التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولية

د/ رفيقة بسكري
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة باتنة1

ملخص:

التحكيم التجاري الدولي عنصرا رئيسيا في عقود الاستثمار الأجنبي، فجميع هذه العقود في الغالب تتضمن شرط إحالة النزاعات القائمة بشأنها على التحكيم نظرا للمزايا التي يوفرها للمستثمر سواء من ناحية السرعة والمرونة في الاجراءات أو من ناحية السرية، وكذا تخوف المستثمر الأجنبي من القضاء الداخلي للدولة جالبة الاستثمار، هذه الأخيرة ونظرا لسعيها إلى جلب الاستثمار الأجنبي، تجد نفسها مضطرة لقبول ادراج هذا الشرط .

Résumé:

Arbitrage commercial international est un élément clé dans les contrats d'investissement étrangers, tous ces contrats comprennent souvent renvoi des différends par l'arbitrage en raison des avantages offerts par l'investisseur en termes de rapidité et de flexibilité dans la procédure ou de la main secrète qui, ainsi que la crainte de l'investisseur étranger de l'élimination interne de l'exigence d'investissement getter de l'État , celui-ci en raison de sa quête pour attirer des investissements étrangers, se trouvent avoir à accepter l'inclusion de cette exigence

مقدمة:

تسعى الدول في اتجاهها لجلب الإستثمار الأجنبي إلى تنظيم مجالاته من خلال نصوص وقواعد قانونية تضمن وتحدد حقوق وواجبات المستثمرين، إلا أن دقة عقود الاستثمار من جهة وتخوف المستثمرين من قضاء الدولة الجالبة للاستثمار من جهة أخرى أدى إلى تبني آليات أخرى لتسوية منازعات الاستثمار وبالخصوص الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم باعتباره ضمانة إجرائية ووسيلة تتميز بالمرونة والسرية والسرعة.

فما المقصود بالتحكيم الدولي في مجال عقود الاستثمار؟ وما مدى فعاليته في تسوية منازعات الاستثمار؟

للإجابة على هذه التساؤلات تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاث محاور، الأول يتضمن عرض الإطار المفاهيمي للتحكيم والاستثمار الأجنبي، والثاني يتضمن تحليل مدى فعاليته لتسوية منازعات الاستثمار، والمحور الثالث يتضمن آثار التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي.

المحور الأول: مفاهيم عامة عن التحكيم والاستثمار الأجنبي

أولا- مفاهيم عامة عن التحكيم

1/ تعريف التحكيم:

التحكيم هو آلية أو وسيلة لفض المنازعات بطريقة بديلة عن القضاء، بحيث يتفق أطراف العلاقة التجارية على تسوية ما يثار بينهما من منازعات، أو سوف يثور فيها بعد، على تعيين أشخاص يحكمون فيما بينهم ويفصلون في النزاع بحكم يلزم لكليهما، ويعتبر التحكيم بهذا المعنى وسيلة بديلة لحل المنازعات في علاقات تعاقدية داخلية أو دولية تجارية ومدنية[1].

ويعرف التحكيم بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية، عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص

يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد المحكمين، أو أن يعهد إلى هيئة أو مركز تحكيمي ليتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد واللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز.

فالتحكيم هو طريقة بديلة يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشا عن العقد عن طريق طرح النزاع والبحث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم "المحكم أو المحكمين" دون اللجوء إلى القضاء[2].

ولقد عرف الأستاذJean Robert التحكيم بأنه: "يقصد بالتحكيم تحقيق العدالة الخاصة، وهي آلية وفقا لما يتم سلب المنازعات من الخضوع لولاية القضاء العام لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة في واقعة الحال[3].

أما المشرع الجزائري فلم يعط تعريف دقيق وواضح للتحكيم، رغم أنه تناول مختلف أحكام التحكيم التجاري الدولي من خلال المواد المدرجة ضمن المرسوم التشريعي 93-09[4]، ولا حتى في القانون الجديد 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[5] الذي تطرق فيه المشرع الجزائري التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات بنوعيه الداخلي والدولي.

ويشمل مفهوم اتفاق التحكيم، إما اتفاق التحكيم وهو الاتفاق الذي يبرمه الأطراف مستقلا عن العقد الأصلي، وبعد حدوث نزاع بينهما، والذي يقضي باللجوء إلى تسوية النزاع القائم بينهما عن طريق التحكيم، أو من خلال شرط التحكيم وهو شرط أو بند يرد ضمن العقد ويقضي بإحالة نزاع مستقبلي أو أي نزاع مستقبلي قد ينشأ عن هذا العقد إلى هيئة تحكيم أو محكم[6] .

2/ **أنواع التحكيم:** تتعدد أنواع التحكيم تبعا للمعيار المعتمد كما يلي:

أ- **من حيث طبيعة التحكيم:** ينقسم إلى تحكيم داخلي أو وطني وتحكيم دولي:

أ-1- التحكيم الدولي: إذا تعلقت الرابطة القانونية محل النزاع بالتجارة الدولية وقد أخذت بهذا بمعيار مصالح التجارة الدولية وذلك من خلال الاتفاقية الأوروبية الخاصة

بالتحكيم الدولي لعام 1961 في المادة الأولى منها، واتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمارات ذات الطابع الدولي[7].

أ-2- التحكيم الوطني: فهو الذي يكون بين أطراف وطنية لا تشمل العنصر الأجنبي.

ب- من حيث التنظيم: ينقسم التحكيم إلى حر ومؤسساتي:

ب-1-التحكيم الحر: هو الذي يتم تحت إدارة واشراف أطراف النزاع فيتم اختيار المحكم أو محكين من طرفهم ويتولون في الوقت نفسه تحديد الإجراءات والقواعد المطبقة اثناء اجراء التحكيم دون إشراف من مؤسسة تحكيم، وغالبا ما يخضع هذا النوع من التحكيم لقواعد يونسترال للتحكيم[8].

ب-2-التحكيم المؤسساتي: هو الذي يتم تحت إشراف مؤسسة دولية مختصة بالتحكيم، وتقتصر مهمتها على وضع قوائم بأسماء المحكمين، لكي يتولى المتنازعون بأنفسهم اختيار من يريدون القيام بالمهمة وتوجد حاليا عدة مؤسسات وهيئات تحكيم كمركز تحكيم غرفة تجارة باريس ومركز تحكيم مجلس التعاون الخليجي[9].

ج- التحكيم العادي أو المطلق

ج-1 -التحكيم العادي: وهو مدى تقيد المحكم بالقواعد القانونية، فعندما يكون المحكم ملزما بحسم النزاع وفقا لقواعد القانون فإن التحكيم يكون عاديا ويعرف التحكيم بالقانون أيضا

ج-2-التحكيم المطلق: عندما يتفق الأطراف على إعفاء المحكم من تطبيق هذه القواعد ويحكم بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف، والأصل هو التحكيم العادي أما التحكيم المطلق فهو استثناء[10].

د-من حيث الاتفاق ذاته:

د-1-شرط التحكيم: منصوص عليه في العقد، ويقصد به الشرط الذي يرد في العقد بإحالة المنازعات المستقبلة على التحكيم، وهو الغالب في العمل به كما لا يمنع أن يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل أو بعد العقد الأصلي مثال العقد الأصلي الخالي من شرط التحكيم، وعقد آخر خاص بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم

د-2-اتفاق أو مشارطة التحكيم: ويقصد به الاتفاق الذي يبرمه طرفا العقد الأصلي بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد.

والفرق بين النوعين هو أن شرط التحكيم يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد، اتفاق الحكيم فيتعلق بنزاع وقع فعلا وأصبح محددا واضحا، فأهمية التفرقة يبرز في شكل خاص أن بعض القوانين الوطنية تتطلب في اتفاق التحكيم تحديد طبيعة النزاع الذي وقع فعلا تحت طائلة بطلان الاتفاق، بخلاف شرط التحكيم.

التحكيم الإلكتروني

ظهر في السنوات الأخيرة التحكيم الإلكتروني باستخدام الإنترنت أو الفاكس أو التلفون أو أي وسيلة إلكترونية أخرى[11]، فإذا كانت العقود التي تتم في إطار تلك العلاقة في مجال التجارة الإلكترونية تختلف عن العقود التي تتعلق في ظل التجارة الإلكترونية، فكان لزاما البحث عن تحكيم يتفق مع الصيغة الإلكترونية لتلك العقود التي يثور النزاع بشأنها، وهذا ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت بوسائل إلكترونية إلى شخص خالص يفصل فيها بموجب سلطة مستندة من اتفاق أطراف النزاع، وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي وبذلك يكون التحكيم إلكترونيا باستخدام وسيلة إلكترونية عند إبرام اتفاق التحكيم أو أثناء سريان الخصومة[12].

ثانيا- مفاهيم عامة حول الاستثمار الأجنبي:

1/تعريف الاستثمار:

الاستثمار هو توظيف لرؤوس أموال وخبرات فنية ومهارات إدارية وتكنولوجية في بلد أجنبي خلال فترة معينة قصد الحصول على الأرباح.

2/ أنواع الاستثمار الأجنبي:

الاستثمار الأجنبي غير المباشرة:

الاستثمارات غير المباشرة هي التي لا يكون فيها المستثمر الأجنبي مالكا لجزء أو كل المشروع الاستثماري، كما أنه لا يتحكم في إدارته أو تنظيمه ومن الأمثلة عليه: التصدير، أو عقود الإدارة، أو التوكيلات ... إلخ، هذه الاستثمارات تستخدمها الشركات الأجنبية كوسيلة للتعرف على قياس مدى ربحية السوق المرتقب واستقراره وبالتالي فهي تقوم بالاستثمار غير مباشر كبداية قبل أن تقرر الدخول في مشروعات استثمارية مباشرة أو الاكتفاء فقط بالاستثمار غير المباشر أو ترك السوق نهائيا[13].

أ- الاستثمار الأجنبي المباشرة:

الاستثمار الأجنبي المباشر قد يكون عن طريق التملك الجزئي أو المطلق للمشروع الاستثماري من طرف الشركة الأجنبية. والاستثمار الأجنبي يأخذ الأشكال التالية:

الاستثمار المشترك:

الاستثمار المشترك كما عرفه كولدي kolde "هو الذي يشارك فيه طرفان (أو شخصيتان معنويتان) أو أكثر من دولتين مختلفتين بصفة دائمة، والمشاركة هنا لا تقتصر على الحصة في رأس المال بل تمتد أيضا إلى الإدارة، والخبرة وبراءات الاختراع والعلامات التجارية... إلخ"[14]

الاستثمارات المملوكة بالكامل من طرف المستثمر الأجنبي:

يتمثل هذا النوع من الاستثمارات في قيام الشركات متعددة الجنسيات بإنشاء فروع للإنتاج أو التسويق بالدولة المضيفة. وهو من أكثر أنواع الاستثمارات الأجنبية تفضيلا من طرف الشركات الأجنبية وذلك نظرا للمزايا التي تتحصل عليها من هذا النوع من الاستثمارات[15].

مشروعات أو عمليات التجميع:

هذه المشروعات تأخذ شكل اتفاقية بين الطرف الأجنبي والطرف الوطني سواء كان عام أو خاص، يتم بموجبها قيام الطرف الأول بتزويد الطرف الثاني بمكونات منتج معين لتجميعها لتصبح منتجا نهائيا . مشروعات التجميع هذه قد تأخذ شكل الاستثمار المشترك أو التملك الكامل لمشروع الاستثمار للطرف الأجنبي[16].

وعلى ذلك فإن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يمكن ان يعرف بأنه: " اتفاق مكتوب بين شخصين أو أكثر، على سحب اختصاص القضاء في نظر المنازعات التي تنشأ عن عقد استثمار بينهما ومنح هذا الاختصاص لجهة (الهيئة) للفصل في هذا النزاع والتي تسمى هيئة التحكيم، على ان يكون احد الأطراف دولة والطرف الأخر مستثمر أجنبي ".

ثالثا- التحكيم وفقا لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

نظمت اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأحكام المنظمة للتحكيم الذي يختص به المركز[17] .

و في هذا الصدد، نصت المادة (25) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على: " يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن احد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة (أو احد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها) وبين احد مواطني دولة أخرى

متعاقدة، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز . وعندما يعطي الطرفان موافقتهما لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة."

فأكدت هذه المادة على وجود شرطين بشأن الأشخاص أطراف المنازعة التي تعرض للتحكيم أمام المركز وهما: أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة أو أحد الهيئات التابعة لها التي تعينها للمركز .

1- أن يكون الطرف الآخر مواطنا أو مواطنين من دولة أخرى متعاقدة .

وإن كون الطرف الآخر من احد رعايا دولة أخرى متعاقدة يستوجب أن يكون هذا الطرف متمتعا بجنسية الدولة الأخرى المتعاقدة في تاريخين معاً وهما:

تاريخ موافقة الأطراف على طرح النزاع للتحكيم

التاريخ الذي يسجل فيه طلب التحكيم لدى المركز من خلال سكرتيره العام .[18]

كما اعتبرت هذه المادة رضا أطراف النزاع شرطا من شروط الخضوع لاختصاص المركز، واشترطت أن يكون الرضا مكتوبا، وبالتالي يعتبر رضا الأطراف باللجوء للتحكيم أمام المركز هو الأساس لاختصاصه .

و تنص المادة (44) من الاتفاقية على: " تدار جميع إجراءات التحكيم طبقا لأحكام هذا القسم، ما لم يتفق الأطراف الأطراف على غير ذلك، طبقا للائحة المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التحكيم، وإذا ثارت مسألة إجرائية لم ينص القانون عليها في هذا القسم إذ في لائحة التحكيم أو أي لائحة أخرى يتبناها الأطراف، تتولى المحكمة الفصل فيها على نحو ما تراه ملائما ".

يتبين من نص المادة السابقة أن أحكام الاتفاقية بشأن إجراءات التحكيم هي واجبة التطبيق على التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، مما يعني أن الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقية والمنظمة لإجراءات التحكيم مكملة لإرادة الأطراف ويجوز الاتفاق على ما يخالفها، فالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات هو

قانون إرادة كل من المتعاقدين، وفي حال غياب الاتفاق فإن أحكام الاتفاقية هي واجبة التطبيق.

و تنص المادة (42) من نفس الاتفاقية على: " تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها)، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي "

يتبين من نص المادة أن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الاتفاقي للأطراف، فإن لم يتفق الأطراف تطبق المحكمة قانون الدولة المضيفة للاستثمار وما ينطبق من قواعد القانون الدولي، فأخذت الاتفاقية بشكل عام بمبدأ سلطان الإرادة، إذ أن الخضوع أساسا لتحكيم المركز أساسه إرادي وهو عنصر الرضا.

والملاحظ أنه وفي حالة عدم الاتفاق على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تطبق المحكمة التحكيمية قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، وهذا خلافا لما سبق ذكره في مجال القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وقد يعود ذلك إلى صعوبة وضع قواعد موضوعية لحل كافة النزاعات ضمن الاتفاقية، بينما يمكن وضع مثل تلك القواعد التي تنظم المسائل الإجرائية والتي يمكن أن تطبق على أي نزاع قد ينشأ بين الأطراف.

المحور الثاني: مدى فعالية التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

نبين في هذا المحور مزايا التحكيم التجاري الدولي في اعتباره آلية لتسوية منازعات الاستثمار، وأساسشرط التحكيم واختصاص المحكمين؟، واستقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثماركمعايير لاعطاء فعالية اكثر لاجار التحكيم، ثم نتطرق في الأخير إلى آثار التحكيم.

أولا- مزايا التحكيم التجاري في عقود الاستثمار الأجنبي:

يتميز التحكيم بالنسبة لعقود الاستثمار بعدة مميزات تجعله مطلب مهم من مطالب المستثمرين الأجانب أهمها[19]:

1/ مرونة التحكيم وتناسبه مع منازعات عقود الاستثمار:

تتميز عقود الاستثمار بأنها عقود ذات قيمة مالية كبيرة، وتنفذ في فترات زمنية طويلة والتي قد تمتد إلى عشرات السنين، والتحكيم – كما سبق ذكره- يرتكز أساسا على مبدأ سلطان الإرادة، حيث يمكن لأطراف العلاقة العقدية التحكم في العملية التحكيمية بما يناسبهم وما يتفق ويتلائم مع عقود الاستثمار، وهذا ما يظهر في القواعد والاجراءات التي تنظم التحكيم التي تعتبر قواعد مكملة لإرادة الأطراف، ما يجعل من التحكيم وسيلة مرنة لتسوية النزاعات الناشئة عن هذه العقود.

2/ توفر عنصر السرعة:

تتميز عقود الاستثمار بارتباطها بمشاريع ومصالح اقتصادية بالغة الأهمية، ورؤوس أموال ضخمة، لذلك فإنها تستوجب السرعة في فصل النزاعات المتعلة بها لتجنب تعطل تنفيذها، والتحكيم التجاري بما يضمنه من سهولة وسرعة في الاجراءات فإنه يوفر لها ذلك.

3/ ضمان السرية لاطراف النزاع:

تتضمن عقود الاستثمار مشاريع مهمة وقد تكون استراتيجية بالنسبة للدولة جلبة الاستثمار أو تتضمن أسرار علمية أ تكنولوجية أو حت ذات طابع عسكري، لذلك فهي تستلزم بقاء معطيات وعناصر هذه العقود في السرية، وفي حالة حدوث نزاع يتعلق بها فغنه يتميز بسرية اجراءاته للمحافظة على الثقة والكتمان، والتحكيم يضمن لها ذلك.

4/ توفر الخبرة اللازمة في هيئة التحكيم:

تتكون هيئة التحكيم سواء محكم واحد اوهيئة متعددة من المحكمين من أخصائيين وخبراء لهم معرفة واسعة واطلاع عن عقود الاستثمار، وهذا ما يساعد على مشاركتهم الفعالة في بحث النزاع وتسويته .

5/ سهولة الاجراءات امام هيئات التحكيم:

تتميز اجراءات التحكيم التجاري الدولي لا سيما في منازعات عقود الاستثمار بالسهولة وعدم التعقيد، سواء ما يتعلق بتحديد مواعيد الجلسات أو تقديم البيانات، حيث تتحكم إرادة أطراف النزاع في تعيين القواعد الاجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق.

ثانيا- واستقلالية شرط التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص

يتميز شرط التحكيم في عقد الاستثمار الاجنبي باسقتلاليته عن عقد الاستثمار، واعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

1/ استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار:

يتميز التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار باستقلاليته عن عقد الاستثمار، حيث إن بطلان عقد الاستثمار لا يؤثر على اتفاق التحكيم، وهو ما يؤدي إلى تحقيق الفعالية المطلوبة للتحكيم كضمانة للمستثمرين في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي.

وفى هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية (COSSET)[20]:

"في مجال التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم سواء كان مبرمًا على نحو منفصل أم كان مدرجًا في التصرف القانوني المتعلق به؛ فإنه يتمتع باستقلال قانوني كامل بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان ... "[21] .

وهو أيضا ما أشار إليه القانون النموذجي للتحكيم الدولي لسنة 1985؛ حيث أكد على استقلالية اتفاق التحكيم على اتفاق الاستثمار، وأن بطلان اتفاق الاستثمار لا يمتد لينسحب إلى اتفاق التحكيم[22]، وفي هذا الصدد، نصت الفقرة الأولى من المادة السادسة منه على: "ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم". وكذلك أخذ نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية icc لسنة 1988 باستقلال شرط التحكيم عن العقد في المادة (04)/06 منه[23].

واستنادًا لما سبق فإن استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار وما يتميز به من ذاتية قانونية؛ فإنه يعتبر بمثابة ضمانة فعالة لحماية حقوق المستثمر الأجنبي .

2/ مبدأ الإختصاص بالإختصاص:

يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو أن يختص المُحكم بتحديد اختصاصه بنظر المنازعات، وتحديد سلطته وتقرير إذا كان النزاع صحيحًا أم لا، ونتيجة لذلك فإنه في حالة اعتراض أحد طرفي عقد الاستثمار بأنه لا يوجد اتفاق تحكيم أو أن موضوع النزاع مما لا يختص به التحكيم؛ فإن الذي يحدد ذلك ويقرر صحته من عدمه هي هيئة التحكيم وحدها دون قضاء الدولة.

هذا وقد أشارت إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك بالنص عليه في المادة (1/ف 1) من الاتفاقية[24].

وكذلك الشأن بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 حيث اقر في المادة (16) منه على: "يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم"[25].

والمؤكد أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ينسجم ويؤكد فعالية التحكيم في منازعات الاستثمار والتي تتطلب السرعة في الاجراءات، وأن تقرير هذا المبدأ يقطع

الطريق أمام الطرف الذي يهدف بسوء نية إلى تعطيل اجراءات التحكيم وذلك عن طريق عدم تمكنه من تقديم طعون أمام جهات القضاء العادي للدولة.

ثالثا- آثار التحكيم في عقود الاستثمار الاجنبي

يترتب على التحكيم التجاري الدولي في عقود الاستثمار آثار مهمة تعزز من فعاليته كآلية اجرائية في هذا المجال .

1 /عدم قبول دفع الدولة وهيئاتها العامة بعدم أهليتها للتحكيم في منازعات الاستثمار .

من الخصائص التي تميز التحكيم في منازعات الاستثمار هو أن الدول الجالبة للاستثمار وهيئاتها العامة لا يقبل منها الدفع بعدم أهليتها للتحكيم، فلا يمكن للدولة أن تدفع أمام هيئة التحكيم بعدم قبول الدعوى التحكيمية تأسيسًا على عدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم أو التصرف القانوني الذي يرتبط به .

وهو ما أكدته اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار فقد نصت على أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم في المادة (25) منها[26].

إن مبدأ عدم قبول دفع الدولة أو أحد الاشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم أهليتها يجعل من التحكيم في عقود الاستثمار ذو فعالية كبيرة يمكن من خلاله مواجة تماطل الدولة في فض النزاع بينها وبين المستثمرين، ويمنح ضمانة مهمة لهم.

2/ تحقيق الاستقرار التعاقدي:

تتسم عقود االستثمار التي تبرمها الدولة بطول مدتها، وهذا يستدعي من الأطراف المتعاقدة المحافظة على تحقيق الإستقرار التعاقدي في ظرف القوة القاهرة، وحماية العقد من تدخل الدولة كطرف في هذه العقود لصفة انفرادية.

أ-استمرارية العقد في ظل القوة القاهرة:

تبرز خصوصية التحكيم في مثل هذه المنازعات لكون أطراف النزاع يريدون في أغلب الحالات انهاء العقد بسبب القوة القاهرة، بل يرون ضرورة التوافق مع جديد الظروف ليعيدوا النظر في العقد وذلك على خلاف القواعد العامة للعقد .

وإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن القوة القاهرة من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء الاتزام، وعدم تحمل المدين تبعة عدم تنفيذه خصوصاً في العقود الملزمة لجانبين، فإن الأمر يختلف في عقود الاستثمار، بالسعي إلى مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها لضمان استمرار العلاقة العقدية المتعلقة بالاستثمار[27].

إن مهمة الفصل في المنازعات تدور حول تحقيق شرط القوة القاهرة والنتائج المترتبة على ثبوته والمنازعة قد تتعلق بتنفيذ غير مطابق للمواصفات في ظل القوة القاهرة التي حالت دون التنفيذ المتفق عليه في العقد، وقد تتعلق المنازعة بتحديد درجة الضرر الذي لحق بالمتعاقد الآخر وما اذا كان سببا كافياً لايقاف العقد أو انه قد وصل إلى درجة يتعين معها إنهاؤه، كما قد تدور المنازعة حول إقرار مبدأ التعويض، إن كان له محل طبقاً لشروط العقد[28]. وان هذه المسائل الفنية تضاعف من صعوبة المهام الملقاه على عاتق هيئة التحكيم، وكذلك في فرض الجزاء من طرف الهيئة التحكيمية التي تتمتع بمستوى عالٍ من التخصص في هذا المجال، كما أن مرور الوقت بين وقوع احداث القوة القاهرة وإحالة النزاع للتحكيم ثم تعيين الجزاء، يجعل من المتعذر الوصول إلى نتائج تتفق وظروف النزاع خاصةً وأن اللجوء إلى التحكيم غالباً ما يتم بعد مناقشات ومفاوضات بين أطرافه محاولة للوصول إلى تسوية سلمية للنزاع[29].

و في حالة غياب شرط صريح خاص بالقوة القاهرة في العقد، أو في حالة عدم وجود اتفاق الأطراف حول هذه النتائج فإن تحديد أثر هذه القوة القاهرة على استمرارية العقد يدخل في الاختصاص الأصيل لهيئة المحكمين التي تختص بإعادة ضبط العلاقة القانونية بين أطرافها وإعادة التوازن للعقد مرة أخرى[30].

2/عدم تأثر العقد بالاجراءات الفردية للدولة:

تقوم الدولة بنوعين من الإجراءات الفردية للدولة في عقود الإستثمار وتؤثر بشكل غير مباشر على تسوية المنازعات بطريق التحكيم، والنوع الأول من هذه الإجراءات، يتمثل في قيام الدولة بإحداث تغييرات اللجوء إلى التحكيم أو الإلتزام بأحكامه، أو قد يكون من شأن هذه التغييرات التعديل في القواعد القانونية التي تحكم تسوية المنازعات، اما النوع الثاني، فيقصد به الإجراءات التي تتخذها الدولة لإبطال أو فسخ عقد الإستثمار الذي يتضمن الشرط التحكيم[31]. وطبقا لمبدأ الإختصاص بالإختصاص والذي يمنح هيئة التحكيم الفصل في مسألة إختصاصها، وهذا يعني أن يختص المحكم بتحديد إختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة بإختصاصه، وتحديد نطاق سلطته، لذا يجب أن تعامل الدولة على أساس هذا المبدأ، وليس لهيئة التحكيم أن تتخلى عن إختصاصها، تطبيقاً لمبدأ الإختصاص بالإختصاص من جهة وتحقيقاً لمبدأ استمرارية العلاقة التعاقدية ضماناً وموازنة بين االطراف من جهة أخرى[32].

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة توصلت إلى بعض النتائج أدرجها فيما يلي:

-إن التحكيم التجاري الدولي وبالخصوص في مجال منازعات عقود الإستثمار يتمتع بعدة مزايا تجعله الوسيلة التي يلجأ إليه أطراف العقد وذلك من حيث مرونته بالشكل الذي يتلاءم مع طبيعة منازعات عقود الإستثمار، خاصة وأن هذه العقود تمتاز بأنها تحتاج إلى فترة زمنية طويلة لكي تُنفذ، بالإضافة إلى تميز التحكيم بالسرعة في تسوية هذه المنازعات في أسرع وقت ممكن، بالإضافة إلى سهولة الإجراءات وتمتع المحكمين بالخبرة العالية الأمر الذي أدى بالمستثمرين إلى التمسك بإدراج شرط التحكيم في العقد واستبعاد اللجوء إلى قضاء الدولة.

-إن ما يتميز به التحكيم من خصائص تختلف عن قضاء الدولة الداخلي، ولما له من ذاتية واستقلالية وخصوصية في سير الخصومة؛ فإن ذلك يجعل منه أنسب الوسائل

والطرق للبت في منازعات الاستثمار، تلك الاستثمارات التي يشترط لجذبها وتنميتها أن يرافقها نظام قضائي مرن وفعال للبت فيما قد ينشأ من منازعات بخصوصها.

-يمثل التحكيم التجاري الدولي ضمانة إجرائية في عقود الإستثمار الأجنبي لاعتماده على مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن عقد الإستثمار.

-أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ينسجم ويؤكد فعالية التحكيم في منازعات الاستثمار والتي تتطلب السرعة في الاجراءات، وأن تقرير هذا المبدأ يقطع الطريق أمام الطرف الذي يهدف بسوء نية إلى تعطيل اجراءات التحكيم وذلك عن طريق تقديم طعون أمام جهات القضاء العادي للدولة.

-إن مبدأ عدم قبول دفع الدولة أو أحد الاشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم أهليتها يجعل من التحكيم في عقود الاستثمار ذو فعالية كبيرة يمكن من خلاله مواجة تماطل الدولة جالبة الإستثمار في فض النزاع بينها وبين المستثمرين، ويمنح ضمانة مهمة لهم.

الهوامش:

(1)- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 10.

(2)- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 13.

(3)- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص 42.

(4)- المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 25 أفريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية العدد 127 الموافق لـ 27 أفريل 1993، ص 58.

(5)- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة الرسمية العدد 21 سنة 2008.

(6)- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1988، ص 75

(7)- علاء أبا ريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية "دراسة مقارنة"الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 28.

(8)- محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي "والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا وعالميا"، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009، ص 16.

(9)- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.، ص 90.

(10)- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 92.

(11)- محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009، ص 17.

(12)- هيثم عبد الرحمن البقلي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، الطبعة الأولى، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2013، ص 61.

(13)- الدكتور فريد كورتل، الأستاذ الدكتور عبد الكريم بن عراب، أشكال ومحددات الإستثمار الأجنبي المباشرمع الإشارة لواقعه بالدول العربية وبعض البلدان النامية، على الموقع: iefpedia.com، 2016/05/02، 17: 30، ص04

(14)- المرجع نفسه، ص04.

(15)- المرجع نفسه، ص05.

(16)- المرجع نفسه، ص06

(17)- اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على الموقع الالكتروني: bit.escwa.org.ib/ICSID-Agreement*1965-pdf.(02/05/2016.09: 45).

(18)- المادة 25/2/أ و ب من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق .

(19)- عمر مشهور، التحكيم في منازعات الاشتثمار، مجلة نقابة المحامين، العدد التاسع و العاشر، ايلول تشرالاول، الاردن، 2002، ص09.

(20)- فهد الرفاعي، "التحكيم والخبرة الفنية في منازعات الاستثمارات السياحية"، ورقة عمل مقدمة بمناسبة انعقاد اعمال الملتقى الدولي للاستثمار و تسوية المنازعات، 25-26 افريل 2014، الدار البيضاء، المغرب، ص11.

(21)- حكم (COSSET) الصادر فى 7 مايو 1963 . محكمة النقض الفرنسية .

(22)- المادة 16 / 1 من القانون النموذجي للتحكيم الدولي لسنة 1985 .

(23)- عمر مشهور، المرجع السابق، ص11.

[24]- سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص36.

[25]- سراج حسين ابو زيد، المرجع السابق، ص ص36-37.

[26]- فهد الرفاعي، المرجع السابق، ص13.

[27]- المرجع نفسه، ص13.

[28]- اناس حاتم رشيد، وعود كاتب الانباري، "التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة "، مجلة رسالة الحقوق، العدد الاول، جامعة كربلاء، كلية الحقوق، 2015، ص278.

[29]- المرجع نفسه، ص279.

[30]- سراج حسن ابو زيد، المرجع السابق، ص203.

[31]- اناس حاتم رشيد، وعود كاتب الانباري، المرجع السابق، ص280.

[32]- المرجع نفسه، ص280.