

خصوصية منازعات الاستثمار ومدى قابليتها لآلية التحكيم

Specificity of investment disputes and suitability of the arbitration mechanism

حسين هدار^{1*}، جامعة ابن خلدون تيارت، (الجزائر) Houcine.hadouar@univ-tiaret.dz

خالدية مكي²، جامعة ابن خلدون تيارت، (الجزائر) khaldia.mekki@univ-tiaret.dz

تاريخ إرسال المقال: 2021 /08 /12 تاريخ قبول المقال: 2021-10-04

الملخص:

نظرا إلى تزايد التنافس على الاستثمارات الأجنبية أصبحت الدول تعطي أهمية بالغة لمسألة إبرام عقود الاستثمار .

لكن من جانب آخر فإن المستثمر يحتاج إلى ضمانات وحوافز لتوفير مناخ ملائم للاستثمار، ومن بين هذه الضمانات عدم إحالة النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار على قضاء الدولة المضيفة، مما جعل الكثير من الدول تسعى إلى إيجاد حلول بديلة لفض تلك المنازعات والتي تتسم بخصوصية مميزة، وكان التحكيم هو البديل الأنسب لذلك .

الكلمات المفتاحية: الاستثمارات الأجنبية، المستثمر، المنازعات، التحكيم.

Abstract:

In view of increasing competition for foreign investment, States are placing great importance on the issue of entering into investment contracts . But on the other hand, the investor needs guarantees and incentives to provide a favorable environment for investment, among these guarantees not to refer disputes arising from investment contracts to the jurisdiction of the host country, which has made many countries seek alternative solutions to settle such disputes, which are characterized by a distinctive peculiarity, and arbitration was the most suitable alternative to this.

Key words : Foreign investments, investor, disputes, arbitration.

*حسين هدار

مقدمة:

تتميز المنازعات المتعلقة بالاستثمار بخصوصية تختلف عن باقي المنازعات ، وذلك على أساس العلاقة أو المراكز التي يتمتع بها كل طرف في العقد .

قد يعترض اللجوء إلى الوسائل القضائية عند تسوية المنازعات عراقيل وصعوبات مختلفة تجعل من المستثمر الأجنبي لا يشعر بالثقة إزاء قضاء الدولة المضيفة، وهو الأمر الذي يدفعه إلى اللجوء للوسائل البديلة وعلى رأسها التحكيم كأسلوب يهدف من خلاله لتسوية سريعة وفعالة من شأنها تحقيق المصالح المرجوة من الاستثمار، وكذلك المحافظة على العلاقة الودية بين الأطراف .

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

بناء على ما تقدم ذكره يمكننا طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى تتلاءم خصوصية منازعات الاستثمار مع آلية التحكيم كطريق بديل لتسويتها؟

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال العرض المفصل للموضوع حيث تم الاعتماد على المنهج التحليلي نبين من خلاله التعريف بالتحكيم كوسيلة لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار وذلك بالتطرق إلى ماهيته، وتبيين مدى ملائمة المبادئ التي يقوم عليها، كما تم الاعتماد على المنهج المقارن من خلال تبيين مواقف التشريعات المختلفة من مسألة التحكيم .

قمنا بتقسيم هذا الموضوع إلى ثلاث مباحث نقدم في المبحث الأول ماهية التحكيم، ثم تحديد جوازية اللجوء إلى التحكيم ومبرراته مع دراسة مقارنة للتشريعات الأخرى التي نصت على التحكيم بما فيها موقف المشرع الجزائري (المبحث الثاني)، وفي الأخير سنحاول تبيين خصوصية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار ومدى ملائمتها مع المبادئ المكرسة في آلية التحكيم (مبحث ثالث).

المبحث الأول: ماهية التحكيم

نبين في هذا المبحث تعريف التحكيم (أولاً)، ثم نتناول الصور الخاصة بالتحكيم (ثانياً).

المطلب الأول: تعريف التحكيم

تعددت التعريفات التي عُرِّف بها التحكيم، و تكاد تكون متقاربة، حيث عُرِّف على أنه "الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع، والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكم أو المحكمين"¹.

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"².

كما عرّفه الأستاذ **RENE David** على أنه " تقنية ترمي إلى منح حل لمسألة 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"³.

أما المشرع الجزائري فلم يعط مفهوما دقيقا للتحكيم واكتفى بتبيين صورته وأنواعه وهو ما سنوضحه لاحقا.

المطلب الثاني: صور التحكيم

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

الفرع الأول: شرط التحكيم

يُعرّف شرط التحكيم على أنه ذلك الاتفاق الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه في العقد المبرم بينهم على أن يتم الفصل في المنازعات المحتملة النشوء بينهم بسبب هذا العقد، من خلال التحكيم"⁴.

¹ - محمد سامي فوزي، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، ط 2015، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 13.

² - رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري، دار الفكر العربي، مصر، 1981، ص 19.

³ - RENE David, l'arbitrage dans le commerce international, édition Economica, Paris, 1982, p 9.

⁴ - حفيضة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص 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 والإدارية¹، حيث عرّفته كما مايلى: " هو الاتفاق 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 الفرنسية بأنه " اتفاق 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 عرّف شرط التحكيم في الفقرة 2 من المادة 10 من قانون رقم 27 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 الأصلي².

الفرع الثاني: مشاركة أو اتفاق التحكيم

يقصد بمشاركة التحكيم الاتفاق اللاحق لقيام النزاع، ويطلق عليها أيضا تعبير عقد التحكيم أو اتفاق التحكيم³، فقد لا يتفق طرفا العقد على اللجوء إلى التحكيم في العقد الاصيلي، ولكن عند قيام النزاع بينهما فإنهما يبرمان اتفاق خاص لعرض ذلك النزاع على التحكيم .

¹ - قانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21 الموافق لـ 23 أبريل 2008، ص 90.

² - عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع لتجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص 20.

³ - ناصر محمد الشerman، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة جمهورية مصر العربية، 2015، ص 53.

ولقد أشار المشرع الجزائري إلى مشاركة التحكيم تحت مصطلح اتفاق التحكيم في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يلي¹ "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 فلا بد أن تتوفر في الشروط العامة في العقود من رضا، 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 التطبيق².

أما فيما يخص القوانين المقارنة فنجد المشرع المصري عالج صورة مشاركة 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 مشاركة 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 مشاركة التحكيم، ذلك لأن حسب هذا الرأي لا يوجد فرق بين الصورتين من حيث المضمون إذ يتم الاتفاق بين الأطراف في إطارهما على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع³. وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "تسري اتفاقيات التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

¹ - المادة 1011 من قانون رقم 08-09، مرجع سابق، ص 91.

² - انظر المادة 1008 من قانون رقم 08-09، مرجع نفسه، ص 91.

³ - قبائلي الطيب، 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، ص

الفرع الثالث: التحكيم بالإحالة

يتحقق شرط التحكيم بالإحالة في الحالة التي يكتفي فيها الأطراف بالإحالة إلى عقد نموذجي يتضمن شرط تحكيم لدى إحدى الهيئات الدولية المتخصصة¹.

لقد اعتبرها البعض بأنها اتفاق على التحكيم لم يتضمنه القالب الشكلي الذي صاغ فيه الأطراف إرادتهم (العقد) ولكن ضمنته وثائق أخرى منفصلة أحالت إليها إرادة الأطراف صراحة أو ضمنا واعتبرها جزء من العقد حيث تعد الإحالة هي اتفاق التحكيم².

المبحث الثاني: أنواع التحكيم ومبررات اللجوء إليه

سنحاول في هذا المبحث تبين أنواع التحكيم بحسب كل زاوية يُنظر إليها (المطلب الأول)، ثم ننقل لتبيين مبررات اللجوء إلى التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أنواع التحكيم

تتعدد أنواع التحكيم بحسب المعيار المعتمد في التمييز

الفرع الأول: بالنظر إلى هيئة التحكيم

أولاً - 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 الأحوال³.

ثانياً - التحكيم المؤسسي (المؤسساتي): يعتبر التحكيم مؤسسيا متى جرى في ظل منظمة لم تكلف بوضع لوائحها أو قواعد التنظيمية، أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع، بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لوائح التحكيم المذكورة، ولا يهم حينئذ كون المنظمة تتناول مهمة نظر النزاع والفصل فيه⁴.

¹ - قبايلي الطيب، المرجع السابق، ص124.

² - ناصر محمد الشрман، المرجع السابق، ص56.

³ - رضوان أبو زيد، المرجع السابق، ص 91.

⁴ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية،

لبنان، 2004، ص. 90، 91.

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

الفرع الثاني : بالنظر إلى حرية الإرادة

أولاً - التحكيم الاختياري: هو ذلك التحكيم الذي يتم بناء على اتفاق طرفي النزاع وبمحض إرادتهما الحرة، فلهما اللجوء باختيارهما إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينهما واختيار المحكمين والإجراءات و القواعد التي تطبق على التحكيم¹.

ثانياً - التحكيم الإجباري: يكون التحكيم إجبارياً عندما يفرضه المشرع على الخصوم بنص القانون، بمعنى أن إرادة الأطراف لم تعد أساساً للتحكيم، لأن إرادة المشرع هي الأساس في إقراره ومن هنا جاءت تسميته إجبارياً لأنه مفروض على الخصوم، حيث تم تهميش إرادتهم في اختياره². لأجل تسوية بعض المنازعات نظراً لطبيعتها الخاصة، بحيث لا يستطيع الخصوم اللجوء إلى القضاء لتسوية تلك المنازعات.

الفرع الثالث: بالنظر إلى الأطراف

أولاً - 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 المادة 1006 إلى غاية المادة 1038³ حيث تناول فيها جميع الإجراءات المتعلقة بالتحكيم الداخلي .

ثانياً - التحكيم الدولي: وهو التحكيم الذي يكون فيه أحد العناصر أجنبياً سواء تعلق الأمر بالأطراف، أو موضوع النزاع أو القانون واجب التطبيق، أو حتى مكان إجراء التحكيم. تتناوله أغلب

¹ - يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي، دار مكتبة الوفاء القانونية للنشر، مصر، 2011، ص 43.

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، ص 84، 85 .

³ انظر قانون رقم 08-09، مرجع سابق. ص، 93، 90.

التشريعات ومنها المشرع الجزائري الذي نظم الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في المواد من 1039 إلى 1061 من القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية¹.

وتخلص الدراسات الفقهية القانونية إلى وجود ثلاث معايير للتمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي (الأجنبي)، المعيار الأول يتمثل في المعيار الجغرافي ويتعلق بمكان التحكيم وجنسية أطرافه ومحل إقامتهم وقد أخذ بهذا المعيار قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1979.

أما المعيار الثاني فهو المعيار القانوني وهذا المعيار يركز على مدى اتصال عناصر التحكيم بأكثر 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 دوليا².

أما المعيار الثالث فهو المعيار الاقتصادي 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 المطبق، أو جنسية الفرقاء بعين الاعتبار³.

المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار

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

الفرع الأول: 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

1- انظر قانون رقم 08-09، مرجع نفسه ص، 95، 93.

2- حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 75، 76.

3- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010 م، ص 60.

القضائية العادية التي تكون مقيدة بنصوص قانونية تعيق الفصل السريع في النزاع التي لا تخدم مصالح الخصوم¹.

تكون جلسات التحكيم غير علنية، حيث تترجم سرية التحكيم في عدة صور من بينها التزام المحكم بعدم إفشاء كل ما يتعلق بالنزاع المعروض عليه، ومن مظاهر السرية أيضا أن جلسات التحكيم كأصل عام تكون مغلقة في وجه الصحافة والجمهور².

الفرع الثاني: تمسك المستثمر بشرط التحكيم

نظرا لأن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين الدولة ذات السيادة من ناحية والمستثمر 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 المضيفة³.

الفرع الثالث: 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 وضمادة العدالة الدولية التي يؤمنها من كسب ثقة التجارة الدولية⁴، والواقع أن حاجة منازعات الاستثمار إلى التحكيم ما هو إلا تصدي لموازن 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 المنازعات⁵.

¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 19.

² - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، 2004، ص 22.

³ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 24.

⁵ - خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 177.

المبحث الثالث: خصوصية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار ومدى ملائمتها مع المبادئ المكرسة في آلية التحكيم

نتناول في هذا المبحث الخصوصية التي تتميز بها المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار (مطلب أول)، تم نبين المبادئ التي يكرسها التحكيم في ظل هذه المنازعات، مدى ملائمتها وموقف التشريعات الوطنية منها (مطلب ثان).

المطلب الأول: خصوصية المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار

مما لا شك 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 الأجنبي¹.

إن عقود الاستثمار تتنوع وتعدد 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 الفنية².

المطلب الثاني: المبادئ المكرسة في آلية التحكيم

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

الفرع الأول : 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 إعطائه 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

¹ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، المرجع نفسه، ص 08 .

² - خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 111.

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 نادى به أغلب التشريعات الوطنية وقواعد القانون الدولي.

الفرع الثاني : مبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار الأصلي

ويقصد بهذا المبدأ عدم تأثر اتفاق التحكيم بصورتيه (شرط التحكيم، مشاركة التحكيم)، بصحة العقد المتعلق بالعقد الأصلي، ويترتب عن هذا المبدأ استمرار اتفاق التحكيم صحيحا رغم البطلان المحتمل للعقد الذي أدمج فيه¹.

يُعد هذا المبدأ من أهم المبادئ التي تحكم اتفاقية التحكيم وبالضبط شرط التحكيم بحيث يستمد أساسه من طبيعة اتفاقية التحكيم وبالخصوص التحكيم الدولي²، 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 إحدهما 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 الاستثمار³.

¹ - عبد العزيز قادري، الإستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2004، ص 266.

² - 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 229.

³ - عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة، مصر، 1993، ص 170 .

الفرع الثالث: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو أن يختص المحكم بتحديد اختصاصه وتطراً المنازعات المتعلقة باختصاصه وتحديد نطاق سلطة وتقرير فيما إذا كان النزاع صحيحاً 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 أثرتين هامتين أثر إيجابي يتوجه في مرحلة أولى للمحكمن فاسحا المجال أمامهم بتجاوز الحجة القائلة أنه لا يحق للمحكم الفصل في مسألة اختصاصه بصفة تلقائية دون أن ينتظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الاختصاص¹.

أما الأثر السلبي فيتمثل في سماحه للمحكم إضافة إلى البت في مسألة اختصاصه الفصل فيها أولاً وقبل أية جهة أخرى².

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 غالباً ما يستهدف التمسك بالدفع بعدم الاختصاص إلى إطالة أمد النزاع وعرقلة إجراءات التحكيم، إلى جانب هذا لا يوجد ما يبرر عدم تمتع هيئة التحكيم بسلطة الفصل في اختصاصها نظراً لأن الحكم الذي سيصدر يبقى خاضعاً لرقابة القاضي الوطني، ما لم يوجد نص يقضي بإسناد هذه الرقابة لقضاء التحكيم³.

¹ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الدولية - دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، المرجع السابق، ص 85 .

² - حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 86 .

³ - قبايلي الطيب، مرجع سابق، ص.313.

خاتمة:

في ختام تناولنا للجوانب المتعلقة بخصوصية المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار ومدى ملائمة التحكيم كآلية لتسويتها 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 تتوفر 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) كلها تساهم في فعاليته كونها تتماشى والخصوصية التي تتمتع بها منازعات الاستثمار من خلال ما تتوفر عليه من أحكام ، وهو ما يبعث الطمأنينة لدى أطراف النزاع على أساس أن الفصل فيه سيكون عادلا.

وفيما يخص المقترحات نذكرها في النقاط التالية:

- ضرورة التعريف بآلية التحكيم وتعميمه على أساس أنه علم قائم بذاته.
- يستوجب إنشاء العديد من الهيئات الإقليمية الخاصة بالنظر في المسائل المتعلقة بالتحكيم لسد النقص الذي تعاني منه الدول النامية بالخصوص.
- تكريس الضمانات القانونية والقضائية ميدانيا لتوفير عامل الطمأنينة لدى المستثمرين، وبالتالي تحقيق العدالة وصيانة الحقوق.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: القوانين

- 1- قانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21 الموافق لـ 23 أبريل 2008.

ثانيا : الكتب

أ- الكتب باللغة العربية

- 1- أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري ، دار الفكر، القاهرة مصر، 1981.

- 2- بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- 3- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 4- حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 5- حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.
- 6- حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.
- 7- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، 2004.
- 8- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، طبعة أولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- 9- عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع لتجاري الدولي، دراسة مقارنة، دارالجامعة الجديدة، مصر، 2014.
- 10- عبد العزيز قادري، الإستثمارات الدولية- التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2004.
- 11- عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة، مصر، 1993.
- 12- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي- دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
- 13- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 14- ناصر محمد الشرمان: المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة جمهورية مصر العربية، 2015.

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

ب-الكتب باللغة الفرنسية

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

ثالثا: الرسائل و المذكرات

- 1- 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.
- 2- قبايلي الطيب، 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.

رابعا: المقالات

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

