الاستثمار (عصام الدين، 1993، 170).

3.2.3.مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو أن يختص المحكم بتحديد اختصاصه وتطرأ المنازعات المتعلقة باختصاصه وتحديد نطاق سلطة وتقرير فيما إذا كان النزاع صحيحا أم لا. وعليه فإذا طعن أحد الأطراف في اختصاص هيئة التحكيم ودفع بعدم صحة اتفاق التحكيم، فإنه يكون لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة اختصاصها وهذا من أجل تجنب تعطيل إجراءات التحكيم وعلى هذا فإنه يترتب على هذا المبدأ أثرين هامين أثر إيجابي يتوجه في مرحلة أولى للمحكمين فاسحا المجال أمامهم بتجاوز الحجة القائلة أنه لا يحق للمحكم البت في مسألة اختصاصه بصفة تلقائية دون أن ينتظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الاختصاص (بشار، 2009، 85).

أما الأثر السلبي فيتمثل في سماحه للمحكم إضافة إلى البت في مسألة اختصاصه الفصل فيها أولا وقبل أية جهة أخرى (حفيضة، 2001، 86).

إن المشرع الجزائري نص على هذا المبدأ وذلك في المادة 1044 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء ما يلي: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع".

أما المشرع المصري فقد أشار له في قانون التحكيم المصري في نص المادة 22 /1: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع". كذلك أشار القانون الفرنسي على هذا المبدأ في نص المادة 1466 من قانون المرافعات

الفرنسي على أنه: "إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس ونطاق سلطته القضائية فإن من حق المحكم وحده الفصل في صحة وحدود توليته.

يحظى مبدأ الاختصاص بالاختصاص بأهمية كبيرة من أجل ضمان تحقيق فعالية التحكيم، حيث أن تقرير وتأكيد المبدأ يهدف إلى التصدي لسوء النية في المعاملات الدولية، إذ غالبا ما يستهدف التمسك بالدفع بعدم الاختصاص إلى إطالة أمد النزاع وعرقلة إجراءات التحكيم، إلى جانب هذا لايوجد ما يبرر عدم تمتع هيئة التحكيم بسلطة الفصل في اختصاصها نظرا لأن الحكم الذي سيصدر يبقى خاضعا لرقابة القاضي الوطني، ما لم يوجد نص يقضي بإسناد هذه الرقابة لقضاء التحكيم(الطيب، 2012، 313).

خاتمة:

في ختام تناولنا للجوانب المتعلقة بالتحكيم كآلية لتسوية المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار يمكننا تحديد النتائج المتوصل إليها كالتالي:

- يعد التحكيم من أفضل الآليات في العصر الحالي نظرا للتطورات الاقتصادية التي يشهدها العالم، وهذا بناء على المزايا التي تتوافر فيه والتي تساهم في تسهيل إجراءات الفصل في النزاع، وهو ما يؤدي إلى تحقيق المساعي المرجوة من الاستثمار لكلا الطرفين.

- المبادئ المكرسة في التحكيم (مبدأ سلطان الإرادة، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار، مبدأ الاختصاص بالاختصاص) تساهم في فعاليته من خلال ما تتوافر عليه من أحكام . وهو ما يبعث الطمأنينة لدى أطراف النزاع على أساس أن الفصل فيه سيكون عادلا. وعليه كمقترح يجب التعريف بآلية التحكيم وتعميمه على أساس أنه علم قائم بذاته، كما يستوجب تفعيل النصوص من خلال إنشاء العديد من الهيئات الإقليمية الخاصة بالنظر في المسائل المتعلقة بالتحكيم لسد النقص الذي تعاني منه الدول النامية بالخصوص، وفك الخناق على القضاء .

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

أ- القوانين:

1- قانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد21 الموافق لـ23 أفريل 2008.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1- باللغة العربية:

1- بشار محمد الأسعد: **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)**، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

2- بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

3- حسان نوفل، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

4- حفيظة السيد الحداد: **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.

5- حفيظة السيد الحداد: **الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.

6- حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، ط1، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، 2004.

7- خالد كمال عكاشة، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار**، طبعة أولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

8-عبد الباسط محمد عبد الواسع، **شرط التحكيم في عقد البيع لتجاري الدولي**، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014.

9- عبد العزيز قادري،**الإستثمارات الدولية- التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات-** دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2004.

10- عصام الدين القصبي، **خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار**، دار النهضة، مصر، 1993.

11- فراح مناني ، **التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري**، دار الهدى، الجزائر، 2010.

12- فوزي محمد سامي، **التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي-** دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.

13- ناصر محمد الشرمان: **المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة جمهورية مصر العربية، 2015.

14- يوسف حسن يوسف: **التحكيم الدولي**، دار مكتبة الوفاء القانونية للنشر، مصر، 2011.

2- باللغة الفرنسية

1- RENE David, **l'arbitrage dans le commerce international**, édition Econmica, Paris, 1982.

الرسائل الجامعية:

1- الطيب قبايلي، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، جوان 2012.

2- أحمد المصطفى محمد صالح الصادق، **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار (دراسة معمقة)**، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، القانون الخاص، جامعة شندي، السودان، 1433هـ- 2012 م.

ج- المقالات في المجلات:

1- نبيهة بومعزة: **الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري**، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، كلية الحقوق جامعة باجي مختار، عنابة، عدد 35، 2013. ص ص 230 220.