التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات عقود الاستثمار و أثره على الحصانة القضائية و التنفيذية للدولة المضيفة

The arbitration as a procedural guarantee to settle disputes of investment contract and its impact on the judicial and the executive immunity of the host state

بلجراف سامية

جامعة بسكرة - الجزائر

مستاوي حفيظة

جامعة بسكرة - الجزائر

الملخص:

زاد اللجوء إلى التحكيم التجاري في العصر الحديث لفض المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار لما يوفره من مزايا قد لا يحققها قضاء الدولة للمتقاضين من دول مختلفة، كما يوفر التحكيم للأطراف فرصة اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع و تجنيبهم مشكلة الجهل بالقواعد الموضوعية و الإجرائية الواردة في القانون الأجنبي، و قد أصبح التحكيم التجاري اليوم مطلبا مهما للمستثمرين الأجانب و أحد الضمانات المهمة لاستقطاب الإستثمار الأجنبي لا يقل أهمية عن باقي الضمانات الممنوحة للمستثمر، و رغم ذلك لا تزال بعض الدول متحفظة بخصوص اللجوء إليه متذرعة بحقها في الحصانة السيادية القضائية و التنفيذية مما يؤثر سلبا على عملية استقطابها للاستثمار من جهة كما يؤثر على تنفيذ العقود عند وقوع نزاعات بشان بعض البنود الواردة فيها مما يعطل مصالح الدولة المستضيفة للاستثمار و مصالح المستثمر معا.

الكلمات المفتاحية: التحكيم ، المنازعات ، عقود الإستثمار، الحصانة التنفيذية ، الحصانة القضائية.

Abstract:

The resort to the commercial arbitration has increased in the modern era to settle the disputes related to the investment contracts because of the advantages it provides that the state justice may not achieve for litigants from different countries. The arbitration also provides the parties with an opportunity to choose the law to be applied to the dispute and spare them the problem of ignorance of the substantive and procedural rules contained in foreign. Today, the commercial arbitration has become an important requirement for the foreign investors and one of the important guarantees to attract the foreign investment. It is no less important than the rest of the guarantees granted to the investor. However, some countries are still conservative about resorting to commercial arbitration, citing their right to sovereign judicial and executive immunity which negatively affects the process of attracting the investment on the one hand, as it affects the implementation of the contracts when the disputes arise over some of the clauses in them, which disrupts the interests of the host state for investment and the interests of the investor together.

Keywords: *The commercial arbitration, the investment contracts, the host state for investment, the judicial and the executive immunity.*

مقدمة:

تتسابق الدول لجذب الاستثمارات الأجنبية و ذلك لما لها من أهمية كبيرة و انعكاسات ايجابية على الدولة المستضيفة للاستثمار على الصعيدين الإقتصادي و الاجتماعي حيث يتم تزويدها ببعض مقومات بناء اقتصاد متطور من خلال ما يقدمه المستثمر من راس مال و خبرات فنية و إدارية و تكنولوجية حديثة الأمر الذي من شأنه أن يهيء لها الأجواء المناسبة للانفتاح على الاسواق العالمية و زيادة صادراتها وإيجاد فرص عمل لمواطنيها، وبالتالي تحسين الوضع الاقتصادي و الاجتماعي، و حتى تتحقق فوائد الاستثمار لا بد من توفير كل الضمانات الممكنة للمستثمر سواء كانت هذه الضمانات قانونية أو اقتصادية و غيرها، هذه الضمانات التي من شأنها توفير الأمن القانوني و القضائي للمستثمر و تشجعه على اتخاذ قرار الاستثمار.

وبالرغم من العمل التعاوني المشترك بين الدولة المستضيفة للاستثمار و المستثمر على تحديد بنود عقد الاستثمار و حقوق كل طرف، إلا أنه قد تحدث بعض المنازعات بين الطرفين سواء فيما يتعلق بتفسير بنود العقد أو تنفيذه، و كثيرا ما يحدث ذلك بسبب إخلال الدولة بالتزاماتها العقدية رغم أنها مجرد طرف في العقد، إلا أنها طرف غير عادي نظرا للمزايا السيادية التي تتمتع بها و التي تمكنها فضلا عن إمكانية الاخلال بالتوازن الإقتصادي للعقد الإخلال أيضا بالحياد، مما يجعل المستثمر الأجنبي يلجؤ في حالات كثيرة إلى تضمين العقود شرط التحكيم و إسناد المنازعة إلى جهة تتوفر فيها ضمانة الحياد و الاستقلالية التي قد لا تتوفر لقضاء الدولة المستضيفة للإستثمار.

غير أنه و رغم أن قرار اللجوء إلى التحكيم يعد قرارا جماعيا في أغلب الأحيان يتم الاتفاق عليه في العقد ، إلا أن بعض الدول تتمسك بحقها في الحصانة القضائية و التنفيذية للتهرب من قرار المحكم.

و نحاول من خلال هذه الورقة البحثية **دراسة أهمية التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار و كيف يمكن أن يكون التحكيم ضمانة مساعدة على اتخاذ قرار الاستثمار ؟**

من خلال اعتمادنا على المنهجين الوصفي و التحليلي بالرجوع إلى مختلف الضمانات التي توفرها آلية التحكيم كآلية فعالة لتسوية منازعات الإستثمار مهما كانت طبيعتها..

أهداف الموضوع : تهدف هذه الورقة البحثية إلى :

1ـ بيان أهمية آلية التحكيم في تسوية عقود الاستثمار في ظل تراجع رغبة الطرف الأجنبي في العقد في اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة .

2. الضمانات التي يوفرها التحكيم للمستثمر الأجنبي و التي تدفعه إلى الإقدام على قرار الإستثمار في الدولة .

3. كيفية التوازن بين تمسك الدولة بحقها في سيادتها القضائية و التنفيذية و حق المستثمر في تنفيذ قرار التحكيم .

أهمية الموضوع :

إن ضمانة التسوية الودية للمنازعات في عقود الاستثمار من أهم الضمانات التي يحرص المستثمرون على تضمينها عقود استثماراتهم، و أصبحت الدول التي تبحث عن استقطاب الاستثمارات الأجنبية تضمن نصوصها الإجرائية أحكاما لتسهيل اللجوء إلى الاستثمار و وضع إجراءات لتنفيذ الحكم بإشراف قضائي، مما يجعل هذا الموضوع من أهم المواضيع عند الحديث عن ضمانات الإستثمار الأجنبي.

و سنتناول هذا الموضوع من خلال المحاور التالية :

المحور الأول : مفهوم التحكيم التجاري.

المحور الثاني : مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار.

المحور الثالث : دور التحكيم في حسم منازعات الاستثمارات الأجنبية.

المحور الرابع : أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية و التنفيذية للدولة المضيفة للإستثمار.

المحور الأول: مفهوم التحكيم التجاري

إن أغلب عقود الاستثمار اليوم تتضمن النص على اتفاق التحكيم نظرا للمزايا والضمانات التي يوفرها للمستثمر، كما أن هناك من الدول من تلجأ إلى مشارطة التحكيم، وذلك بالنص على التحكيم في عقد مستقل وسواء تعلق الأمر بشرط التحكيم أو مشارطة التحكيم فإنه يتعين على الدولة المضيفة للاستثمار أن تلتزم بما تم الاتفاق عليه.

1 - تعريف التحكيم :

تعددت التعريفات الفقهية المقدمة بخصوص التحكيم بين من عرفه بأنه عقد أو نظام قانوني وتنوعت بالضرورة مواقف التشريعات إزاءه ، و سنحاول وضع بعض التعريفات المقدمة في هذا المجال:

1.1- التحكيم اتفاق "عقد ":

ذهب جانب من الفقه إلى تعريف التحكيم بأنه : " الاتفاق على عرض النزاع على أشخاص يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به و يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه يسمى شرط التحكيم و قد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم و يسمى في هذه الحالة مشارطة التحكيم "[1].

و عرفه البعض في إطار الشريعة الإسلامية " بأنه اتفاق بين طرفي النزاع على تولية محكم أو أكثر ليفصل فيما تنازعا فيه بحكم الشرع دون القاضي المولي " [2].

2.1 - التحكيم هو عمل المحكم :

يرى أنصار هذا التعريف أنه لا ينظر إلى التحكيم باعتبار اتفاق الأطراف عليه و لكن ينظر إلى العمل الذي يقوم به المحكم فنكون بصدد تحكيم عندما يتوجه الخصوم إلى أشخاص طبيعيين بغية حسم النزاع بمهمة قضائية، و قد عرفته المحكمة الدستورية العليا بالنظر إلى عمل المحكم بأنه " هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ليفصل المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون بعيدا عن شبهة المماالاة مجردا من التحامل و قاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفات إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسة[3].

وقد عرف المشرع الجزائري التحكيم في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وميز بين اتفاق التحكيم و الذي عرفه بأنه "هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم "، و بين مشارطة التحكيم و التي نص عليها في المادة 1013 بأنها " يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية "[4].

[1] ناصر ناجي محمد جمعان ، **شرط التحكيم في العقود التجارية " دراسة مقارنة** ، الاسكندرية : المكتب الجامعي الحديث ، 2008 ، ص 30.

[2] المرجع نفسه، ص 31.

[3] ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص37.

[4] القانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008 .

2- أهمية التحكيم لتسوية منازعات عقود الاستثمار

يعتبر التحكيم ضمانة إجرائية للاستثمارات الأجنبية و لا شك أن التحكيم أيا كان نوعه تحكيما بالقضاء أو تحكيما بالصلح و أيا ما كان مكانه داخليا أو دوليا يعد أحد أهم بدائل فض المنازعات بعيدا عن القضاء فهو طريق خاص يحسم نزاعا بين طرفين على نحو يرمي إلى تحقيق عدالة أكثر سرعة من قضاء الدولة المعروف ببطئه الشديد، لذلك أصبح التحكيم في ظل العولمة من أهم مظاهر العصر خاصة بالنسبة لمنازعات التجارة الدولية و التي تزدهر يوما بعد يوم على نحو يصعب مواكبته، فلم يقتصر التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد أو بين المؤسسات بل أصبح وسيلة لفض المنازعات بين الدول[1].

ونظرا للإقبال الكبير على التحكيم لفض المنازعات خاصة في المواد التجارية ومجال الاستثمار كان لا بد من الاهتمام به كبديل عن القضاء المعروف ببطئه ولتحقيق ذلك فقد اتجهت معظم الدول نحو تطوير وتقنين التحكيم كوسيلة فعالة لفض المنازعات[2]. حيث لم يعد خافيا أن التحكيم قد أضحى طريقة مألوفة و مرغوبة لفض المنازعات و التي تنشأ في الغالب عن علاقات تعاقدية، و ذلك عوضا عن اللجوء إلى القضاء[3].

وتعطي غالبية الدول للمستثمر الأجنبي الحق في تسوية منازعاته المتعلقة بالاستثمار أمام محاكم الدولة المظيفة أو أمام محاكم التحكيم الوطني أو الدولي و يلجؤ المستثمر الأجنبي دوما إلى محاكم التحكيم لتسوية منازعاته المتعلقة بالاستثمارات خصوصا التي تكون الدولة طرفا فيها ضمانا للحيدة والنزاهة و سرعة البت في المنازعة[4].

ويعتبر التحكيم من أهم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذ عقود الاستثمار و تتجه معظم دول العالم بصفة عامة و الدول النامية بصفة خاصة إلى وضع تشريع خاص بالتحكيم التجاري الدولي، و ذلك أملا منها في جذب الاستثمارات التي تساعد في إنشاء المشروعات الصناعية والزراعية و الخدمية المختلفة، وقد انتشر اللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار بحيث يندر أن نجد عقدا لا يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عنها[5].

---

[1] ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص36،37.

[2] دريس كمال فتحي، **الحماية المؤقتة للحق في نظام التحكيم**، بدون دار نشر، الجزائر، جوان 2009، ص 171.

[3] لزهر بن سعيد ،**التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2014، ص7.

[4] ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 64.

[5] المرجع نفسه، ص 65 .

3 - المفاضلة بين التحكيم الحر و المؤسسي بشأن منازعات الاستثمار:

التحكيم الحر هو الذي يتولى المحتكمون إقامته بمناسبة نزاع معين و لهم الحرية في اختيار المحكمين بأنفسهم و لهم تحديد القواعد الإجرائية و الموضوعية التي تحكم النزاع، أما التحكيم النظامي أو المؤسسي فهو التحكيم الذي تتولاه هيئات أو مؤسسات أو مراكز وطنية أو دولية دائمة و مختصة بالتحكيم استنادا إلى قواعد و إجراءات معينة تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات وهو الأكثر شيوعا في مجال التحكيم في منازعات العقود الدولية وسائر عمليات التجارة[1].

لقد كانت معظم اتفاقيات التحكيم في مجال الاستثمار تتجه إلى تفضيل التحكيم الحر عن المؤسسي والذي كان يمثل الصورة الغالبة للتحكيم وبسبب تطور التجارة الدولية وتنوع المنازعات لجأت الكثير من مراكز التحكيم إلى تطوير هياكلها وأنظمتها القانونية لتستجيب لهذه التغيرات وهذا ما أدى إلى تغير مسار الكثير من الاتفاقيات الخاصة بتحكيم منازعات الاستثمار وزادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي لما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية والتي تجعله الأكفأ والأنسب في عملية التحكيم في المنازعات المعقدة وذات الطبيعة الفنية ويوفر هذا التحكيم مقارنة بالتحكيم الحر العديد من المزايا منها[2]:

- مؤسسات التحكيم المتخصصة لها قوائم بالمحكمين المتخصصين في مختلف المنازعات حيث يستطيع الأطراف أو المتحاكمون اختيار المحكمين من هذه القوائم وهو ما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب خصوصا عندما يتعلق الأمر بمسائل فنية يحتاج فهمها خبرة خاصة لا تتوفر على نطاق واسع.

- التحكيم المؤسسي يضمن صلاحيات واسعة للمحكمين تعينهم على ممارسة اختصاصاتهم و من أبرز القواعد التي عملت بها المؤسسات التحكيمية الحديثة مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ استقلال شرط التحكيم.

- التحكيم المؤسسي يعتبر الأكثر قابلية للتوقعات المشروعة للأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة تحت رعاية المؤسسة على مبادئ عامة و معروفة مسبقا.

---

[1] لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص ص 31 ، 32 .

[2] منى بوختالة، "التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار"، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013، ص168.

- إن مؤسسات التحكيم الدائمة توفر المساعدة التي قد يحتاجها من صدر حكم التحكيم لصالحه في مرحلة التنفيذ .

المحور الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار:

يتميز التحكيم بأهمية وخصوصية بالغة في مجال منازعات عقود الاستثمار ، فلا يخفى على أحد أن التحكيم أضحى ضرورة واقعية في عصر العولمة[1]، إذ تتعدد الاستثمارات وتختلف أنواعها كما أسلفنا، وبما أن الدول تلجأ لجذب الاستثمارات الأجنبية إليها سعيا منها لتحسين مستواها الاقتصادي وتنمية مواردها، فإنه من الممكن أن تنشأ الخلافات أو المنازعات التي تتعلق بتلك الاستثمارات نظرا لكون عقود الاستثمار تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر، فالدولة من جهتها تنتمي للقانون العام والمستثمر الأجنبي بدوره ينتمي للقانون الخاص إضافة الى اختلاف قانون الدولة المضيفة عن قانون دولة المستثمر، كما قد يختل التوازن العقدي نتيجة لتدخل الدولة كسلطة عامة بإصدار تشريعات جديدة أو قرارات إدارية تجعل من المستثمر طرفا ضعيفا ومعرضا لضياع حقوقه من منظوره الشخصي[2].

لهذا تبدو ضرورة ايجاد وسيلة أكثر فاعلية وحيادية لتسوية المنازعات الناتجة عن عقود الاستثمار من وجهة نظر المستثمر حماية له وضمانة ضرورية في حال نشوء نزاع حول الاستثمار ، مما يؤثر في قرار المستثمر باستثماره في تلك الدولة ، مما حدا بالدول وخصوصا النامية منها الى تهييئ مناخ استثماري جاذب للاستثمارات الأجنبية عن طريق سن التشريعات وابرام الاتفاقيات التي تنظم التحكيم في حال نشوء نزاع متعلق باستثمار، ومن هنا نرى الدول تهافت على سن تشريعات حديثة والانضمام للاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية لتشجيع الاستثمار ومواكبة للتغيرات الاقتصادية العالمية لتشجع المستثمرين الأجانب على الاستثمار في بلادها، وقد أدركت الدول أهمية التحكيم في منازعات الاستثمار فعقدت معاهدة واشنطن لعام 1965 وانشيء بموجبها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[3].

---

[1] الجازي عمر مشهور، "**التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**"، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين العددان التاسع والعاشر أيلول وتشرين أول 2002.

[2] حسام مروان أبو حامدة، **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، مشروع بحث مقدم للجامعة الأردنية، 2010، الأردن ، ص12.

[3] المرجع نفسه، ص12.

التحكيم صورة من القضاء الخاص الاتفاقي يهدف إلى عرض النزاع على أشخاص من غير جهات القضاء العادي ليفصلو فيه بحكم واجب التنفيذ و هو الأسلوب الأكثر شيوعا في تسوية منازعات عقود التنمية التكنلوجية في ضوء تفضيل المشروعات الأجنبية المالكة للتكنلوجيا عدم إخضاع منازعاتها المحتملة لمحاكم الدولة المضيفة خشية من احتمال عدم الحياد، و من المتعارف عليه في كثير من الدول النامية أن حد الأسباب المهمة لجذب الاستثمارات الأجنبية هو وجود قانون تحكيم يسمح للمستثمر الأجنبي من وضع شروط للتحكيم في المنازعات التي من الممكن أن تحدث أثناء تنفيذ عقود الاستثمار و بالتالي تسارعت الدول لاقرار مثل هذه القوانين و التحكيم كقضاء الدولة طريق لفض المنازعات بقرار ملزم لأطرافها ومن ثم فإنهما يشتركان في الهدف إلا أن هناك أسباب ومبررات تؤدي إلى التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية و تتمثل فيما يلي :

1- سرعة الإجراءات و سريتها:

إن من أهم ما يميز التحكيم كوسيلة لفض المنازعات و خاصة في مجال الإستثمار هو بساطة و سرعة إجراءاته إذ أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت مقارنة مع النظم القضائية المحاطة بإجراءات طويلة و متعددة الدرجات تعوق الفصل السريع في النزاع، وبالتالي يصبح التحكيم الوسيلة الأفضل في تسوية منازعات الاستثمار لما يقدمه من عدالة سريعة وهذه العدالة ترجع لعاملين الأول هو إلزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الأطراف، أما العامل الثاني فإنه يتعلق في التحكيم باعتباره نظام للتقاضي من درجة واحدة فأحكامه الصادرة عن هيئة التحكيم تتمتع بحجية الأمر المقضي فيه و لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية[1].

كما أن الأصل في التحكيم أن جلساته و إجراءاته سرية لا يحضرها إلا أطرافه و ممثلوهم ، وهذا فارق أساسي بين الإجراءات القضائية والإجراءات التحكيمية وتمتد السرية في التحكيم إلى مداولات هيئة التحكيم وتشمل المعلومات والمستندات التي يقدمها الأطراف أثناء التحكيم .

و قد أكد المشرع من خلال القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على مبدأ سرية مداولات المحكمين[2].

[1] ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 69 .

[2] المادة 1025 من القانون 08- 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

وتعتبر السرية أمر بالغ الأهمية لأن الأمر قد يتعلق بأسرار مهنية أو إقتصادية يترتب على علانيتها الإضرار بمركز أطراف العلاقة، كما أن هذه السرية قد تؤدي إلى الحد من تضخم النزاع وقد تؤدي إلى التسوية الودية ، وتزداد السرية أهمية في منازعات الإستثمار مثل عقود استغلال مناجم الذهب و البترول و الغاز الطبيعي و عقود النفط و ذلك لما يترتب عليها من أثار سياسية واقتصادية كبيرة تؤثر على مصالح الدول والمستثمرين الأجانب نظرا لحساسية المعلومات والمستندات المرتبطة بإبرام هذه العقود ولهذا تحرص الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي بإحاطة التحكيم بأكبر قدر ممكن من السرية للمحافظة على مصالحهم الإقتصادية المشتركة[1] .

2- إختيار هيئة التحكيم :

الفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى مؤهلات علمية وفنية خاصة نظرا لتعلقها بمسائل فنية بحتة لهذا فإن أطراف النزاع يفضلون أسلوب التحكيم لأنه بخلاف القضاء يمكن من خلاله الاستعانة بخبراء أكفاء لتسوية هذه المنازعات، وبالتالي يعد التحكيم أقرب إلى تحقيق العدالة لأن الخبير المتخصص أقدر على استيعاب تفاصيل النزاع وتعقيداته من القاضي الذي ينظر كل أنواع المنازعات دون أن يكون متخصصا في مجال النزاع ، وهذا يعني أن المحكم الذي يتمتع بالكفاءة الفنية في موضوع النزاع المطروح ، وتكون لديه القدرة على الوصول إلى القرار السليم، وغني عن البيان أن منازعات الاستثمار المختلفة والمتنوعة تحتاج إلى إختيار دقيق للمحكم الذي تكون لديه دراية كاملة وخبرة واسعة في موضوع النزاع وذلك تبعا لنوعية النزاع[2].

3 - قلة التكاليف :

يرى الكثير أن أحد أهم مثالب نظام التحكيم كثرة المصارف بالمقارنة مع القضاء وخاصة عندما يكون التحكيم دوليا ، ففي هذه الحالة قد يكون كل من أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة أو مقيمين في دول مختلفة مما يعني زيادة مصارف التحكيم بالنسبة لتنقلاتهم واجتماعاتهم في مكان معين ، هذا بالإضافة لاتعاب المحكمين والمصارف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم حين يكون التحكيم مؤسسيا، و على الأغلب فإن هذه المصاريف تتناسب طرديا مع قيمة النزاع بحيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة ومن جانبنا نرى أن أهم ما يميز التحكيم قلة التكاليف وذلك لأن منازعات الاستثمار الأجنبي تكون برأسمال

[1] ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 70،71.

[2] المرجع نفسه، ص71 .

يقدر بالملايير، وبالتالي يكون حسم النزاع في مدة معقولة مع استرداد المال المتنازع عليه وذلك من خلال التحكيم مع نفقات كبيرة للتحكيم لكنها لا تقارن مع ما يقدمه التحكيم من مزايا، خاصة وأن النزاع المعروض على القضاء قد يبقى سنوات طويلة في المحاكم النظامية وبقاء المال المتنازع عليه غير مستغل إلى حين الفصل في النزاع[1].

4 - انعدام الثقة في المحاكم الوطنية للدولة المضيفة :

حيث يعتبر السبب الحقيقي وراء اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية هو انعدام ثقة المستثمرين الأجانب في المحاكم الوطنية في الدول النامية عموما وعدم قبولها بسهولة لقضاء دولة أجنبية .

والسبب في ذلك هو خشية المستثمر الأجنبي من عدم حيدة القاضي الوطني كما يشعر المستثمر الأجنبي أن قوته التفاوضية تتضاءل لمجرد دخول رأس المال البلد الأجنبي لهذا فهو يحرص على تضمين عقد الاستثمار نصوصا تضمن له الحماية أكبر مما يمكن أن يوفرها له القضاء و القانونين الوطنيين .

وعادة ما يرتاح المستثمر لقضاء التحكيم الذي أصبح القضاء الطبيعي في مجال منازعات الاستثمار خصوصا وأن التحكيم من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمر بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي والذي قلما يكون مرحبا به بالنسبة للمستثمر الأجنبي، فقد أصبح التحكيم إحدى وسائل جذب الاستثمارات الأجنبية ومن ضماناته من المخاطر غير التجارية[2].

حيث تقبل الدول على التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمارات على إقليمها وهو الأمر الذي دفع الكثير من الدول إلى تضمين قوانينها الصادرة لتشجيع الاستثمار نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم .

ينظر المستثمر الأجنبي إلى القضاء الوطني بعين الشك والريبة لمضنة تحيزه إلى دولته ولدرء هذا الشك لا بد من اللجوء إلى جهة أخرى لحسم منازعات هذه العقود وخاصة بالنسبة لنوعية معينة من العقود كعقود القروض فلا بد أن يطمئن المقرض إلى استبعاد اختصاص القضاء الوطني للدولة المقترضة لحسم المنازعات التي تثور بشأن هذه العقود .[3]

[1] ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص72 .

[2] منى بوختالة، المرجع السابق، ص84 .

[3] ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 76

وفي هذا الصدد يقرر البعض أن المستثمرين ينظرون إلى رجال القضاء العادي على أنهم هواة في مجال المنازعات الدولية، كما أن تمتع الدولة بالحصانة القضائية التي تغل به القضاء الوطني لأية دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون طرفا فيها تجعل التحكيم الوسيلة المثالية لحسم منازعاتها مع الطرف الأجنبي.

وفي الحقيقة فإن درء المخاطر المتولدة عن سيادة الدولة والمتمثلة في إمكانية إهدار حياد القضاء الوطني أو إعمال الحصانة القضائية تعد من الأسباب التي تدفع الطرف المتعاقد مع الدولة إلى عدم إبرام العقد إلا بوجود شرط التحكيم[1].

5- ضرورات التجارة الدولية :

زكت ضرورات التجارة الدولية التحكيم كوسيلة لفض منازعات هذه العقود لكون التحكيم أكثر مناسبة من القضاء بالنسبة لهذا النوع من النشاط الإقتصادي باعتباره أقل في التكلفة و أسرع في الإجراءات من الإلتجاء إلى المحاكم الوطنية ، حيث يصبح حكم المحكم نهائيا وغير قابل للطعن فيه، كما أنه يعد بمثابة تأمين للشركات ضد التغيرات التشريعية الفجائية التي تخل بالبناء الإقتصادي للعقد وتستبعد القلق الذي يساور الشركات المتعاقدة التي تكون طرفا فيه .

وفي الحقيقة فإنه لا يجوز النظر إلى نظام التحكيم على أنه مجرد ضمانة إجرائية تهدف إلى تشجيع الاستثمار و تسهيل التجارة الدولية، بل يجب أيضا أن يؤخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة لكل أطراف هذه العقود الدولة من ناحية و المستثمر الأجنبي من ناحية أخرى.

فمحاولة التوفيق بين مصالح المستثمرين الأجانب و الدول المضيفة تتحقق إذا أصبح التحكيم نظاما غير مفروض من القوى الإقتصادية الكبرى التي لا تعتبر المصالح الجوهرية للدول النامية من بين المصالح المطلوب حمايتها ورعايتها خاصة بعد أن أصبح التحكيم كضمانة إجرائية أحد الوسائل المستخدمة من قبل الشركات المتعددة الجنسيات من أجل تحقيق العولمة .

6- أسباب أخرى :

- **القوة القاهرة :** تعتبر القوة القاهرة من أسباب حدوث المنازعات في مجال الاستثمار، فهذه الأخيرة عندما يثور بشأنها منازعة ما فإنه يغلب عليها في هذه الحالة الطابع الفني وعليه فإن الفصل فيها يحتاج إلى آلية أو وسيلة خاصة تتوافر لدى القائمين عليها الخبرة والدراية العلمية الكافية، وهنا تظهر أهمية التحكيم كوسيلة مناسبة لتسوية النزاع وذلك لعدم رغبة الأطراف في

[1] نفس المرجع، ص 77 .

الغالب إلى إنهاء عقودهم لظرف طارئ بل قد يرون ضرورة اعادة النظر في علاقتهم لتصبح أكثر توافقا وانسجاما مع الظروف الجديدة [1].

وإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن القوة القاهرة من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعة عدم تنفيذه خصوصا في العقود ذات الالتزامات المتقابلة فإن الأمر يختلف قي عقود الاستثمار حيث أن هناكم حرصا على مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها لضمان استمرار العلاقة الاستثمارية بين الأطراف المعنية، ومما لا شك فيه أن مهمة الفصل في المنازعة تدور حول تحقيق شرط القوة القاهرة والنتائج المترتبة على ثبوته، وهي مهمة فنية في المقام الأول ، فالمنازعة قد تتعلق بتنفيذ غير مطابق للمواصفات في ظل القوة القاهرة التي حالت دون التنفيذ الأمثل المتفق عليه في العقد وقد تتعلق المنازعة بتحديد درجة الخطر الذي لحق بالمتعاقد الآخر وإذا ما كان مسوغا كافيا لإيقاف العقد أو أنه قد وصل إلى درجة يتعين معها إنهاؤه، كما قد تدور المنازعة حول إقرار مبدأ التعويض إن كان له محل طبقا لشروط العقد ومداه وهذه المسائل تضاعف من صعوبة المهام الملقاة على عاتق هيئة التحكيم [2].

- مواجهة الاجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار: حيث قد تتخذ الدولة أساليب انفرادية لنزع الملكية سواء عن طريق الاستيلاء أو التأميم ونزع الملكية وحتى المصادرة مما يفرض ضرورة اللجوء لفض كل منازعة ناتجة عن هذه الإجراءات إلى التحكيم [3].

ويفرق الفقه عادة بين نوعين من الاجراءات الانفرادية التي تقوم بها الدولة في عقود الاستثمار وتؤثر بشكل غير مباشر على تسوية المنازعات بطريق التحكيم، يتثمل النوع الأول في قيام الدولة بإحداث تغييرات بشأن اللجوء إلى التحكيم أو الالتزام بأحكامه وقد يكون من شأن هذه التغييرات التعديل في القواعد القانونية التي تحكم تسوية المنازعات، أما النوع الثاني فيقصد به الإجراءات التي تتخذها الدولة لإبطال أو فسخ عقد الاستثمار الذي يتضمن اتفاق التحكيم ذاته [4].

---

[1] منى بوختالة، المرجع السابق، ص 86 - 87 .

[2] إيناس هاشم رشيد، وعود كاتب الأنباري، **"التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة"**، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة ، العدد الأول، 2015، ص 279 .

[3] منى بوختالة، المرجع السابق، ص 86- 87 .

[4] إيناس هاشم رشيد، وعود كاتب الأنباري، المرجع السابق، ص281 .

المحور الثالث: دور التحكيم في حسم منازعات الاستثمارات الأجنبية

تتخذ اتفاقيات الاستثمار التي تبرم بين الدول إما صيغة الاتفاقيات الثناية أو صيغة الاتفاقيات المتعددة الأطراف وتهدف هذه الاتفاقيات إلى تجاوز التباين الكبير بين اقتصاديات الدول وبخاصة بين الدول النامية والدول الأخرى، ذلك أن هذا التباين كان من بين العوامل التي تسببت في عجز التنظيم الدولي عن بلوغ الأهداف التي أنشيء من أجلها والتي من بينها تحقيق التعاون الدولي في المجالات الإقتصادية والإجتماعية ، لذا فإن التكامل الإقتصادي كفيل بتطوير الاستثمارات في الدول ولا يمكن لذلك التكامل أن يتحقق إلا إذا توفرت الحماية القانونية لهذه الاستثمارات وتعرف هذه الحماية على أنها مجموع المبادئ والقواعد القانونية الداخلية والدولية التي تهدف إلى عدم المساس بحق الاستثمارات الأجنبية في ممارسة نشاطها أو في استمرارها، إن جلب الاستثمارات الأجنبية متوقف على تكييف الدول لنظمها القانونية بما يتماشى مع تشجيع الاستثمارات وهو ما تبنته الدول النامية حيث أن حماية الاستثمارات الاجنبية يجب ألا تتم على حساب سيادة الدولة المضيفة للاستثمارات وهو ما يجد تفسيرا له في وجوب البحث عن التسوية بأحد الأساليب الودية قبل إحالة النزاع على التحكيم ، حيث يصبح من حق المستثمر الأجنبي أن يحيل النزاع أمام التحكيم المؤسسي مثل نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو التحكيم الخاص كالقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي المنشأة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب التوصية رقم 2205 بتاريخ 17 / 10 / 1966، غير أن حق المستثمر الأجنبي في الإحالة على التحكيم يتوقف على وجوب أن تكون الدولة قد التزمت بذلك إما من خلال تشريعاتها أو أن تكون طرفا في اتفاقيات استثمار ثنائية مع الدولة التي يحمل المستثمر الأجنبي الطرف في النزاع جنسيتها .

وتلجؤ الدول التي ترغب في جذب الاستثمارات الأجنبيةالى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعاتها مع المستثمر كضمانة إجرائية لتشجيع الإستثمارات على أراضيها، و و ما دفع كثير من الدول أن تدرج في صلب قوانينها المتعلقة بالاستثمار نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم كوسيلة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار.

ونتج عن تبني نظام التحكيم ضرورة تبني مجموعة من المبادئ التي يقوم عليها التحكيم والمتمثلة في مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، اختصاص المحكمين في الفصل في المنازعة دون القضاء الوطني، " مبدأ الإختصاص بالإختصاص " و عدم قبول دفع الدولة و الأشخاص المعنوية التابعة لها بعدم اهليتها للتحكيم.

1- استقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار:

إن بطلان عقد الاستثمار لا يؤثر على اتفاق التحكيم كما أن بطلان اتفاق التحكيم لا يؤثر صحة عقد الاستثمار، وهو ما يؤدي الى تحقيق الفعالية المطلوبة للتحكيم كضمانة للمستثمرين في حسم منازعاتهم الاستثمارية.

و هو ما نجده في الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في الحكم الشهير لها الصادر في 7 ماي 1963 حيث جاء في حكم لها " في مجال التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم سواء كان مبرما على نحو منفصل أو كان مدرجا في التصرف القانوني المتعلق به فإنه يتمتع باستقلال قانوني كامل بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان إلا في بعض الظروف الاستثنائية "، وقد أشارت المحكمة نفسها إلى المبدأ المتقدم في قضية أخرى في 14 ديسمبر 1983 حيث جاء فيه " في مجال التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم باستقلال كامل تجاه العقد.[1]

2 - فعالية التحكيم كضمانة إجرائية للمستثمر:

برز مبدأ استقلال حكم التحكيم في أحكام المحكمين ومنها حكم التحكيم الصادر في قضية " ليامكو " ضد الحكومة الليبية فقد أشار المحكم العربي صبحي المحمصاني في الحكم الذي أصدره في 12 أفريل 1977 على أنه " شرط التحكيم يضل باقيا بعد فسخ الدولة للعقد الذي يتضمنه وأن هذا الشرط يظل نافذ المفعول حتى بعد هذا الفسخ " كما أشار حكم المحكم في قضية " تكساسو " ضد الحكومة الليبية إلى استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي .

وصفوة القول أن استقلال اتفاق التحكيم أصبح من المبادئ المستقر عليها بشأن التحكيم التجاري الدولي وهذا ما يؤدي إلى تحقيق فعالية التحكيم كضمانة للمستثمرين، ويبعث في نفوسهم الثقة والإطمئنان من خلال تحصين شرط التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس عقد الاستثمار وهو ما يجعل التحكيم وسيلة فعالة لحسم المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار.[2]

3 - مبدأ الاختصاص بالاختصاص :

يترتب على اتفاق التحكيم التزام الأطراف على عرض النزاعات التي تنشأ بينهم على المحكم أو المحكمين اللذين تم اختيارهم للفصل فيه وذلك بدلا من اللجوء إلى المحكمة القضائية المختصة

[1] إبراهيم إسماعيل الريعي وماهر محسن الخيكاتي، **التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار - دراسة مقارنة** - كلية القانون، جامعة بابل ، العراق ، ص 11.

[2] المرجع نفسه، ص 13.

أصلا بنظر النزاع ، وهذا هو الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، أما الأثر السلبي فيتمثل في امتناع هؤلاء الأطراف على عرض النزاع على القضاء الوطني ومنع هذا القضاء من الفصل فيه ونتيجة لذلك لو اعترض أحد أطراف النزاع بعد إختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع أو بعدم وجود اتفاق يشير إلى اللجوء الى التحكيم فإن الذي يفصل في ذلك هم المحكمين أنفسهم وليس للمحكمة القضائية أن تفصل في مسألة الإختصاص وهذا ما يؤدي إلى أبراز أهمية التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار بعيدا عن المماطلة وإضاعة الوقت وهو ما يطلق عليه مبدأ الإختصاص بالاختصاص[1].

حيث يقصد بمبدأ الإختصاص بالإختصاص أن المحكم يختص بتحديد إختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة به فهو الذي يقرر وجود اتفاق التحكيم من عدمه بمعنى أن المحكم يملك تحديد نطاق سلطته في النزاع ، كما يحددون مدى صحة اتفاق التحكيم[2].

وقد أصبح الاتجاه الحديث في التحكيم يتجه إلى إعطاء هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بأصل اختصاصها و بنطاق هذا الاختصاص[3].

ونخلص إلى القول أن هذا المبدأ ينسجم مع فعالية التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الإستثمار ويأتي متماشيا مع سرعة الإجراءات التي تعتبر من أسباب اللجوء إلى التحكيم وخصوصا في عقود الاستثمارات، حيث أن إعطاء فرصة الطعن في قرارات المحكمين أمام القضاء سوف يتعارض مع الميزة التي يتمتع بها التحكيم من سرعة في حسم المنازعات، كما أن تقرير مبدأ الإختصاص بالإختصاص يقطع الطريق أمام الطرف الذي يحمل سوء النية الذي يهدف إلى تعطيل إجراءات التحكيم فيما لو أجاز له الطعن في اختصاص المحكمين أمام القضاء[4].

4- مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع :

من الآثار المهمة التي تترتب على سحب النزاع من ولاية القضاء الوطني ونقله إلى ولاية المحكمين بمعنى إذا اتفق الأطراف على إحالة نزاعهم إلى التحكيم فإنهم يمنحون بذلك لهيئة التحكيم

---

[1] نفس المرجع ، ص 13 .

[2] رشا موسى محمد ، "**دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي**" ، مجلة جامعة أهل البيت ، السنة 2011، المجلد 1، الإصدار 11 ، ص 188

[3] هات مجي الدين اليوسفي ، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم و مدى تأثيره على الاختصاص القضائي** ، الاسكندرية : دار الفكر الجامعي ، 2014 ، ص 52 .

[4] إبراهيم إسماعيل الريعي و ماهر محسن الخيكاتي، المرجع السابق، ص 15 .

اختصاص الفصل في النزاع، وبالتالي لا تكون محاكم الدولة مختصة بالفصل فيها، حيث يمتنع على الأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل التحكيم ، ويعد مبأ استئثار هيئة التحكيم بالنظر في النزاع تطبيقا من تطبيقات مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم[1].

5- عدم قبول دفع الدولة وهيآتها العامة بعدم أهليتها للتحكيم :

يقصد بذلك أن الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها لا يمكن أن تدفع بعدم أهليتها للتنفيذ حتى تتخلص من اتفاق التحكيم مع المستثمر الذي سبقت ووافقت عليه بإرادتها، و يمكن القول أن عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم أهليتها سوف يجعل من التحكيم ذو فعالية كبيرة لحسم منازعات الاستثمار والوقوف بوجه مماطلة الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها من التمسك ببطلان اتفاق التحكيم للتهرب من اللجوء إليه بحجة أن قانونها الوطني لا يجيز لها التحكيم في عقود الاستثمار وهذا يعد ضمانة مهمة للمستثمرين الذين يتعاقدون مع الدولة الجاذبة للاستثمار أو الأشخاص المعنوية التابعة لها[2].

المحور الرابع: أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية و التنفيذية للدولة المضيفة للإستثمار

إن الدولة الطرف في عقود الاستثمار في سعيها للتخلص من قبولها عملية التحكيم مع المستثمر الأجنبي قد تدفع بما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة من الخضوع لقضاء دولة أجنبية للقول بعدم جواز خضوعها للتحكيم، فمن المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي العام، أنه تأسيسا على فكرة السيادة و المساواة بين الدول ، فإن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية بمعنى أنه لا يجوز اخضاع المنازعات التي تكون الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيه لغير قضاء هذه الدولة ، الأمر الذي يعني عدم اختصاص قضاء دولة أجنبية بنظر تلك المنازعات، وهو ما يبين خطورة الحصانة القضائية في عقود الإستثمارات الأجنبية، إذ كيف يعد اتفاق التحكيم أحد الضمانات التي عول عليها المستثمر الأجنبي في تعاقده مع الدولة المضيفة أو من يمثلها في الوقت الذي تستطيع هذه الأخيرة التمسك بحصانتها القضائية ؟، وعليه يعد إخلالا بالشروط الجوهرية التي قامت عليها العلاقة التعاقدية مما يستوجب معه مساءلة الدولة، ولكن ونظرا إلى أن التحكيم يتم بإرادة الطرفين الدولة من جهة و

[1] رشا موسى محمد، المرجع السابق، ص 189 .

[2] إبراهيم إسماعيل الريعي و ماهر محسن الخيكاني، المرجع السابق، ص 18 .

المستثمر الأجنبي من جهة ثانية فلا جدوى من تمسك الدولة بحصانتها القضائية والتنفيذية للتنصل من اتفاق التحكيم، ومن ثمة فلا يحق لها التنصل من التزاماتها العقدية خاصة وأن اتفاق التحكيم ليس تنازلا عن سيادة الدولة طالما تم اللجوء إلى التحكيم بالتراضي بين الطرفين ووفقا للقانون[1].

ويوجد جانب من الفقه يعارض الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة قانونية لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها الدولة ، بحجة مخالفته لسيادة الدولة، كما أن قيام هيئة التحكيم الدولية بالنظر في المنازعات بين المستثمر مثلا والدولة المضيفة للاستثمار سيستدعي بالضرورة مناقشة وتقييم أعمال هذه الدولة، وفي ذلك اعتداء جسيم على سيادتها الوطنية، إذ لا يحق لأية جهة دولية إصدار قرارات في أمور تعتبر من صميم الشؤون الداخلية للدولة ، ولقد رفضت هيئة التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية الدفع الذي تقدمت به إحدى الدول الإفريقية في نزاعها مع شركة فرنسية ، على أساس أن حصانتها تحول دون خضوعها لقضاء أجنبي ، غير أن الهيئة رفضت هذا الدفع لكون الحكومة أبرمت اتفاق التحكيم بإرادتها وكان لها الرفض من البداية . كما أعطت اتفاقية نيويورك للدولة أهلية إبرام اتفاقية التحكيم الدولي، في الوقت الذي أكدت اتفاقية جنيف لعام 1941 بشأن التحكيم التجاري صراحة على أهلية الأشخاص المعنوية عموما في اللجوء إلى التحكيم، وعليه إذا وافقت دولة متعاقدة كتابة على إخضاع منازعة ما نشأت أو يمكن أن تنشأ عن علاقة تجارية أو مدنية للتحكيم ، فإن هذه الدولة لا يمكنها أن تتمسك بالحصانة أمام دولة متعاقدة أخرى يتم التحكيم على إقليمها أو بموجب قانونها ، فلا يمكن قبول إدعاءات الحصانة القضائية المستمدة من كون الدولة في وضع سلطة وتسيد، لأن ذلك يتعارض مع اتفاق التحكيم الذي أبرمته وبهذا الصدد نود طرح التساؤل الآتي ، ما مدى تأثير شرط التحكيم على ما تتمتع به الدولة من حصانة قضائية أمام المحاكم القضائية ؟ قد يبدو غريبا للوهلة الأولى أن يعرض النزاع المتفق بصدده عن التحكيم أمام المحاكم القضائية، بيد أنه لا غرابه في الأمر لان المحاكم القضائية قد تنظر في المنازعات الناشئة عن العقد الذي اتفق بصدده على التحكيم في مناسبات عديدة : فإذا عرضت المنازعة التي اتفق بصددها اللجوء إلى التحكيم أمام القضاء الوطني لدولة أخرى ، أو أمام القضاء الوطني للدولة وفي الفرض الأول، فان لجوء الدولة المتعاقدة إلى القضاء الوطني لدولة أخرى، يفيد التنازل من جانبها

[1] رشا موسى محمد، المرجع السابق، ص 191 .

عن حصانتها القضائية ولا يثير هذا الفرض أية صعوبة لأنه محض تطبيق للقواعد المستقرة في هذا الشأن.

أما في الفرض الثاني، فإن المستثمر الذي يلجؤ للقضاء الوطني ويرفع الدعوى أمامه ضد الدولة المتعاقدة معه ، فجانب من الفقه، يرى أن من حق الدولة التمسك بحصانتها القضائية رغم وجود شرط التحكيم ، ويستند هذا الجانب من الفقه في قوله هذا إلى أن تنازل الدولة عن حصانتها أمر لا يفترض، ولا بد أن يكون صريحا وان وجود شرط التحكيم في العقد لا يعني تنازل الدولة عن حصانتها القضائية ، وأخذت بهذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية في حكم هام لها تضمن أن الخضوع إلى التحكيم لا يتضمن بالضرورة التنازل عن الحصانة القضائية في حين يذهب الجانب الآخر من الفقه، إلى أن شرط التحكيم يعد تنازلا ضمنيا عن الحصانة، ولقد أيدت هذا الجانب بعض الاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات ، ومن هذه الاتفاقيات ، الاتفاقيات الأوروبية الخاصة بحصانة الدول الأجنبية المبرمة عام 1922 و كذلك اتفاقية واشنطن لعام 1941 ، ومن القوانين التي تعتبر وجود الشرط بمثابة تنازل ضمني عن الحصانة قانون الحصانة الانكليزي، إذ جاء في الفقرة الأولى من المادة 9 منه على " عندما تتفق دولة ما كتابة على إخضاع منازعة ما ، ناشئة أو يمكن أن تنشأ للتحكيم فإن هذه الدولة لا يمكنها أن تدفع بحصانتها أمام المحاكم البريطانية المرتبطة بهذا التحكيم .[1]

و قد جاء في الحكم التمهيدي الصادر بشأن الدعوى رقم 2321 سنة 1974 قرار المحكم أن فكرة الحصانة القضائية للدولة لا يتم العمل بها إلا أمام المحاكم القضائية الأجنبية، أما المحكم لا يمثل دولا ولا ينتمي لأجهزتها القضائية، و يستمد سلطته من اتفاق الأطراف المتعاقدة و هو ما يعني عدم وجود محل للدفع بالحصانة فيما يخص إجراءات التحكيم، و كذلك حكم تحكيم "Liamco" الصادر ضد الحكومة الليبية بتاريخ 12افريل 1977حيث رفضت الحكومة الليبية قبول التحكيم لتعارضه مع سيادتها، إلا أن المحكم رفض الدفع و أكد على أن الدولة يمكنها التنازل عن حقوقها السيادية من خلال الاتفاق على التحكيم، و هو ما يعني أن الدولة المبرمة لعقود الاستثمار عند قبولها لاتفاق التحكيم لا يمكن لها التنصل من الشرط عند نشوء النزاع، و يذكر أيضا في هذا المقام حكم التحكيم التمهيدي الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس بشان الدعوى رقم 3879 الصادر بتاريخ 25 مارس 1984، حيث قامت الحكومات المصرية، السعودية، الإمارات العربية

[1] إيناس هاشم الرشيد، "**التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة**"، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة العدد الأول، 2015، ص 278- 279.

المتحدة و قطر بتاريخ 19افريل 1975 بإبرام اتفاقية بهدف إنشاء الهيئة العربية للتصنيع لتطوير صناعة السلاح في الدول الأربعة الأعضاء فيها، و تم إبرام عقد مع شركة " ويست لاند " البريطانية لإنشاء شركة مختلطة لتصنيع و بيع الطائرات الهيلكوبتر من نوع Lynx في الفترة من 27 فيفري 1978و بتاريخ 14ماي 1979صدرت قرارات القمة العربية المنعقدة في مدينة بغداد العراقية و قررت الدول الثلاث إنهاء الاتفاقية إلى 01 جويلية 1979 و تصفية أعمال الشركة و إلغاء كافة العقود المبرمة نتيجة توقيع مصر اتفاقية السلام مع دولة إسرائيل، فلجأت الشركة البريطانية للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس و امتنعت الدول الثلاث عن المشاركة في إجراءات التحكيم وتم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم استنادا للحصانة القضائية لمصر، و اختارت هيئة التحكيم "جينيف" سويسرا مقرا للتحكيم، و أصدرت حكمها التمهيدي باختصاصها لتسوية النزاع و أكدت على أن اتفاق التحكيم يعد تنازلا من الدولة عن حصانتها القضائية، و في دعوى تحكيم تكساكو *"Texaco"* سنة 1977 ضد الحكومة الليبية حيث ذهب المحكم إلى أن عدم وجود اتفاق بين الأطراف المتعاقدة حول القانون الإجرائي الواجب التطبيق فانه يتعين عليه وجود اتفاق بين الأطراف المتعاقدة حول القانون الإجرائي الواجب التطبيق، حيث أن الدولة ذات السيادة والطرف في إجراءات التحكيم يعتبر الدفع بحصانتها القضائية و عدم الخضوع لقضاء أجنبي يتعارض مع ما تمارسه السلطات القضائية في دولة مقر التحكيم لحقها في الرقابة عليه و التدخل في إجراءاته[1].

[1] السعيد خويلدي، "**شروط إبرام اتفاق التحكيم البترولي و آثاره على الحصانة السيادية**"، دفاتر السياسة و القانون، العدد الخامس عشر، جوان 2016، ص343.

خاتمـة:

من خلال ما سبق نصل إلى مجموعة من النتائج هي :

- إن التحكيم هو الوسيلة المثلى لتسوية منازعات الاستثمار ويعتبر ضمانة مهمة للمستثمر يساعده على اتخاذ قرار الاستثمار مع ما يوفره من امتيازات للمستثمر مثل السرية والكفاءة وغيرها، ويساعد على سرعة فض المنازعة والذي يعد الهدف الأساسي للمستثمرين عند اللجوء إلى هذه الآلية لتسوية النزاع.

- اهتمام العديد من الدول بتوضيح الشروط الموضوعية والشكلية للتحكيم التجاري سواء في قوانينها الوطنية أو عن طريق الإتفاقيات الدولية.

- تتجه بعض الدول إلى الدفع بالحصانة القضائية للتهرب من حكم المحكم .

الإقتراحات :

إن كفاءة التحكيم في مجال تسوية منازعات الاستثمار تقتضي توفير ما يلي :

- ضرورة تضمين النصوص القانونية للدول الآليات الكفيلة بدعم إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم وتذليل الصعوبات التي من الممكن أن تعترض تطبيق اتفاق التحكيم و توضيح آليات ذلك، خاصة وأن أغلب التشريعات تشترط ضرورة الرجوع إلى قضاء الدولة عند التنفيذ.

- العمل على تسهيل الإجراءات المتعلقة بتنفيذ حكم المحكمين.

- ضرورة الاختيار الدقيق لجهة التحكيم سواء كان التحكيم حرا أو مؤسسيا لتفادي الرجوع إلى القضاء لما في ذلك من تطويل لأمد فض النزاع ـ و الذي يتناقض مع ما يفترض أن يقدمه التحكيم للأطراف من سرعة و يسر في فض المنازعة بعيدا عن أروقة المحاكم .

- التأكيد على الصياغة الدقيقة لاتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم بما يكفل إبعاده عن الغموض وما يتبعه من تأويل وتفسير لمضمونه .

- يجب تضمين اتفاق التحكيم كل الشروط التي يراها الأطراف ضرورية كشرط الاستقامة والكفاءة والخبرة والجنسية وحتى اللغة وغيرها من الشروط التي تخضع للاتفاق وتغليب المصلحة الجماعية عن المصالح الضيقة للأطراف.

- إن اتفاق التحكيم يجب أن يرتب آثاره القانونية و أهم هذه الآثار نقل الاختصاص من القضاء إلى جهة التحكيم، وبالضرورة تقييد حق الدولة في الدفع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء

التحكيم، مما يفرض ضرورة إلزام الدول باحترام التزاماتها ولا يحق لها التستر بستار السيادة للتهرب من حكم المحكم .

المصادر و المراجع:

1- القوانين :

القانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، الصادرة في 23 أفريل 2008.

2- الكتب:

- دريس كمال فتحي، الحماية المؤقتة للحق في نظام التحكيم، الجزائر : بدون دار نشر، جوان 2009.

- ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية " دراسة مقارنة، الاسكندرية : المكتب الجامعي الحديث، 2008 .

- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2014.

- هات محي الدين اليوسفي، الأثر المانع لاتفاق التحكيم و مدى تأثيره على الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014 .

3- رسائل و أطروحات:

- إبراهيم اسماعيل الربيعي وماهر محسن الخيكاني، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار" دراسة مقارنة "، كلية القانون، جامعة بابل، العراق .

- منى بوختالة ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار ،مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014/2013 .

4- المقالات :

- لجازي .عمر مشهور،"التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين العددان التاسع والعاشر أيلول وتشرين أول 2002 .

- السعيد خويلدي ، "شروط ابرام اتفاق التحكيم البترولي و آثاره على الحصانة السيادية" ، دفاتر السياسة و القانون ، العدد الخامس عشر، جوان 2016 .

- إيناس هاشم رشيد و عود كاتب الأنباري، "التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة" ، مجلة رسالة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الأول ، 2015 .

- حسام مروان أبو حامدة ، "التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، مشروع بحث مقدم للجامعة الأدنية 2010 / 2011 ، الأردن .

- رشا موسى محمد، "دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي"، مجلة جامعة أهل البيت ، السنة 2011 المجلد 1 ، الإصدار 11 .