

جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د.
تخصص: قانون المؤسسة الاقتصادية

إشراف الأستاذ الدكتور:

التميمي محمد رضا

إعداد الطالب:

عماري محمد نذير

أعضاء لجنة المناقشة

اللقب والاسم	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
د. اليازيد علي	أستاذ	جامعة العربي بن مهدي أم البواقي	رئيسا
د. التميمي محمد رضا	أستاذ	جامعة العربي بن مهدي أم البواقي	مشرفا ومقررا
د. حاحة عبد العالي	أستاذ	جامعة محمد خيضر بسكرة	مناقشا
د. قادري عبد المجيد	أستاذ	جامعة باجي مختار عنابة	مناقشا
د. بوسنة جمال	أستاذ محاضر - أ	جامعة العربي بن مهدي أم البواقي	مناقشا
د. نويري سعاد	أستاذ محاضر - أ	جامعة الشيخ العربي التبسي تبسة	مناقشا

تاريخ المناقشة: 27 أكتوبر 2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بفضلہ تم الصالحات، فما كان لشيء أن يجري في ملكه إلا بمشيئته
إنما إذا أراد شيئاً فيقول له كن فيكون، فالحمد لله في الأولى والحمد لله في الآخرة.
يشرفني أن أقدم بخلص شكري وامتناني للأستاذ المشرف الأستاذ «التبسي محمد رضا»
على ما قدمه من توجيه وعلی ما أبداه من تعاون ودعم وصبر

فله مني كل التقدير

كما لا يفوتني أن أتوجه بجزيل الشكر للأستاذ «مختار بوهيدر الله» على دعمه وتوجيهاته وكرمه

عطائه واهتمامه، فجزاه الله عني كل خير

وفي هذا المقام أتوجه بالشكر أيضاً إلى أعضاء لجنة المناقشة المحترمين على قبول قراءة هذا البحث

وتقويمه؛ كل باسمه

كل الشكر لكل من ساعد في إنجاز هذا البحث سواء من قريب أو بعيد،

بالتقليل أو الكثير

لكل هؤلاء خالص شكري وجميل عرفاني وامتناني.

عماري محمد نذير

إهداء

إلى الوالدين الكريهين.....

إلى الإخوة والأخوات.....

عماري محمد نذير

مقدمة

يعتبر الاستثمار ظاهرة مركبة يلتقي فيها الجانب الاقتصادي بالجانب القانوني، بحيث يصعب وضع تعريف جامع مانع لهذه الظاهرة، وما يزيد من صعوبة الأمر، التطور المتسارع للتجارة الدولية والاستثمار بين الدول، بالإضافة إلى اختلاف الرؤى بين الدول حول موضوع الاستثمار، وهذا حسب حاجة كل دولة، فقد يضيق هذا المفهوم كما قد يتسع حسب الظروف السياسية والاقتصادية للدولة. لكن هذا لم يمنع من وجود بعض المحاولات الفقهية لتعريف الاستثمار، فقد عرفته اللجنة الواحدة والخمسون لمؤتمر الاتحاد القانون الدولي على أنه "تحركات رؤوس الأموال من بلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم"¹، كما عرفه معهد القانون الدولي بأنه "توريد الأموال أو ربما الخدمات بهدف تحقيق ربح مادي أو سياسي ويمكن أن يكون الاستثمار أموال معنوية"².

وإدراكاً من الدول لأهمية الاستثمارات الأجنبية لاقتصادها ودفع عجلة التنمية في هذه البلدان، فإنها تسعى دوماً لتوفير مناخ ملائم لجذب هذه الاستثمارات، وهذا من خلال توفير ضمانات ومبررات لإقناع رؤوس الأموال الأجنبية بالحضور والاستثمار على إقليمها، وهذا لا يتحقق إلا من خلال تقديم امتيازات و ضمانات من أجل خلق جو من الثقة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب، وتختلف طبيعة هذه الضمانات باختلاف سياسة الدولة الاقتصادية والتنموية، فقد تقوم الدولة مثلاً بتقديم إعفاءات جبائية للمستثمرين في قطاع معين دون القطاعات الأخرى، وتسعى من خلال هذه العملية إلى تنمية هذا القطاع المستهدف وجذب التكنولوجيا اللازمة للتحكم فيه.

لكن هذا النوع من الضمانات الجبائية الذي تمنحه الدولة للمستثمر الاجنبي يتميز باختلافه وتغيره بحسب نوع الاستثمار المعني، وهذا تبعاً لاحتياجات الدولة المضيفة للاستثمار، لكن ما يعتبر من الضمانات الثابتة في إطار عقود الاستثمار، والتي لا تتغير بتغير طبيعة الاستثمارات أو حتى بتغير جنسية المستثمر الاجنبي، هي الضمانات

¹ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 22.

² صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص 22.

القضائية أو ضمانة استبعاد القضاء الوطني لصالح قضاء محايد أو ما يعرف بالتحكيم، فلا يكاد يخلو عقد استثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الاجنبي وحتى ضمن الاتفاقيات المتعلقة بترقية وتشجيع الاستثمارات بين الدول من ضمانة التحكيم، بحيث أصبح التحكيم يمثل القضاء الطبيعي لمثل هذه المنازعات. ويشهد عالم التجارة الدولية والاستثمار ازدهار التحكيم كطريق بديل لتسوية المنازعات وبالأخص منازعات عقود الاستثمار الاجنبي، بحيث تم إنشاء مؤسسات ومراكز تحكيمية سواء على المستوى الإقليمي أو حتى الدولي، ومن بين أهم هذه المراكز نجد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي بواشنطن، غرفة التحكيم بستوكهولم، الغرفة التجارية بباريس ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم.

والواضح أن التحكيم قد أصبح أحد مظاهر العصر، والذي عرف ازدهارا كبيرا وهذا نتيجة لتطور المعاملات التجارية الدولية وكذلك الاستثمارات بين الدول، وما يميز التحكيم كنظام إجرائي هو سهولته، بساطته وسرعة الفصل في النزاعات على عكس النظم القضائية الوطنية التي تعرف ببطئها وتعقيداتها، وهذا ما فتح الباب واسعا أمام نظام التحكيم كبديل حقيقي يساهم ويواكب ما تعرفه التجارة والاستثمارات الدولية من تطورات. وبالإضافة إلى المزايا السابقة فإن الأساس الذي يقوم عليه نظام التحكيم والمتمثل في الإرادة الحرة لأطراف النزاع في استبعاد القضاء الوطني واللجوء للتحكيم، واتساع نطاق هذه الإرادة في تحديد إجراءات التحكيم وحتى القواعد القانونية المطبقة على النزاع¹، قد ساهم وبشكل كبير في تحقيق قبول لدى المستثمرين، الأمر الذي نجد أثره من خلال عقود الاستثمار الاجنبي بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب التي لا تخلو من بند التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات بين الأطراف.

¹ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 08.

واللجوء للتحكيم قد يكون إما عن طريق شرط التحكيم حسب المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ التي تنص على "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي تلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تنشأ بشأن هذا العقد على التحكيم"، أو قد يكون عن طريق اتفاق التحكيم حسب المادة 1011 من نفس القانون التي تنص على "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". وأياً كانت الوسيلة التي يتم من خلالها اللجوء للتحكيم فإن هذا اللجوء يرتب أثرين هامين، الأول وهو الأثر الجالب، ونعني به جلب الاختصاص استثناءاً لهيئة التحكيم للفصل في النزاع المعروض والمتفق بشأنه من قبل الأطراف وفي حدود هذا الاتفاق، أما الأثر الثاني وهو الأثر السالب، والذي نعني به سحب الاختصاص من القضاء الوطني صاحب الاختصاص الأصلي في نظر الدعوى محل النزاع بين الأطراف، وهذا مالم يتنازل الأطراف عن هذه الميزة بشكل صريح أو ضمني.

وحيث أن التحكيم قد ذاع وانتشر في جميع أنحاء العالم وتأكدت أركانه، وفي غياب معالجة تحليلية لنظام التحكيم من طرف النظم التشريعية المختلفة، فقد فسح المجال أمام الفقه لمحاولة ضبط الطبيعة القانونية للتحكيم كنظام بديل يلجأ إليه أطراف النزاع لتسوية ما نشأ أو قد ينشأ بينهم من نزاعات، ولقد عرف الفقه في ذلك اختلافاً وتشعباً في محاولته لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، حيث ذهب البعض إلى تغليب الطابع العقدي وهذا من خلال تكييف التحكيم على أنه من قبيل الوكالة، وهذا لسببين الأول يتمثل في كون ولاية هيئة التحكيم هي ولاية خاصة، أما ولاية القاضي فهي ولاية عامة أما السبب الثاني فيتمثل في أن هيئة التحكيم لا يكون لها الفصل في النزاع إلا باتفاق الأطراف، فأنصار هذا الاتجاه وإن يعترفون بأن التحكيم يقوم على عمليتين، الأولى صادر عن أطراف التحكيم وهو اتفاق التحكيم، أما العمل الثاني والمتمثل في الفصل في النزاع وهو الصادر

¹ - قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمكمل للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 27 أبريل 1993.

عن هيئة التحكيم، إلا أن العمل الأول يستغرق ويستوعب العمل الثاني وهو يغلب الصفة العقدية على نظام التحكيم.

أما الجانب الآخر من الفقه فقد نادى بالطبيعة القضائية للتحكيم، ويرى أنه ومن أجل تقرير طبيعة نظام التحكيم لا يجب الاستغناء بالمعيار الشكلي (اتفاق التحكيم) عن باقي المعايير وأهمها المعيار الموضوعي، الذي يرى فيه أنصار هذا الاتجاه الأساس الذي تبنى عليه وظيفة هيئة التحكيم المتمثلة في الفصل في النزاع، وهي ذات الوظيفة التي يقوم بها القاضي، فاتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون وسيلة لمباشرة الدعوى التحكيمية فلا يجوز تقرير طبيعة نظام التحكيم على أساسها، بل يجب النظر في طبيعة الوظيفة والمهمة التي تقوم بها هيئة التحكيم.

أما الاتجاه الثالث من الفقه فيرى بالطبيعة المستقلة لنظام التحكيم، فلا يمكن إصباح الطابع العقدي على نظام التحكيم لأن العقد في حد ذاته لا يحل النزاع، كما أنه من الصعب الإعراف بالطابع القضائي المطلق لنظام التحكيم، فالقاضي يتولى الوظيفة القضائية على سبيل الدوام على عكس هيئة التحكيم التي تقتصر مهمتها في الفصل في النزاع المعروف أمامها، وفي حدود المهمة المسندة إليها من طرف الخصوم، فنظام التحكيم ولأن كان يتشابه مع العقد والقضاء في شيء فإنه يختلف معهما في أشياء، وهذا ما يمنح نظام التحكيم طابعا مستقلا عنهما.

الدراسات السابقة:

- ومن بين الدراسات التي تطرقت لموضوع التحكيم في منازعات عقود الإستثمار الأجنبي، نجد الدراسة التي قام بيها (عيساوي محمد)، وهذا في رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، عن جامعة مولود معميرى -تيزي وزو-، بعنوان "فعالية التحكيم في حماية الإستثمار الأجنبي في الجزائر"، والتي بحث فيها مدى قدرة المنظومة التشريعية الجزائرية المتعلقة بالتحكيم والإستثمار في توفير الحماية والضمان الكافي للإستثمار الأجنبي، وهذا من خلال ضمان فعالية التحكيم في مرحلة تكوين الحكم التحكيمي ثم في المرحلة اللاحقة لصدور هذا الحكم.

- الدراسة التي قام بها (اسعد قاسم شحراوي) وهذا في أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، عن جامعة الجزائر (1) بعنوان "وسيلة التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية"، حيث تعرض الباحث إلى مدى مواكبة نظم التحكيم العربية لقواعد التحكيم الدولية من خلال نظرة شاملة للممارسات التحكيمية في المنطقة العربية.

- الدراسة التي قام بها (باسود عبد المالك) وهذا في رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، عن جامعة "أبوبكر بالقايد - تلمسان"، وهذا بعنوان "حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي"، والتي عالج فيها مدى إمكانية تعويض قضاء الدولة بالقضاء التحكيمي في تسوية النزاع الإستثماري وضمان الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي، وهذا في ظل احتكار قضاء الدولة للوظيفة القضائية.

فإذا كانت هذه الدراسة تتشابه مع الدراسات السابقة في العنصر الأساسي للبحث، وهو التحكيم، إلا أن نظام التحكيم في العصر الحالي ونظرا لتطور المعاملات التجارية وحركة رؤوس الأموال والإستثمارات بين الدول فقد أصبح يمثل الطريق البديل لتسوية المنازعات المتعلقة بهذه المعاملات، حتى أصبح أقرب للقضاء الطبيعي خاصة في المنازعات المتعلقة بعقود الإستثمار الأجنبي، وهو ما تركز عليه هذه الدراسة وتتميز به عن سابقتها، في محاولة للإحاطة والكشف عن جانب من جوانب دور التحكيم في تسوية منازعات عقود الإستثمار الأجنبي.

أهمية الدراسة

نشاهد اليوم دلائل على تطور وازدهار التحكيم على الصعيد الوطني والدولي، بل وأكثر من ذلك فالتحكيم الدولي لم يعد في الوقت الحاضر مجرد قضاء اتفاقي يتوقف على إرادة الأطراف، وإنما صار أقرب إلى القضاء الملزم والدائم، ذلك أن التراضي على اللجوء إليه أصبح أقرب إلى التسليم بشروط محددة سلفا لا تترك مجالا واسعا لحرية الاختيار، بل وتفرض على الأطراف ولو بطريق غير مباشر، كما هو الحال في العقود النموذجية التي تحتوي على بند خاص بالتحكيم. كما أن ما يميز اتفاقات الاستثمار خاصة بين الدول المتقدمة والدول النامية هو عدم التكافؤ واختلاف المصالح، وهذا الذي

يؤدي إلى فرض شروط تكون في صالح الدول المتقدمة على حساب الدول النامية،
وشروط التحكيم من بين هذه الشروط التي لا تملك الدول النامية اتجاهه إلا الرضوخ.

ورغم الدراسات السابقة حول موضوع التحكيم وعقود الاستثمار الأجنبي، إلا أن
الطابع المتغير والتطور المستمر لكل من التحكيم والاستثمارات الأجنبية يستدعي دوما
العمل من أجل مواكبة هذه التغيرات. بالإضافة إلى أن نتائج لجوء الدول وخاصة منها
النامية للتحكيم مع المستثمرين الأجانب غير مرضية، فعلى سبيل المثال نجد أن مصر
قد دفعت حوالي 4 مليار دولار جراء خسارتها لقضايا تحكيم خلال العشر سنوات
الأخيرة¹، أما الجزائر فقد خسرت خلال السنوات الأخيرة ما قيمته 3,5 مليار دولار في
قضايا لجأ فيها الشركاء للتحكيم²، وهذا ما يستدعي البحث وإعادة البحث حول مواطن
الخلل.

فمن خلال ما سبق، فإن أهمية الدراسة تتجلى من خلال محاولة ضبط العلاقة بين
التحكيم كنظام قضائي بديل عن القضاء الوطني والدولة أو الشخص العام المتعاقد كأحد
أطراف النزاع التحكيمي، هذا في النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي، فاللجوء
للتحكيم ينتج عنه استبعاد للقضاء الوطني الذي كان يوفر للدولة والمال العام الغطاء
والحماية اللازمة، وهو ما يستلزم الكشف فيما إذا كان التخلي عن القضاء الوطني لصالح
قضاء التحكيم يستحق مثل هذه المخاطرة.

وحيث أن موضوع الاستثمارات الأجنبية وحتى التحكيم من المواضيع التي تهم
العديد من الباحثين وفي مختلف التخصصات، إلا أن هذه الدراسة ستقتصر على الجانب
القانوني فقط من الموضوع دون الجوانب الأخرى، كما أن المقصود بالتحكيم في هذه
الدراسة هو التحكيم الذي يتم في الإطار الدولي والذي تكون الدولة أو هيئة تابعة لها
طرفا فيه.

¹ - www.aljazeera.net ، تقرير منشور بتاريخ 2018/9/9، تاريخ الاطلاع 2021/05/16، علي الساعة

23:29 سا.

² - حسان براهيم، التحكيم التجاري الدولي والجزائر في الفترة البائدة...نزيف الأموال وإشكاليات قانونية، مقال منشور
على موقع www.almostathmir.dz، تاريخ الإطلاع 2022/11/26 على الساعة 18:19 سا.

أسباب إختيار الموضوع

تتعدد الأسباب الموضوعية الدافعة لدراسة موضوع التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، حيث يطرح هذا الموضوع العديد من الإشكالات القانونية، وهذا لارتباطه وتداخله مع العديد من المجالات، بالإضافة إلى التطور المستمر والمتسارع للتجارة الدولية وحركة رؤوس الأموال، مما صعب على التشريعات الوطنية استيعاب ومواكبة هذه التغيرات، وحيث أن أغلب الإستثمارات الأجنبية تستهدف ثروات البلدان، وهو ما يدفع للبحث من أجل الإحاطة بجميع جوانب الموضوع وحماية للمال العالم.

أما من ناحية الأسباب الذاتية، فإنه لم يكن هناك خلال المسار الدراسي الجامعي مقياس خاص بالتحكيم، سوى إشارة لهذا النظام ضمن مقياس قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولكن بدون تعمق وتفصيل في الموضوع، فكانت فرصة إعداد هذه الرسالة المتواضعة، فرصة لإشباع فضول الباحث، وللتعمق والبحث أكثر في هذا النظام الذي يعتبره البعض بديلا عن قضاء الدولة في تسوية المنازعات، خاصة تلك المتعلقة بالإستثمار الأجنبي.

حيث أن العديد من الجامعات العالمية قد بادرت إلى إنشاء معاهد وكليات خاصة بالتحكيم، كما أن هناك مؤسسات مختصة في تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، إلا أن مجال التحكيم في الجزائر يشهد تأخرا كبيرا مقارنة بما تعرفه الدول المتطورة في هذا الميدان، وعليه كانت هذه الدراسة المتواضعة كمساهمة بسيطة ومحاولة للإحاطة بجزء، أو أحد جوانب نظام التحكيم.

صعوبات الدراسة

تبرز صعوبة الدراسة من جوانب عديدة أهمها الاختلاف الكبير في المراكز القانونية بين أطراف العقد الاستثماري، فالدولة صاحبة السلطة والسيادة تتمتع بامتيازات يوفرها لها مركزها القانوني باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام الداخلي وكذلك

فهي تعتبر من أشخاص القانون الدولي، وهي المزايا التي لا يتمتع بها المستثمر الاجنبي المتعاقد معها، والتي تجعله في مرتبة دنيا مقارنة بالدولة أو الشخص العام المتعاقد. وبالإضافة إلى عدم التكافؤ في المراكز القانونية، نجد هناك جانب آخر من التفاوت والذي يتعلق بالجانب الاقتصادي، فالدولة المتعاقدة وخاصة منها الدول النامية وبالرغم من مركزها السيادي إلا انها وفي كثير من الأحيان تكون في مركز اقتصادي أقل بكثير من الشركات الأجنبية التي قد تبلغ ميزانياتها أضعاف ميزانية بعض الدول النامية، وهذا الاختلال وعدم التوازن في المراكز بين أطراف العقد الاستثماري يزيد من صعوبة الدراسة، بحيث أنه لكل طرف نظامه القانوني وبالتالي فإن الدراسة تستلزم مراعاة لخصوصية وطبيعة كل طرف في العلاقة.

كما أنه يمكن اعتبار التغيرات المتتالية وعدم الثبات الذي يعرفه كل من مجال التجارة والاستثمارات الدولية وحتى التغيرات التي يعرفها نظام التحكيم من بين الصعوبات التي تواجه دراسة هذا المجال من البحث، وهذا بالرغم من كثرة الدراسات وتعاقبها من طرف العديد من المختصين في فروع القانون سواء العام أو الخاص، إلا أن الطابع المتغير يجعل من الدراسات السابقة غير قادرة على مواكبة التطورات اللاحقة وحتى استيعاب الموضوع من جميع جوانبه.

بالإضافة إلى الصعوبات السابقة هناك من مميزات نظام التحكيم ما يزيد من تعقيد عملية البحث فيه، وهي ميزة السرية، هذه الميزة التي قد يراها أطراف النزاع أمراً إيجابياً، إلا أنها لا تخدم الباحثين والدارسين في هذا الميدان، بحيث تصعب من عملية الحصول على السوابق التحكيمية والاطلاع عليها، وهو ما دفع بجانب كبير من الفقه للمطالبة بتخفيف من طابع السرية الذي يمتاز به نظام التحكيم في مجال عقود الاستثمار الأجنبي والتي تكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة التابعة لها طرفاً في النزاع، وبالتالي فهي تتعلق بالمال العام، وهو ما يستلزم وجود جانب من الشفافية في تسيير هذه الأموال العمومية، هذا ما استجابت له بعض أنظمة التحكيم ومن بينها نظام اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي.

إشكالية الدراسة.

تعمل جميع الدول النامية منها والمتقدمة على جذب رؤوس الأموال من أجل الاستثمار إدراكا منها لأهميتها في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، والجزائر كدولة في طريق النمو تسعى إلى استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية من أجل الاستثمار فيها، خصوصا في هذه العشرية الأخيرة التي خصصت فيها الجزائر أموال ضخمة من أجل تحقيق برنامج استثماري هام.

وأمام واجب تحقيق التنمية الاقتصادية، الذي يلعب فيه الاستثمار الأجنبي دورا هاما، أصبح شرط التحكيم مقبولا عند أغلب الدول، والتحكيم الدولي يعتبر قضاء من نوع خاص وهو من أهم الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية، فمحاولة إيجاد توازن بين مصلحة الدولة المتعاقدة ومصلحة المستثمر الأجنبي المتعاقد معها تقتضي إيجاد وسيلة محايدة غير قضاء الطرفين تكون كفيلة بحل المنازعات التي قد تثور بشأن تنفيذ أو تفسير عقد الاستثمار.

فالدولة النامية وفي سعيها لتوفير رؤوس الأموال وجذب الاستثمارات الأجنبية تقدم تنازلات عديدة ومجحفة يمكن أن تفوق قدرة الحكومات على العمل من أجل شعوبها، ويحدث هذا عندما تصبح حماية الاستثمار غاية في حد ذاتها، بدلا من أن تكون وسيلة لتحقيق التنمية الاقتصادية، فاتفاقات الاستثمار تسمح بتخطي القضاء المحلي بالرغم من أن هذا الأخير قد يحكم بفساد تلك الاستثمارات، إلا أن المحاكم الدولية لا تهتم بالفساد ولا بمبادئ العدالة، بل تتمركز إجراءاتها حول تنفيذ الاتفاقيات والعقود الاستثمارية.

كذلك الصفة التمييزية والانفرادية للتحكيم حيث أنه يخدم الشركات الأجنبية ومصالحها في الجزائر أكثر من مصالح الجزائر التي كانت تطمح إليها، والدليل على ذلك أن الدول الغربية وفي المجالات الحساسة مثل المجال البترولي قد حسمت الموقف بإرجاع النظر في النزاعات للمحاكم الوطنية سواء كان المستثمر وطني أو أجنبي، وبقاء التحكيم فقط عندما يتعلق الأمر بدولة متطورة أو شركاتها ودولة نامية كالجزائر.

لذا فالقول بأن التحكيم الدولي يزيد من فرص الاستثمار الأجنبي غير صحيح، خاصة ان معظم الدول الآن لديها اتفاقيات استثمارية ثنائية، فظاهريا يبدو ان الاتفاقيات الثنائية تكون مبنية على أساس المعاملة بالمثل، والحقيقة أنها تطبق في الجزائر فقط، وبذلك يكون المستفيد الوحيد من الأحكام الليبرالية الواردة في اتفاقيات الإستثمار هم المستثمرون الأجانب. لذا فالميزة النسبية للدخول في تلك الاتفاقيات هي من حظ المستثمرين الأجانب فقط، حيث أصبح بإمكانهم استغلال التقاضي الدولي في أي وقت لتحقيق مكاسب خيالية حتى وإن ثبت الفساد في استثماراتهم. وفي الواقع فإن هناك إحساس لدى الكثيرين بأن التحكيم لا يمثل ضمانا كافيا لدى الدولة المضيفة وإنه ليس إلا وسيلة لحماية المستثمرين تضمن لهم تطبيق نظم قانونية دولية لا تأخذ في الاعتبار الظروف الخاصة بالدولة أو قوانينها الداخلية، فقبول الدولة النامية للتحكيم أساسه حاجتها الملحة للحصول على رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق خططها التنموية وليس بالضرورة عن قناعة من جانبها بملائمة التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار.

فكفة التحكيم تميل دوما جهة المستثمر الأجنبي خاصة إذا تعلق الاستثمار بدولة نامية كالجزائر، والتي في الغالب ما تمنح المستثمر امتيازات غير عادية، فالمستثمر الأجنبي لا يستغني عن التحكيم كما ان الدولة النامية في حاجة ملحة لرؤوس الأموال الأجنبية، هذا الأمر حتم البحث في ما هو أثر لجوء الدولة للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب؟، وحيث أن أهم انشغالات الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار عند تعاقدها مع المستثمرين الأجانب وإبرام البند التحكيمي، هو ضمان أقصى حماية لسيادتها التي تتجلى من جانبين، القضائي والتشريعي، وبالتالي فإن البحث في الإشكالية الرئيسية للدراسة تستدعي التساؤل أولا حول أثر التحكيم على الاختصاص القضائي للدولة؟ ثم البحث في ما هو أثر التحكيم على الاختصاص التشريعي للدولة؟.

ولمعالجة هذه الإشكالية والتساؤلات الفرعية وجب التطرق لموضوع الدراسة من

خلال خطة البحث التالية:

الباب الأول: أثر التحكيم على الاختصاص القضائي للدولة

الفصل الأول: لجوء الاطراف للتحكيم

الفصل الثاني: الإختصاص القضائي لهيئة التحكيم والحصانة السيادية للدولة

الباب الثاني: أثر التحكيم على الإختصاص التشريعي للدولة

الفصل الأول: تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار

الفصل الثاني: مدى حرية الأطراف وهيئة التحكيم في اختيار القواعد القانونية

المطبقة على النزاع.

وللإجابة على إشكالية الدراسة ومن أجل استيفاء جميع جوانب الموضوع فقد تضمنت منهجية البحث، المنهج الوصفي من خلال عرض أحكام التحكيم المختلفة وكذلك النصوص والقواعد القانونية المتعلقة بموضوع البحث، وحيث تستلزم الدراسة والبحث شيء من التحليل لهذه الأحكام التحكيمية وهو ما استوجب اللجوء للمنهج التحليلي في ذلك عند الحاجة لاسيما عند تحليل النصوص القانونية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، بالإضافة إلى المنهج المقارن في بعض مواضع البحث التي تستوجب المقارنة.

الباب الأول

أثر التحكيم على الاختصاص القضائي للدولة

تمهيد

يعتبر القضاء في التشريعات الحديثة قضاءً عاماً يخضع لسيادة الدولة وتتولاه السلطة القضائية فيها، وبالتالي فإن الخروج عن هذا المبدأ لا يكون إلا استثناءً واستناداً لنص قانوني¹، هذا ويكتسي اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي أهمية كبيرة باعتباره الإطار القانوني الذي يحدد ملامح العملية الإجرائية وبمعنى آخر فهو بمثابة دستور للعملية التحكيمية ومصدر سلطات هيئة التحكيم والحائل دون اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع.

فتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية وإبرامها لعقود ومعاملات مع أشخاص من القانون الخاص أثار العديد من الإشكالات القانونية، خاصة إذا كان الطرف الخاص المتعاقد شخصاً أجنبياً، والذي يرفض الاحتكام للقضاء الوطني للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار وهذا لعدم حياد هذا القضاء حسب ما يراه هو، ومن جهة أخرى بسبب الضغط المتزايد على القضاء الوطني، فقد أصبح هذا القضاء لا يستطيع تلبية ومواكبة التطورات المتسارعة للتجارة والاستثمارات الدولية، فكان لا بد من اللجوء لطرق بديلة تضمن للمتعاقد نوع من العدالة الخاصة وهذا بعيداً عن تعقيدات القضاء الوطني².

حيث أن التحكيم يمثل نوع من القضاء الخاص الذي يلجأ إليه الأطراف باتفاقهم من أجل تسوية ما قد يثور بينهم من نزاعات في معرض تنفيذ العقد الاستثماري أو تفسيره، وهذا ما يعطي لنظام التحكيم طابعه التعاقدي، فإن مسألة استبعاد القضاء الوطني بنظر النزاع الاستثماري بين الدولة والمستثمر الأجنبي يطرح إشكالات في مدى اعتبار لجوء الدولة للتحكيم بدل القضاء الوطني المختص يؤثر على السيادة والحصانة القضائية للدولة المتعاقدة والمضيفة للاستثمار؟ كما أن قبول الدولة بشرط التحكيم هل يمكن اعتباره تخلي منها عن القضاء الوطني لصالح قضاء التحكيم؟

¹ - حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار كتب القانونية، مصر، 2006، ص 71.

² - مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص 07.

والاجابة على هذه التساؤلات وجب تقسيم هذا الباب إلى فصلين، حيث نتطرق في الفصل الأول لفكرة لجوء الأطراف للتحكيم، ثم في الفصل الثاني سنعالج مسألة الاختصاص القضائي لهيئة التحكيم والحصانة السيادية للدولة.

الفصل الأول

لجوء الأطراف للتحكيم

لا يمكن إنكار الدور الهام الذي أصبح يلعبه التحكيم كآلية لفض المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار بين الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار هذا من جهة، والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى. واتخاذ الأطراف لباب التحكيم، خاصة المستثمر الأجنبي، وعزوفهم عن قضاء الدولة، مرده المزايا التي يوفرها هذا النظام البديل الذي يتميز بالسرية والتخصص وتجنب تعقيدات القواعد القانونية سواء الموضوعية أو الإجرائية مالم تتصل هذه القواعد بالنظام العام الدولي في دولة مقر التحكيم أو بلد التنفيذ¹.

وأبرز ما يميز نظام التحكيم هو قيامه على اتفاق بإرادة الأطراف سواء من ناحية اختيار التحكيم كنظام بديل عن القضاء الوطني صاحب الاختصاص، ومرورا بإجراءات التحكيم وصولا إلى القانون الواجب التطبيق وتنفيذ الحكم التحكيمي²، كل هذا يعطي لنظام التحكيم طبيعة غير متجانسة فهو عمل اتفاقي المصدر، بحيث أن هيئة التحكيم تستمد اختصاصها بالفصل في النزاع من إرادة الأطراف الحرة في اللجوء للتحكيم، وهو أيضا ذو طبيعة قضائية وهذا راجع لكون المهمة المسندة لهيئة التحكيم هي نفسها الوظيفة المنوطة بالقاضي وهي الفصل في المنازعات³.

وبسبب هذه الأهمية والمكانة التي أصبح يحتلها التحكيم كنظام بديل للقضاء الوطني، خصوصا في النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، فقد اتجهت معظم الدول إلى محاولة تنظيم العملية التحكيمية، وتقرير مدى أهلية أشخاص القانون الخاص وحتى أشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم، وما هي النزاعات التي يمكن تسويتها عن طريق التحكيم، أي بعبارة أخرى تحديد الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف في استبعاد اختصاص القضاء الوطني واللجوء لقضاء التحكيم، سواء أكانت الدولة أو أشخاص القانون العام كطرف في العقد الاستثماري (مبحث أول) أو كان هذا الطرف هو المستثمر الأجنبي (مبحث ثاني).

¹ - حفيفة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000، ص 05.

² - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005، ص 09.

³ - حفيفة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، المرجع السابق، ص 05.

المبحث الأول: الدولة والأشخاص العامة كطرف في عقود الاستثمار

لقد أدت العولمة والتفتح الاقتصادي الذي شهده العالم إلى قيام العديد من الدول بإصلاحات اقتصادية جذرية، هذه الإصلاحات أدت إلى تزايد كبير في عدد الأشخاص المعنوية، التي اتخذت أشكال مؤسسات صناعية وشركات تجارية كبيرة ذات إمكانيات هامة، تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية داخل الدولة¹.

وحيث أن الشخصية المعنوية تتمثل في "مجموعة من الأشخاص والأموال تهدف إلى تحقيق غرض معين، يمنحها القانون الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض، ويقرر لها شخصية مستقلة عن شخصية الأفراد المكونين لها وأصحاب المصالح فيها، ويمنحها الوسائل اللازمة لتحقيق أهدافها"²، وبالتالي فإن الدولة أو الهيئات التابعة لها تتمتع بكل الحرية في إبرام العقود التي تدخل ضمن الأهداف والغرض الذي أنشأت لأجله.

وإذ أن تعزيز الوضع الاقتصادي والتنموي للدولة أصبح يستدعي جذب الاستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية من خلال إبرام عقود الاستثمار بين الدولة أو الهيئات التابعة لها مع المستثمرين الأجانب، هذه العقود التي تحمل بين طياتها مخاطرة كبيرة بالنسبة للطرفين³، وأصبحت لا تخلو من شرط التحكيم الذي يمثل ضماناً قضائية لكل مستثمر أجنبي، لكن هذه الضمانة طرحت العديد من الإشكالات بالنسبة للدولة المتعاقدة والمضيفة للاستثمار، وهذا سواء من حيث لجوئها للتحكيم وقبولها باستبعاد اختصاص قضائها الوطني (مطلب أول) أو من ناحية مسؤولية الجهاز التابع للدولة عن شرط التحكيم (مطلب ثاني).

¹ - بالعسلي ويزة، المسؤولية الجزائرية للشخص المعنوي عن الجريمة الاقتصادية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص 05.

² - أنور محمد صدقي المساعدة، المسؤولية الجزائرية عن الجرائم الاقتصادية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 381.

³ - إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 07، كلية الحقوق، جامعة الزاوية، ليبيا، 2015، ص 284.

المطلب الأول: لجوء الدولة والأشخاص العامة للتحكيم

يمثل التحكيم نظاماً اجرائياً تعاقدياً، بحيث يكون اللجوء إليه من قبل أطراف النزاع اختيارياً، ويترتب على ذلك استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في النزاع، عن طريق التوسيع الاتفاقي للاختصاص¹، لكن هذا اللجوء للتحكيم لا يكون إلا باحترام القواعد القانونية الوطنية، وبذلك يكون للتحكيم التكيف مع متطلبات التجارة الدولية وحركة الاستثمارات ورؤوس الأموال بين الدول².

فإذا كان أساس التحكيم هو حرية أطراف النزاع في اللجوء إليه كوسيلة بديلة لتسوية ما قد ينشأ بينهم من نزاعات بخصوص تفسير أو تنفيذ العقد الاستثماري المبرم، فهذه الحرية يجب أن تكون في حدود ما سطره المشرع الوطني، خاصة إذا تعلق الأمر بأحد أشخاص القانون العام، فأهم خلاف قد يبرز عند بدأ إجراءات التحكيم يتمثل في مدى أهلية أطراف النزاع في اللجوء للتحكيم خاصة إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها طرفاً في النزاع (فرع أول)، وما هو القانون الواجب التطبيق لتحديد مدى أهلية الشخص المعنوي العام (فرع ثاني).

الفرع الأول: أهلية الدولة والأشخاص العامة في إبرام شرط التحكيم

إن صحة شرط التحكيم المبرم ضمن عقد الاستثمار، أو ضمن اتفاق لاحق لنشوء النزاع يقتضي الموافقة الصريحة لأطراف العقد، ولما كانت عقود الاستثمار الأجنبي تتميز بالطبيعة الخاصة لأطرافها وعدم تساوي المراكز القانونية، فالدولة ذات السيادة تتعاقد مع طرف أجنبي خاص، الأمر الذي يدفع إلى طرح السؤال في مدى أهلية الدولة والأشخاص العامة في إبرام شرط التحكيم ضمن عقود الاستثمار الأجنبي؟ والاجابة على هذا السؤال تقتضي التطرق لكل من الموقف القضائي والتشريعي من المسألة.

¹ - جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009، ص36.

² - جعفر مشيمش، المرجع نفسه، ص41.

أولاً: الموقف القضائي

عرف الموقف القضائي بالنسبة للجوء الدولة أو الهيئات التابعة لها للتحكيم اختلافاً ما بين القضاء العادي والقضاء الإداري وحتى القضاء التحكيمي، فهناك من أيد لجوء الدولة وأشخاص القانون العام للتحكيم، كما نجد من تشدد في هذه المسألة ورفض مثل هذا الاستبعاد لقضاء الدولة واللجوء للتحكيم وهذا لعدة أسباب:

1- القضاء العادي:

اتجه القضاء العادي في فرنسا في بداية الأمر إلى رفض التحكم بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص، وهذا استناداً إلى نص المادة (1004) من قانون المرافعات الفرنسي، التي تشترط إبلاغ النيابة العامة وحضورها في الدعوى المتعلقة بها، وبالتالي فإبرام شرط التحكيم في مثل هذه المنازعات يحرم الدولة والأشخاص العامة من الحماية التي يمنحها المشرع¹.

ولكن سرعان ما تغير موقف القضاء العادي في فرنسا حيث أصبح يجيز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم بينها وبين الخواص وهذا في النزاعات التي تدخل في اختصاصه ولا يتوافر فيها الطابع الإداري، حيث بدأت بوادر هذا التغيير بالحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ (10/04/1957) في قضية (ميرتون ستميشيب) الذي أقر صحة لجوء الدولة الفرنسية للتحكيم وفقاً للعقد الخاضع للقانون الإنجليزي الذي لا يمنع لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في تعاقدهم مع الخواص، كما وثبتت محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه ولكن بشرط توافر أمرين، أولهما أن يتعلق النزاع بعقد دولي أما الثاني فيلزم لقبول لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم أن يكون القانون الذي يحكم هذا العقد يجيز هذا الشرط، ثم وفي تطور لاحق أصبح القضاء العادي الفرنسي يجيز

¹ - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص139.

لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في النزاعات المتعلقة بالعقود الدولية وأصبح البطلان يقتصر على التحكيم في العلاقات الداخلية فقط¹.

ومن بين القرارات التي جسدت صحة لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في نزاعاتها مع أشخاص القانون الخاص ما يلي:

قرار GALAKIS:

حيث أنه وبسبب إلغاء عقد إيجار سفينة من طرف وزارة التجارة البحرية الفرنسية والتابعة للدولة الفرنسية قام الكابتن (Glakis) باللجوء إلى التحكيم استناداً إلى المادة (17) من العقد، فصدر قرار تحكيمي بتاريخ (1953/10/22) يقضي بتعويض السيد (Glakis) وتم منح هذا القرار التحكيمي الصيغة التنفيذية من طرف رئيس محكمة السين، غير أنه وبسبب اعتراض الوكيل القضائي للخزينة فقد قضت المحكمة ببطلان البند التحكيمي والقرار التحكيمي، لكن وبعد استئناف القضية أمام محكمة استئناف باريس وبتاريخ (1961/02/21) أصدر القاضي حكمه يقضي ببطلان حكم المحكمة وتثبيت القرار التحكيمي².

فالطعن المقدم من طرف الوكيل القضائي للخزينة جاء على أساس عدم أهلية أشخاص القانون العام لإبرام شرط التحكيم مهما كانت طبيعة نشاطهم، كما أن قواعد الأهلية تخضع لقواعد القانون الفرنسي دون قانون العقد وأن أي تنازل عن هذه القواعد فسيؤدي إلى مخالفة قواعد النظام العام في البلد، غير أن رد محكمة استئناف باريس جاء كما يلي: "إن الحظر الناتج عن المادتين 83 و1004 من قانون المرافعات الفرنسي لا يثير مسألة أهلية بمعنى المادة (03) من القانون المدني، وأنه على محكمة الاستئناف فقط البث في مسألة ما إذا كانت القاعدة المقررة بالنسبة للعقود الداخلية، يتوجب تطبيقها أيضاً على العقد الدولي المبرم لحاجات التجارة الدولية وطبقاً لعاداتها"³.

¹ - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص140.

² - إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص117.

³ - إياد محمود بروان، المرجع نفسه، ص118.

قرار MYRTOON STEAMSHIP:

فبسبب خلاف وقع بين إدارة النقل البحري الفرنسية وبين شركة (MYRTOON STEAMSHIP) اتجهت هذه الأخيرة إلى التحكيم لتسوية هذا النزاع استنادا للعقد الموقع بين الطرفين بتاريخ (1940/02/29)، وبعد صدور حكم تحكيمي لصالح الشركة المتعاقدة قامت الدولة بالاعتراض على هذا القرار مستندة في ذلك إلى أن الدولة والأشخاص التابعة لها لا تتمتع بالأهلية القانونية لإبرام شرط التحكيم، غير أن محكمة استئناف باريس رفضت هذا الدفع معتبرة أن المنع يشمل العقود الداخلية دون العقود ذات الطابع الدولي¹.

أما في الجزائر ورغم قلة الاجتهادات القضائية في هذا الباب، إلا أننا نجد قرارا للمحكمة العليا بتاريخ (2010/06/03) صدر بخصوص النزاع الذي نشأ بين مؤسسة عمومية متمثلة في ديوان المركب الأولمبي محمد بوضياف وشركة الأشغال (ر. ك)، حيث لم يستبعد القرار الصادر عن المحكمة العليا إجراء التحكيم استنادا لعدم أهلية المؤسسات التابعة للدولة في اللجوء للتحكيم، بل ارتأت المحكمة العليا إلى وجوب عرض النزاع على التحكيم تطبيقا لنص المادة (13) من الاتفاقية المبرمة بين الطرفين التي تلزمهما باللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب أي نزاع بينهما².

2- القضاء الإداري:

ما يميز التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي هو الطبيعة المختلطة لأطراف هذا النزاع، وهو ما أدى إلى فسخ المجال أمام إمكانية تطبيق العديد من الأنظمة القانونية بحيث جعلت التحكيم يقع في مفترق الطرق بين القانون الخاص والعام³، فإذا كان القضاء العادي وقف موقفا متساهلا حيال لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، فإن القضاء الإداري قد تبنى موقفا متشددا حيث ظل يمنع أي لجوء للتحكيم بين الدولة أو

¹ - إباد محمود بروان، المرجع السابق، ص 115.

² - قرار الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا بتاريخ 2010/06/03 ملف رقم 626204، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، ص 250/247.

³ - Franck Latty, Arbitrage Transnational et droit international général (2008), Annuaire français de droit international, CNRS Editions, Paris, 2008, P471.

أشخاص القانون العام وبين أشخاص القانون الخاص وهذا في النزاعات التي تدخل في صلب اختصاصه، مالم يوجد نص قانوني صريح يبيح ذلك، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه سنة (1986) عند إبرام الدولة الفرنسية لعقد مع شركة (والت دزني) حيث اشترطت هذه الأخيرة إدراج شرط التحكيم كآلية لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الأطراف عند تنفيذ العقد، حيث انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أن أشخاص القانون العام لا يمكنها استبعاد قواعد الاختصاص القضائي، وبالتالي اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها مع الخواص مالم يوجد نص تشريعي صريح يبيح لها ذلك، والهدف من هذا المنع هو تجنب إفلات أشخاص القانون العام من ولاية القضاء الإداري، كما أشار مجلس الدولة إلى أن هذا المنع لا يتعلق بقاعدة دستورية وإنما قانوني يجوز الخروج عنه بتشريع خاص¹.

ومن خلال دراسة قرار مجلس الدولة الفرنسي يتضح أن هذا القرار يشمل جميع أشخاص القانون العام بما فيها الأشخاص المعنوية ذات الطابع الصناعي والتجاري، كما أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعتمد على المعيار الذي وضعه القضاء العادي في التمييز بين التحكيم الدولي والداخلي²، كما أنه ورغم إغلاق مجلس الدولة الباب أمام أشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم بدعوى انتهاك قواعد الاختصاص القضائي، إلا أنه وضع مخرجا من خلال وجود نص تشريعي أو معاهدة تجيز هذه العملية.

ومن النقد الموجه لقرار مجلس الدولة الفرنسي أنه أعتبر العقد الموقع من طرف الدولة الفرنسية وشركة (والت دزني) عقدا داخليا هذا رغم توافر عناصر الدولية والتجارية بصفة واضحة من خلال وجود عنصر أجنبي في العقد ومن خلال شراء وبيع أراضي وبناء فنادق كلها يمكن اعتبارها استثمارات أجنبية، كما وقد انتقد هذا القرار من جهة استبعاده للاتفاقيات الدولية الموقعة من طرف الدولة الفرنسية وخصوصا اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، ولو أن الأطراف لم يشيروا إليها في العقد

¹ - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص 141.

² - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العالي، المرجع نفسه، ص 143.

الموقع إلا أنه كان بإمكان مجلس الدولة الاسترشاد بنصوصها التي أعطت مفهومها موسعا للاستثمار وكذلك إمكانية لجوء الدولة للتحكيم¹.

وبسبب رفض مجلس الدولة الفرنسي لفكرة لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في تعاقدها مع الخواص، وأمام شرط التحكيم الذي وضعته شركة (والت دزني) والذي رفضت التنازل عنه، اتجهت الحكومة الفرنسية إلى إصدار مشروع قانون تجيز بموجبه للدولة وأشخاص القانون العام إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية، حيث تم إصدار هذا القانون بتاريخ (1986/07/19) والذي تسمح المادة (09) منه للدولة وأشخاص القانون العام بإبرام شرط التحكيم مع الشركات الأجنبية بشرط أن يكون ذلك من أجل تحقيق مصلحة ومنفعة وطنية.

3- القضاء التحكيمي:

أصبح التحكيم الاستثماري يعتمد بشكل واسع على اتفاقيات الاستثمار الثنائية وحتى متعددة الأطراف²، وهو ما أدى إلى انتشار سريع ومتزايد للتحكيم بين الدولة والمستثمرين الأجانب خصوصا بعد سنة (1990)، وهي السنة التي أصدر فيها المركز الدولي لتسوية النزاعات بين الدول والمستثمرين الأجانب تفسيره بخصوص القضية التي عرضت أمامه بين شركة (Asian Agricultural Products LTD) من جهة ودولة سريلانكا من جهة أخرى، حيث أشار اجتهاد المركز إلى أن لجوء الدولة للتحكيم لا يكون بالضرورة عن طريق شرط التحكيم المدرج ضمن عقد الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، بل يمكن أن يكون عن طريق اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تبرمها الدولة مع الدول الأخرى وهو الشرط الذي تحققه اتفاقية الاستثمار الثنائية بين دولة سريلانكا والمملكة المتحدة³.

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص112.

² - Patrik Jacob, Franck Latty, Arnaud de Nanteuil, Arbitrage D'investissement et droit international général (2017), Annuaire français de droit international, CNRS éditions, 2017, P649.

³ - Franck Latty, OP cit, P470.

فموقف قضاء التحكيم كان أكثر تحرراً وتوسعا من الموقف الذي عرفه القضاء الإداري، فجهات التحكيم أخذت منذ البداية بأحقية الدولة والأشخاص العامة في اللجوء للتحكيم في عقودها المبرمة مع الخواص، متخذتا في ذلك عدة مبررات منها ما تعلق بالنظام العام الدولي ومنها ما استند إلى القانون الداخلي للشخص العام¹.

فقد اتجه جانب من الفقه إلى اعتبار لجوء الدولة والأشخاص العامة للتحكيم يمكن اعتبارها قاعدة من قواعد النظام العام عبر الدولي، وهذا استنادا إلى اعتبارات أخلاقية وسلوكية وأخذا بمبدأ حسن النية في التعاقد، وهو ما أخذت به بعض أحكام التحكيم في تقريرها لأهلية أشخاص القانون العام باللجوء للتحكيم ومثال عن ذلك النزاع الذي نشأ بين المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية وعدد من الشركات الفرنسية، حيث تم الدفع بعدم أهلية المنظمة الإيرانية باللجوء للتحكيم استنادا لعدم توفر ترخيص من البرلمان حسب أحكام المادة (139) من الدستور الإيراني، غير أن هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع استنادا إلى مبدأ حسن النية الذي أصبح يمثل أحد قواعد النظام العام الدولي، وهو من المبادئ المعترف بها في قانون الشعوب أو قانون التحكيم الدولي وبذلك يكون للمنظمة الإيرانية للطاقة الذرية الأهلية الكاملة في اللجوء للتحكيم².

أما جانب آخر من الفقه فقد أخذ بأحكام القانون الداخلي من أجل تقرير أهلية الدولة وأشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم، وبهذا الاتجاه أخذت هيئة التحكيم في القضية رقم (1968/1526) بين إحدى الدول الأفريقية وطرف أجنبي ذو جنسية بلجيكية، فبسبب وقف الدولة الأفريقية لعقد امتياز الطرف البلجيكي الخاص بشراء المنتجات المنجمية المستخرجة على إقليمها، عمد الطرف البلجيكي إلى اللجوء للتحكيم، حيث دفعت الدولة المتعاقدة بعدم أهليتها لإبرام شرط التحكيم استنادا لقانون العقد، غير أن رد هيئة التحكيم كان برفض هذا الادعاء وقبول صحة البند التحكيمي استنادا إلى القانون الداخلي للدولة المتعاقدة الذي يجيز إبرام شرط التحكيم، حيث أنه من غير المقبول أن

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 124.

² - إياد محمود بروان، المرجع نفسه، ص 129.

تحاول الدولة التحلل من التحكيم وهذا بالرجوع لقانون آخر في الوقت الذي يسمح قانونها الوطني باللجوء للتحكيم.

وفي نزاع آخر نشأ بين مؤسسة عامة سورية وشركتين ألمانية وسويسرية، حيث أثيرت مسألة أهلية المؤسسة العامة السورية استنادا إلى غياب ترخيص مجلس الدولة لهذه المؤسسة باللجوء للتحكيم، وفي رد هيئة التحكيم على هذا الادعاء أشارت إلى أن المادة (44) من قانون مجلس الدولة السوري رقم 59/55 تنص على أن الوزارات والمصالح العامة يجب أن تطلب وتستحصل على ترخيص من مجلس الدولة قبل إبرامها أو قبولها لعقد أو بند تحكيمي، غير أن المصلحة المتعاقدة ليست وزارة ولا مصلحة عامة إنما هي مؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي تخضع لأحكام المرسوم التشريعي رقم 74/18 المتعلق بالمؤسسات والشركات والمشروعات العامة ذات الطابع الاقتصادي، وبالتالي فالمؤسسة المتعاقدة تعتبر تاجرا فهي بذلك لا تخضع لإلزامية ترخيص مجلس الدولة من أجل إبرام شرط التحكيم¹، وفي الأخير فقد اعتبرت هيئة التحكيم أن البند التحكيمي يعد صحيحا وهذا استنادا لأحكام القانون الداخلي السوري وملزما للأطراف.

ثانيا: الموقف التشريعي

وكنظيره في الموقف القضائي، فقد عرف الموقف التشريعي اختلافات وتجاذبات بخصوص مدى أهلية الدولة وأشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم وهذا لعدة اعتبارات، أهمها هو الحرص على المركز السيادي للدولة وحصانتها. ويرجع أساس الاختلاف في المواقف التشريعية من اللجوء للتحكيم بين الدولة والمستثمر الأجنبي إلى اختلاف النظم القانونية المعتمدة بين الدول، فلما كان اتجاه دول القانون الموحد مؤيدا ومشجعا للتحكيم نجد أن دول القانون اللاتيني ومن بينها الجزائر فقد كانت تعارض هذا الاتجاه، لكن ومع تطور الأوضاع الاقتصادية والحاجة الماسة لرؤوس الأموال والاستثمارات الأجنبية تدرج هذا الموقف حسب ما يلي:

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 129.

1- في القانون الداخلي:

اختلفت التشريعات الوطنية في تحديد مدى أهلية الدولة والهيئات التابعة لها في اللجوء للتحكيم، فإذا كانت دول القانون الموحد قد انتهجت موقفا متحررا ومتفتحا من التحكيم، إلا أن دول القانون المدني انتهجت موقفا مغايرا، بحيث منعت الدولة والأشخاص العامة التابعة لها من اللجوء للتحكيم باعتبارها أشخاصا تتمتع بالسلطة العامة لا يمكن مساواتها مع أشخاص القانون الخاص، فلجوؤها للتحكيم في تعاقدتها مع الخواص يعني تنازلها عن مركزها السيادي وخروج النزاعات عن اختصاص القضاء الوطني صاحب الاختصاص¹.

وحيث أنه لم يكن من المتصور إبان وضع التقنيات الفرنسية في بداية القرن التاسع عشر أن تدخل الدولة في علاقة متساوية مع الأفراد الخاضعين للقانون الخاص والوقوف أمام المحكم على قدم المساواة، لكن ومع تنامي التجارة الدولية وتطور الحياة وازدياد تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، أصبحت فكرة عدم أهلية الدولة والهيئات التابعة لها في اللجوء للتحكيم استنادا إلى ما تتمتع به أشخاص القانون العام من سلطة وسيادة، أمرا خطيرا يؤثر على الحياة الاقتصادية والتنموية للدولة ذاتها كما ويتعارض مع مبدأ المشروعية والمساواة أمام القانون، فالدولة أو الهيئات التابعة لها عند إبرامها لعقود مع أشخاص القانون الخاص وممارستها لأعمال تخضع لأحكام القانون الخاص فهذا الأمر يستدعي أهليتها في اللجوء للتحكيم²، ولأجل ذلك اتجهت العديد من الأنظمة القانونية إلى إقرار أهلية الدولة والأشخاص التابعة لها في اللجوء للتحكيم مثل المشرع البرتغالي والفرنسي³.

¹ - العيسوي حسين، الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية أمام القاضي المحكم، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2015، ص 133.

² - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص 137/138.

³ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 131.

أما المشرع الجزائري فقد تأخر في إصدار تنظيم فعلي للتحكيم حتى سنة 1993¹، وهذا عن طريق المرسوم التشريعي 09/93²، ففي البداية كانت الجزائر ترفض فكرة التحكيم الاستثماري بحيث أصدرت قانون الاستثمار الجديد³ بموجب الأمر 284/66 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 والذي لم يشر للتحكيم كطريق لتسوية النزاعات بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وهو ما فسره البعض على أنه رفض ضمني لهذا المسلك وهو ما تؤكد المادة 03/442 من قانون الإجراءات المدنية⁴ لكن وفي المقابل نجد أن التطبيق العملي عرف بعض الخروقات لنص هذه المادة⁵.

ثم بعد ذلك وفي تطور متسارع ناتج عن التغيرات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر نجد صدور الأمر 80/71 الصادر في 1971/17/29 المتضمن تعديل الأمر 154/66 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية، حيث جاء بتعديل للمادة (442) بحيث أصبحت تجيز للشركات الوطنية والمؤسسات العمومية اللجوء للتحكيم في النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية والتزاماتها التعاقدية، ولكن للإشارة فإن هذا التعديل سمح باللجوء للتحكيم بين المؤسسات العمومية والشركات الوطنية فيما بينها و فقط دون الشركات الأجنبية⁶.

ثم تلي ذلك صدور القانون 11/82 المؤرخ في 21 غشت 1982 المتعلق بالاقتصاد الخاص الوطني⁷، الذي ألغى الأمر 284/66 المتضمن قانون الاستثمار وهذا بموجب المادة (41) منه، ومن خلال استقراء نصوص هذا القانون نلاحظ أنه حصر

¹ - ALLIOUCH- KERBOUA- MEZIANI Naima, L'arbitrage commercial International En Algeria, Office des Publications Universitaires, 2010, P6.

² - المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993، المعدل والمكمل للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 27 أبريل 1993.

³ الأمر رقم 284/66 المؤرخ في 17 جمادي الأول عام 1386 الموافق لـ 15 سبتمبر 1966 م، المتضمن قانون الإستثمار، جريدة رسمية عدد 80، بتاريخ 17 سبتمبر 1966.

⁴ - حسن طالبي، تسوية النزاعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص07.

⁵ - ALLIOUCH- KERBOUA- MEZIANI Naima, OP cit, P7

⁶ - حسن طالبي، المرجع السابق، ص07.

⁷ - القانون 11/82 المتعلق بالاقتصاد الوطني الخاص، المؤرخ في 21/08/1982، جريدة رسمية عدد 34، المؤرخة في 24/08/1982.

مجال الاستثمار في الأشخاص المعنوية الوطنية أو المقيمة في الجزائر، لذلك لا نجد ضمن هذا القانون نصوص متعلقة بتسوية النزاعات عن طريق التحكيم وهذا لعدم وجود أي طرف أجنبي في العلاقة، أي أن المحاكم الوطنية تبقى صاحبة الاختصاص في تسوية النزاعات التي قد تنشأ عن هذه العقود.

وفي سنة 1988 وفي ظل الأزمة الاقتصادية التي عرفتها البلاد وسعيها للقيام بالإصلاحات اللازمة لتجاوز هذه الأزمة أصدر المشرع الجزائري القانون 01/88 المتضمنة القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية¹ الذي ألغى المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي و عوضها بالمؤسسة العمومية الاقتصادية²، وكذلك القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض³، وإن كان مجال هذا القانون يبتعد عن الاستثمار وتسوية النزاعات إلا أنه ومن خلاله يمكن استقراء التوجه الذي اتخذه المشرع، حيث نص ضمن مواده على إمكانية تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر من أجل تمويل الأنشطة الاقتصادية، أي فتح المجال أمام رؤوس الأموال الأجنبية من أجل الاستثمار في الجزائر⁴.

وفي سنة 1993 صدر مرسومان تشريعيان مهمان، الأول يتمثل في المرسوم التشريعي 12/93 وهو المرسوم الذي فتح الباب أمام الاستثمار الأجنبي في الجزائر والذي يمثل التوجه الاقتصادي الجديد للدولة⁵، أما المرسوم الثاني فيتمثل في المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم للأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية⁶

¹ - القانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المؤرخ في 12 يناير 1988، جريدة رسمية عدد 02، المؤرخة في 13 يناير 1988.

² - عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمار في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 10.

³ - القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض، المؤرخ في 14 أبريل 1990، جريدة رسمية عدد 16، المؤرخة في 18 أبريل 1990.

⁴ - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 12.

⁵ - المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الإستثمار ، المؤرخ في 05/10/1993، الجريدة الرسمية عدد 64، الصادرة بتاريخ 10/10/1993.

⁶ - المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم للأمر 154/66 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 08 جوان 1966، الجريدة الرسمية عدد 27، الصادرة بتاريخ 27 أبريل 1993.

والذي جاء بتعديل للمادة (442) حيث أصبح بإمكان الدولة والهيئات التابعة لها اللجوء للتحكيم في علاقاتها التجارية الدولية، كما تم إضافة عنوان جديد يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، غير أن هذا المرسوم قد تم إلغاؤه بموجب القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا بسبب الجدل الفقهي الذي أثاره سابقه¹.

وفي الأخير نشير للقانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار²، وهو الذي نص في مادته (24) على التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة أو الهيئات التابعة لها وبين المستثمرين الأجانب، حيث نص على التحكيم كضمانة قضائية وتشريعية لأي استثمار أجنبي.

ومن خلال استقراء مجموع النصوص القانونية والتشريعية التي مر بها التحكيم في الجزائر نلاحظ أن المشرع الجزائري كان في البداية رافضا لفكرة التحكيم رغم ما وصف من طرف بعض الفقهاء أن هذا الرفض التشريعي في هذه الفترة قابلته ممارسات عملية وتجاوزات عديدة، وبعد هذه المرحلة وإثر الأزمة الاقتصادية التي مرت بها البلاد اتجه المشرع الجزائري إلى التخفيف من قبضته تدريجيا وفتح المجال أمام الاستثمار الأجنبي في الجزائر الذي اتبعه قبول للتحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات بين الدولة أو الهيئات التابعة لها والمستثمر الأجنبي³.

2- الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

تمثل منازعات الاستثمار والتجارة الدولية الميدان الخصب الذي ازدهر فيه التحكيم، حيث أن المستثمر الأجنبي يرفض الاحتكام لقضاء الدولة كما أن الدولة ترفض التنازل عن حصانتها القضائية لصالح قضاء دولة أخرى، فظهر التحكيم كأحد أهم البدائل لتسوية النزاعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، ولقد اهتم المجتمع

¹ - عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، بدون تاريخ المناقشة، ص 09/10.

² - القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار، المؤرخ في 03 غشت 2016، الجريدة الرسمية عدد 46، الصادرة بتاريخ 03 غشت 2016.

³ - حسن طالبي، المرجع السابق، ص 10.

الدولي بتنظيم التحكيم من خلال وضع اتفاقيات ثنائية وجماعية وذلك منذ عام 1923 حيث تم إبرام بروتوكول جنيف في 1923/09/24 تحت إشراف عصبة الأمم، ثم بعد ذلك تم إبرام اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في 1927/09/26¹، ثم تلى ذلك اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في 1958/06/10². ونظرا للانتشار الواسع للتحكيم، هذا الأمر دفع بلجنة القانون التجاري للأمم المتحدة لوضع القواعد النموذجية للتحكيم (اليونسترال)، حيث أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه القواعد بموجب القرار (98/31) بتاريخ (1976/12/15)³.

ومن بين أهم الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم، نجد اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى⁴، هذه الاتفاقية التي تتيح للدولة اللجوء للتحكيم في النزاعات التي قد تنشأ بينها وبين المستثمرين الأجانب بشرط وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة المضيفة للاستثمار مع دولة المستثمر الأجنبي، ومن نتائج هذه الاتفاقية تم انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في إطار بنك الإنشاء والتعمير، بحيث أن الغرض منه هو توفير الوسائل اللازمة من أجل تسوية النزاعات بين الدولة المتعاقدة والمستثمرين من رعايا دول أخرى⁵.

وتبرز أهمية هذه الاتفاقية من خلال توفير مكانة للمستثمرين الأجانب تسمح لهم بالوقوف على قدم المساواة مع الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار بالرغم من عدم تمتع المستثمر الأجنبي بالشخصية الدولية، كما وتتضمن اتفاقية واشنطن نظاما تحكيميا

¹ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، المرجع السابق، ص 24.

² - صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/5، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 48 بتاريخ 1988/11/23، فهذه الاتفاقية وإن كانت لا تقر أهلية الدولة والهيئات التابعة لها في اللجوء للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، إلا أنها تمثل حجر الزاوية أو شبه دستور عالمي للتحكيم، بحيث أنه لا معنى لأي حكم تحكيمي إذا لم تكن هناك طريقة أو وسيلة للاعتراف به وتنفيذه، وقد تم اعتماد هذه الاتفاقية في (1958/06/10) أما دخولها حيز النفاذ فكان في (1959/06/7).

³ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، المرجع السابق، ص 25.

⁴ - تمت المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى بموجب المرسوم الرئاسي 346/95 المؤرخ في 1995/10/30، والصادر في الجريدة الرسمية عدد 66 بتاريخ 1995/11/05.

⁵ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 68.

متكاملا بدءا بإجراءات طلب التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وانتهاء بطرق الطعن وتنفيذ أحكام التحكيم، هذا النظام يسمح للمركز بالتمتع باستقلالية تامة عن مختلف نظم التحكيم الأخرى وحتى من النظم القانونية الداخلية للدول¹.

أما من جانب الاتفاقيات الثنائية فهي تعد الوسيلة الأكثر شيوعا واستعمالا بهدف جذب الاستثمارات الأجنبية، لكن الجزائر رفضت مثل هذا الشكل من الاستثمار خوفا على سيادتها الاقتصادية خاصة في المرحلة التي تلت الاستقلال، هذا الأمر انعكس على المنظومة التشريعية للدولة، لكن ورغم ذلك نجد بعض الخروقات لهذا التوجه، ومن بينها الاتفاق الجزائري الأمريكي حول تشجيع وحماية الاستثمارات بين البلدين²، حيث تم الاتفاق على التحكيم كطريق بديل يمكن اللجوء إليه لتسوية ما قد ينشأ من خلافات أثناء تنفيذ عقود الاستثمار بين البلدين، ولقد انتقدت هذه الاتفاقية كونها أبرمت خلال الفترة التي كان المشرع يمنع على الدولة وأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم استنادا للمادة (442) من الأمر 154/66، ولكن هناك من يبرر مثل هذا اللجوء للتحكيم بالاستناد للمادة (132) من الدستور التي تجعل من الاتفاقيات التي يبرمها رئيس الجمهورية تسمو على القانون الداخلي³.

لكن وبعد الأزمة الاقتصادية التي مرت بها الجزائر ظهرت بوادر التحول من النظام الاشتراكي إلى نظام اقتصاد السوق الذي حتم وضع قواعد تشريعية جديدة تتناسب واهداف المرحلة القادمة، بحيث نجد أن الجزائر أبرمت (88) اتفاقية ثنائية تتعلق بالاستثمار حتى جوان 2020⁴.

¹ - قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 07.

² - صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم 19/90 المؤرخ في 17/10/1990.

³ - محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008، ص 16.

⁴ - القائمة متوفرة على موقع www.industrie.gov.dz، الإطلاع في 25/09/2021، علي الساعة 21:23 سا.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية الأشخاص المعنوية العامة

إن موضوع أهلية الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها يحكمها مبدأ عام يتمثل في خضوع أشخاص القانون العام لقانون الدولة نفسها التي تنتمي إليها، وحيث أن لكل قاعدة استثناءات فإنه لا يمكن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه خصوصاً في مجال العلاقات والاستثمارات الدولية، ولأجل ذلك كان من الضروري إيجاد وسائل وبدائل تسمح بإيجاد حلول تستجيب لمقتضيات التجارة الدولية وللمشاكل التي قد تطرحها العلاقة دولة مستثمر أجنبي.

أولاً: المبدأ العام

تتطلب معظم التشريعات والقوانين أهلية أشخاص القانون العام من أجل إبرام شرط التحكيم، وكذلك نجد اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية تشترط أهلية أشخاص القانون العام في إبرام شرط التحكيم وهذا تحت طائلة رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم، والمقصود بالأهلية في هذا المقام، هي أهلية الأداء، أي القدرة على انشاء الحقوق والالتزامات عن طريق مباشرة التصرفات القانونية المختلفة، لكن هذه الاتفاقية لم تبين ما هو القانون الواجب التطبيق لتحديد أهلية أشخاص القانون العام¹.

إن خضوع الأشخاص المعنوية العامة للرقابة التي تمارسها الدولة ولنظامها القانوني تستدعي تطبيق القواعد القانونية الوطنية على أهلية الأشخاص القانون العام أيضاً، فهذا الخضوع يستمد من كون الشخص المعنوي العام المتعاقد مع الطرف الأجنبي انبثاق أو جزء من الشخصية المعنوية للدولة نفسها، وإلى جانب ذلك فإن الشخص المعنوي العام ملزم بالحدود التي أنشأ من أجلها، وبالتالي فإن حدود الأهلية ترسمها القواعد القانونية التي لا يمكن للشخص العام مخالفتها²، كما أن أهلية أشخاص القانون العام لا تمس أهليتهم التعاقدية ولكن قد تمس قبولهم لبعض الشروط أو الالتزامات في تلك العقود خاصة مع الأطراف الأجنبية.

¹ - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 131.

² - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 136.

والمقصود بأهلية أشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم هو تمتع هذه الأشخاص ضمن علاقاتها القانونية بحرية اختيار التحكيم كطريق بديل لتسوية النزاع، وتمنح هذه الصلاحية غالبا في النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار وبصفة عامة تلك المتعلقة بعقود الدولة، ولتحديد القانون الذي يحكم أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم يجب الرجوع للنظام القانوني الذي يستند إليه الشخص المعنوي العام سواء من حيث تكوينه أو تأسيسه وكذلك المهام المسندة إليه، فالدولة باعتبارها إحدى أشخاص القانون الدولي فهي تكتسب شخصيتها المعنوية من خلال الاعتراف الدولي بها، أما باقي الأشخاص المعنوية سواء الإقليمية أو المرفقية فهي تعتبر امتدادا لشخصية الدولة داخل إقليمها، فهي بالتالي تستمد شخصيتها المعنوية من القانون الداخلي للدولة نفسها¹، وعليه فإن تقرير مدى أهلية الشخص المعنوي العام في اللجوء للتحكيم مع المستثمر الأجنبي يخضع للقانون الداخلي للدولة المتعاقدة كأصل عام.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على المبدأ العام

والمقصود بالاستثناءات في هذه الحالة، أنه وعلى الرغم من تقرير القانون الوطني لعدم أهلية الشخص العام في اللجوء للتحكيم، إلا أن هيئة التحكيم ترفض مثل هذا الدفع المقدم سواء من الشخص العام أو حتى من قبل المستثمر الأجنبي، وأساس هذا الاستبعاد قد يكون إما بسبب مضمونه أو بسبب موقف الأطراف المتعاقدة². وهذا الاتجاه قد تبناه جانب من الفقه وكذلك أحكام القضاء وأحكام التحكيم عن طريق وضع حلول بديلة تشكل خروجاً عن التطبيق المطلق لقانون الدولة المتعاقدة في موضوع أهلية أشخاص القانون العام³.

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص240.

² - أياد محمود براون، المرجع السابق، ص138.

³ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص73.

1- استبعاد قانون الدولة المتعاقدة في تحديد الأهلية بسبب مضمونة:

فأساس استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة في تحديد أهلية أشخاص القانون العام يكون استنادا لمخالفته لقواعد النظام العام بمفهومها الدولي، أي أن هيئة التحكيم يمكنها استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة المختص، في مسألة تحديد أهلية أشخاص القانون العام المتعاقدة مع المستثمر الأجنبي وهذا عن طريق استخدام فكرة النظام العام الدولي، أي أن القواعد القانونية للدولة المتعاقدة تتعارض مع فكرة النظام العام الدولي¹.

ولقد أجاز جانب من الفقه هذا الاستبعاد المبني على مخالفة قواعد النظام العام، بالرغم من عدم وجود قواعد اختصاص يجب على هيئة التحكيم الالتزام بها، وفي ذلك ذهبت الغرفة التجارية الدولية بباريس في الحكم الصادر سنة (1975) في القضية رقم (2521) إلى أن إنكار أهلية أشخاص القانون العام في قبول شرط التحكيم أمر مخالف لأحكام النظام العام الدولي².

غير أن جانبا آخر من الفقه انتقد مثل هذا التوجه، حيث أشار إلى أن الأساس الذي تستند إليه هيئة التحكيم في تقدير ورفض موقف النظام التشريعي الداخلي للدولة الراض لقبول أشخاص القانون العام للتحكيم في عقود الاستثمار مع الأشخاص الأجانب، فيه مساس بسيادة الدولة وتدخل في نظامها التشريعي الداخلي.

2- استبعاد قانون الدولة المتعاقدة في تحديد الأهلية بسبب موقف الأطراف:

أ- موقف المستثمر الأجنبي المتعاقد:

يذهب البعض من أجل استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على أهلية أشخاص القانون العام إلى الأخذ بنظرية الوضع الظاهر التي كان المستثمر الأجنبي ضحية لها، أي أن المستثمر الأجنبي الذي يجهل مدى أهلية الشخص العام المتعاقد في إبرام شرط التحكيم، يمكن اعتباره غلطا في جانب الشخص المتعاقد بحيث يجعل التصرف الذي قام به الشخص العام صحيحا بالنسبة للمستثمر الأجنبي المتعاقد، ويشترط في الغلط الذي

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص74.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص75.

وقع فيه المستثمر الأجنبي أن يكون مشروعاً ومغتفراً، هذا من أجل اعتباره غلطا عن حسن نية وبالتالي يوقع آثاره بالنسبة للأطراف المتعاقدة¹.

فاستبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على أهلية أشخاص القانون العام الطرف في عقد الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، استنادا إلى حسن نية هذا الأخير، هو حل مستمد من أهلية الشخص الطبيعي الذي لا يتمتع بالأهلية اللازمة للتعاقد استنادا للنظام القانوني الذي يخضع له، وتعدية هذا الحل وتطبيقه في العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام والطرف الأجنبي أمر تفرضه حسن نية الطرف الأجنبي المتعاقد وكذلك فكرة الظاهر²، وهو ما يؤدي إلى اعتبار لجوء الدولة وأشخاص القانون العام التابعة لها للتحكيم صحيحا رغم مخالفة ذلك لأحكام القانون الوطني.

غير أن هذا الحل واجه انتقادا من ناحية صعوبة تطبيقه على أشخاص القانون العام، حيث أن تطبيق هذا الحل على الأشخاص الطبيعية يستدعي أن يكون الطرف الغير متمتع بالأهلية اللازمة ذو أهلية كاملة في قانون الدولة التي تم فيها التصرف، وبالتالي فإن محاولة تطبيق مثل هذا الحل على العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام والمستثمر الأجنبي يستدعي أن يكون القانون الوطني للطرف الأجنبي المتعاقد يفصل في مسألة أهلية أشخاص القانون العام الأجنبية وهو الأمر الغير موجود في أي نظام قانوني³، بالإضافة إلى أن أغلبية عقود الاستثمار يتم تنفيذها علي إقليم الدولة المتعاقدة والتي يتم فيها التصرف حسب نظرية الوضع الظاهر وبالتالي فإن تقرير مدي أهلية الدولة والأشخاص العامة المتعاقدة يرجع لقانون هذه الدولة نفسها وهو ما يجعلنا ندور في حلقة مفرغة.

¹ - أياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 139.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 76.

³ - أياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 141.

كما اتجه جانب من الفقه للقول بأن تطبيق مبدأ حسن النية من أجل استبعاد القانون الوطني في موضوع أهلية أشخاص القانون العام، يجب أن يكون بمراعاة معاملات التجارة الدولية، من خلال نظر مدى استقرار معاملات التجارة الدولية في ظل القيود المفروضة على أشخاص القانون العام في التعاقد، ويمكن تقسيم هذه القيود إلى قسمين: القسم الأول ويتعلق بالهدف والغرض الذي أنشأ لأجله الشخص المعنوي العام، وفي هذه الحالة فإن القيود التشريعية المفروضة عليه والتي تكون في حدود الغرض الذي أنشأ له، تكون صحيحة أما التي تكون بعيدة عن الغرض الذي أنشأ من أجله فتبقى قابلة للإبطال لكونها لا تؤثر على استقرار العلاقات التجارية الدولية، بحيث أن الهدف الذي أنشأ من أجله الشخص المعنوي العام لا يمكن جهله، أما الاعتبار الثاني فناتج عن كون الشخص العام امتداد لشخصية الدولة وبالتالي يكون لها أن تفرض عليه رقابة وقيود في تعاملاته، ولكن هذا الأمر يتنافى ومقتضيات التجارة الدولية ويشكل تناقضا بين تمتع الشخص المعنوي العام بالاستقلال القانوني من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن الدولة تفرض عليه قيود وإجراءات خاصة من أجل صحة تصرفاته القانونية¹.

ولكن هذا الاتجاه انتقد من ناحية وضعه التزام على عاتق المستثمر الأجنبي بالبحث والتحري عن مدى أهلية الشخص العام في اللجوء للتحكيم، وهو التزام بتحقيق نتيجة أي أن المستثمر الأجنبي إذا أخفق في معرفة مدى صحة تصرفات الشخص العام فإنه لا يكون من حقه التمسك ببطلان ذلك التصرف حتى لو أثبت أنه بذل في سبيل ذلك العناية اللازمة، وهذا الأمر قد يلحق الضرر الكبير بالمتعاقدين الطرف الأجنبي، كما أنه إذا كان الهدف هو استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة عن موضوع أهلية الشخص العام إلا أنه سيتم الرجوع لهذا القانون للإقرار ببطلان التصرف الصادر عن الشخص العام الواقع خارج اختصاصه².

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 80/79.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص 81.

ب- موقف أشخاص القانون العام المتعاقدة:

يشير جانب من الفقه إلى ضرورة وضع التزام على عاتق أشخاص القانون العام المتعاقدة مع الأطراف الأجنبية، تلتزم بموجبه بإعلام المستثمر الأجنبي بمدى أهليتها وكذلك الشروط القانونية التي يضعها المشرع بخصوص أهلية اللجوء للتحكيم، وكل مخالفة لهذا الالتزام تؤدي لقيام مسؤولية الشخص المعنوي العام وتعويض المستثمر الأجنبي المتعاقد عن الضرر الذي لحق به، غير أن هناك من يرى بعدم كفاية هذا التعويض لجبر الضرر الذي وقع للمستثمر الأجنبي، بل ويضيف إلى ذلك منع الشخص العام المتعاقد من إثارة بطلان البند التحكيمي بسبب عدم أهليته¹.

إن تعاقد الشخص العام مع الطرف الأجنبي خارج الحدود المسموح له بها قانوناً، أو كتمان الشروط وإخفاء التصريحات التي يجب عليه القيام بها من أجل صحة العقد أو أحد الشروط التي يتضمنها العقد، يعد اهمالاً من جانب الشخص العام وفي أقصى تقدير يمكن اعتباره تصرفاً ينطوي على خداع أو غش، وبالتالي تقوم مسؤولية الشخص العام الطرف في العقد.

وفي حالة ثبوت خطأ الشخص العام المتعاقد فالمشكلة تثور حول الجزاء المترتب عن هذا الخطأ، فهل يكفي تعويض المستثمر الأجنبي عن الضرر الذي لحق به، غير أن هذا التعويض لا يكون إلا عن إبرام عقد غير صحيح، وليس عن عدم تنفيذ العقد، لذلك اتجه جانب من الفقه إلى تقرير مسؤولية الشخص العام ورفض دعوى بطلان العقد لعدم أهلية الشخص العام المتعاقد²، أي أن تعويض الطرف الأجنبي عن خطأ الشخص العام يعتبر جزءاً لا علاقة له بالضرر الناجم عن الخطأ، كما أن إعمال هذا الحل يقتضي وجود تدليس وإخفاء من طرف الشخص العام لأهليته عن المستثمر الأجنبي الطرف في العقد.

¹ - أياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 141.

² - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 83.

يجاد حل لهذه المشكلة اقترح جانب من الفقه العمل بفكرة¹ (Estoppel)، فالتمسك بهذا الحل سيؤدي للاعتراف للشخص العام بالأهلية التامة في تعاقد مع الشخص الأجنبي وبالتالي صحة بند التحكيم، ولكن ولأجل ذلك يجب أولاً أن يكون القانون الواجب التطبيق يعرف هذه الفكرة، كما ويجب تكييف هذه الفكرة على أنها مسألة إجرائية فيكون بذلك من السهل على هيئة التحكيم أن تستعين بفكرة الـ (Estoppel) من أجل تقرير أهلية الشخص العام المتعاقد في حدود ما أقره اتفاق الأطراف بشأن القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق، فإذا لم يسمح اتفاق الأطراف لهيئة التحكيم بحرية كافية من الناحية الإجرائية فسيكون من الصعب تطبيق هذه الفكرة، غير أن هناك من يشكك في ملائمة هذه الفكرة لتقرير أهلية الشخص العام المتعاقد مع الطرف الأجنبي في اللجوء للتحكيم، وهذا بسبب كون الشخصية القانونية للشخص العام منفصلة عن الشخصية القانونية للدولة، لذلك يكون المستثمر الأجنبي المتعاقد حق التعويض فقط، وفي حالة الدفع بفكرة (Estoppel) فلا يمكن التضحية بالمصلحة العامة التي تحميها القاعدة القانونية على حساب مصلحة المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الشخص العام².

¹ - Estoppel استوبل: اصطلاح اجرائي مستعار في اللغة الإنجليزية يصف الاعتراض الحاسم في مواجهة أحد الأطراف في الدعوى والذي اتخذ موقفاً يتناقض مع ما سمح به سابقاً صراحة أو ضمناً أو ما يدعي دعمه في الدعوى نفسها.

عندما يكون أحد الأطراف من خلال تصريحاته أو أعماله أو سلوكياته قد أدى بطرف آخر إلى الاعتقاد بوجود حالة معينة من الأشياء، وقد دفعه ذلك إلى العمل أو الامتناع عن عمل بناء عليها، بحيث أنه نتج عنها تعديل في مراكزها على حساب ضرر للثاني أو ميز للأول أو يحدث الأضرار معاً، فالأول يمنع بالاستوبل Estoppel أي يثبت في مواجهة الثاني حالة من الأشياء تختلف عما كان قدمه في السابق بانها موجودة، مقال منشور للدكتور نفيس صالح مدانات، الاستبول في القانون الدولي العام، على الموقع الإلكتروني www.Alrai.com، تاريخ النشر 2013/09/10 على الساعة 12:00، تاريخ الإطلاع 2021/09/26، علي الساعة 22:23.

² - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 87/85.

المطلب الثاني: مدى مسؤولية الجهاز التابع للدولة عن البند التحكيمي

إن تطور دور الدولة وازدياد تدخلها في النشاط الاقتصادي والتجارة الدولية بهدف تحقيق التنمية في البلاد، ولصعوبة هذه العملية من جهة سواء من ناحية التمويل أو الإدارة والتحكم، قامت العديد من الدول بإنشاء مؤسسات اقتصادية ومنحتها الاستقلالية المالية والقانونية اللازمة، أي أن هذه المؤسسات تتمتع بالشخصية القانونية الضرورية لنشاطها في حدود الأهداف التي أنشأت من أجلها، هذه العملية ضمنّت للدولة حسن إدارة هذه المؤسسات وكذلك التخفيف من عبئ تسييرها ومتابعتها من طرف الهيئات المركزية للدولة¹.

ولما كانت هذه الهيئات التابعة للدولة تتمتع بالشخصية القانونية، فقد لجأت إلى إبرام العقود، وهذا ضمن ممارستها لنشاطها الذي وجدت من أجله، وحيث أن شرط التحكيم أصبح من الشروط البديهية في مثل هذه العقود خاصة منها ما تعلق بعقود الاستثمارات الأجنبية، ولخطورة هذا الشرط وعدم قدرة بعض الهيئات التابعة للدولة تحمل تبعاته وآثاره، هذا ما أدى إلى طرح تساؤلات حول مدى مسؤولية الهيئات التابعة للدولة عن بند التحكيم في تعاقدها مع المستثمرين الأجانب؟ وللإجابة على ذلك وجب التطرق أولاً إلى تحديد المقصود بالهيئات التابعة للدولة (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى مدى إمكانية الهيئات التابعة للدولة التحل من البند التحكيمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد المقصود بالهيئات التابعة للدولة

إن منح الدولة الشخصية القانونية للهيئات التابعة لها، يؤدي إلى فتح مجال من الاستقلالية والحرية في التعامل لهذه الهيئات، هذه الاستقلالية تسمح للشخص المعنوي بالحرية في التصرف وإبرام العقود من أجل تحقيق الغرض والهدف الذي وجد من أجله، فما هي معايير تحديد الهيئات التابعة للدولة وهل تعتبر العقود التي تبرمها هذه الهيئات مع المستثمرين الأجانب عقود استثمار؟.

¹ - محمد الصعير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 267.

أولاً: معيار تحديد الهيئات التابعة للدولة

إن تحديد مدى تبعية الشخص العام للدولة في تعاقدته مع المستثمر الأجنبي من المسائل الشائكة والتي تثير عدة إشكالات، خاصة في إيجاد معيار دقيق للفصل في مدى تبعية الشخص العام للدولة، حيث أن تمتع الشخص العام بالشخصية القانونية تفرض استقلاله التام عن الدولة في معاملاته مع الغير، إلا أن هذه قرينة بسيطة يمكن لكل من له مصلحة إثبات عكسها من خلال إثبات مثلا أن الشخص العام ما هو إلا واجهة أو مجرد شكل تختفي وراءه الدولة التي لها مطلق الصلاحيات والرقابة والإشراف على هذا الشخص العام الذي لا يتمتع بأي استقلالية في ممارسة نشاطاته، وبالتالي فإن تمتع الشخص العام بالشخصية المعنوية لا يعني مطلق استقلاله عن الدولة، لذلك كان يجب البحث عن معيار يمكن من خلاله تقدير مدى استقلالية أو تبعية الشخص العام للدولة¹.

1- المعيار العضوي:

إن منح الشخصية القانونية للهيئات التابعة للدولة أو حتى المؤسسات الاقتصادية العمومية لا يعني بالضرورة استقلالها القانوني التام عن الدولة ما دامت هذه الهيئات والمؤسسات وجدت أصلا من أجل تحقيق سياسات مسطرة من قبل الدولة التي تنتمي إليها²، فاعتماد المعيار العضوي لتحديد مدى تبعية الشخص العام للدولة يستدعي أولا توافر مجموعة من العناصر المتكاملة فيما بينها، ثم استقراء هذه العناصر من القانون الذي أنشأ الشخص العام وكذلك من قانونه الأساسي الخاص بالشخص العام، وتأتي في مقدمة هذه العناصر طرق التعيين في إدارة الشخص العام ورأس ماله وتمويله واتخاذ القرارات ومدى استقلاله عن الدولة في ذلك، ويؤكد جانب من الفقه أن ملكية رأس المال أو من يملك أغلبية رأس المال يملك بذلك سلطة القرار والتوجيه، ولأجل ذلك اتجهت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في 21 جويلية 1987 إلى تقرير ملكية دولة

¹ - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 67.

² - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010/2011، ص 86.

الكنغو لبنك اعتمادا على ملكيتها لرأس مال هذا البنك دون الإشارة إلى الأسباب الأخرى باعتبارها أسباب احتياطية¹.

2- معيار طبيعة النشاط:

وحسب هذا المعيار فإن الشخص العام يعتبر تابعا للدولة كلما كان النشاط الذي يمارسه يشكل غاية أو خدمة أساسية للدولة²، ولتحديد مدى تبعية الشخص العام الدولية يجب البحث في مدى الخضوع في تعاقد مع المستثمر الأجنبي لأوامر وتوجيهات الدولة التي يتبعها وهل القرارات التي يتخذها تكون باستقلالية أم يخضع في ذلك لرقابة وإشراف الدولة³.

ومما تقدم فإن مسألة تحديد مدى تبعية الشخص العام للدولة هي مسألة يجب أن يتضافر فيها كل من المعيار العضوي ومعيار طبيعة النشاط، بحيث لا يكفي فقط النظر في النصوص القانونية الحاكمة لنشاط الشخص العام للقول بتبعية أو عدم تبعيته للدولة خاصة في مجال الاستثمار والتجارة الدولية الذي تتنوع فيه الأنشطة بشكل كبير وتختلف فيه الأشكال القانونية، لذلك كان لزاما التكامل مع معيار طبيعة النشاط من أجل تحديد مدى استقلالية الشخص العام في اتخاذ قراراته، كما وجب دراسة كل حالة على حدة فلا يصح تعميم حالة على جميع الوضعيات⁴.

ثانيا: هل العقود التي تبرمها الأشخاص العامة تعتبر عقود استثمار

1- الاتجاه المضيق:

يتجه هذا الجانب من الفقه إلى حصر عقود الاستثمار، باعتبارها من عقود الدولة، بتلك التي تبرمها الدولة بنفسها عن طريق من يمثلها قانونا (الرئيس، الوزير....) مع المستثمر الأجنبي المتعاقد، أما تلك التي تبرمها الهيئات أو الأشخاص العامة التابعة لها والتي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة فلا يمكن اعتبارها من عقود الاستثمار، وإنما هي

¹ - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 68.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 85.

³ - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 69.

⁴ - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص 80.

عقود تجارة دولية تبرم مع أطراف أجنبية، وبهذا الاتجاه أخذت اللجنة الواحدة والعشرون لمعهد القانون الدولي عند قيامها بدراسة الاتفاقيات المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، حيث أيد أغلبية الأعضاء الاتجاه المضيق لعقود الدولة وهذا لأسباب عملية تتعلق أساسا بمحاولة تبسيط الأمور وتجنب التعقيدات¹.

2- الاتجاه الموسع:

وحسب هذا الاتجاه فإن عقود الاستثمار تشمل بالإضافة للعقود التي تبرمها الدولة عن طريق ممثليها مع المستثمر الأجنبي نجد أيضا العقود التي يبرمها الشخص العام مع المستثمر الأجنبي، ويستند هذا الاتجاه في ذلك لنص المادة (25) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي تنص على "يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهات تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدته أمام المركز"، وبالتالي فاختصاص المركز لا ينحصر فقط عندما تكون الدولة طرفا في العقد وإنما يمتد ليشمل الأشخاص العامة أو الأجهزة التابعة لها، بشرط أن تقوم الدولة بتحديد هذا الجهاز، والمقصود بذلك هو أن يكون هذا الجهاز امتداد للشخصية المعنوية للدولة التي أنشأته ومنحته الشخصية القانونية ليحل محلها في المعاملات التجارية والاقتصادية، كما أن استقلالية هذه الأجهزة عن الدولة تختلف من جهاز لآخر وكذلك تختلف حسب موضوع النشاط الذي يمارسه هذا الجهاز، كل هذه الأمور تجعل حسب رأي جانب من الفقه الفصل في مدى تبعية الجهاز للدولة مسألة نسبية تختلف من حالة لأخرى.

ومما تقدم وحسب رأي غالبية الفقه فإن الرأي الراجح يأخذ بالاتجاه الموسع لهذه العقود دون الاتجاه المضيق الذي يحصر هذه العقود في تلك التي تبرمها الدولة بنفسها وعن طريق ممثليها المباشرين، وهذا لعدة اعتبارات أهمها كون هذه الأجهزة تعمل لحساب

¹ - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 37.

الدولة وتحت إشرافها ورقابتها من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والتنمية للدولة، أي أنها تمثل الدولة في الأنشطة الاقتصادية والتجارة الدولية¹.

الفرع الثاني: مدى إمكانية الجهاز التابع للدولة التحلل من البند التحكيمي

إن السياسة العامة التي تنتهجها أغلب الدول في جذب الاستثمارات ورؤوس الأموال تدفعها للقبول بالتحكيم كضمانة قضائية للمستثمر الأجنبي، محاولة من هذه الدول توفير مناخ ملائم للاستثمار الأجنبي، لكن بمجرد نشوب النزاع، فإن بعض الدول تبحث كل الطرق من أجل التوصل من تبعات هذا الشرط سواء عن طريق الدفع بعدم أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم، أو ضرورة الحصول على موافقة مسبقة من مجلس الوزراء، كل هذا من أجل استبعاد شرط التحكيم الذي سبق وأن وافقت عليه.

ومن جهة أخرى فإن الدولة باعتبارها الشخصية القانونية الكاملة التي تتمتع بالسيادة والتي تتبثق منها باقي الهيئات العامة التابعة لها، بحيث تتميز بشخصيتها المحدودة والمخصصة²، فإن أغلبية النزاعات المعروضة أمام هيئات التحكيم تتعلق أساساً حول مسؤولية الدولة، بحيث يتجه المستثمر الأجنبي لتحميل الدولة المتعاقدة مسؤولية عدم تنفيذ التزاماتها التعاقدية³، كما وقد يعمد المستثمر الأجنبي إلى محاولة ادخال الدولة كطرف في النزاع من خلال تمديد شرط التحكيم وهذا من أجل ضمان الحصول التعويض المناسب.

أولاً: تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة

تقوم سلطة هيئة التحكيم بالفصل في النزاع المعروض أمامها على الإرادة الحرة لأطراف النزاع في استبعاد قضاء الدولة المختص واللجوء للتحكيم كطريق بديل لتسوية النزاع، لكن وعند نشوء النزاع قد يعمد أحد الأطراف إلى محاولة عرقلة العملية التحكيمية، وتكثر مثل هذه الظواهر أو عمليات الانسحاب في المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 41/39.

² - بلعسلي ويزة، المرجع السابق، ص 105.

³ - FRANCK LATTY, OP CIT, P482.

الأجنبي، حيث قد تدفع الدولة أو الجهاز التابع لها بعدم أهليتها في اللجوء للتحكيم أو بمركزها السيادي الذي يمنعها من المثول أمام قضاء غير قضائها الوطني¹.

ولأجل ذلك تم وضع قيود على إرادة الأطراف في الانسحاب من التحكيم وهذا من أجل ضمان فعالية لهذا النظام، بحيث لا يمكن لأي طرف في النزاع الانسحاب من العملية التحكيمية بإرادته المنفردة.

1- عدم أحقية الطرف العام بالدفع بعدم أهليته بعد الموافقة على اللجوء للتحكيم:

وفي ذلك لا يكون للدولة أو أي جهاز تابع لها قام بالموافقة على بند التحكيم أثناء إبرام عقد الاستثمار مع المستثمر الأجنبي أن يحاول التنصل من هذا البند بعد قيام النزاع وعرضة أمام هيئة التحكيم، بدعوى عدم توفر الأهلية اللازمة لذلك، وقد أصبح مثل هذا الأمر يشكل قاعدة دولية ومن المبادئ المستقر عليها في التحكيم الدولي، بحيث لا يجوز للدولة أو أي جهاز تابع لها الدفع بعدم الأهلية أو عدم استيفاء الإجراءات الشكلية الضرورية لإبرام شرط التحكيم وهذا من أجل التنصل من التزاماته التعاقدية أمام هيئة التحكيم².

وفي هذا الشأن نصت المادة 1/2 من اتفاقية جنيف لعام (1961) بشأن التحكيم التجاري الدولي على أهلية الدولة والأشخاص العامة لإبرام شرط التحكيم وبالتالي لا يمكن لهذه الأخيرة التهرب من آثار هذا الشرط عن طريق الدفع بعدم أهليتها، وهو نفس الأمر الذي ذهبت إليه المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن حيث أشارت إلى أنه لا يمكن لأي طرف محاولة إنهاء إجراءات التحكيم بالإرادة المنفردة مهما كانت طبيعة الأشخاص أطراف العلاقة.

وفي هذا الاتجاه أخذت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 13 جويلية 1996 بشأن النزاع بين شركة إيطالية (ICORI ESTERO) والشركة الكويتية للتجارة

¹ - منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة (1)، الجزائر، 2013/2014، ص122.

² - منى بوختالة، المرجع نفسه، ص123.

والمعاملات الخارجية والاستثمار، بحيث رفضت الشركة الكويتية إجراء التحكيم رغم قبولها له في العقد المبرم مع الشركة الإيطالية، ودفعت في ذلك بعدم أهليتها وفقاً للمادة (442) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، حيث قام الأطراف باختيار القانون الجزائري ليحكم العقد، وحيث أن نص المادة السالفة الذكر يحظر على الدولة وأشخاص القانون العام التابعة لها اللجوء للتحكيم، فقد اعتبرت الشركة الكويتية المتعاقدة أن شرط التحكيم الذي أبرمته في العقد يعد باطلاً، لكن المحكمة رفضت مثل هذا الدفع مشيرة في ذلك إلى أن الحظر المفروض على أشخاص القانون العام يبقى قاصراً على العقود المبرمة وفقاً للنظام الداخلي، أما العقود المبرمة في الإطار الدولي فلا يكون للدولة أو أحد أجهزتها أن تتصل من التزاماتها التي تعاقبت بشأنها استناداً إلى قانونها الداخلي الذي يمنع مثل هذه العمليات¹.

كذلك قد تلجأ الدولة أو الجهاز التابع لها والمتعاقد مع المستثمر الأجنبي في محاولة التهرب من آثار البند التحكيمي الذي تم إبرامه، إلى القول بأن القانون الجديد وبعد تعديله أصبح يمنع على الدولة والأجهزة التابعة لها من اللجوء للتحكيم، وكمثال عن ذلك نجد قضية (FRAMATOME) بين شركة فرنسية وهيئة الطاقة الذرية الإيرانية، حيث وبعد نشوب النزاع اتجهت الشركة الفرنسية للتحكيم، غير أن الطرف الإيراني دفع بعدم أهليته للتحكيم استناداً للدستور الإيراني بعد التعديل الذي أصبح يلزم أشخاص القانون العام وقبل القبول بالبند التحكيمي الحصول على موافقة مجلس الوزراء، إلا أن هيئة التحكيم انتهت إلى رفض هذا الدفع لأنه يضر بفعالية التحكيم كما أنه لا يمكن للدولة أو الأجهزة التابعة لها التصل من التزاماتها التعاقدية عن طريق تعديل قوانينها الداخلية².

كذلك قد يلجأ أحد أطراف العقد للتمسك بعدم أهلية الدولة أو الجهاز التابع لها لإبرام شرط التحكيم، لكن في هذه الحالة لا يكون الشخص العام هو المتمسك بهذا الدفع،

¹ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2008، ص51/52.

² - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية، المرجع نفسه، ص54.

إنما هو المستثمر الأجنبي، وهو ما حدث في النزاع بين شركة (CATOIL) ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترو، حيث دفعت شركة (CATOIL) بعدم أهلية الشركة الإيرانية للبترو لأنها لم تحصل على ترخيص من البرلمان من أجل إبرام شرط التحكيم وهذا حسب نص المادة (139) من الدستور الإيراني، غير أن هيئة التحكيم رفضت مثل هذا الدفع حيث أعلنت أنه ولحاجة المعاملات الدولية وتماشيا مع النظام العام الدولي فلا يمكن لأي طرف في العقد التمسك بأحكام القانون الوطني من أجل الاستبعاد اللاحق لشرط التحكيم المتفق عليه مسبقاً¹.

2- عدم جواز الدفع بالمركز السيادي:

تتمتع الدولة بالسيادة الكاملة على إقليمها، بحيث تمارس هذه السيادة على جميع الهيئات والجماعات والأفراد، فيكون لها بذلك القرار الأخير في جميع الشؤون الداخلية دون أي تدخل، ومن أبرز مظاهر السيادة ما يسمى بأعمال السيادة، وهي الممارسات التي تقوم بها السلطة التنفيذية في الدولة ولا تخضع في ذلك لرقابة السلطة القضائية، ويعرف على أعمال السيادة أنها متغيرة فما يعتبر اليوم من أعمال السيادة في الدولة يمكن أن يصبح مجرد عمل إداري وهذا تبعا للظروف المحيطة، وفي ذلك أشارت المحكمة الإدارية المصرية في حكم لها أنه "... لم يتيسر وضع تعريف حاسم أو حصر دقيق لأعمال السيادة، إذ أن ما يعتبر عملا إداريا قد يرقى في ظروف وملازمات سياسية في دولة ما إلى مرتبة أعمال السيادة، كما أن ما يعتبر عملا من أعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى إلى مستوى الأعمال الإدارية..."².

وحيث يمثل القضاء أحد أبرز مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، فلا يمكن للدولة أن تخضع لقضاء غير قضائها الوطني، وفي ذلك قد تنهرب الدولة من التحكيم في منازعات عقود الاستثمار وترفض مثلها أمام هيئة التحكيم على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي، فإذا كان التحكيم مقبولا في نزاعات القانون الخاص، إلا أنه يشكل

¹ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص53/52.

² - عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري (النظرية العامة للنظم السياسية)، دار الكتاب العربي، القاهرة مصر، 2004، ص 41.

مساسا لسيادة الدولة القضائية في حالة لجوء الدولة أو أشخاص القانون العام للتحكيم، التي لا يمكن أن تلجأ لقضاء غير قضائها الوطني¹، ولكن وبسبب الاتجاه الدولي الحديث نحو العولمة وتحرير التجارة الدولية لضمان حرية تداول وحركة رؤوس الأموال والاستثمارات بين الدول المختلفة²، هذا ما أدى إلى تآكل بعض جوانب فكرة السيادة، حتى وأن محاولة الدولة ممارسة سيادتها بالمفهوم التقليدي أصبح غير ممكنا، خصوصا في ظل تزايد أهمية الاستثمار الأجنبي وتدفق رؤوس الأموال بالنسبة للاقتصاد والتنمية الوطنية³.

هذا الأمر دفع بالدولة للنص على إمكانية اللجوء للتحكيم ضمن نصوصها التشريعية وحتى ضمن اتفاقيات الاستثمار، وبالتالي فإن محاولة الدولة أو الشخص العام التحلل من بند التحكيم بعد الموافقة عليه يمكن أن يتصادم مع مبدأ المشروعية وخضوع الدولة للقانون ومسئوليتها عن أعمالها⁴.

ففي الحكم الصادر في قضية (Liamco) ضد الحكومة الليبية في 12 أبريل 1977 اتجه المحكم الوحيد الأستاذ "المحمصاني" إلى رفض دفع الدولة بحصانتها السيادية، وأشار إلى أن الدولة يمكنها التنازل عن هذه الحصانة بمجرد توقيعها على اتفاق التحكيم، وبالتالي فإن قبول الدولة لبند التحكيم مع المستثمر الأجنبي يعتبر بمثابة تنازل ضمني عن سيادتها وحصانتها بالنسبة للموضوع الذي جري الاتفاق عليه⁵.

3- التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم:

تمثل عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها أهمية كبيرة للتنمية في البلد، حيث ومن خلالها تحاول تجسيد السياسة الاقتصادية والتنموية للدولة، وبالتالي فقيام نزاع بين الطرف العام والمستثمر الأجنبي بشأن هذه العقود قد يشكل مساسا وتدخلًا

¹ - على إبراهيم شعبان، مدى تأثير التحكيم في العقود الإدارية بمبدأ سيادة الدولة، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية، عدد 33، الإسكندرية، مصر، 2017، ص347.

² - جابر جاد نصار، الاستثمار الأجنبي في المرافق العامة الاقتصادية، بدون دار نشر، مصر، 2003، ص05.

³ - علي إبراهيم شعبان، المرجع السابق، ص352.

⁴ - منى بوختالة، المرجع السابق، ص124.

⁵ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص65.

في السياسات الاقتصادية للدولة، وهو الأمر الذي تدفع في مواجهته الدولة أو الجهاز المتعاقد بأنه لا يدخل ضمن المجالات التي يمكن تسويتها عن طريق التحكيم، فهي أعمال تصدر عن الدولة بصفتها سلطة عامة¹.

لكن وفي المقابل فإن كانت هذه الإجراءات التي يمكن للدولة أن تتخذها كالتأميم أو نزع ملكية المشروع الاستثماري والتي تتم وفقا للقانون الداخلي للدولة المتعاقدة والمضيفة للاستثمار والتي تدخل في إطار ممارسة الدولة لسلطتها وسيادتها على إقليمها، وبالتالي فهذه الإجراءات لا تدخل ضمن نطاق المهمة التحكيمية، إلا أن هذا لا يمنع هيئة التحكيم من النظر في القضية من ناحية تقدير التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي جراء الأضرار التي لحقت².

وفي مثال عن الموضوع، فقد اتجهت هيئة التحكيم في نزاع بين المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية وشركة (FRAMATOME) التي طالبت المنظمة الإيرانية بدفع المبالغ المستحقة لها الناتجة عن إنشاء مفاعل ذري مركزي، إلا أن المنظمة الإيرانية دفعت بأن هذه المسائل تتعلق بالسيادة الوطنية ولا يمكن الفصل فيها من طرف هيئة التحكيم، لكن وفي رد لهيئة التحكيم على هذا الدفع أشارت إلى أن القرارات التي تتخذها الدولة بصفتها صاحبة السلطة والسيادة لا يمكن الفصل فيها عن طريق التحكيم، إلا أن هذا الأمر لا يمنع من التعرض للآثار المالية المترتبة عن هذه القرارات، وهي القابلة للفصل فيها من طرف هيئة التحكيم³.

ثانياً: مبدأ عدم المسؤولية المباشرة للدولة عند لجوء أجهزتها للتحكيم

قد يذهب المستثمر الأجنبي المتعاقد مع جهاز تابع للدولة في محاولة الحصول على تعويضاته وحقوقه إلى محاولة إدخال الدولة كطرف في النزاع من خلال طلب تمديد أثر العمل ببند التحكيم ليشمل الدولة التي يتبعها الشخص العام، ولتقدير مدى مسؤولية الدولة عن البند التحكيمي المبرم بين الجهاز التابع لها والمستثمر الأجنبي، اتجه غالبية

¹ - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 285.

² - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 61.

³ - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 287.

الفقه للقول بمحدودية اتفاق التحكيم أي أن أثره يبقى في حدود الأطراف الموقعة عليه ما دامت تتمتع بالأهلية والإرادة الحرة في قبوله، وهو ما ينطبق على الشخص العام الطرف في العقد الاستثماري مادام يتمتع بالاستقلالية المالية والإدارية عن الدولة.

في ذلك أكد مجمع القانون الدولي بموجب المادة (7) من القرار الصادر سنة 1989 على أن "موافقة الهيئة الحكومية على التحكيم لا ينطوي في حد ذاته على موافقة الدولة أن تكون طرفاً في التحكيم"¹. وكمثال عن الوضعية نجد قضية هضبة الأهرام، حيث اتجه المستثمر الأجنبي وبعد نشوب نزاع إلى رفع دعوى تحكيمية ضد كل من الهيئة العامة للسياحة والفنادق (Egoth) وهي الطرف المتعاقد مع المستثمر الأجنبي، وكذلك الدولة المصرية رغم عدم كونها أحد أطراف العقد الموقع، ولأجل ذلك فقد دفعت الحكومة المصرية بعدم صحة التحكيم وكذلك عدم مسؤوليتها عن شرط التحكيم الذي أبرمته شركة (Egoth) مع المستثمر الأجنبي والتي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة، وبالتالي فإن موافقتها على شرط التحكيم في العقد لا يمتد للدولة المصرية.

لكن الحكم الصادر عن هيئة التحكم جاء بتحميل الدولة المصرية المسؤولية والزامها بدفع تعويضات للمستثمر الأجنبي المتعاقد، لكن الحكومة المصرية اتجهت للطعن في قرار هيئة التحكيم أمام محكمة استئناف باريس مطالبة بإلغاء الحكم لكونها لم تكن طرفاً في اتفاق التحكيم، وهو الأمر الذي أيده المحكمة في حكمها الصادر في 12 جويلية 1984².

وفي نزاع آخر دار بين شركة (West Land) وأربع دول عربية هي مصر، السعودية، الامارات وقطر، حيث أنشأت هذه الدول الهيئة العربية للتصنيع ومنحتها الشخصية القانونية المستقلة، وحيث أن هذه الهيئة قامت بالتعاقد مع شركة (West Land) من أجل تصنيع طائرات هليكوبتر، إلا أن المشروع تم إيقافه بعد انسحاب ثلاث دول عربية من اتفاق إنشاء هذه الهيئة، وهو ما دفع بالمستثمر الأجنبي المتعاقد إلي اللجوء للتحكيم من أجل تعويض الضرر الذي لحق به، ولأجل ذلك قامت شركة (West Land)

¹ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص121.

² - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية، المرجع نفسه، ص121/122.

بإدخال الدول العربية الأربعة كأطراف في التحكيم، ولقد أيدت هيئة التحكيم من خلال حكمها الذي اعتبرت فيه أن الدول العربية الأربعة شركاء في شركة تضامن، بحيث قاموا بإنشاء هذه الشركة لكن مسؤولية كل دولة تبقى قائمة، وبالتالي أقرت هيئة التحكيم مسؤولية الدول الأربعة وتعويض شركة (West Land).

ولأجل ذلك فقد قامت الدول بالطعن في قرار هيئة التحكيم أمام المحكمة الفدرالية السويسرية التي قضت بكون الهيئة العربية للتصنيع شخصية معنوية تتمتع بالاستقلال القانوني والمالي مما يسمح لها باتخاذ قراراتها بكل حرية، وأن الدول العربية المعنية بالقضية لم تكن طرفاً في اتفاق التحكيم الأمر الذي لا يمكن من خلاله جعلها طرفاً في النزاع المعروف¹.

¹ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 123.

المبحث الثاني: المستثمر الأجنبي كطرف في العقد الاستثماري

عرف الأستاذ "سمير ميرغني" الاستثمار على أنه "انتقال رؤوس أموال أو مواد من دولة مصدرة لرأس المال إلى الدولة المضيفة، في مقابل اشتراك مباشر أو غير مباشر في أرباح ذلك المشروع"¹، أما المستثمر الأجنبي فقد عرف على أنه "كل شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري، يقوم بإدخال رأس ماله نقداً كان أو عيناً إلى دولة أخرى لغرض إقامة مشروع استثماري، وفقاً لقوانينها الداخلية العامة منها والخاصة سواء كان المشروع تحت إشرافه المباشر أو في شكل قروض أو غيرها من صور الاكتتاب"².

فمن خلال ما تقدم من تعريف يمكن ملاحظة مدى أهمية المستثمر الأجنبي في العملية الاستثمارية، وهذا من خلال امتلاكه لأهم عنصر فيها وهو رأس المال، لكن الأشكال التي يطرح عند تعاقد الدولة مع المستثمرين الأجانب، هو اختلال التوازن الذي يفرضه وجود الدولة صاحبة السلطة والسيادة كطرف في العقد، فقد عرفت السنوات العشرين الأخيرة زيادة كبيرة في عدد عقود الاستثمار المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب، وكذلك الزيادة في عدد الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار بين الدول، هذه الزيادة كان لها الأثر المباشر في ارتفاع عدد قضايا التحكيم بين المستثمرين الأجانب والدول المتعاقدة المضيفة للاستثمار³، ومن أجل تدارك هذا الأثر السلبي للدولة كأحد أطراف العقد فإنها تسعى لمنح ضمانات وامتيازات تشريعية وقضائية للمستثمر الأجنبي⁴، فتسمح الدولة باستبعاد قضائها الوطني المختص وتمنح المستثمر الأجنبي الحق في اللجوء للتحكيم (المطلب الأول)، كما أن هذه الامتيازات والحقوق التي أصبح يتمتع بها

¹ - سمير ميرغني طحال، الإستثمار الأجنبي المباشر في العالم العربي، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص89.

² - أحمد المصطفى محمد صالح، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في ضوء الاستثمار السوداني، 2013، مجلة جامعة شندي، العدد 16، السودان، 2016، ص07.

³ - Remi Bachand, Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Revue québécoise de droit international (19,2), 2006, p359.

⁴ - دوفان ليدية، النظام القانوني للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه للطور الثالث LMD، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، الجزائر، 2018، ص48.

المستثمر الأجنبي كانت نتيجة لتطور مركزه القانوني ضمن القانون الدولي العرفي وحتى الاتفاقية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: لجوء المستثمر الأجنبي للتحكيم

تتجه الدول في محاولة جذب الاستثمارات الأجنبية إلى خلق مناخ مناسب للاستثمار على إقليمها من خلال إبرام عقود واتفاقيات تتضمن حماية قانونية لحقوق المستثمرين الأجانب¹، فالدولة أو أشخاص القانون العام عند التعاقد مع المستثمر الأجنبي فهي بذلك تستخدم أساليب القانون الخاص في ذلك، أي أن الشروط العقدية التي نص عليها العقد المبرم بين الطرفين تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولما كان إدراج البند التحكيمي يمثل أولوية بالنسبة للمستثمر الأجنبي وهو في نفس الوقت من أهم الضمانات التي تمنحها الدولة له، فإنه يكون من حق المستثمر الأجنبي استبعاد القضاء الوطني للدولة المتعاقدة والمضيفة للاستثمار واللجوء للتحكيم عند نشوب أي نزاع بينه وبين هذه الدولة.

وكأي تصرف قانوني قد ينشأ حقوق والتزامات للأطراف، فإنه يجب أن تتوفر في أطرافه الأهلية اللازمة لإبرام هذا التصرف، ولذلك وجب البحث في أهلية المستثمر الأجنبي (الفرع الأول)، ثم التطرق للقانون الواجب التطبيق على هذه الأهلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهلية المستثمر الأجنبي في طلب التحكيم

الأهلية بمفهومها العام هي "صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق وأداء هذه الواجبات"²، وحيث أن الأهلية تختلف من حيث طبيعة الشخص سواء أكان شخص طبيعي أو معنوي، فإن الاختلاف الموجود حول الطبيعة العقدية أو القضائية لنظام التحكيم أثر أيضا على موضوع أهلية الأشخاص

¹ - دوفان ليدية، لعجال ياسمينية، أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم، دفاثر السياسة والقانون، العدد 16، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2017، ص 294.

² - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 93.

الطبيعة في اللجوء للتحكيم، كما أن أهلية الأشخاص المعنوية والتي غالبا ما تكون شركات تجارية تختلف في اللجوء للتحكيم من حيث كونها شركات أموال أو شركات أشخاص.

أولاً: المستثمر الأجنبي شخص طبيعي

أهلية الشخص الطبيعي هي صلاحية أو مكنة هذا الشخص في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي من شأنها أن ترتب له مثل هذه الحقوق والالتزامات¹، فمن خلال هذا التعريف يمكن القول بان الأهلية هي صلاحية يعترف بها القانون للشخص، هذه الصلاحية قد يقصد بها مجرد صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وعندئذ نواجه ما يسمى بأهلية الوجوب، أي وجوب اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أما القدرة على انشاء الحقوق والالتزامات عن طريق مباشرة التصرفات القانونية المختلفة فنقصد بذلك أهلية الأداء، والتي تثبت للشخص الذي بلغ 19 سنة كاملة حسب المادة 2/40 من القانون المدني الجزائري²، دون أن يصاب الشخص بأي عارض من عوارض الأهلية، كما يجب أن نشير في هذا المقام إلى أن سن الرشد قد يختلف من دولة إلى أخرى.

وبخصوص أهلية اللجوء للتحكيم فهناك إجماع فقهي على أنه يجب لصحة البند التحكيمي أن تتوافر الأهلية في كل طرف موقع عليه، غير أن الاختلاف الحاصل يكمن في إخضاع هذه الأهلية للاتجاه المناهض بان التحكيم قضاء وبالتالي وجب توافر أهلية التقاضي في أطرافه، أم الاتجاه الثاني والذي يري بأن التحكيم عقد وبالتالي يجب أن تتوافر في أطرافه الأهلية التعاقدية.

فالالاتجاه المؤيد لفكرة التحكيم قضاء يستلزم توافر أهلية التقاضي في الطرف الموقع على البند التحكيمي، فإن كان إدراج هذا البند لا يخلق سوى وضعية محتملة لنشوء النزاع، واعتراف الأطراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه دون عراقيل، وهو نفس الأثر الناتج

¹ - حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص116.

² - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

عن القرار القضائي، إلا أن وضعية أطراف النزاع تختلف في كل من القضاء والتحكيم، فأطراف شرط التحكيم تكون عند إبرام هذا الشرط في وضع متعادل دون تمييز بينها، أما فيما يخص أطراف النزاع القضائي فيكون هناك تمييز في المراكز القانونية للأطراف بين مدعي ومدعى عليه¹.

أما الاتجاه المؤيد لفكرة توافر الأهلية التعاقدية في أطراف اتفاق التحكيم والذي يستند للتكييف العقدي لاتفاق التحكيم، حيث يرى أن التحكيم مثله كمثل بقية العقود يكفي لإبرامه توافر أهلية التعاقد بالقدر الذي يمكنه لإبرام بقية العقود فهذا الاتجاه قام بتغليب الوجه العقدي للتحكيم عن الوجه القضائي، حتى وإن كان التحكيم لا يرتب انتقالا للحق مباشرة أو تغيرا في الذمة المالية للأطراف، بل يرتب وضعاً اجرائياً قضائياً يلزم الأطراف من خلاله إلى استبعاد القضاء الوضعي المختص أصلاً بالنظر في النزاع واللجوء للتحكيم لتسوية هذا النزاع، ولكن هذا لا يمنع من القول بأن البند التحكيمي ينطوي على التخلي عن أحد الحقوق الخاصة بكل طرف وهو حق اللجوء للقضاء².

ولكن هذا الاتجاه الذي حاول تطبيق الأهلية التعاقدية على أهلية اللجوء للتحكيم نجده قد انتهى في الأخير إلى الإشارة إلى أهلية التقاضي دون اعتمادها بشكل صريح كما أن محاولة البحث عن الأهلية التعاقدية يجرنا للنصوص القانونية التي تنظم الأهلية في هذا الخصوص من المادة (40) من القانون المدني الجزائري التي تشترط وجوب تمام (19 سنة) كاملة بشرط أن لا يصاب هذا الشخص بأي عارض من عوارض الأهلية، كما يجب أن لا يكون هناك أي مانع قانوني يمنع الطرف في اتفاق التحكيم من التصرف في أمواله، كالمحكوم عليه بجناية أو التاجر الذي شهر إفلاسه، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في نص المادة (1/1006) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت كما يلي: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، وبالتالي فالحقوق التي لا يكون للشخص حرية التصرف فيها مثل التاجر في حالة إفلاس فلا تكون له الأهلية لإبرام اتفاق التحكيم، ونفس التوجه نجده في المادة (2059)

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 22/21.

² - إياد محمود بروان، المرجع نفسه، ص 23.

من قانون المدني الفرنسي، وكذلك نص المادة (11) من قانون التحكيم المصري الجديد والتي تنص على "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي الذي يملك التصرف بحقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"¹.

وبالتالي ففي القانون الجزائري فإنه يلزم لتمتع الشخص الطبيعي بأهلية اللجوء للتحكيم يجب أن يتمتع بالأهلية الكاملة أي ببلوغ سن 19 سنة كاملة ودون أن يكون قد أصابه عارض من عوارض الأهلية، وهذا ما يسمى بالأهلية التعاقدية، أما لخصوصية التحكيم فإن المشرع الجزائري وفي نص المادة (1/1006) السالفة الذكر قد أشار إلى ضرورة توافر أهلية التصرف في أطراف اتفاق التحكيم، أي أن أهلية الشخص الطبيعي في اللجوء للتحكيم تقتضي أيضا أهلية التصرف في الحقوق، وهذا انطلاقا من المنع الذي قد يطال بعض الأشخاص في التصرف بالأموال التي يملكونها مثل المفلس أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية، والسؤال الذي يمكن أن يطرح في هذا الصدد هو: هل يمكن للممثل القانوني أو القضائي أو حتى الوكيل في اللجوء للتحكيم عن شخص آخر؟

فإذا كان الأصل فاقدا للأهلية أو قاصرا فيكون لممثله (الولي، الوصي، أو القيم) إبرام أو إجراء التصرفات القانونية المتعلقة بإدارة أموال فاقد الأهلية أو القاصر أما المسائل المتعلقة بالتصرف في ملكية أمواله فلا يكون لهذا الممثل القيام بها إلا بعد حصوله على إذن من طرف القاضي المختص وهذا حسب المواد (88، 89، 90) من قانون الأسرة الجزائري².

أما فيما يخص بوكلاء التسوية القضائية والذي أصبح يطلق عليه اسم الوكيل المتصرف القضائي وهذا بموجب الأمر رقم 23/96 الصادر سنة 1996³، وهو الشخص المكلف بتسيير أموال الغير وتصفية الشركات التجارية حسب المادة (02) من هذا الأمر،

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 25.

² - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

³ - الأمر رقم 96-23 المؤرخ في 09 يوليو 1996، المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، الجريدة الرسمية عدد 43، الصادرة بتاريخ 10 يوليو 1996، المعدل والمتمم.

ففي حالة إفلاس التاجر يتم تعيين مصفي أو من يقوم بتصفية الشركة التجارية، فهل يحق للمصفي اللجوء للتحكيم، وفي ذلك اختلف الفقه فمنهم من يرى أن المصفي يعتبر مثل الوكيل لا يكون له اللجوء للتحكيم إلا في حالة وجود وكالة خاصة بذلك، أما الجانب الآخر من الفقه فيرى أن المصفي يمثل التاجر المفلس في أمواله المعروضة للتصفية، وبالتالي يكون للمصفي القيام بأي تصرف من أجل تصفية الذمة المالية للتاجر المفلس، ومنها اللجوء للتحكيم، ويبقى لكل من له مصلحة الطعن في أي إجراء يقوم به المصفي حسب المادة 239 من القانون التجاري الجزائري¹.

أما فيما يخص الوكالة وهي إنابة أو تفويض لشخص للقيام بعمل لحساب الأصل، وهي تصرف شكلي لا يقصد به من حيث الموضوع خلق التزامات متبادلة لأطرافه كعقد البيع، إنما يتلخص موضوعه في تمكين الوكيل من تمثيل موكله²، كما أن الوكالة لا تسمح للوكيل القيام سوى بأعمال الإدارة العامة والتي لا يدخل من ضمنها اللجوء للتحكيم والذي يقتضي وجود وكالة خاصة بذلك وهذا حسب نص المادة 1/574 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل من أعمال الإدارة لا سيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والموافقة أمام القضاء".

ويبرر البعض اشتراط المشرع لوكالة خاصة من أجل اللجوء للتحكيم بخطورة مثل هذا التصرف والآثار التي قد تنجم عنه من انتقال للحقوق المتنازع فيها في حال صدور قرار تحكيمي يقضي بذلك³.

¹ - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

² - شريل طانيوس صابر، عقد الوكالة في التشريع والفقه والاجتهاد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 09.

³ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 41.

ثانيا: المستثمر الأجنبي شخص معنوي

يعرف جانب من الفقه الشخصية المعنوية على أنها وجود معنوي لا يمكن إدراكه بالحس وتمنح الشخصية المعنوية لتسهيل المعاملات، أما جانب آخر من الفقه فيعرفها بمجموعة من الأشخاص أو الأموال تهدف إلى تحقيق غرض معين عن طريق أداءات خاصة بحيث يمنحها القانون الشخصية المعنوية بالقدر اللازم لتحقيق أهدافها¹، من بين أهم آثار الشخصية المعنوية هو حق التقاضي أو حق اللجوء للقضاء من أجل تسوية النزاعات التي قد تنشأ أثناء قيام هذا الشخص المعنوي بتعاملاته، ولأجل تحديد مدى أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة في اللجوء للتحكيم يجب أن نميز في ذلك بين نوعين من الشركات الأولى هي شركات الأشخاص أما الثانية فهي شركات الأموال.

ففي شركات الأشخاص ومثالها شركة التضامن، وبالرجوع للنصوص القانونية، فالمادة 553 من القانون التجاري الجزائري تنص على "تعود إدارة الشركة لكافة الشركاء مالم يشترط في القانون الأساسي على خلاف ذلك...." أما المادة 554 من نفس القانون فتتص على "يجوز للمدير في العلاقات بين الشركاء، وعند عدم تحديد سلطاته في القانون الأساسي، أن يقوم بكافة أعمال الإدارة لصالح الشركة...."، فمن خلال تحليل للمادتين 553 و554 نلاحظ أن القاعدة العامة في اللجوء للتحكيم هي بتطبيق المادة 553 بحيث يعود هذا الأمر لموافقة كافة الشركاء في الشركة، أما إذا كانت مهام الإدارة تعود لمدير معين سواء أكان من الشركاء أو من الغير، فإن النظر في مدى أهليته في اللجوء للتحكيم يتم الفصل فيها وفقا للقانون الأساسي للشركة، وهذا انطلاقا من تطبيق المادة 554.

فإذا نص القانون الأساسي للشركة على أهلية أو عدم أهلية المدير المعين في اللجوء للتحكيم فعليه الالتزام بالحدود التي رسمها قانون الشركة الأساسي، أما إذا لم يتطرق القانون الأساسي لهذه الجزئية فنص المادة 554 سالفة الذكر قد حددت صلاحية المدير المعين بكافة أعمال الإدارة، لكن اللجوء للتحكيم يخرج عن هذه الفئة من الأعمال

¹ - شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1968، ص339.

ويدخل ضمن أعمال التصرف لأن صدور قرار تحكيمي قد يؤدي إلى انتقال الحقوق المالية من طرف إلى طرف، وهو ما أكد عليه المشرع ضمن نص المادة 1/574 من القانون المدني الجزائري، وبالتالي فلا يمكن لمدير الشركة اللجوء للتحكيم إلا بتطبيق نص المادة 553، أي بعد موافقة جميع الشركاء في الشركة.

ولكن هناك من الأنظمة القانونية التي أشارت إلى عكس ما سبق ومثال ذلك المشرع اللبناني، الذي أعطى لمدير الشركة صلاحية التسيير حسب المادة 58 من القانون التجاري اللبناني، وفي تفسير لنص هذه المادة أشار حكم صادر سنة 1954 على أنه "من المتفق عليه علما واجتهادا أن الحق المعطى لمدير الشركة بإتمام جميع الأعمال اللازمة لتسيير موضوع الشركة، تسييرا منتظما، يتضمن أيضا الحق بتوقيع عقود التحكيم متى كان النزاع المراد الفصل فيه قائما على عمل داخل ضمن صلاحيات المدير أو على أموال يجوز له التصرف بها"، وبالتالي فأهلية اللجوء للتحكيم تكون لمدير الشركة كأصل مادام النزاع يتعلق بعمل صادر عن الشركة وبحقوق يكون للمدير التصرف بها أو التعهد بدفعها، أما شركة المحاصة وبسبب طابعها المستمر فإن اللجوء للتحكيم من طرف الشريك الظاهر لا يلزمه إلا هو، إلا إذا تصرف باقي الشركاء بصفتهم شركاء في الشركة، وبالتالي قاموا بنقل الشركة من وضع المستمر إلى الوضع الظاهر¹.

أما وفي شركات الأموال ومثالها شركة المساهمة، فالمشرع الجزائري قد نص في المادة 622 من القانون التجاري الجزائري على "يخول مجلس الإدارة كل السلطات للتصرف في كل الظروف باسم الشركة، ويمارس هذه السلطات في نطاق موضوع الشركة ومع مراعاة السلطات المسندة صراحة في القانون لجمعيات المساهمين"، كما تضيف المادة 623 من نفس القانون ما يلي "تلتزم الشركة في علاقاتها مع الغير حتى بأعمال مجلس الإدارة التي لا تتصل بموضوع الشركة، إلا إذا ثبت أن الغير كان يعلم بان العمل تجاوز هذا الموضوع، أو كان لا يستطيع تجاهله مراعاة للظروف....".

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 53.

فمن خلال هاتين المادتين نلاحظ أن أهلية اللجوء للتحكيم في العقود المبرمة بين الشركة والغير تكون من صلاحية مجلس إدارة الشركة حسب المادة 622، هذا المجلس الذي خوله المشرع التصرف باسم الشركة في نطاق موضوعها، أما في حال لجوء مجلس الإدارة للتحكيم في موضوع خارج أهداف الشركة، فالمادة 623 ألزمت الشركة بهذا الاتفاق إلا إذا كان الغير المتفق معه يعلم بأن موضوع التحكيم يخرج ولا يتعلق بموضوع نشاط الشركة.

وإن كانت سلطة مجلس الإدارة في اللجوء للتحكيم واضحة من خلال نصوص المواد السابقة الذكر، إلا أن الإشكال يطرح في مدى سلطة وأهلية المدير العام أو رئيس مجلس الإدارة في اللجوء للتحكيم باسم الشركة؟

وللإجابة على هذا السؤال فقد أشار المشرع الجزائري في نص المادة 638 من القانون التجاري الجزائري إلى "يتولى رئيس مجلس الإدارة تحت مسؤوليته الإدارة العامة للشركة ويمثل الشركة في علاقاتها مع الغير. يتمتع الرئيس بالسلطات الواسعة للتصرف باسم الشركة في كل الظروف مع مراعاة السلطات التي يخولها القانون صراحة لجمعيات المساهمين وكذلك السلطات المخصصة بكيفية خاصة لمجلس الإدارة وفي حدود موضوع الشركة".

فمن خلال استقراء نص المادة نلاحظ أن المشرع أعطى لرئيس مجلس الإدارة الحق في التصرف باسم الشركة وتمثيل هذه الأخيرة أمام الغير، وبالتالي فإن الرأي الراجح هو أهلية رئيس مجلس الإدارة في اللجوء للتحكيم باسم الشركة، ولكن وبالرجوع للمادة 629 من قانون التجاري الجزائري التي تنص على "... فإن العواقب الضارة بالشركة من جراء الاتفاقيات غير الموافق عليها، يمكن أن تلقى على عاتق القائم بالإدارة أو المدير العام المعني، وعند الاقتضاء على عاتق الأعضاء الآخرين في مجلس الإدارة"، وبالتالي يمكن أن نستنتج أن لجوء رئيس مجلس الإدارة للتحكيم يكون ممكن ولكن بعد موافقة مجلس إدارة الشركة، أما في حالة اللجوء للتحكيم دون الحصول على هذه الموافقة، فإنه لا يحتج أمام الغير المتعاقد مع الشركة بذلك ويبقى اتفاق التحكيم المبرم صحيحا متى

كان الغير المتعاقد لا يعلم بالتجاوز الحاصل، ولكن في المقابل فإن المدير العام يتحمل المسؤولية الكاملة في ذلك وهذا حسب المادة 629 سالفه الذكر.

أما المشرع اللبناني وبخصوص مسألة أهلية رئيس مجلس الإدارة في اللجوء للتحكيم فقد أعطي هذا الأخير صلاحية تسيير أعمال الشركة اليومية وإنفاذ قرارات مجلس الإدارة، والرأي الراجح في هذا الشأن أنه لا يحق لرئيس مجلس الإدارة اللجوء للتحكيم لأن هذا لا يعتبر من قبيل أعمال التسيير اليومية، فصلاحيه اللجوء للتحكيم حسب هذا الرأي تبقى لمجلس الإدارة، إلا إذا نص النظام العام للشركة بأن اللجوء للتحكيم يعتبر من قبيل أعمال التسيير اليومية أو حصول رئيس المجلس على تفويض من مجلس الإدارة، ففي هذه الحالة يمكن لرئيس المجلس اللجوء للتحكيم¹.

أما في فرنسا فإن أهلية رئيس مجلس الإدارة في اللجوء للتحكيم أمر مسلم به استنادا للمادة (13 من قانون 24 جويلية 1966)، لكن الاشكال طرح في التداخل الحاصل بين سلطة رئيس مجلس الإدارة ومجلس الإدارة في حد ذاته، إذ تنص المادة 98 من ذات القانون على أن لمجلس الإدارة جميع السلطات للعمل باسم الشركة، أي أن لمجلس الإدارة نفس السلطات التي يتمتع بها رئيسه، لكن الفقيه (Cohen) يشير في هذه النقطة إلى أن هذا التداخل في الصلاحيات تخف حدته في الواقع العملي، إذ يكفي لمجلس الإدارة بتحديد الخطوط العريضة والرئيسية في إدارة الشركة وكذلك مراقبة تسييرها، أما اللجوء للتحكيم فيكون عن طريق رئيس مجلس الإدارة كوسيلة سلسة وسهلة أفضل من أن يقوم به مجلس أو هيئة جماعية².

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية المستثمر الأجنبي

لم يأخذ التنظيم التشريعي للتحكيم في بدايته مدى التطور الذي قد يلحق العلاقات ذات الطابع الخارجي، فقد اقتصر التنظيم على العلاقات الداخلية بين أفراد الدولة الواحدة، ولكن ومع تطور الاستثمارات والتجارة الدولية وجدت الدول نفسها أما نزاعات

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص54.

² - إياد محمود بروان، المرجع نفسه، ص56.

تحكيمية لا تتحد عناصرها¹، فأى علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي تثير اشكالا حول القانون الواجب التطبيق، بحيث يتزاحم قانون دولتين أو أكثر ليحكم هذه العلاقة القانونية، خاصة إذا تعلق الأمر بنزاع استثماري، فالقانون المطبق على هذا النزاع له الأثر الكبير في الحكم الذي ستنتهي إليه هيئة التحكيم، وتزداد أهمية هذا القانون إذا كان موضوع النزاع متعلق بأهلية أحد أطراف اتفاق التحكيم خاصة إذا كان هذا الطرف هو المستثمر الأجنبي سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا.

أولاً: المستثمر الأجنبي شخص طبيعي

أشارت اتفاقية نيويورك لسنة 1956 أنه يمكن رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا أثبت أحد أطراف النزاع المنفذ عليه أن أطراف اتفاق التحكيم لا يتمتعون بالأهلية اللازمة لإبرامه وفقا للقانون الذي يخضعون له، وتعتبر هذه إشارة وحيدة ضمن الاتفاقيات الدولية لأهلية المستثمر الأجنبي، هذا في غياب التطرق لهذه المسألة في اتفاقيات دولية أخرى.

غير أنه وبالاطلاع على الأعمال التحضيرية الخاصة باتفاقية نيويورك لسنة 1956، نجد أن هناك حرصا على استبعاد فرض أي قيود على أهلية الأشخاص الطبيعية في اللجوء للتحكيم أيا كانت جنسيتهم أو موطنهم، وهو ما يبرر كون القاعدة التي وضعتها الاتفاقية بشأن أهلية الأشخاص الطبيعية في اللجوء للتحكيم لا تمثل قاعدة موضوعية حاسمة في موضوع الأهلية للتحكيم، وإنما هي قاعدة اسناد يستدعي أو يتطلب العمل بها الرجوع إلى منهجية التنازع لتحديد مدى أهلية الأشخاص الطبيعية في اللجوء للتحكيم، وهذا في القانون الشخصي لأطراف اتفاق التحكيم².

1- تطبيق القانون الشخصي:

تنص المادة (10) من القانون المدني الجزائري على "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، أي أن المشرع الجزائري اعتبر القانون الشخصي الذي يحكم مسألة الأهلية هو قانون الجنسية، وبذلك أخذ المشرع

¹ - سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، ط1، دائرة القضاء، أبو ظبي، الامارات، 2014، ص25.

² - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص58/59.

الفرنسي أيضا في نص المادة (03) من القانون المدني الفرنسي بالنص على أن القوانين المتعلقة بحالة الأشخاص، تحكم الفرنسيين حتى ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية، وبالتالي فمسألة أهلية الأشخاص الطبيعية في اللجوء للتحكيم حسمت لصالح قانون جنسية الطرف المتعاقد باعتباره القانون الشخصي الواجب التطبيق.

غير أن مسألة تحديد القانون الشخصي الذي يحكم مسألة الأهلية يختلف من نظام قانوني لآخر فالقانون الإنجليزي يطبق قانون الموطن في مسألة تحديد الأهلية، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فتحديد الأهلية يكون بالرجوع للقانون الذي يحكم أساس العقد.

لكن وإن كانت هذه القواعد القانونية ملزمة للقاضي حال الفصل في النزاع المعروض أمامه، فالأمر يختلف بالنسبة للمحكم الذي لا يوجد قانون اختصاص خاص به في حالة غياب اختيار الأطراف لقانون محدد واجب التطبيق، فتبقى هيئة التحكيم مترنحة بين الأخذ بقانون الجنسية أو قانون الموطن وهذا في غياب قاعدة اسناد موحدة تحكم أهلية الأشخاص الطبيعية في اللجوء للتحكيم ضمن العلاقات الخاصة الدولية ما عدى قاعدة منتقدة فقها تتمثل في نص المادة (58) من مقررات معهد القانون الدولي المنعقد سنة (1959) التي تنص على "أهلية اللجوء إلى التحكيم تكون خاضعة للقانون الذي تشير إليه قواعد الاسناد في قانون دولة مقر الهيئة التحكيمية".

وانتقد الفقه هذه المادة على أساس أن تطبيق قاعدة قانون دولة مقر هيئة التحكيم على أهلية أطراف النزاع، يجعل من الممكن لهذه الأطراف اختيار القانون الذي يطبق على أهليتهم عن طريق استغلال حريتهم في اختيار الدولة مقر التحكيم، كما أن لهذه القاعدة أثر سلبي آخر حيث أن لكل نظام قانوني معياره لتحديد أهلية الأفراد في اللجوء للتحكيم، وبالتالي فإن محاولة تنفيذ الحكم التحكيمي قد يصطدم بعقبة أهلية الأطراف وفق قانون الدولة مقر التنفيذ¹.

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 61.

2- استبعاد القانون الشخصي:

إن التعامل في مجال التجارة الدولية يقتضي معرفة ودراية شاملة لمختلف النظم القانونية الخاصة بالبلدان التي يتم التعامل معها حتى لا تكون هناك فراغات يتم التلاعب من خلالها، مثل أهلية أطراف العقد التي قد يؤدي غيابها إلى ابطال العقد، وحيث أن أهلية الأفراد قد تختلف من نظام قانوني لآخر هذا ما قد يجعل وقوع أحد أطراف العقد في الخطأ أمر وارد، لذلك استلزم الأمر البحث عن حلول تمكن من حماية الطرف حسن النية في العقد.

وقد اتجه جانب من الفقه لتطبيق نظرية الوضع الظاهر، وبالتالي إتمام التصرف صحيحا ودون الأخذ بعين الاعتبار نقص أهلية أحد أطراف العقد الذي ظهر بمظهر كامل الأهلية عند إبرام العقد، وهذا من أجل استقرار المعاملات، وكذلك حماية الطرف حسن النية في العقد¹.

ولأجل ذلك فقد نص المشرع الجزائري في المادة (2/10) من القانون المدني على "ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تنفذ في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيينه على الطرف الآخر فإن هذا السبب لا يؤثر على أهليته وفي صحة المعاملة" ولتطبيق هذه المادة ينبغي توافر شروط محددة يمكن استخلاصها من خلال تحليل نص المادة وهي²:

- أن يكون التصرف ماليا أي أن مسائل الأحوال الشخصية لا يمكن تمديد تطبيق هذا النص عليها.

- أن يكون التصرف والآثار الناجمة، عن واقعة في الجزائر.

¹ - منية نشناش، تأثير التقنية الرقمية على استناد الإدارة والتحقق الأهلية في العقود الالكترونية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 6، جامعة جيجل، جوان 2018، ص253.

² - حبار محمد، المرجع السابق، ص118.

- أن يكون أحد الأطراف جزائريا ويستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، أما الطرف الثاني فيجب أن يكون أجنبيا متمتعا بالأهلية الكاملة وفقا للقانون الجزائري وناقصا للأهلية وفقا لقانون جنسيته.

- أن يكون نقص أهلية الطرف الأجنبي غير ظاهر وأن إبرام الطرف الجزائري للعقد كان عن حسن نية ودون علم بنقص أهلية الطرف الأجنبي.

كما أخذ بنفس الحل المشرع المصري وهذا في نص المادة (01/11) من القانون المدني، على أن جنسية الأشخاص تتحدد وفق جنسية الدولة التي ينتمون إليها، أما إذا كان أحد الأطراف أجنبيا ولا يمكن تبين مدى أهليته لإبرام التصرف محل الالتزام أو لا يسهل على الطرف الآخر في العقد تبين مدى أهليته، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته، كما وأن معاهدة روما الخاصة بموجبات التعاقد نصت في مادتها (11) على نفس الحل¹.

وبالتالي يمكن لهيئة التحكيم استلام هذا الحل وتطبيقه على الوقائع موضوع النزاع في حال أثرت مسألة أهلية الأطراف خلال العملية التحكيمية أو بعد صدور القرار التحكيمي، فليس من العدالة أن يتجه أحد أطراف النزاع إلى محاولة إبطال البند التحكيمي استنادا إلى نقص أهليته حسب قانونه الشخصي وهو كامل الأهلية وفق قانون مكان إبرام العقد، وانطلاقا من قرينة مفادها أن المتعاملين في التجارة الدولية لديهم الأهلية الكاملة لممارسة نشاطهم وكذلك الخبرة والدراية الكافية للإحاطة بخباياها، غير أنه يجب أن نشير إلى أن تطبيق مثل هذه الحلول نادر الحدوث كون غالبية المتعاملين في التجارة الدولية هم أشخاص معنوية من الشركات الكبرى والمتعددة الجنسيات، أما في حال حدوث مثل هذه النزاعات فإن لهيئة التحكيم استخلاص الحلول من قواعد القانون الدولي الخاص وتحديد القانون الوطني الواجب التطبيق حسب المادة (05) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958².

¹- إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص62.

²- إياد محمود بروان، المرجع نفسه، ص64.

ثانيا: المستثمر الأجنبي الشخص المعنوي

تختلف الأنظمة القانونية في تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي الخاص، فالمشرع الجزائري يشير في المادة (2/10) من القانون المدني إلى أن "الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي".

غير انه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطها في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

وهو نفس الحل الذي اعتمده المشرع الفرنسي في نص المادة (1837) من القانون المدني، والتي نصت في فقرتها الأولى على أن الشركات تخضع لأحكام القانون الفرنسي ما دام مركزها الرئيسي متواجد في إقليم الدولة الفرنسية، وقد ذهب المشرع المصري لنفس المذهب تقريبا من خلال نص المادة (02/11) من القانون المدني والتي نصت على "... أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي.... ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فإن القانون المصري هو الذي يسري"¹، كما أن هناك من النظم القانونية من تخضع أهلية الأشخاص المعنوية مثل الشركات إلى قانون الدولة التي تمت فيها إجراءات التسجيل مثل إنجلترا وهولندا.

لكن وبالرجوع للطبيعة الخاصة لنظام التحكيم نجد أن هيئة التحكيم غير ملزمة بقواعد الاسناد والتي تختلف من نظام قانوني لآخر، كما أن الأخذ بتوصية معهد القانون الدولي لسنة 1959 من خلال تطبيق قانون دولة مقر التحكيم التي قام الأطراف باختيارها، يجعل القانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف النزاع خاضعا لإرادتهم، وهو ما يخالف المنطق القانوني الذي يستلزم تطبيق الأفراد للنصوص القانونية والتزامهم بها، وليس فسخ المجال أمامهم لاختيار ما يناسبهم من نصوص قانونية وهذا بما يتلاءم مع مصالحهم وحاجاتهم.

¹ - إياد محمود برون، المرجع السابق، ص 67.

كما أن تطبيق قانون دولة مقر التحكيم قد تتجم عنه صعوبات أثناء تنفيذ القرارات التحكيمية في بلد التنفيذ، خاصة إذا أثبتت مسألة عدم أهلية أحد أطراف النزاع وفقاً للقانون الوطني للدولة محل التنفيذ، بالإضافة لذلك فإنه من الصعب البحث في هذه المسألة بسبب قلة القرارات التحكيمية في هذا الشأن، غير أنه قد أشارت إحدى هيئات التحكيم الخاصة بالغرفة التجارية الدولية بباريس إلى أنه "استناداً إلى مبدأ مقبول بوجه عام في القانون الدولي الخاص، فالمسائل المتعلقة بأهلية الشركة بالالتزام تتعلق بقانونها الوطني" ولكن دون أن تشير هيئة التحكيم للمعيار الذي يتحدد في ضوءه هذا القانون¹.

المطلب الثاني: تطور المركز القانوني للمستثمر الأجنبي

إذا كان هدف الدولة هو جذب رؤوس الأموال والاستثمارات الأجنبية من أجل تحقيق التنمية، فإن هذه العملية لا تتحقق إلا بتوفير مناخ ملائم لاستقطاب المستثمر الأجنبي، الذي يمثل حجر الزاوية في هذه العملية، هذه المكانة الهامة التي احتلها المستثمر الأجنبي في العملية الاستثمارية جعلت منه موضوع العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية وحتى الجماعية، كما أن الدولة وعن طريق الهيئات التابعة لها تتجه إلى إبرام عقود مع المستثمرين الأجانب فيما يسمى بعقود الاستثمار الأجنبي. هذه الأهمية تبعها تطور في المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، والذي يمكن دراسته من خلال تحديد مركز المستثمر الأجنبي في إطار القانون الدولي العرفي (الفرع أول) ثم في إطار القانون الدولي الاتفاقي (الفرع ثاني).

الفرع الأول: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في إطار القانون الدولي العرفي

يتمثل القانون الدولي العرفي في "مجموعة القواعد المستمدة من ممارسة عامة ومقبولة كقانون، وهي مستقلة عن قانون المعاهدات"²، وللقانون الدولي العرفي أهمية كبيرة

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 66/68.

² - مقال منشور بتاريخ 2010/10/29 علي موقع www.ICRC.ORG، تاريخ الإطلاع 2021/09/25، علي الساعة 22:01 سا.

في المنظومة القانونية الدولية وحتى الداخلية في إطار القانون الدستوري وكذلك القوانين الوطنية الأخرى في عديد الدول¹.

حيث أن المعاملات في إطار التجارة الدولية بين التجار أو بين الدول أو حتى بين الدول والمستثمرين تستند بنسبة كبيرة للقواعد العرفية، بحيث يلعب العرف الدولي دورا كبيرا في تنظيمها وتأطيرها، وبسبب الزيادة الكبيرة لعقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع مستثمرين أجانب فقد ظهرت أهمية تحديد المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في هذا الإطار.

أولاً: الاعتراف للمستثمر الأجنبي بالشخصية الدولية

1- عدم تمتع الفرد بأي مظهر من مظاهر الشخصية الدولية:

يذهب جانب من الفقه وخصوصا مفكرو المدرسة الوضعية إلى رفض فكرة تمتع الأفراد بالشخصية الدولية، فالفرد لا يمكنه الانضمام إلى المنظمات الدولية كما لا يكون له إبرام المعاهدات الدولية وهذه الأعمال تعتبر لب الشخصية الدولية وهي التي لا تتوفر في الشخص العادي².

وبالتالي فإن وجود الدولة كطرف في عقود الاستثمار الأجنبي لا يؤدي إلى امتداد هذه الصفة للطرف الآخر وهو المستثمر الأجنبي، وبالتالي لا يمكن تدويل هذا العقد، كما وأن محاولة تمديد الصفة الدولية للطرف المتعاقد مع الدولة قد يجعل من عقود الاستثمار تتساوى مع الاتفاقيات الدولية وهو أمر غير منطقي.

2- تمتع الفرد بشيء من الشخصية الدولية بطريق غير مباشر:

يتجه هذا الرأي إلى إعطاء الفرد جزء من الشخصية الدولية لكونه فرد من أفراد الدولة التي تعتبر من أشخاص القانون الدولي، وبالتالي فإن مخاطبة هذا الفرد أو تطبيق قواعد القانون الدولي عليه لا يكون إلا عن طريق الدولة التي يتبعها وبالتالي فهو بطريق

¹ - مقال منشور علي موقع، www.Undocs.ORG/A/67/10، تاريخ الإطلاع 2021/09/26، علي الساعة 22:03، ص 137.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص111.

غير مباشر يتمتع بجزء من الشخصية الدولية، كما أن تمتع أفراد القانون الخاص بشيء من الشخصية الدولية أو شخصية دولية محدودة يجد ما يبرره على أرض الواقع في نص المادة (25) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول والمستثمرين الأجانب، حيث سمحت هذه المادة بتمديد اختصاص المركز ليشمل المنازعات التي يكون أحد أطرافها شخصاً طبيعياً يتمتع بجنسية دولة خلاف الدولة الطرف في النزاع، بالإضافة إلى استناد هذا الرأي إلى ما يسمى بالحماية الدبلوماسية بحيث يكون للأجنبي المتضرر من إجراءات اتخذتها الدولة المضيفة أن يلجأ لدولته الأصلية من أجل تبني قضيته أمام القضاء الدولي والحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقه¹، لكن هذا الاتجاه قوبل بالنقد والرفض من طرف جانب آخر من الفقه لكون التمتع بالشخصية الدولية يقتضي القدرة على التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات الدولية وهو الأمر الذي لا يمكن ممارسته عن طريق غير مباشر من طرف الأفراد.

3- تمتع الفرد بشيء من الشخصية الدولية بطريق مباشر:

ويقود هذا الاتجاه مفكرو المدرسة الاجتماعية بحيث يرون بأن الفرد هو الأصل سواء في المجتمع الدولي أو المجتمع الداخلي، وهذا ما يؤدي إلى إزالة جميع الفوارق بين المجتمعين، فهذا الاتجاه يرفض فكرة الدولة كشخصية قائمة بذاتها ولكن يقبلها كمفهوم ووسيلة للتنظيم الإداري والمرافق العامة في المجتمع لتسهيل حياة الأفراد في المجتمع.

لكن وبسبب التطور الحاصل في المجتمع والعولمة التي أدت إلى الاعتراف للفرد بجزء من الشخصية الدولية كاستثناء وبطريقة منظمة، حيث لا يكون للفرد اللجوء للهيئات والمنظمات الدولية إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية أو جماعية بين الدول أو وجود قاعدة عرفية دولية تسمح بتمثيل الفرد أمام الهيئات الدولية، ومثال ذلك تقرير الشخصية الدولية للفرد ومثوله أمام المحكمة الجنائية²، وكذلك اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي سمحت للمستثمر الأجنبي كشخص من أشخاص القانون الخاص باللجوء

¹ - علي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص112.

² - علي محمد عبد الكريم، المرجع نفسه، ص112/113.

للمركز وإقامة دعوى ضد الدولة المضيفة للاستثمار، أي أن هذه الاتفاقية سمحت بالاعتراف للمستثمر الأجنبي بالشخصية الدولية ولكن في مدى محدود ومجال محدد، فبصدور هذه الاتفاقية أصبحت دعوى الحماية الدبلوماسية بدون فائدة في مجال الاستثمار الأجنبي، أي أن لجوء المستثمر الأجنبي لدولته الأصلية لمحاولة تمثيله أمام الجهات أو الهيئات الدولية في مواجهة الدولة المضيفة للاستثمار أمر فاقد الأهمية، لأن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يقر هذه الامكانية للمستثمر الأجنبي دون الحاجة لتدخل دولته الأصلية¹.

كما ونجد أن المادة (1/27) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تنص على "لا يجوز لأي دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية أو أن ترفع دعوى مطالبة دولية، في خصوص أي نزاع متى اتفق بشأنه أحد رعاياها مع دولة أخرى على طرحه على التحكيم، أو تم طرحه بالفعل على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية إلا إذا رفضت الدولة المتعاقدة الأخرى تنفيذ الحكم الصادر في النزاع"، وكمثال آخر نجد الاتفاقية العربية الموحدة لرؤوس الأموال العربية المبرمة سنة (1980) والتي سمحت للمستثمر الأجنبي سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا باللجوء للقضاء مباشرة للفصل في النزاع الاستثماري المطروح بينه وبين الدولة العربية المضيفة للاستثمار، واللجوء للقضاء يكون أمام هيئة قضائية دولية عربية هي محكمة الاستثمار العربية التي أنشأت بموجب هذه الاتفاقية².

غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد، فهناك من يرى بأن التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا يمكن اعتباره قضاء وبالتالي فالدعوى التي يرفعها المستثمر الأجنبي أمام المركز ضد الدولة المضيفة للاستثمار لا يمكن اعتبارها امتدادا لشخصية الدولة لتشمل الأفراد المنتمين لها وتمتعا للمستثمر الأجنبي بجزء من الشخصية الدولية³، كما أن تمتع الفرد بالشخصية الدولية يجعل من عقود الاستثمار الأجنبي تدخل

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 468.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص 469.

³ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص 469.

في طائفة المعاهدات وتخضع لأحكام القانون الدولي العام وهذا مخالف للمنطق القانوني السليم¹.

لكن ورغم هذا فلا يمكن انكار التطور الحاصل في المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، لدرجة جعلت منه طرفا مباشرا في أي دعوى يرفعها ضد الدولة المتعاقدة، دون الحاجة لتدخل دولته الأصلية، أي أنه أصبح مستقلا من حيث مباشرة وسائل الحماية القضائية لأمواله وممتلكاته².

ثانيا: الحد الأدنى لمعاملة الأجانب

1- المقصود بالحد الأدنى لمعاملة الأجانب:

تتمتع الدول بحرية في تحديد القواعد القانونية الداخلية التي تنظم العملية الاستثمارية هذا من أجل حماية نظامها الاقتصادي وضمان التنمية في البلد، ومن بين هذه القواعد نجد القواعد المنظمة لمعاملة الأجانب الموجودين على إقليمها والتي تحدد الحقوق والالتزامات الخاصة بهم، ولأن كانت الدولة تتمتع بالحرية في معاملة هؤلاء الأجانب، إلا أن هذه الحرية غير مطلقة فهي تخضع لقواعد القانون الدولي التي تلزمها بضرورة توفير حد أدنى لحقوق الأجانب، أي أن الدولة عند تحديدها لمركز الأجانب على إقليمها فهي ملزمة بتوفير حد أدنى يفرضه القانون الدولي لمعاملة الأجانب³.

تعددت الآراء الفقهية في تحديد المقصود بالحد الأدنى لمعاملة الأجانب، أين ذهب البعض للقول بأن الحد الأدنى يتمثل في المعاملة العادلة والمنصفة للمستثمرين الأجانب في حدودها الدنيا وهذا المفهوم قد أقرته إدارة القانون الدولي العام بوزارة الخارجية السويسرية في محاولة منها لتحديد المقصود بالحد الأدنى حيث نصت على "إن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ليس في حقيقة الأمر سوي تعبير عن المعيار الدولي التقليدي المسمى شرط الحد الأدنى والذي يكفل حدا أدنى من الحقوق للمستثمرين الأجانب بما في

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص114.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص470.

³ - رقيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدولة النامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، السنة الجامعية، 2010/2011، ص96.

ذلك الحقوق المالية"، غير أن هذا الرأي قد انتقد بسبب كون الامتيازات والحقوق التي تمنحها الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي والتي قد تم النص عليها ضمن الاتفاقيات الثنائية لتشجيع الاستثمار أو حتى ضمن عقود الاستثمار الأجنبي تتجاوز بكثير الحد الأدنى المذكور¹.

ولأجل ذلك ذهب البعض في محاولة لوضع مفهوم للحد الأدنى لمعاملة الأجانب للقول بأن فكرة الحد الأدنى تقتزن وترتبط بفكرة المعاملة الوطنية لأن المجتمع الدولي لا يمكنه أن يطالب بتوفير حقوق وامتيازات للأجنبي أكثر مما يتمتع بها المواطن في الدولة المضيفة للاستثمار كما أنه ليس من حق المستثمر الأجنبي المطالبة بمعاملة تفضيلية عن تلك التي يتمتع بها المواطن في دولته.

والملاحظة أن هذه المحاولات في تحديد ووضع مفهوم للحد الأدنى لمعاملة الأجانب جاءت مرتكزة على مبادئ أخرى، أي انطلاقاً من مبادئ أخرى في محاولة لخلق تشابه أو تناظر بين الفكرتين، هذا الأمر الذي جعل منها غير دقيقة وغامضة في تحديد المقصود بالحد الأدنى لمعاملة الأجانب².

غير أن التعريف الراجح فقها هو الذي اعتبر أن الحد الأدنى "هو قدر معين من الحقوق المقررة بمقتضى العرف الدولي والتي لا يصح للدولة المساس بها وإلا تعرضت للمسؤولية الدولية"³، وبالتالي فإن الدولة ملزمة أمام المجتمع الدولي بتوفير قدر معين من الحقوق للأجانب على إقليمها، وإذا أخلت بهذا الالتزام فإنها تتعرض للمسؤولية الدولية.

2- مضمون الحد الأدنى لمعاملة الأجانب:

حيث أنه لكل دولة الحرية والسلطة في تنظيم وجود الأجانب على إقليمها من خلال مختلف التشريعات التي تصدرها، فإن المجتمع الدولي قد أوجب في ذلك احترام

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 480.

² - رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص 97.

³ - رغد عبد الأمير مظلوم، قاعدة الحد الأدنى لتملك الأجانب للعقارات في العراق في ضوء القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 03، جامعة ديالى العراق، 2016، ص 711.

الدولة والتزامها بتوفير حد أدنى من الحقوق يجب أن يتمتع بها الأجنبي على إقليمها وهذا احتراماً للصفة الشرعية والإنسانية.

ولكن ورغم وجود هذا الالتزام على عاتق الدولة من طرف المجتمع الدولي إلا أن هناك اختلاف وتباين في تحديد مضمون هذا الحد ومجموعة الحقوق التي يشملها، ويرجع هذا الاختلاف إلى عدم إمكانية النظام الدولي الحالي فرض قواعد دولية ملزمة على جميع الدول في الوقت الحالي، كما أن القواعد العرفية المتعلقة بمركز الأجانب تتميز بالفوضى وعدم التحديد وهو ما يصعب عملية الكشف عن مضمون الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، كما يلاحظ غياب أي اتفاق بين مختلف الدول لتحديد مضمون الحد الأدنى لمعاملة الأجانب¹.

ويزيد من صعوبة تحديد مضمون الحد الأدنى لمعاملة الأجانب وجود اختلاف كبير بين تشريعات الدول المنظمة لمركز الأجنبي على إقليمها، وهذا الاختلاف راجع للخلفية التي وضعت من خلالها هذه التشريعات وكذلك الأهداف المتوخات منها²، كذلك هناك من التشريعات من تبني مركز الأجنبي على أرضها باعتبار مبدأ المعاملة بالمثل وهو ما قد يؤدي إلى اختلاف المعاملة من فرد أجنبي لآخر باختلاف بلدانهم الأصلية، وبالتالي لا يمكن تحديد مركز الأجنبي تحديداً ثابتاً في هذه الدول³، وانطلاقاً من هذا الغموض في تحديد مضمون فكرة الحد الأدنى لمعاملة الأجانب يلاحظ البعض أن هذا الحد يختلف ضمن الدولة نفسها بالنسبة للأجانب المتواجدين على إقليمها، فالتشريعات المتعلقة بالاستثمار مثلاً في الدول النامية نجدها تمنح حقوق وامتيازات للمستثمر الأجنبي تفوق تلك الممنوحة للأجنبي العادي⁴.

كما أن هذه الحقوق الممنوحة للمستثمرين وإن لم يوجد عرف دولي يؤكدتها إلا أن هناك اتفاقيات ثنائية بين الدول لضمان حماية رؤوس الأموال والاستثمارات فيما بينها،

¹ - رغد عبد الأمير مظلوم، المرجع السابق، ص 713.

² - حبار محمد، المرجع السابق، ص 312.

³ - رغد عبد الأمير مظلوم، المرجع السابق، ص 714.

⁴ - ربيعة قصوري، المرجع السابق، ص 97.

وكذلك فإن المستثمر الأجنبي لا يبادر للاستثمار في بلد معين دون النص على ضمانات لحماية استثماره ضمن عقد الاستثمار المبرم مع الدولة المضيفة¹، كما أن المعاملة التمييزية التي نجدها بين الأجنبي العادي والأجنبي المستثمر لصالح المستثمر الأجنبي تتخطاها لتشمل التمييز في المعاملة بين المستثمرين الأجانب والمستثمرين الوطنيين ويتجلى هذا التمييز من خلال التشريعات المتعلقة بالاستثمار وكذلك الاتفاقيات التي تبرمها الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، حيث نجد أنها تتضمن حقوق وامتيازات تختلف وتفوق تلك الممنوحة للمستثمر الوطني وهذا بحجة جذب رؤوس الأموال الأجنبية وضمان التنمية في البلد، وهو ما دفع البعض للقول بأنه لا مجال للمطالبة بتطبيق مبدأ الحد الأدنى في معاملة المستثمرين الأجانب، كون هذه المعاملة تخطت تلك التي يتمتع بها المستثمر الوطني نفسه².

إن ضمان الحقوق والامتيازات الممنوحة من طرف الدولة على إقليمها مرتبط بسلطة وسيادة هذه الدولة، فإنها عادة تلجأ لتنظيمها عن طريق قواعد أمره ضمن تشريعاتها الوطنية³، غير أن هذا الالتزام الموضوع على عاتق الدولة بتوفير حد أدنى لمعاملة الأجانب على أراضيها لا يعطي الحق للأجنبي بالمطالبة بمزيد من الحقوق والحريات على إقليم الدولة المضيفة بشكل فردي وأمام هيئات القضاء الدولي⁴.

الفرع الثاني: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في إطار القانون الدولي الاتفاقي

يقصد بالقانون الدولي الاتفاق مجموع المعاهدات والاتفاقيات الدولية سواء الثنائية أو الجماعية التي صادقت عليها الدولة، وحسب نصوص المواد 27 و46 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات فإن قواعد القانون الدولي الاتفاقي تسمو على القانون الداخلي للدولة، وهو ما أكدته المادة (123) من الدستور الجزائري⁵ والتي نصت على أن "المعاهدات التي

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص480.

² - رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص98.

³ - حبار محمد، المرجع السابق، ص311.

⁴ - رعد عبد الأمير مظلوم، المرجع السابق، ص712.

⁵ - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم.

صادق عليها رئيس الدولة حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون"، بحيث أن نص هذه المادة يعد بمثابة عدول للمشرع الدستوري على النهج الذي كان يعتمده في دستور (1976) وهذا ما يفسر تأخر انضمام الجزائر لاتفاقية فينا للمعاهدات حتى سنة (1988)¹.

حيث أن تنظيم العملية الاستثمارية بين الدول من أهم مواضيع المعاهدات الدولية المتعلقة بحماية وترقية الاستثمارات أو تلك المتعلقة بترقية نظام التحكيم والاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، فأولى اتفاقيات الاستثمار الثنائية كانت بين ألمانيا وباكستان سنة 1959 حيث تضمنت التزام كل دولة بحماية وأمن استثمارات الدولة الأخرى، كما تضمنت حرية تنقل وتحويل رؤوس الأموال بالإضافة إلى بند التسوية الودية للنزاعات واللجوء للتحكيم²، فهذه المعاهدات والاتفاقيات أصبحت تنص على مبادئ مهمة تضمن وتحمي المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، وأهم هذه المبادئ يتمثل في مبدأ معاملة الدولة الأولى بالرعاية، مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ومبدأ المعاملة الوطنية.

أولاً: معاملة الدولة الأولى بالرعاية

جاء تعريف شرط الدولة الأولى بالرعاية من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي في مسودة العمل كما يلي "شرط الدولة الأولى بالرعاية هو التزام دولة معينة للمستثمر بمعاملة لا تقل عن تلك التي توفرها للمستثمرين من بلدان أخرى"³، كما يعرف هذا الشرط على أنه وعد من جانب الدولة الطرف في الاتفاقية (الدولة المانحة) على أن

¹ - قشي الخير، تطبيق القانون الدولي الاتفاقي في الجزائر، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 4، جامعة باتنة، الجزائر، 1995، ص20.

² - Sachet Singh, Sooraj Sharma, Investor- state Dispute Settlement Mechanism the quest for a workable Roadmap, Mer Kauries utrecht journal of international and european law, vol 29, 2013, P91.

³ - Yannick Radi, the application of the most favoured nation clause to the desput settlment provision of bilateral investmant treaties, the european journal of international law, vol 18, N°4, 2007, P758.

توفر للدولة المتعاقدة معها (الدولة الممنوحة) معاملة لا تقل عن تلك التي توفرها لدولة أخرى في الاتفاقيات فيما بينهما¹.

أي أن تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية يقوم أساساً على معاهدة مبرمة بين الدولتين المانحة والمستفيدة تتضمن تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية بشأن الامتيازات الممنوحة أو يمكن أن تمنحها الدولة المانحة في المستقبل لدولة ثالثة، غير أن هذا الشرط لا يعني به المطالبة بالامتيازات والحقوق التي يتمتع بها مواطنو تلك الدولة، وفي ذلك أنكر جانب من الفقه محاولة الدولة المستفيدة الحصول على امتيازات والحقوق التي يوفرها التشريع الوطني للدولة المانحة لمواطنيها، وأساس ذلك هو أن إقرار شرط الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات بين الدول يقتضي منح رعايا الدولة المستفيدة أقصى درجات التفضيل في المعاملة بين الأجانب، أي أن هذا الشرط لا يرقى لدرجة شرط المعاملة الوطنية².

فمن خلال ما تقدم يمكن ملاحظة مدى أهمية هذا الشرط بالنسبة للمستثمر الأجنبي لذلك تحرص مختلف الدولة على تضمين معاهداتها أو الإتفاقيات الخاصة بالاستثمار شرط الدولة الأولى بالرعاية، ففي هذه الحالة لا يتم تحديد الامتيازات والضمانات التي تتمتع بها الدولة المستفيدة وإنما يكتفي بإدراج الشرط، وفي حال تقرير امتياز لدولة ثالثة سواء كانت امتيازات جبائية أو مصرفية مثلاً، في هذه الحالة يكون للدولة المستفيدة من الشرط مطالبة الدولة المانحة للحصول على أفضل معاملة³، وبالتالي يحق لمستثمري الدولة المستفيدة الحصول على أفضل معاملة تتلقاها الاستثمارات الأجنبية في الدولة المانحة، وهو ما يمكن اعتباره محاولة لضمان المساواة في المعاملة.

¹ - Stehanie L. parker, ABIT at atime, the proper extention of the MFN clause to dispute settlement provision in bilateral in vestmant treaties, Arbiration brief, vol 2, american university washington college of law, 2012, P60.

² - رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص131.

³ - رفيقة قصوري، المرجع نفسه، ص130.

وكأمثلة عن شرط الدولة الأولى بالرعاية ضمن المعاهدات الثنائية بين البلدان نجد مثلا المادة الثالثة من الاتفاق الجزائري الألماني¹ التي تنص على "يمنح كل طرف متعاقد على اقليمه لاستثمارات مواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر، معاملة لن تكون أقل امتيازاً عن تلك التي تمنح لمواطنيه وشركاته أو مواطني وشركات بلد ثالث، يمنح كل طرف متعاقد على اقليمه لمواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر، لا سيما فيما يخص الإدارة، الاستعمال، أو الاستمتاع باستثماراتهم معاملة لن تكون أقل امتيازاً من تلك التي تخصص لمواطنيه وشركاته أو مواطني وشركات دولة ثالثة"، والملاحظ من خلال هذه المادة أنها دمجت بين المعاملة الوطنية ضمن العبارة "... تلك التي تخصص لمواطنيه وشركاته...." وبين معاملة الدولة الأولى بالرعاية وهذا ضمن عبارة "... مواطني وشركات دولة ثالثة...".

وفي نفس السياق نجد المادة 2/3 من اتفاق الاستثمار بين الجزائر والأرجنتين² التي تنص على "يضمن كل طرف متعاقد للاستثمارات المقبولة على إقليمه، حماية قانونية ويمنح لها معاملة لا تقل امتيازاً عن تلك التي يمنحها لمستثمريه ومستثمري دول أخرى".

وحرص الدول على تضمين اتفاقيات الاستثمار فيما بينها على شرط الدولة الأولى بالرعاية يرجع إلى أن هناك جانب من الفقه يرى بأن هذا الشرط لا يكون مفعوله كاملاً أي أنه لا يشمل جميع مستثمري الدولة المستفيدة إلا إذا تم النص عليه ضمن اتفاقيات الاستثمار بين الدول، أما إذا كان هذا الشرط ضمن عقد استثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار ففي هذه الحالة تكون أمام استثمار أولي بالرعاية وليس شرط

¹ - الإتفاق والبروتوكول الإضافي بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة ألمانيا الاتحادية، يتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقعين بالجزائر في 11/03/1996، المصادق عليهما بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 280/2000 المؤرخ في 07/10/2000، الجريدة الرسمية عدد 58 الصادرة بتاريخ 08/10/2000.

² - الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الأرجنتينية حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة بالجزائر في 04/10/2000، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 366/01، المؤرخ في 13/11/2001، الجريدة الرسمية عدد 69، الصادرة بتاريخ 18/11/2001.

دولة أولى بالرعاية¹. لا يسمح شرط الدولة الأولى بالرعاية للدولة المستفيدة بالحصول على الامتيازات التي حصلت عليها الدول الأخرى قبل إبرام هذا الشرط، كما أن الشرط لا يضمن للدولة المستفيدة سوى الحصول على الامتيازات التي تكون من نفس النوع والفئة والدرجة، أي حصول الدولة المستفيدة على المزايا التي منحت لدول أخرى لا يكون إلا ضمن الشروط التي خضعت إليها تلك الدول².

قد ترد صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية ضيقة كما قد ترد بصيغة عامة، لكنها على العموم لا تحدد قدراً معلوماً من الامتيازات والحقوق مخصصة للدولة المستفيدة والسؤال المطروح في هذا الشأن يتعلق بمدى امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية لقواعد تسوية النزاعات في معاهدات أو اتفاقيات الاستثمار؟، إن صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية في غالب الحالات لا توحى بامتداده ليشمل قواعد تسوية النزاعات، غير أنه وفي بعض الحالات نجد أن الاتفاقية ومن أجل إزالة اللبس الذي قد يحصل تنص صراحة على امتداد الشرط لقواعد تسوية النزاعات بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، غير أنه اليوم فقد أصبح ينظر إلى الشرط على أنه امتداد غير مشروط للمزايا³.

أما بخصوص شرط التحكيم المبرم بعد نشوء النزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، فهل يمكن اعتباره من قبيل المزايا التي يمكن للدولة المستفيدة المطالبة بها؟ ففي هذه الحالة يجب اللجوء إلى الصياغة التي ورد بها شرط الدولة الأولى بالرعاية، فإن كانت الصياغة تستبعد صراحة موضوع تسوية المنازعات، ففي هذه الحالة لا يمكن للدولة المستفيدة المطالبة واللجوء استناداً إلى بند التحكيم المبرم بين الدولة المانحة والدولة الثالثة، أما إذا وردت صياغة الشرط عامة وتحتمل امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية لموضوع تسوية النزاعات، ففي هذه الحالة يمكن للدولة المستفيدة المطالبة بتطبيق بند التحكيم.

¹ - رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص 130.

² - Inci Atman figanese, the impact of the Maffezini decision on the interpretation of MFN clauses in investment treaties, Ankara law review, vol 8, N°2, 2011, P225.

³ - Inci Atman Figanese, OP cit, P226.

إن قيام الدولة المانحة بمنح امتيازات أو تسهيلات لدولة ثالثة يؤدي بطبيعة الحال إلى قيام حق للدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية في المطالبة بها والحصول عليها وكذلك العكس، فإذا انقضت تلك الحقوق عن الدولة الثالثة فإنه يترتب عليه مباشرة انقضاءها بالنسبة للدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية، ما لم يوجد اتفاق أو تسوية بين الدولتين في هذا الشأن.

فعلى الرغم من الامتيازات والمزايا التي يظهرها هذا الشرط بالنسبة للدولة المستفيدة منه، إلا أنه وبالنسبة للدولة المانحة فهو يشكل خطرا كبيرا، خاصة بالنسبة للدول النامية المستقبلية للاستثمارات الأجنبية، مما يؤدي إلى غل يدها في العديد من المجالات ويشكل ابتزازا لهذه الدول للحصول على حقوق وامتيازات أكثر¹.

ثانيا: مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

ليس من السهل تحديد مفهوم لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بالرغم من أن المعنى الظاهري يوحي بالبساطة والسهولة، فمن الصعب تحديد المقصود بعبارتي (العدالة والانصاف)، فمن الناحية الظاهرية فالعبارتان مختلفتان في الدلالة ولكن وفي حقيقة الأمر فإن العبارتين متداخلتين في نمط واحد فلا يمكن تصور معاملة عادلة وغير منصفة والعكس صحيح، وهو ما يؤدي إلى طرح العديد من التساؤلات بخصوص هذه القاعدة خاصة في مجال اتفاقيات الاستثمار، بحيث أن كل من عبارة، عادلة ومنصفة، لا تدلان على منهج أو نمط قانوني أو اجرائي واجب التطبيق.

ولمحاولة تحديد مفهوم ومضمون معيار المعاملة العادلة والمنصفة استلزم الأمر الرجوع إلى بعض الأمثلة ضمن اتفاقيات الاستثمار، فنجد مثلا الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر والاتحاد البلجيكي²، حيث نصت المادة الثالثة من الاتفاقية على ما يلي "تتمتع كل الاستثمارات المباشرة وغير المباشرة التي تمت من طرف مستثمري أحد

¹ - ربيعة قصوري، المرجع السابق، ص 131.

² - الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والإتحاد الإقتصادي البلجيكي للكسبرجي، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 1991/04/24، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 345/91 المؤرخ في 1991/10/05، الجريدة الرسمية عدد 46 الصادرة بتاريخ 1991/10/06.

الأطراف المتعاقدة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر بمعاملة عادلة ومنصفة"، كما ونصت على ذلك أيضا الاتفاقية الجزائرية الفرنسية¹ في مادتها الثالثة كما يلي "يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين طبقا لقواعد القانون الدولي، بضمان على إقليمه ومنطقته البحرية، معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر بحيث أن ممارسة هذا الحق المعترف به لا يمكن أن يعرقل قانونيا أو فعليا عن طريق إجراءات غير مبررة أو تمييزية قد تؤثر على التسيير والصيانة والاستعمال والتمتع بهذه الاستثمارات أو تصفيتها"، كما ونلاحظ أن الاتفاقيات الثنائية تختلف في التعبير عن هذا المبدأ فمنها من تشير إليه بعبارة (المعاملة النزيهة والمنصفة) ومنها من تطلق عليه تسمية (المعاملة المنصفة) لكن يبقى التعبير الشائع والمتداول هو (المعاملة العادلة والمنصفة).

إن إدراج شرط المعاملة العادلة والمنصفة ضمن اتفاقيات الاستثمار الثنائية يقتضي ضمان نمط معين من المعاملة يتطابق وقواعد القانون الدولي، بحيث يتميز هذا النوع من المعاملات بالطابع المستقل والمطلق على خلاف معاملة الدولة الأولى بالرعاية، أو المعاملة الوطنية، واستقلال هذا النوع من المعاملة يكون من خلال عدم ارتباطها بأي عنصر ثالث سواء كان مستثمرا أجنبي أو وطني، فمطالبة المستثمر بالمعاملة العادلة والمنصفة لا تستوجب حصول أحد المستثمرين الأجانب أو الوطنيين على نفس المعاملة، كما أن هذه المعاملة تتميز بإطلاقها أي أنها لا تقبل وجود استثناءات عليها خلافا للمعاملة الوطنية أو معاملة الدولة الأولى بالرعاية.

وبسبب الاختلاف في تحديد معنى العدالة والانصاف وبالتالي وضع مفهوم واضح ومحدد لمعيار العدالة والانصاف، أدى ذلك إلى اختلافات في تفسير وتحليل مضمون هذا المعيار فذهب البعض إلى ضرورة الأخذ بالمعنى الحرفي المبسط للمبدأ، بحيث يتم تطبيقه على كل حالة باستقلالية أي أن يتم التعامل مع كل مستثمر على حدة ومن خلال

¹ - الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، الموقعة بالجزائر في 13/02/1993، المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 01/94 المؤرخ في 02/01/1994، الجريدة الرسمية عدد 01 الصادرة بتاريخ 02/01/1994.

ذلك يتم تقدير طبيعة المعاملة التي يجب أن يتلقاها، وقد تم انتقاد هذا الرأي بسبب عدم دقته في تحديد أسس معينة لمعيار العدالة والانصاف، كما أن تطبيق هذا المعيار بصفة مستقلة قد لا يتناسب مع طموح كل مستثمر هذا بسبب اختلاف المفاهيم والثقافة والنظم القانونية بين الأطراف المتعاقدة¹.

فيما يذهب رأي آخر للقول بأن معيار العدالة والانصاف هو نفسه معيار الحد الأدنى للمعاملة، مستنديين في ذلك بمضمون بعض المعاهدات واتفاقيات الاستثمار التي تنص على أن المعاملة تكون وفق ما يضمنه القانون الدولي العرفي من أعمال مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، وقد واجه هذا الرأي العديد من الانتقادات، فمحاولة تفسير معيار بمعيار آخر زاد من تعقيد الأمور كون أن معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب فيه اختلاف كبير في تحديد ما هو هذا الحد، مما يجعل من الصعب محاولة تطبيق هذا الاتجاه، كما أن اتفاقيات الاستثمار الثنائية وخاصة عندما يكون أحد أطرافها دولة من الدول النامية فإنها تتضمن مجموعة من الامتيازات والحقوق تتخطى الحد الأدنى الذي يتمتع به الأجنبي العادي، وهي امتيازات لم يتم فرضها عن طريق أحكام القانون الدولي العرفي، بالإضافة إلى أنه إذا كان لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب نفس المفهوم فلماذا يتم إدراج كل منها وبصورة مستقلة ضمن معاهدات واتفاقيات الاستثمار، فهو أمر غير منطقي وغير سليم قانونياً².

إن الاعتماد على معيار العدالة والانصاف ضمن اتفاقيات الاستثمار أمر يبقى غير كافي في حماية حقوق المستثمر الأجنبي ويبقى عرضة للخطر لأن العديد من الدول وبالخصوص النامية منها، تتجه في محاولة للتهرب من آثار هذا المبدأ إلى الأخذ بتفسير ينطبق مع مبادئها وقواعدها القانونية وهو الأمر الذي قد يتعارض مع تطلعات المستثمر الأجنبي ويختلف مع نظامه القانوني، وهو ما يفسر التزايد في قضايا التحكيم بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة للاستثمار، وفي سبيل ذلك اتجهت أغلب الدول من أجل حماية مستثمريها إلى تدعيم مبدأ العدالة والانصاف بمبادئ أخرى ضمن

¹ - رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص 133.

² - رفيقة قصوري، المرجع نفسه، ص 134.

اتفاقيات الاستثمار، وهو أمر يبقى غير كافي بحيث يستلزم وضع مفهوم وتفسير واضح ضمن هذه الاتفاقيات لمعنى العدالة والانصاف من أجل حماية المستثمر الأجنبي وترقية الاستثمار¹.

ثالثاً: مبدأ المعاملة الوطنية

ترجع أولى استعمالات هذا المفهوم للقرنين الثاني عشر والثالث عشر من أجل تدعيم التجارة بين البلدان وهذا من خلال عدم التمييز بين التجار المحليين والتجار الأجانب، ورغم اختلاف التسميات المعبرة عن هذا المبدأ، فمنها من يطلق عليه مبدأ المساواة بين المواطنين والأجانب كما ويطلق عليه البعض تسمية تشبيه المواطنين بالأجانب، إلا أنها جميعاً تصب في مفهوم ومضمون واحد وهو تمتع الأجنبي بنفس الحقوق والامتيازات التي يتمتع بها مواطن الدولة المضيضة، أي أن تضمين المعاهدات والاتفاقيات لمعيار المعاملة الوطنية يقتضي التزاماً في جانب الدولة المضيضة للمستثمر الأجنبي بتوفير حقوق وامتيازات لا تقل عن تلك التي يتمتع بها مستثمرو هذه الدولة سواء كانوا أشخاصاً طبيعياً أو معنوية، أي أن التزام الدولة المضيضة ينصب حول توفير المساواة بين المستثمر الأجنبي والمستثمرين من الدولة المضيضة، أما المستثمرين الأجانب الذين يحملون جنسية دولة أخرى غير الدولة المتعاقدة فلا تشملهم هذه المعاملة².

يمثل مبدأ المعاملة الوطنية أحد مفاتيح التجارة الدولية³ وهذا لسهولة ووضوحه مما أدى بالعديد من الدول وحتى المستثمرين الأجانب إلى النص عليه ضمن معاهدات واتفاقيات الاستثمار، بحيث يجنب هذا المعيار المستثمر الأجنبي كل صور التمييز سواء القانونية أو الواقعية، غير أن النص على هذا المعيار ضمن اتفاقيات الاستثمار لا يعني التفسير الواسع له، أي لا يمكن للمستثمر الأجنبي أن يطالب بحقوق أو امتيازات تتعدى حدود ما اتفق عليه والمجالات التي اتفق بشأنها، حتى ولو تمت صياغة هذا المعيار

¹ - لونا حري، مفهوم مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على ضوء الاتفاقيات الثنائية للاستثمار والممارسة التحكيمية الدولية، مجلة العلوم الإنسانية، عدد7، جزء 2، جامعة أم البواقي، جوان 2017، ص677.

² - رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص125.

³ - Vu Nhu Thang, National Treatment Principle In GATS, Nagaya University cale Books 3, Japan, 2008, P10.

بصورة عامة ومطلقة، أي دون تحديد للموضوعات التي يشملها، فحسب رأي غالبية الفقه فإن المعيار يبقى في حدود موضوع الاتفاق ولا يمكن أن يشمل الحقوق المدنية أو السياسية التي يتمتع بها مواطنو البلد المضيف¹.

إن مدى التزام الدولة والهيئات التابعة لها في عقودها الوطنية الداخلية يوفر مجالاً هاماً من الشفافية وكذلك يشكل معياراً هاماً لكل مستثمر أجنبي، وهذا ما يجعل البلد أكثر جاذبية لرؤوس الأموال والاستثمارات الأجنبية²، ومن خلال مبدأ المعاملة الوطنية فإن المستثمر الأجنبي يضمن الحصول على امتيازات تساوي تلك الممنوحة للمستثمر الوطني سواء في الحاضر أو في المستقبل، أي أن المشرع إذا أقر امتيازات للمستثمر الوطني بعد إبرام الاتفاق فإنه وفي هذه الحالة يكون للمستثمر الأجنبي الحق في الحصول على هذه الامتيازات استناداً إلى مبدأ المعاملة الوطنية، ولكن ورغم هذه الضمانة التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي إلا أنها تنطوي على خطورة كبيرة، حيث أنه وفي حالة العكس أي إذا قام المشرع بإلغاء امتيازات كان يتمتع بها المستثمر الوطني فإن هذا الإلغاء يسري على المستثمر الأجنبي إلا في حالة وجود اتفاق يخالف ذلك، هذه المخاطرة التي ينطوي عليها مبدأ المعاملة الوطنية دفع بالدول إلى إضافة معايير أخرى تسمح بالحفاظ وضمان مصالحها إلى جانب معيار المعاملة الوطنية³.

إن الهدف من مبدأ المعاملة الوطنية هو توجيه الأنظمة القانونية الوطنية فيما يتعلق بمعاملة الأجانب⁴، بالإضافة إلى محاولة إزالة الممارسات المضرة بالمنافسة وتعزيز الفعالية الاقتصادية، وهذا ما يشكل ضمانة مهمة للاستثمارات الأجنبية من أجل الدخول واستثمار أموالها في هذه البلدان، لكن السؤال الذي يمكن طرحه في هذه الحالة هو هل يمكن للمستثمر الأجنبي أن يتمتع بحقوق وامتيازات أكثر مما يتمتع به المستثمر الوطني؟

¹ - رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص 126.

² - Vu Nhu Thang, OP cit, P27.

³ - رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص 127.

⁴ - Vu Nhu Thang, OP cit, P26.

وكمثال عن ذلك في حالة ما إذا كان المشرع الوطني يمنع على المستثمر الوطني اللجوء للتحكيم بينه وبين دولته أو إحدى الهيئات التابعة لها، في هذه الحالة هل يلتزم المستثمر الأجنبي بنفس الشروط أم يمكن أن يسمح له باللجوء للتحكيم، وللإجابة على هذا السؤال برزت عدة مناقشات وتحليلات فمنهم من يرى أنه لا يمكن للأجنبي أن يتمتع بحقوق تفوق مواطني الدولة المضيفة استناداً لأحكام القانون الدولي.

ولكن هناك من يرى أن المواطن في الدولة المضيفة للاستثمار يخضع لأحكام والقواعد القانونية لدولته والتي تتمتع بكل السيادة في وضعها وتنفيذها، أما القواعد المطبقة على المستثمر الأجنبي فهي تخضع لأحكام القانون والعرف الدولي والتي لا يمكن للدولة أن تتجاهلها أو أن تخالفها وإلا فستعرض للمساءلة الدولية، بحيث أن المعيار الذي يجب أن تأخذه الدولة بعين الاعتبار هو درجة الحقوق التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي في دولته، فيجب على الدولة المضيفة للاستثمارات توفر الحد الأدنى الذي يتمتع به المستثمر الأجنبي في دولته¹، ولكن وفي الواقع يلاحظ أن بعض المعاهدات والاتفاقيات وحتى عقود الاستثمار الأجنبي تقرر حقوقاً للمستثمر الأجنبي أكثر مما يتمتع به المستثمر الوطني ومن أمثلة ذلك حق المستثمر الأجنبي في اللجوء للتحكيم في حال نشوب نزاع بينه وبين الدولة المتعاقدة.

¹ - رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص 127.

الفصل الثاني

**الاختصاص القضائي لهيئة
التحكيم والحصانة السيادية للدولة**

تعتبر جميع دول العالم متساوية السيادة والحصانة في منظور القانون الدولي، وهذا ما تؤكدته اتفاقية (فيينا) المتعلقة بحصانة الدول، ويقع على عاتق كل دولة احترام سيادة الدول الأخرى، ومما يترتب عن ممارسة الدولة لسيادتها، الحق في تشريع قواعد إجرائية تبين من خلالها الاختصاص القضائي للمحاكم الموجودة على إقليمها، سواء أكان هذا الاختصاص نوعي أو إقليمي، ويتعين على الأفراد احترام قواعد الاختصاص القضائي لكونها تتعلق بالنظام العام في الدولة.

وبالرغم من تمتع المشرع الوطني بالحرية في وضع قواعد الاختصاص القضائي باعتبارها أحد أهم آثار سيادة الدول، إلا أن هذه الحرية غير مطلقة، فالدولة ملزمة باحترام التعهدات والاتفاقيات التي قامت بإبرامها بإرادتها الحرة والتي تحد من اختصاص قضائها الوطني. وفي محاولة لإسقاط هذا الواقع الخاص بسيادة الدولة ودورها في تحديد قواعد الاختصاص القضائي على ما تعرفه الساحة الدولية من اتساع في رقعة التجارة الدولية وحركة رؤوس الأموال والاستثمارات بين الدول، حيث نجد أن المستثمر الأجنبي لن يغامر بالاستثمار والتعاقد مع الدولة مالم يتلقى ضمانات تشريعية وقضائية كافية تحمي استثماره من ما قد تعتبره الدولة حقا لها وتستند في ذلك إلى سيادتها وحصانتها كدريعة للتصل من التزاماتها التعاقدية، فما مدى الاختصاص القضائي لهيئة التحكيم في تسوية النزاع التحكيمي وما هو أثر الحصانة السيادية للدولة على هذا الاختصاص؟ وللإجابة على هذا التساؤل وجب أولا التطرق لفكرة الحصانة السيادية للدولة (مبحث أول) ثم للاختصاص القضائي لهيئة التحكيم (مبحث ثاني).

المبحث الأول: الحصانة السيادية للدولة

إن سيادة الدولة تقتضي ممارسة سلطتها على إقليمها وعدم خضوعها لأي قضاء آخر غير قضائها الوطني، ولقد أثار تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية وبرايمها للعقود والمعاملات مع أشخاص من القانون الخاص العديد من الإشكالات القانونية، خاصة إذا كان الطرف الخاص المتعاقد شخصا أجنبيا، هذا الأخير الذي لن يتعاقد مع الدولة أو أي هيئة أخرى تابعة لها مالم يضمن عدم تمسكها بحصانتها القضائية والتنفيذية، سواء أمام القضاء أو أمام هيئة التحكيم¹، وبالتالي يمكن التساؤل حول مدى تأثير لجوء الدولة للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي بدل قضائها الوطني المختص، على حصانتها السيادية القضائية وحتى التنفيذية، وهل يعد ذلك بمثابة تخلي عن القضاء الوطني لصالح قضاء التحكيم؟، ولأجل ذلك سنتعرض في المطلب الأول للحصانة القضائية للدولة ثم في المطلب الثاني سنتطرق للحصانة التنفيذية للدولة.

المطلب الأول: الحصانة القضائية للدولة

الحصانة القضائية هي امتياز ممنوح للدولة أو الأشخاص الذين يعملون باسمها ولحسابها سواء كانوا أشخاصا طبيعيا أو معنوية، بحيث يسمح لهؤلاء الأشخاص بتجنب الخضوع لأي قضاء غير القضاء الوطني²، كما عرفت الحصانة القضائية على أنها "صفة تلحق شخصا قانونيا تجعله في منأى عن أية ملاحقة قضائية، يستفيد منها بمجرد إثارته لها في شكل دفع إجرائي أمام هيئة قضائية أو محكمة تحكيمية تجعل القاضي أو المحكم يصرح بعدم اختصاصه"³، وبهذا المعنى يمكن القول أن خضوع الدولة أو الهيئات التابعة لها لقضاء التحكيم في النزاع المتعلق بعقود الاستثمار الأجنبي، أمر منافي لقواعد الحصانة القضائية، لكن قبول الدولة لبند التحكيم سواء في اتفاقيات الاستثمار أو ضمن عقود الاستثمار التي تبرم مع المستثمرين الأجانب، أوقع القضاء وكذلك هيئات التحكيم

¹ - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 11.

² - Ali Bencheneb, Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie, OPU, 1984, P47.

³ - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 19.

في إشكال مدى تمتع الدولة والهيئات التابعة لها بالحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم في النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي، وهل هذه الحصانة مطلقة (الفرع الأول) أم نسبية وتخضع لشروط (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحصانة القضائية المطلقة

لم تكن مسألة الحصانة القضائية للدولة مطروحة حتى القرن التاسع عشر، بحيث كانت هذه الحصانة تشمل جميع أنشطة الدولة وأعمالها، فالحصانة القضائية تقوم على أساس السيادة، الاستقلال والمساواة بين الدول¹، وبالتالي وجب على كل دولة احترام حدود الحصانة القضائية للدول الأخرى. ففي أي نزاع استثماري تكون الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها طرفاً فيه، وهي الأشخاص التي تتمتع بالحصانة القضائية وهذا ما يسمح لها بالدفع بهذه الحصانة أمام هيئات التحكيم، فما هو أساس هذه الحصانة القضائية وما طبيعة الدفع بها، وما هي الأعمال التي تشملها؟.

أولاً: أساس الحصانة القضائية

عند عرض أي نزاع استثماري بين الدولة والمستثمر الأجنبي على الجهات القضائية أو التحكيمية، فإن امتياز الحصانة القضائية قد يطرح من طرف أشخاص القانون العام في محاولة للاستفادة منه، وفي غياب نصوص تشريعية واضحة تنظم مسألة الحصانة القضائية، فإن القاضي أو المحكم يحاول تأسيس حكمه على أصول نظرية مختلفة.

فهناك من يتجه في تأسيس الحصانة القضائية للدولة إلى ما تتمتع به هذه الأخيرة من سلطة وسيادة في صياغة تشريعاتها وتحديد الجهات القضائية وقواعد الاختصاص فيها، بحيث أنها تتمتع بالولاية القضائية وهو ما يجعل من الأفراد المنتمين إليها خاضعين لسلطة قضائها²، أما الدولة كشخص من أشخاص القانون العام فهي لا تخضع في نزاعاتها مع الأفراد إلا للقضاء الوطني، ولا يمكن تجريدها من هذه الحصانة، بحيث تعتبر

¹ - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 19.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 375.

هذه النظرية من بقايا النظم الملكية التي كانت تمارس القضاء كمنحة وليس كواجب، فهي نظم مطلقة كانت تحكم فوق القانون¹.

وقد كان انتشار هذه النظرية في القرن التاسع عشر، حيث كانت الدولة لا تتدخل في الحياة الاقتصادية بل تمارس دور الرقابة وهو ما يسمى بالدولة الحارسة، وهذا الدور الذي لعبته الدولة في تلك الفترة هو ما ساعد على ازدهار الاتجاه المتشدد في تطبيق هذه النظرية والذي يأخذ بالحصانة المطلقة للدولة.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم لها صادر في (22 يناير 1849) والمتعلقة بنزاع كان أحد أطرافه الدولة الإسبانية، حيث قامت هذه الأخيرة باقتناء أحمية لجيشها من أحد الخوادم، وبسبب نشوب نزاع بين الأطراف فقد دفعت الدولة الإسبانية بحصانتها القضائية، وفي ذلك صدر حكم المحكمة على أنه لا يمكن التفريق بين التصرفات التي تصدرها الدولة باعتبارها سلطة عامة أو باعتبارها فرداً عادياً، وهو الأمر الذي يحول دون تحديد الوصف الذي يخضع له هذا التصرف، هل هو تصرف خاص أم هو عمل من أعمال السيادة، وعليه فإن الدولة تتمتع بالحصانة القضائية المطلقة، وكذلك أيد القضاء الإنجليزي هذا التوجه من خلال تقرير محكمة استئناف لندن للحصانة القضائية لسفينة تجارية مخصصة لنقل البريد حتى لو كانت هذه السفينة تقوم بنقل الركاب الأمر الذي يمثل عملاً تجارياً ولو بنسبة قليلة، وانطلاقاً من هذه الأحكام القضائية وغيرها اتجه بعض الفقهاء إلى تأسيس فكرة الحصانة القضائية استناداً لمبدأ السيادة، فخضوع الدولة لقضاء غير قضائها الوطني في النزاعات التي قد تنشأ سواء بنشاطها كشخص صاحب سيادة أو كشخص من أشخاص القانون الخاص يتنافى وفكرة السيادة ويمس بفكرة استقلال الدولة².

غير أن تأسيس فكرة الحصانة استناداً إلى فكرة سيادة الدولة يؤدي إلى نتائج وآثار تخرج كل منها عن سياقه ومضمونه، فمحاولة تأسيس فكرة الحصانة استناداً لفكرة السيادة

¹ - عائشة راتب، التنظيم الدبلوماسي والقنصلي، دار النهضة العربية، 1963، ص28.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص376/377.

يؤدي إلى الأخذ بإطلاق الحصانة القضائية للدولة وهو الأمر الذي يخالف الاتجاه الغالب في الفقه الذي يعمل على تقييد فكرة الحصانة القضائية للدولة والسماح للقضاء الوطني بالنظر في أعمال الإدارة للدول الأجنبية.

كما أن الأخذ بفكرة حصانة الدولة من سيادتها يجعل من حق أي دولة وضع قواعد الاختصاص الخاصة بها وبالتالي النظر في أي نزاع قد يعرض على محاكمها حتى وإن كان أحد أطرافه دولة أجنبية، وهو ما يتعارض وعلب فكرة الحصانة القضائية لأنه يكون لكل دولة الحرية في صياغة قواعد الاختصاص القضائي الدولي الخاصة بها.

فإسناد فكرة الحصانة القضائية لفكرة السيادة سلاح ذو حدين، فإذا نظرنا إليه من جهة دولة القاضي الوطني، فإن قضاء الدولة هو صاحب الاختصاص في جميع النزاعات التي قد تنشأ على إقليم دولته، وبالتالي حرمان أي قضاء أجنبي من النظر في هذه النزاعات والفصل فيها، أما إذا نظرنا إليه من جهة دولة القاضي الأجنبي فإنه يكون على القاضي الوطني الامتناع عن الفصل في نزاع تكون إحدى الدول الأجنبية طرفاً فيه، ويكون هذا التطبيق صحيحاً كلما كان النزاع ناتجاً عن قيام الدولة الأجنبية بوظيفتها العامة كصاحبة سلطة وسيادة، أما إذا تعلق النزاع بأعمال قامت بها الدولة الأجنبية وتدخل في إطار القانون الخاص فإن إخضاع هذه النزاعات للقضاء الوطني لا يعتبر مساساً بسيادة الدولة الأجنبية، ولتحديد طبيعة العمل إذا كان من أعمال السيادة أم لا، فيتم الرجوع في ذلك إلى النظام السياسي والاقتصادي لكل من الدولة الأجنبية ودولة القاضي¹.

إن الهدف من وضع أساس للحصانة القضائية للدولة هو تمكين من يتمتع بهذه الحصانة من القيام بمهامه على خير وجه ودون إعاقة وهي ضرورة عملية وواقعية، ولأن تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية أدى إلى تغيير في قراءة لمبدأ السيادة والآثار المترتبة عنه خاصة في مجال الحصانة²، وأمام النقد الموجه للاتجاه الذي يضع مبدأ

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 378.

² - عائشة راتب، المرجع السابق، ص 29.

السيادة كأساس لحصانة الدولة ظهرت عدة اتجاهات تحاول تبرير الحصانة القضائية للدولة، فمنهم من يأخذ بفكرة المجاملة الدولية والبعض الآخر يأخذ بفكرة التعايش المشترك بين الدول وهذا من أجل تحقيق توازن بين النظم القانونية المختلفة كما هو معمول به في إطار القانون الدولي الخاص¹.

إلى جانب هذه الأسس التقليدية في تبرير الحصانة القضائية للدولة ظهرت أسس أخرى تكميلية أو ثانوية تستند على وجوب الحفاظ على السلم الدولي، وتبرر الحصانة القضائية للدولة بالحصانة التنفيذية، بحيث أن الحفاظ على السلم والأمن الدولي يقتضي عدم خضوع الدولة لأي قضاء أجنبي، فالأحكام التي يصدرها القضاء تستلزم التنفيذ على أرض الواقع، لكن إذا رفضت الدولة تنفيذ هذه الأحكام فهل يتم اللجوء للتنفيذ الجبري ضدها، وهذا ما لا يمكن تصوره، بحيث يعتبر مثل هذا الأمر مساساً باستقلال الدول والمساواة فيما بينها، وبالتالي على القضاء الوطني تجنب إصدار أحكام قضائية مصيرها عدم التنفيذ فهذا يمس بسيادته وهيئته، لكن هذا الاتجاه تم نقده بسبب الخلط الموجود بين نشأة الحق وفعاليتها، فلا يمكن تبرير عدم اختصاص القضاء الوطني بالنظر في النزاع الذي تكون إحدى أطرافه دولة أجنبية، بالعجز عن تنفيذ الحكم الذي قد يصدر ضد هذه الأخيرة، فهناك بعض الأحكام تصدر ضد الأفراد العاديين ولا يمكن تنفيذها بسبب عسر المدين مثلاً، بالإضافة إلى أن فكرة الجزاء في القانون الدولي فكرة غير مؤكدة ولا يمكن التأسيس عليها.

كما وذهب البعض في سبيل تبرير الحصانة القضائية للدولة إلى القول بأن الطرف الخاص عند تعاقد مع الدولة الأجنبية يمكن اعتبار ذلك تنازلاً من جهته عن اللجوء لقضائه الطبيعي، وفي ذلك أخذت محكمة النقض الفرنسية بالقول بأن المتعامل مع الدولة يخضع لقانونها وقضائها²، كما وأخذ بعض الفقهاء المصريين بهذا الاتجاه رافضين بذلك الأسس الأخرى في تبرير الحصانة القضائية للدولة كونها تعزز الحصانة المطلقة ولا تخدم الدور الذي أصبحت الدول تلعبه في العصر الحديث.

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 370.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص 381/380.

ثانيا: طبيعة الدفع بالحصانة القضائية

تتمتع الدول بكامل الحرية في تحديد قواعد الاختصاص القضائي على إقليمها، هذه الحرية التي يجب على باقي الدول الاعتراف بها واحترامها، ولكن في حدود الاتفاقات الثنائية أو الجماعية التي صادقت عليها الدولة المعنية، وعلى الخصوص معاهدة فينا وما تفرضه على عاتق الدول المصدقة عليها بالنسبة لبعض الحصانات.

وعلى الرغم من ذلك فإن هناك اختلافا في تحديد طبيعة الدفع بالحصانة القضائية للدولة، فهناك من يرى بأن هذا الدفع يتعلق بعدم اختصاص الجهات القضائية الوطنية بالنظر في النزاع الذي تكون إحدى الدول الأجنبية طرفا فيه، وهذا تأسيسا على كون الحصانة القضائية لم تعد حصانة مطلقة كالسابق بل أصبحت هناك قيود على هذه الحصانة، وبالتالي فإن صفة الشخص المتمتع بالحصانة لا تأتي في المرتبة الأولى، بل يجب أولا النظر في طبيعة التصرف والذي يجب أن يكون من أعمال السلطة العامة¹، فالدفع بعدم الاختصاص هو دفع موضوعي يتعلق بطبيعة النشاط أو التصرف الصادر عن الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها الطرف في النزاع، دون التركيز على طبيعة الشخص العام الذي صدر عنه هذا التصرف.

بينما يرى اتجاه آخر أن الدفع بالحصانة القضائية هو دفع بعدم القبول أي أن طبيعة وصفة الشخص العام الأجنبي الطرف في النزاع هي أول ما يجب أن يتحقق منه القاضي أو المحكم ويستند إليه في عدم قبول الدعوى، فرفض القاضي الوطني أو هيئة التحكيم النظر في الدعوى التي يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام أمر تحتمه احترام سيادة الدول الأجنبية والذي قد يتعارض مع مصالح الأفراد الخاصة².

¹ - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 201.

² - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع نفسه، ص 203.

ثالثاً: الأعمال التي تشملها الحصانة القضائية

تعددت المعايير في تحديد الأعمال التي تشملها الحصانة القضائية للدولة، وهذا في محاولة للحد من حصانة هذه الأخيرة، ومن بين هذه المعايير التي اتجه الفقه والقضاء إليها نجد المعيار الذي يفرق بين شخصية الدولة كسلطة عامة وبين شخصية الدولة كفرد عادي من أشخاص القانون الخاص، وفي محاولة لإسقاط هذه التفرقة على تصرفات الدولة نجد حسب هذا الرأي أن الدولة في تصرفاتها عندما تظهر بمظهر صاحب السلطة والسيادة فإنها في هذه الحالة تتمتع بحصانة قضائية مطلقة في مواجهة الطرف المتعاقد معها، أما إذا ظهرت الدولة كأحد أفراد القانون الخاص ففي هذه الحالة فهي لا تتمتع بالحصانة القضائية، ويمكن في هذه الحالة رفع دعوى قضائية ضدها كأحد الأفراد العاديين ولكن هذا المعيار تم نقده من جهتين، الجهة الأولى وتتمثل في قيامه على أساس ازدواجية شخصية الدولة وهو أمر غير منطقي، فشخصية الدولة في الواقع هي شخصية واحدة ولا يمكن تجزئتها، أما الجهة الثانية من النقد فاستندت إلى غياب طريقة لتحديد متى تظهر الدولة كصاحبة السلطة والسيادة ومتى تظهر كأحد أفراد القانون الخاص، وهو الأمر الذي يزيد من صعوبة تطبيق هذا المعيار، فهذا المعيار يحتاج لمعيار آخر لتطبيقه على أرض الواقع.

بسبب النقد الموجه للمعيار السابق وصعوبة تطبيقه على أرض الواقع اتجه الفقه والقضاء للأخذ بمعيار آخر لا يتعلق بشخصية المتمتع بالحصانة، وإنما بالنشاط الذي يمارسه، وفي ذلك فرق أنصار هذا الاتجاه بين أعمال السيادة التي تمارسها الدولة والتي تتمتع فيها بالحصانة القضائية، وبين أعمال الإدارة العامة والتي لا يحق فيها للدولة استخدام حصانتها القضائية، ورغم البساطة الظاهرية التي يتميز بها هذا المعيار إلا أنه لم يسلم من النقد خاصة من جهة صعوبة التفرقة بين ما يعتبر من أعمال السيادة وما يعتبر من أعمال الإدارة العامة في تصرفات الدولة¹.

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 385/386.

لكن وبسبب تطور دور الدولة في العصر الحديث ونزولها لممارسة نشاط الأفراد، اتجه القضاء الفرنسي لمحاولة وضع معيار أكثر دقة، وهو معيار ممارسة الدولة للنشاط التجاري، فحسب هذا المعيار فإن الدولة عند نزولها لممارسة التجارة مع أفراد القانون الخاص فإن ذلك ينزع عنها ثوب الحصانة القضائية، ويكون في هذه الحالة من حق الأفراد المتعاملين معها التمتع بالضمانات الأساسية لحماية حقوقهم وأهمها حق اللجوء للقضاء.

لكن وبالرغم من دقة معيار ممارسة الدولة للنشاط التجاري وسهولة تطبيقه على أرض الواقع، إلا أنه معيار يمتاز بالمحدودية أي أنه لا يشمل إلا جزء من النشاطات التي أصبحت الدولة الحديثة تمارسها نظرا لتطور دورها ومدى تدخلها في الحياة الاقتصادية وحتى الاجتماعية، لذلك اتجه الفقه وكذلك القضاء للأخذ بمعيار طبيعة النشاط والتمييز بين الأعمال التي تدخل ضمن أعمال السيادة والأخرى التي تعتبر من قبيل أعمال الإدارة العادية، هذا المعيار يساعد على توسيع نطاق الأعمال الغير مشمولة بالحصانة القضائية للدولة خصوصا مع تطور دور الدولة في العصر الحديث ليشمل المعاملات ذات الطابع المدني مثل البيوع والإيجارات¹.

أما فيما يخص المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي فقد ذهب البعض من الفقه للقول بالطبيعة المختلطة لهذه العقود ما بين اعتبارها أعمال سيادة وأعمال إدارة عامة، لكنه غلب الأولى على الثانية، أي أنه غلب الطابع العام لهذه العقود على الطابع الخاص، لأنه ومن جهة نظر الدولة فإن هذه العقود تتعلق بالمصلحة العامة وذات أهمية بالنسبة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة كما أنها وفي غالب الحالات تكون مرتبطة باستغلال الثروات الطبيعية للبلد، بالإضافة إلى أن الدولة في هذه العقود لا تتمتع بحرية الفرد العادي في التعاقد، بل هي ملزمة باحترام القواعد القانونية والتنظيمية في ذلك، كما أن عقود الاستثمار الأجنبي وما تتضمنه من امتيازات وضمانات للمستثمر الأجنبي تمثل المجال الخصب لقبول الدفع بالحصانة القضائية، حتى في وجود بند التحكيم لأن هذا

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 387/389.

البند لا يعتبر من أدوات القانون الخاص أو القانون العام، فلا يمكن بذلك الاستناد إليه لتكييف العلاقة هل هي من أعمال الإدارة العامة أم هي من أعمال السيادة.

وهذا الرأي هو ما نادى به أغلب الدول النامية لأنه يضمن مصالحها ويحميها، فأغلب الاستثمارات الأجنبية تصب في الدول النامية التي تحتوي على ثروات طبيعية ومواد خام مهمة، وبالتالي فتكثيف عقود الاستثمار الأجنبي على أنها من أعمال السيادة يضمن لها الحماية اللازمة ضد الاستثمارات الأجنبية والشركات متعددة الجنسيات، وهذا من خلال إمكانية استعمال الدولة لحصانتها القضائية وبالتالي تقرير اختصاص القضاء الوطني للفصل في هذه المنازعات على أقل تقدير، لكن المعيار الذي استقر عليه المجتمع الدولي وأجمع عليه هو اعتبار عقود للاستثمار الأجنبي من قبيل أعمال الإدارة العامة التي لا يقبل من الدولة المتعاقدة استعمال حصانتها القضائية في النزاعات المتعلقة بهذه العقود التي تركز على الطابع التجاري حسب أغلبية الأحكام القضائية¹.

وهذا الاتجاه هو ما أخذت به العديد من التشريعات الحديثة وكذلك الاتفاقيات، أهمها الاتفاقية الأوروبية لحصانة الدول الأجنبية لسنة (1972)، والتي حدد فيها ما يعتبر من قبيل أعمال الإدارة العامة والتي لا تخضع للحصانة القضائية للدولة، وهو ما جعل منها مرحلة متقدمة في تعيين هذه الحصانة وتسهيل مهمة المحاكم، حيث ميزت هذه الاتفاقية بين نوعين من الحالات التي لا تتمتع فيها الدولة بالحصانة القضائية، الحالة الأولى وهي عندما تقبل الدولة الخضوع لقضاء غير قضائها الوطني، سواء أكان هذا القبول عن طريق اتفاق، أو عقد مكتوب، أو حتى عن طريق قبولها الدخول في دعوى أقيمت ضدها، بالإضافة إلى ذلك فقد حددت المواد من 4 إلى 11 أعمال الإدارة العامة والتي تدخل ضمن الأعمال التجارية فلا يجوز للدولة التمسك بالحصانة القضائية في المنازعات المتعلقة بها².

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 392/391.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص 394.

الفرع الثاني: تطور الحصانة القضائية للدولة في ظل حرية الأطراف في اللجوء للتحكيم إن مرحلة الحصانة القضائية المطلقة للدولة أدت إلى ظهور سلبيات وعوائق في وجه الاستثمارات الأجنبية بصفة خاصة والتجارة الدولية بصفة عامة، حيث دفعت الخواص للعزوف عن التعاقد مع الدولة أو الهيئات التابعة لها خشية اثاره هذه الأخيرة لحصانتها القضائية عند نشوب أي نزاع بين الأطراف.

وفي هذا الشأن صرح القاضي البريطاني (Sceutlon) في قضية (Le porte Alescandre) وهذا في الحكم الصادر سنة (1919) بأنه "إذا كانت السفن التجارية التابعة للدولة تستفيد من إعفاء من المسؤولية، فإن التجارة ستصبح صعبة جدا"¹.

ولأجل ذلك فقد اتجهت الدول للحد من الأثر السلبي للحصانة القضائية من أجل ضمان مواكبة تطورات التجارة الدولية وحركة رؤوس الأموال والاستثمارات بين الدول خاصة وأن الدولة أصبحت أحد أطراف عقود الاستثمار الأجنبي، والتي يمثل التحكيم فيها القضاء الطبيعي لهذه المنازعات².

أولاً: مدى احتكار الدولة للقضاء

1- استقلال التحكيم عن القضاء:

يجمع الفقه والقضاء وكذلك التشريع في العديد من الدول على أن التحكيم وسيلة أو طريق يسلكه الأفراد لتسوية ما قد يثور من نزاعات فيما بينهم، ولكن هذا لا يكون إلا بوجود ترخيص من الدولة ليمارس المحكم وحتى مؤسسات التحكيم هذه الوظيفة، وبالتالي فإن المحكم يمارس وظيفة عامة وهي الوظيفة القضائية³، أما القرارات التي تصدر عن هيئة التحكيم فتكون قابلة للتنفيذ بعد القيام بالإجراءات القانونية التي قد تختلف من بلد إلى آخر.

¹ - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 64.

² - حفيفة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 208.

³ - الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 81.

ولما كان الأصل في السلطة القضائية للدولة هو الاستقلالية، وهو المبدأ السائد والمتعارف عليه في جميع دول العالم، فإن الوظيفة القضائية التي تمارسها هيئة التحكيم بالفصل في النزاعات المعروضة أمامها تقتضي هي أيضا الاستقلالية التامة لهيئة التحكيم حال الفصل في هذه الدعاوي، وكما أن الاستقلالية المفروضة للقضاء تستلزم عدم تدخل السلطات الأخرى في الدولة سواء التشريعية أو حتى التنفيذية في عمل القضاء، فإن استقلالية التحكيم تستلزم بالإضافة إلى ذلك الإستقلال عن قضاء الدولة نفسها، وهذه العملية بالغة الصعوبة بسبب أن كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم يمارسان نفس المهمة وهي تسوية النزاعات، كما أنه وإن كان التحكيم نوع من القضاء الخاص، إلا أنه لا يمكن إنكار وجود علاقة تأثير وتأثر بينه وبين قضاء الدولة، هذه العلاقة التي يجب أن تكون في أدنى مستوياتها بحيث لا يكون لقضاء الدولة أي سلطة على هيئة التحكيم في اتخاذ قراراتها، وهذا ما تعمل عليه عديد الاتفاقيات الدولية سواء الجماعية وحتى الثنائية أهمها اتفاقية نيويورك لتنفيذ والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وكذلك اتفاقية واشنطن.

كما أن هناك تفسيراً آخر لفكرة استقلالية التحكيم عن القضاء، حيث اعتمده جانب من الفقه، والذي فسّر فكرة الاستقلالية من زاوية أخرى، فحسب هذا الرأي فإنه لا يمكن اسباغ الطبيعة القضائية على نظام التحكيم كما هو شائع ومتداول، وإنما لكل من القضاء والتحكيم طبيعته المستقلة عن الآخر، وبالتالي فمحاولة تفسير استقلال التحكيم عن القضاء لا تكون في البحث عن العلاقة بينهما وإنما في تحديد مركز كل واحد منهما من الآخر، وفي ذلك يرى أصحاب هذا الرأي أن القضاء أصل أما التحكيم فهو استثناء عن الأصل¹، وبالتالي فإن التحكيم يعتبر أحد أعوان القضاء، كما أنه من جهة أخرى فعمله الإجرائي لا يخضع لنظام الأحكام القضائية، وهو ما ينتج عنه عدم قابلية الطعن في أحكام التحكيم بأي طريق من طرق الطعن، وعليه فإن التحكيم هو نظام مستقل عن قضاء الدولة، والمهمة التحكيمية هي مهمة مستقلة عن قضاء الدولة، كما أن نظامه لا يخضع لنظام العمل القضائي وبالتالي فما جدوى محاولة اسباغ الطابع القضائي على

¹ - أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 223.

المهمة التحكيمية، فالطابع الاجرائي المستقل لنظام التحكيم يكفي لتفسير استقلاله عن قضاء الدولة¹.

2- التحكيم كبديل للقضاء في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي:

إن الانتشار الواسع للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي كان أساساً بسبب تطور المهام التي تمارسها الدولة الحديثة التي أصبحت تدخل في الحياة الاقتصادية وتشارك فيها، كما وتبرم عقوداً مع أشخاص القانون الخاص سواء الوطنيين أو الأجانب لذلك كان من الضروري البحث عن بديل للقضاء الوطني لتسوية النزاعات التي قد تنشأ عن هذه العقود، هنا برز التحكيم كبديل وضمانة قضائية للاستثمار الأجنبي، وكوسيلة محايدة ومواكبة لتطور التجارة الدولية².

كان الاتجاه السائد يرى بأن لجوء الدولة للتحكيم فيه انتقاص من سيادتها ومساس بمصالحها العليا، كما أن لجوء الدولة للتحكيم في نزاعاتها قد يراه البعض اعترافاً منها بعدم كفاءة قضائها الوطني، لذلك ففي هذه المرحلة نجد أن الفقه قد استقر على عدم جواز لجوء الدولة للتحكيم إلا في حالة وجود نص تشريعي صريح يجيز لها ذلك، ومثال ذلك ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في نص المادة التاسعة من القانون (972/86) والذي أجاز فيه للدولة والهيئات التابعة لها اللجوء للتحكيم في تعاقدها مع الأشخاص الخاصة الأجنبية بشرط وجود أو تحقيق منفعة عامة³.

إن الاتجاه الرافض لفكرة التحكيم بين الدولة والمستثمر الأجنبي لم يدم طويلاً بسبب تمسك المستثمر الأجنبي بهذه الضمانة المهمة وكذلك بسبب حاجة الدول لرؤوس الأموال والاستثمارات الأجنبية لدعم التنمية في بلدانها، وهو ما دفعها لإبرام العديد من الاتفاقيات تتضمن بند اللجوء للتحكيم من أجل تسوية النزاعات، لكن هذا لم يمنع الدول من محاولة الحد من الآثار السلبية للتحكيم، وفي ذلك تعمد العديد من الدول حال إبرام

¹ - أحمد محمد حشيش، المرجع السابق، ص 225/223.

² - مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 85.

³ - محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 391/389.

عقود الاستثمار على تضمينها نصوص تلزم الأطراف بتطبيق قواعدها القانونية للفصل في أي نزاع، بالإضافة إلى أن النظام القضائي في الدولة المضيفة للاستثمار هو الذي يشرف على تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة، وبالتالي فهو يمارس رقابة بعدية على هذه الأحكام، رغم اختلاف درجة هذه الرقابة من نظام قانوني لآخر.

هذه بعض الحلول التي انتهجتها بعض الدول خصوصا منها البلدان النامية في محاولة منها للحد من الآثار السلبية لبند التحكيم، إلا أن هذا لا يمكن أن ينفي حقيقة انتشار التحكيم واعتماده كقضاء طبيعي لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي¹، فالعالم اليوم لا يفرق بين تدخل الدولة أو الأفراد العادية في التجارة الدولية².

ثانيا: تمسك الدولة بالحصانة القضائية

1- أمام هيئة التحكيم:

إن أساس سلطة المحكم بالفصل في النزاع، هي الإرادة الصريحة للأطراف في اللجوء للتحكيم كطريق بديل لتسوية الخلافات التي نشأت أو قد تنشأ فيما بعد بين أطراف العقد، كما أن لجوء الدولة أو الهيئات التابعة لها للتحكيم أصبح أمرا مسموحا به في العديد من الدول، غير أن هذه الأخيرة تعتبر من الأشخاص المتمتعة بالحصانة القضائية التي يكون لها استخدامها لتجنب التحكيم بينها وبين المستثمر الأجنبي، وفي ذلك يرى جانب من الفقه أن تهرب الدولة أو الهيئات التابعة لها من التحكم بعد الموافقة عليه أمر يتنافى ومبدأ حسن النية، وبالتالي فالدفع بالحصانة القضائية غير مقبول أما هيئة التحكيم بعد الموافقة عليه، فالدولة وإن لم تتنازل صراحة عن حصانتها القضائية فإنها تنازلت عنها ضمنا عن طريق قبولها لشرط التحكيم مع المستثمر الأجنبي، وبالتالي تكون قد وضعت نفسها على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي، ولا يمكنها التدرع بحصانتها القضائية للتهرب من التحكيم³.

¹ - مراد محمود الموجدة، المرجع السابق، ص 88.

² - محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 396.

³ - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 135.

ويحرص بعض المستثمرين الأجانب على تضمين عقود الاستثمار مع الدولة المتعاقدة على شرط تنازل هذه الأخيرة عن حصانتها القضائية، وهذا الشرط في الواقع لا حاجة له في حال الاتفاق على تسوية النزاع أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فاتفاقية المركز تنص صراحة على رفض الدفع بالحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم بعد قبول الدولة لبند التحكيم، فالهدف من إنشاء المركز هو محاولة تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى بعيدا عن الجو السياسي، فالدولة المتعاقدة تدفع بحصانتها القضائية من أجل حماية الأموال المخصصة للخدمة العامة لكن هذا الهدف لا يؤخذ بعين الاعتبار إذا ما تعلقت هذه الأموال بالأنشطة التجارية والاستثمارية¹، وهو نفس الاتجاه الذي أخذت به الاتفاقية الأوروبية لحصانة الدول الأجنبية لسنة (1972)، التي أقرت بأن قبول الدولة للتحكيم يتضمن تنازلها عن الحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم ما لم يوجد اتفاق مخالف لذلك².

غير أن هناك اتجاه آخر يرفض دفع الدولة بحصانتها القضائية أما هيئة التحكيم وهذا استنادا للاختلاف الموجود بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم، فهئية التحكيم لا تنطق بالعدالة باسم الدولة، فالتحكيم قضاء مستقل تماما عن سيادة الدولة، وينفذ مهمة أسندت إليه من قبل أطراف النزاع، أما الدفع بالحصانة القضائية فلا يكون إلا أمام قضاء دولة أجنبية، فالحصانة القضائية تقوم على أساس الاستقلال والاحترام المتبادل للسيادة بين الدول، وهو المبدأ الذي لا يمكن أعماله أمام قضاء التحكيم³.

لكن هذا الاتجاه تم نقده من خلال كون مبدأ الحصانة القضائية قد وجد من أجل حماية سيادة الدولة من الخضوع لقضاء أجنبي، فمن باب أولى حماية هذه السيادة أمام قضاء التحكيم الذي لا يتبع لسيادة أي دولة، ورغم هذا النقد فالطبيعة الخاصة للتحكيم وعدم اتصاله بأي نظام قانوني تجعل من الدفع بالحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم

¹ - منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 89.

² - منير عبد المجيد، المرجع نفسه، ص 90.

³ - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 137.

بدون معنى لأنها تقوم على أساس المساواة في السيادة بين الدول، فالدفع بالحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم يؤدي إلى امتناع هيئة التحكيم عن الفصل في النزاع المعروض أمامها، في حين أن سلطة هيئة التحكيم نابعة من إرادة أطراف النزاع أنفسهم وليس من سلطة الدولة¹.

2- أثر البند التحكيمي على حصانة الدولة القضائية أمام القضاء الأجنبي:

عند قبول أطراف العقد الاستثماري باللجوء للتحكيم، ففي هذه الحالة قد يبدو أنه من المستبعد عرض النزاع الذي قد ينشأ بين الأطراف على قضاء دولة أجنبية للفصل فيه، لكن ما قد يحدث أنه يمكن لهيئة التحكيم الاستعانة بقضاء الدولة الأجنبية من أجل القيام بإجراءات ضرورية لسير الخصومة التحكيمية، فهئية التحكيم تتكون من أفراد عاديين لا سلطة لهم على الخصوم أو الغير، فكان تدخل قضاء الدولة ضرورياً من أجل إلزام الخصوم على احترام الإجراءات التحكيمية مثل إحضار مستندات ضرورية للفصل في الدعوى، أو التنفيذ الجبري للأحكام الوقتية أو النهائية².

وفي هذا الصدد يرى أغلب الفقه بأن تدخل القضاء الأجنبي لمساعدة هيئة التحكيم لا مساس فيه لسيادة الدولة ولا يمكن لهذه الأخيرة الدفع بحصانتها القضائية، بل إن الدولة الطرف في النزاع تكون على علم مسبق باحتمالية وقوع مثل هذا التدخل عند قبولها اللجوء للتحكيم، وبالتالي فإن هذا القبول يعد تنازلاً منها عن الحصانة القضائية أمام قضاء الدولة الأجنبية متى كان دور هذا القضاء مساعداً لهيئة التحكيم في الفصل في النزاع.

أما إذا قام أحد الأطراف بعرض النزاع على قضاء دولة أجنبية في وجود بند التحكيم فإننا نميز بين حالتين: الحالة الأولى وهي أن تقبل الدولة الطرف في النزاع بالعملية وفي هذه الحالة، كأن تقوم بنفسها بعرض النزاع على قضاء أجنبي، أو تقوم

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 277/278.

² - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 138.

بمناقشة الموضوع ولا تثير مسألة وجود بند التحكيم في العقد، فهذا يمكن اعتباره تنازلاً ضمناً منها عن حصانتها القضائية أمام القضاء الأجنبي، أما الحالة الثانية فتتمثل في رفض الدولة الطرف في النزاع عرضه على قضاء أجنبي والدفع بحصانتها القضائية أمام هذا القضاء الأجنبي، ففي هذه الحالة يرى غالبية الفقه أحقية الدولة في التمسك بحصانتها ضد القضاء الأجنبي وفي ذلك تشير الأستاذة "حفيظة السيد الحداد" إلى أنه "إن كان شرط التحكيم يسلب من الدولة حقها في التمسك بالحصانة قبل هيئة التحكيم باعتبارها قضاءً خاصاً لا يخشى منه المساس بسيادة الدولة واستقلالها، فإن عرض النزاع المتفق بشأنه على التحكيم أمام القضاء الوطني من مقتضاه أن تسترد الدولة مالها من ميزة قبل هذا القضاء الوطني كاملة غير منقوصة ولا يمكن القول بأنها تنازلت عن هذه الميزة بقبولها لشرط التحكيم..."¹.

لكن هناك من الفقه من يرى خلاف ذلك، بحيث يعتبر أن عقود الاستثمار هي عقود تجارة دولية لا يجوز للدولة الطرف في النزاع اللجوء لحصانتها القضائية فيها، لأن إبرام الدولة أو الهيئات التابعة لها لهذا النوع من العقود لا يدخل ضمن أعمال السيادة بل تعتبر من عقود التسيير، غير أن هذا التحليل لا يمكن تطبيقه لكون هذه العقود ذات طبيعة مختلطة قد تتضمن ما هو من أعمال التسيير وما هو من أعمال السيادة، وبالتالي لا يمكن حرمان الدولة الطرف في النزاع من حصانتها القضائية².

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 280/279.

² - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 139.

المطلب الثاني: الحصانة التنفيذية للدولة

المقصود بالتنفيذ هو اخراج الشيء من حيز الفكرة إلى الواقع المادي، أما من الناحية القانونية فإن للتنفيذ معنيان، الأول موضوعي، ويقصد به وفاء المدين بما عليه من التزامات للدائن أما المعنى الثاني فهو معنى إجرائي والذي ينصرف إلى التنفيذ الجبري بواسطة السلطة العامة المخولة قانونا وهذا في حال امتناع المدين عن الوفاء بالتزاماته اختياريا¹.

إن ضرورة توفير الأمن والنظام داخل المجتمع تقتضي منع الفرد من اقتضاء حقه بنفسه، ولأجل ذلك تعمل الدولة بصفقتها سلطة الجبر الوحيدة على تنفيذ الأحكام القضائية. ولكن الخصوصية التي تعرفها عقود الاستثمار الأجنبي، وهذا لوجود الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا في العقد مع المستثمر الأجنبي، فالأمر يطرح إشكالا هاما في حالة صدور حكم تحكيمي لصالح المستثمر الأجنبي بغرض التنفيذ على أموال الدولة، فما مدى استفاضة الدولة من حصانتها التنفيذية في هذه الحالة؟

الفرع الأول: الحصانة التنفيذية المطلقة للدولة

تمثل الحصانة التنفيذية للدولة أو الهيئات التابعة لها الحاجز الثاني بعد الحصانة القضائية، وهي أخطر ما يخاف منه المستثمر الأجنبي، لأنه من الصعب فرض تطبيق قرار تحكيمي على أموال الدولة لأن هذا قد يعتبر مساسا بسيادتها واستقلالها، ولقد تأخر الحديث عن الحصانة التنفيذية للدولة حتى بدايات القرن العشرين وذلك بعد انحسار الحصانة القضائية التي كانت تحجب موضوع الحصانة التنفيذية، ولكن وعلى عكس الحصانة القضائية التي وجدت جانب كبير من الفقه يدعو إلى تضيق هذا النوع من الحصانة، فإن الحصانة التنفيذية للدولة لا زالت تكتسي الطابع المطلق وهذا خشية الآثار التي قد تترتب في حال فرض التنفيذ الجبري على الدولة.

¹ - محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص05.

أولاً: الدفع بالحصانة التنفيذية

1- الحصانة التنفيذية المطلقة للدولة الطرف في عقد الاستثمار الأجنبي:

يقصد بالحصانة التنفيذية للدولة "أنه لا يجوز توقيع الحجز على أموال الدولة الواقعة خارج اقليمها سواء أكانت واقعة في دولة المحكمة، أو في دولة ثالثة، وسواء أكان الحجز حجزاً تنفيذياً، أو حجزاً تحفظياً أو حجزاً لدى الغير"¹، فالحصانة التنفيذية بهذا المعنى هي أخطر أنواع الحصانات التي يمكن أن تستغلها الدولة الطرف في عقد الاستثمار من أجل التهرب من أحكام التحكيم، سواء أثناء سير الخصومة التحكيمية أو بعد صدور القرار التحكيمي.

لقد كان ظهور الحصانة التنفيذية للدولة متأخراً مقارنة بالحصانة القضائية بحيث كان إطلاق الحصانة القضائية بمثابة ستار يحجب الحصانة التنفيذية، ويتم عرقلة القضاء الوطني أو التحكيمي عن إصدار أي حكم أو قرار في مواجهة الدولة الطرف في عقد الاستثمار، ودون الحاجة للجوء للحصانة التنفيذية، ولكن هذا الأمر قد تغير خاصة بعد أن فرق القضاء بين أعمال الدولة التي تتعلق بسيادتها والتي تتمتع فيها الدولة بحصانة قضائية مطلقة، وتلك المتعلقة بأعمال الإدارة والتي لا تغطيها الحصانة القضائية للدولة².

فخروج الحصانة التنفيذية لمواجهة بعد الحد من إطلاق الحصانة القضائية للدولة، دفع بالعديد من الفقه للمناداة بضرورة إيجاد سبل وطرق من أجل الحد من الحصانة التنفيذية للدولة أيضاً، وذلك لنفس الأسباب التي أدت إلى تقييد الحصانة القضائية، لاسيما في مجال التجارة الدولية والاستثمار حتى يكون هناك تناسق وتكامل بين الحصانتين³، لكن هذا السعي نحو الحد من الحصانة التنفيذية لم يجد له نفس المناصرين بل أن جانب كبير من الفقه والقضاء مازال يؤيد إطلاق الحصانة التنفيذية للدولة، وهذا يعود إلي أن محاولة تنفيذ الأحكام القضائية أو القرارات التحكيمية قد يعتبر تعدياً على

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 399.

² - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 215.

³ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 400.

سيادة واستقلال الدولة، فهو بالتالي أخطر من مجرد النطق بالحكم، ولا يمكن بذلك تنفيذ أي حكم إلا بالرجوع إلى الطرق الدبلوماسية¹.

تسمح الحصانة التنفيذية للدولة المستفيدة منها بالاعتراض على أي تدبير تنفيذي قد يباشر على أموالها الموجودة في دولة أجنبية بهدف الحجز عليها، لكن الإشكال الذي طرحه كل من الفقه والقضاء يتعلق بتحديد مفهوم واضح للتدابير التنفيذية، وهو الأمر الذي سيساعد القاضي في إقرار أو رفض الدفع بالحصانة التنفيذية للدولة، وفي ذلك نجد أن القضاء في فرنسا يأخذ بالاتجاه الموسع لمداول التدابير التنفيذية بحيث تشمل تدابير التنفيذ الجبري والتدابير التحفظية البسيطة، حيث يشير الأستاذ (Bruno Oppetit) إلى "إن المقصود بالتدابير التنفيذية هي جميع الإجراءات الجبرية التي تلي القرار الصادر عن قضاء الدولة التي ينفذ فيها الحكم أو بعد دعوى الأمر بالتنفيذ الصادر عن هيئة قضائية أجنبية أو محكمة تحكيمية"².

ولقد أيد القضاء الاتجاه نحو إطلاق الحصانة التنفيذية للدولة، سواء في الدول التي تتبع النظام اللاتيني أو تلك التي تتبع النظام الأنجلوسكسوني، ففي نهاية القرن التاسع عشر صدرت عدة أحكام قضائية تؤكد الحصانة التنفيذية المطلقة للدولة، وفي ذلك نجد قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في (1885/05/05) والذي جاء فيه "من المبادئ القانونية المطلقة، أنه ليس بإمكان دائن للدولة حتى ولو بغرض تأمين تنفيذ حكم قضائي يدين الدولة أن يباشر حجزاً بين يدي الغير على أموال أو أي أشياء أخرى تكون مملوكة للدولة"³، وهو نفس الاتجاه الذي سلكه القرار الصادر عن محكمة بروسيا بتاريخ (1882/01/14) وهي القضية التي كانت الحكومة الرومانية طرفاً فيها، حيث جاء في الحكم "أنه باستثناء الخضوع الاختياري للدولة فإن التنفيذ الجبري الذي يتولاه القضاء ضد أملاك الدولة الأجنبية وعلى الأخص حجز ما للمدين لدى الغير والحجز التنفيذي، يعتبر

¹ - صفوت احمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 401.

² - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 150.

³ - العيساوي حسين، المرجع نفسه، ص 152.

غير مقبول على الإطلاق لأن الشروع في إجراء تنفيذي بالقوة يشكل خرقاً منافياً لقانون الأمم ولاستقلال الدولة الأجنبية"¹.

وفي نزاع آخر ثار بين الحكومة اليوغسلافية والشركة الأوروبية للدراسات والمشروعات، لجأ فيه الطرفان للتحكيم من أجل تسوية النزاع، وقد انتهى التحكيم بحكم صدر سنة (1956) لصالح الشركة الأوروبية للدراسات والمشروعات، ولكن عند مرحلة التنفيذ دفعت الحكومة اليوغسلافية أمام القضاء الفرنسي بحصانتها القضائية والتنفيذية وطالبت بإلغاء الأمر بالتنفيذ، وهو الاتجاه الذي أيدته المحكمة في حكمها الذي أقرت فيه بأن الحكومة اليوغسلافية قد قبلت التنازل عن حصانتها القضائية عن طريق القبول بإدراج بند التحكيم في العقد، وأن هذا التنازل لا يترتب عنه تنازل عن الحصانة التنفيذية².

أما في دول القانون العام فقد أخذت كل من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية بفكرة الحصانة التنفيذية المطلقة، فنجد مثلاً في الحكم الصادر عن مجلس اللوردات البريطاني بتاريخ (10/04/1924) أن أملاك ذوي السيادة لا يمكن أن تكون بأي حال من الأحوال محلاً لأي تدبير تنفيذي في بريطانيا، وكذلك القضاء الأمريكي حيث أقرت المحكمة العليا الأمريكية أن الحصانة التنفيذية تمتد إلى سفن الدولة المخصصة لأغراض تجارية، وهو القرار الذي اتخذته باقي المحاكم كمعيار لتقرير الحصانة التنفيذية المطلقة للدولة³.

أما المشرع الجزائري فبموجب القانون (09/08) فقد منع الحجز التنفيذي على الأموال العامة المملوكة للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات الإدارية، مالم ينص القانون على خلاف ذلك وهذا حسب المادة (636)، لكن تبقى مسألة الحجز التنفيذي على أموال الدولة الأجنبية محل تساؤل مالم يفصل المشرع في ذلك.

¹ - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 153.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 402.

³ - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 155/156.

2- استقلال الحصانة التنفيذية عن القضائية:

يرى جانب من الفقه ضرورة استقلال الحصانة القضائية للدولة عن الحصانة ضد إجراءات التنفيذية، وهذا بسبب اختلاف الوظيفة القانونية والسياسية التي وجدت من أجلها في حماية سيادة واستقلال الدولة، وبالتالي فالقول بالحصانة القضائية النسبية لا يستلزم تبعية الحصانة التنفيذية في ذلك، فهذه الأخيرة يجب أن تكون وتبقى مطلقة، ولو كانت هناك ضرورة لتبعية حصانة لأخرى فينبغي أن تكون تبعية الحصانة القضائية للحصانة التنفيذية¹.

وتأكيدا لهذا الاتجاه نصت المادة (32) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة (1961) على أن "التنازل عن الحصانة القضائية فيما يخص دعوى مدنية أو إدارية لا ينطوي على تنازل عن الحصانة بالنسبة إلى تنفيذ الحكم بل لا بد في الحالة الأخيرة من تنازل مستقل" وهو نفس الاتجاه الذي أخذت به اتفاقية فينا لسنة (1963) في نص المادة (4/45).

فالتمييز بين الحصانة القضائية والحصانة التنفيذية قائم ولو كان الأساس الذي تهدف كل واحدة منهما هو واحد، والمتمثل في حماية استقلال وسيادة الدولة، لأنه من الناحية التطبيقية فمحاولة تنفيذ حكم صادر ضد دولة ذات سيادة يكون له وطأة أشد وأخطر من صدور هذا الحكم ضد الدولة، حتى في المواد التي لا تشملها الحصانة القضائية مثل المعاملات التجارية، ففي حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية في (1971/11/12) في قضية (Clerget) ضد جمهورية فيتنام الشمالية، أشارت فيه المحكمة إلى أنه لا يمكن تنفيذ أي حكم على الدولة حتى وإن كانت نتيجة عن أعمال التسيير التي تعود للقانون الخاص، فالسيادة واستقلال الدولة من العناصر المطلقة التي لا تقبل التجزئة².

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 401.

² - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 151.

وقد كرس القانون الدولي العرفي هذا الاتجاه كما وأيدته الأحكام القضائية، فالاعتراف للدولة بالحصانة القضائية يجب أن يكون مطلقا وبدون تمييز بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة العامة، كما وتقتضي أيضا استقلال الحصانة التنفيذية للدولة عن حصانتها القضائية وعدم محاولة الربط بينهما وإلحاق للحصانة التنفيذية بالقضائية.

ثانيا: الرقابة القضائية على تنفيذ القرار التحكيمي

1- دور القاضي الذي يطلب إليه تنفيذ القرار التحكيمي:

تختلف النظم القانونية في درجة الاستقلالية التي تمنحها للتحكيم كنظام إجرائي بديل عن القضاء الوطني في تسوية النزاعات خاصة منها المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، لكن التطور المتسارع داخل المؤسسة التحكيمية اعطى للمحكم اختصاص أصيل يزاحم فيه القضاء الوطني في تسوية النزاعات، وبذلك أصبح القرار التحكيمي سندا تجتمع فيه القوة الثبوتية والالزامية والتنفيذية شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي.

هذه الاستقلالية التي أصبح التحكيم يتمتع بها والثقة التي اكتسبها أدت إلى تغير معاملة ونظرة الدولة، فبعد أن كان هدف الدول هو وضع قيود وممارسة رقابة مشددة على نظام التحكيم، أصبح ينظر إلى التحكيم كوسيلة أو أداة لتعزيز الاستثمار الأجنبي¹، كما استتبع هذا التغير في نظرة الدولة لنظام التحكيم انحصار في دور الدولة الرقابي وخاصة أثناء تنفيذ أحكام التحكيم، فأصبح دور القضاء في هذه العملية يقتصر على مراقبة مدى مشروعية عملية التنفيذ نفسها أو ما اصطلح عليه باليقين التنفيذي.

فالرأي الغالب في الفقه والقضاء يرى أن الهدف من الرقابة على سندات التحكيم لا تتعلق برقابة المشروعية القانونية، أي البحث في مدى تطبيق المحكم لصحيح القانون على الوقائع المعروضة أمامه، فهذا أصبح من صلاحيات هيئة التحكيم في مالها من حق في تقرير الحل المناسب للنزاع، إنما تهدف الرقابة الممارسة على السندات التحكيمية إلى التحقق من مدى توافر هذه الأخيرة على الشروط الشكلية الضرورية للتنفيذ الجبري في

¹ - الحسن السالمي، المرجع السابق، ص 527/528.

البلد المراد التنفيذ على إقليمه¹، فالرقابة بهذا المعنى أصبحت رقابة إجرائية تبحث في توافر الشروط الشكلية الضرورية لتنفيذ السند التحكيمي، وهي رقابة لا تتطرق ولا تبحث في موضوع النزاع.

ولقد أيدت المحكمة العليا الأمريكية هذا الحل في قرار (ميتسوبيشي) الصادر في (1985/07/02)، حيث أقرت بأنه وإن كانت اتفاقية نيويورك قد منحت الحق للدولة برفض تنفيذ القرار التحكيمي المخالف للنظام العام، إلا أنه ولضرورة فعالية نظام التحكيم فإنه يستوجب عند ممارسة الرقابة على القرارات التحكيمية أن تكون هذه الرقابة في حدودها الدنيا، دون البحث والتوغل في موضوع النزاع، وبالتالي فالمحكمة في قرارها هذا قد تبنت عنصرين أولهما هو أن تكون هذه الرقابة في حدودها الدنيا، أما الثاني فيجب أن تكون هذه الرقابة شكلية دون البحث في موضوع النزاع².

وفي هذا الشأن تشير المادة (54) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أنه "يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكماً ملزماً وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم، على نحو ما يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة...."، فانطلاقاً من نص المادة فإن الاتفاقية تلزم الدول الموقعة عليها بضمان تنفيذ أحكام التحكيم على أراضيها دون تدخل القضاء في هذه العملية من حيث الموضوع، بل يجب فقط احترام الإجراءات الشكلية الواجب اتباعها في بلد التنفيذ وفق ما يتماشى وقوانين هذا البلد³.

وفي نفس السياق ذهبت المادة (32) من اتفاقية الرياض في تحديد دور القاضي الذي يرفع إليه طلب تنفيذ القرار التحكيمي إلى "تقتصر مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم أو التنفيذ، على التحقق مما إذا كان

¹ - الحسن السالمي، المرجع السابق، ص 580/582.

² - الحسين السالمي، المرجع نفسه، ص 585.

³ - لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 153.

الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وذلك دون التعرض لفحص الموضوع"، وبالتالي فإنه وحسب هذه المادة فإن دور القاضي يقتصر على المراجعة الشكلية للقرار التحكيمي دون التطرق للموضوع¹.

أما في الجزائر فقد أشار المشرع في نص المادة (2/1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى أن أحكام التحكيم الأجنبية تكون قابلة للتنفيذ في الجزائر بعد الاعتراف بها، ويكون التنفيذ بأمر صادر عن رئيس المحكمة إذا كان التحكيم تم في الجزائر، أما إذا تم التحكيم في الخارج فإن أمر التنفيذ فيكون من اختصاص رئيس المحكمة محل التنفيذ، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع أية شروط من أجل تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وهذا ما يتوافق وأحكام اتفاقية المركز الدولي منازعات الاستثمار، لكن هذا النوع من الرقابة تم انتقاده لكونها رقابة سطحية وغير فعالة².

نص المشرع الجزائري في المادة (2/1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على ضرورة أن لا يكون القرار التحكيمي المراد تنفيذه مخالفا لقواعد النظام العام الدولي، وهو نفس الشرط المعتمد في العديد من التشريعات المقارنة، وكتطبيق لهذا الشرط نجد ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 1978/12/12، والذي أشار إلى أن الرقابة التي يمارسها القاضي لا يجب أن تطبق على القرار التحكيمي إجمالا بل يجب أن تقتصر على الحل الذي كرسه هذا القرار ومدى مخالفته لقواعد النظام العام الدولي حتى يرفض القاضي منحه الصيغة التنفيذية، وفي نفس السياق يقول الأستاذ (راسين) أنه "سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو بالتحكيم الدولي يرجع فقه القضاء إلى الحل المقرر للنزاع لتقدير مدى مطابقة الحكم التحكيمي للنظام العام، وإن فقه القضاء المستقر يجمع على كون رقابة المحكمة تستبعد كل سلطة لمراجعة الحكم التحكيمي لا يجب أن تتسلط على تقدير المحكمين لحقوق الأطراف إزاء قواعد النظام العام المتمسك

¹ - حسين الهداوي، المرجع السابق، ص288.

² - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص586.

بها بل تسلط على الحل المعطي للنزاع والذي لا يتهدهه البطلان إلا إذا تصادم مع النظام العام¹.

ويرى جانب من الفقه أن القاضي الذي يطلب إليه تنفيذ الحكم التحكيمي ليس بقاضي استئناف وبالتالي عليه أن يمتنع عن النظر في موضوع النزاع، إنما تقتصر مهمته في البحث في مدى توافر الشروط الشكلية الضرورية لإصباح الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية، بينما يذهب جانب آخر من الفقه للقول بأن القاضي يفحص الحكم التحكيمي بجوانبه الموضوعية والشكلية ويرفض طلب التنفيذ إذا كان مخالفا للنظام القانوني للدولة بلد التنفيذ، في حين يذهب الجانب الكبير من الفقه للقول بأنه على القاضي البحث في مدى سلامة الحكم التحكيمي إجمالا ولكن دون البحث في موضوع النزاع أو رفض التنفيذ لخطأ في تكييف أو تطبيق القانون².

إن القاضي الوطني المرفوع إليه طلب إصدار أمر بتنفيذ الحكم التحكيمي وطبقا لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية عليه القيام بمراجعة عدة أمور من بينها أن يكون الحكم حاسما للنزاع، ومدى احترام المحكم لحدود المهمة المسندة إليه وكذلك التحقق من عدم مساس الحكم بقواعد النظام العام في بلد التنفيذ، هذه الأمور تجعل من الصعب حصر دور قاضي التنفيذ في مجرد المراقبة الشكلية للحكم التحكيمي، وإنما تقتضي مهمته مراجعة موضوعية ولكن في حدود بحيث لا يكون هناك مساس باستقلالية المحكم وبحجية حكمه.

كما ويشير الأستاذ "محمد شحاتة" إلى أن الرقابة التي يمارسها قاضي التنفيذ على الحكم التحكيمي الأجنبي يجب أن تكون أشد من تلك الممارسة على الحكم التحكيمي الوطني، ولكن دون أن تصل إلى حد الاختلاف في جوهر المعاملة، كما أن قاضي التنفيذ يجب ألا يرفض تنفيذ الحكم التحكيمي بسبب مخالفة في القانون أو في التكييف مالم يؤثر ذلك على نتيجة النزاع، فدور قاضي التنفيذ يقتصر على قبول التنفيذ الكلي أو

¹ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 587.

² - ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 284.

الجزئي للحكم التحكيمي أو رفضه إذا تبين له عدم صحته دون إلغاء القرار أو تصحيحه أو تكملته¹.

2- أساس الرقابة القضائية على تنفيذ الحكم التحكيمي:

يستند الدور الرقابي الذي يمارسه القضاء الوطني على أحكام التحكيم في مرحلة التنفيذ إلى القواعد القانونية الداخلية الخاصة ببلد التنفيذ وكذلك للأحكام الخاصة التي جاءت بها المعاهدات المتعلقة بتنفيذ والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية، وأهم هذه المعاهدات نجد اتفاقية نيويورك الصادرة عام 1958، هذه الاتفاقية التي حددت في مادتها الخامسة الأسباب التي تجيز للقضاء الوطني رفض تنفيذ الحكم التحكيمي، ولقد قسمت هذه المادة وفرقت بين أسباب الرفض التي يجب على الأطراف التمسك بها أمام المحكمة، وبين الأسباب التي يمكن للقضاء الوطني إثارتها من تلقاء نفسه².

أما الأسباب التي يجب على أحد أطراف النزاع إثارتها بنفسه هي:

- عدم صحة اتفاق التحكيم أو نقص أهلية أحد الأطراف.
- عدم احترام حقوق الدفاع.
- تجاوز الحكم التحكيمي للاتفاق التحكيمي بين الأطراف.
- مخالفة القواعد الإجرائية التي اتفق عليها الأطراف.

أما الأسباب التي يمكن للقاضي الوطني رفض التنفيذ بناء عليها فهي:

- عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم.
- تعارض تنفيذ الحكم التحكيمي للنظام العام.

أما المشرع الجزائري وفي نص المادة (2/1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد أكد على الأصل العام في قابلية أحكام التحكيم للتنفيذ إلا في حالة وحيدة

¹ - ممدوح عبد العزيز العنزي، المرجع السابق، ص 286/284.

² - ممدوح عبد العزيز العنزي، المرجع نفسه، ص 282.

وهي مخالفة هذه الأحكام لقواعد النظام العام الدولي، حيث لم يتطرق لمسألة رفض تنفيذ أحكام التحكيم بشيء من التفصيل عكس ما جاءت به اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

الفرع الثاني: محاولة تحديد الحصانة التنفيذية للدولة

وفي طريق الحصانة القضائية تسيير الحصانة التنفيذية للدولة فمحاولة إطلاق هذه الأخيرة قد يؤدي إلى ركود وجمود في نشاط الاستثمارات والتجارة الدولية، بحيث تفقد الدولة مصداقيتها أمام المستثمر الأجنبي، لذلك وجب الاتجاه نحو تخفيف هذه الحصانة، وهذا التخفيف يمكن أن تلمسه من خلال الحدود القضائية، التشريعية وكذلك من خلال الاتفاقيات الدولية أو حتى من خلال اتجاه بعض الدول نحو التنازل عن حصانتها التنفيذية في بعض المجالات.

أولاً: حدود الحصانة التنفيذية

1- حدود تشريعية:

وهي حدود يقوم المشرع الوطني بوضعها، ومن خلالها يمكن تحديد مجال أعمال الحصانة التنفيذية للدولة وما هي المجالات والبياديين التي لا تدخل ضمن إطار الحصانة التنفيذية للدولة، وكمثال عن ذلك نجد ما ذهب إليه المشرع الإيطالي من خلال القانون رقم (1263) الصادر بتاريخ 15/7/1926¹، والذي نص في مادته الأولى على "لا يمكن اتخاذ أي تدبير للحراسة أو الحجز أو البيع، وعموماً كل تنفيذ ضد أملاك منقولة أو عقارية، وكذلك بالنسبة للسفن، الأموال والسندات وكل الأرصدة العائدة للدولة الأجنبية إلا بعد أخذ موافقة وزير العدل"، كما وتشير الفقرة الثانية من نفس المادة إلى أن تطبيق هذه المادة لا يكون إلا في إطار المعاملة بالمثل، وهو الأمر الذي يدل على أهمية العلاقات الثنائية بين الدول في مجال الحصانة التنفيذية².

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة (608) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605، 606 أعلاه، لا

¹ - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 158.

² - العيساوي حسين، المرجع نفسه، ص 158.

يخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول، فالمشرع الجزائري لم يضع قاعدة خاصة لتحديد موقفه من الحصانة التنفيذية للدول الأجنبية، إلا أنه اكتفى بنص المادة (608) التي يمكن اعتبارها إطارا عاما يحيل للمعاهدات والاتفاقيات القضائية المبرمة بين الجزائر والدول الأخرى، وهو ما يؤكد أيضا أهمية العلاقة بين الدول في مجال الحصانة التنفيذية لهذه الأخيرة.

2- حدود قضائية:

منذ بداية القرن العشرين بدأت الأحكام القضائية تتجه نحو التخفيف من حدة الحصانة التنفيذية للدول، ففي فرنسا صدرت أحكام تميز بين الأموال المخصصة للنشاط التجاري والتي يمكن التنفيذ عليها، والأموال المخصصة لغرض سيادي والتي لا يمكن توقيع أي تنفيذ عليها، وهو المبدأ الذي لا يزال القضاء الفرنسي متماسكا به، ففي النزاع الذي دار بين شركة (سوناطراك) الجزائرية والسيد (MIGEON) الذي طلب الحجز على أرصدة الشركة لدى البنك الفرنسي الخارجي وهو الأمر الذي تم بالفعل، فقامت شركة (سوناطراك) بالدفع بحصانتها ضد التنفيذ، وهو الأمر الذي رفضته محكمة النقض الفرنسية بالحكم الصادر في 1 أكتوبر 1985 بحيث أشار مضمون الحكم إلى أن شركة (سوناطراك) تمارس نشاطا تجاريا وبالتالي فهي لا تتمتع بالحصانة التنفيذية ويقع عليها عبء إثبات أن الأموال محل للحجز ليست كذلك¹، وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية في (14/03/1984) في قضية الجمهورية الإسلامية الإيرانية ضد (EURODEF- SOFIDID) حيث أشار الحكم إلى أن الدولة الأجنبية تتمتع بالحصانة التنفيذية كقاعدة عامة إلا أنه يمكن الخروج عن هذه القاعدة باستثناءات إن كان المطلوب الحجز والتنفيذ على أموال مخصصة لنشاط تجاري اقتصادي².

ولقد أخذ القضاء المصري بنفس اتجاه القضاء الفرنسي في محاولة للحد من حصانة الدولة التنفيذية من خلال التمييز بين أموال الدولة المستخدمة لأغراض تجارية

¹ - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 159.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 406.

وتلك المخصصة لغرض سيادي، وقد جاء في حكم صادر عن محكمة الإسكندرية في 1943/03/29 ما يلي: "إن أملاك الدولة الأجنبية على الإقليم المصري والمستخدم في أغراض تجارية، يمكنها أن تكون محلا لتدابير تنفيذية"¹.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة استئناف ستوكهولم في 18 يناير 1981 والذي نص على إلزامية تنفيذ حكم التحكيم الصادر في 12 أبريل 1977 لصالح شركة (LIAMCO) ضد دولة ليبيا، بحيث رفضت المحكمة الدفع بالحصانة التنفيذية الذي استند إليه دفاع دولة ليبيا، مشيراً إلى أن الحكم التحكيمي صادر بشأن أنشطة اقتصادية مارستها الدولة الليبية مع الشركة المذكورة، وهو ما يجعل الدفع بالحصانة التنفيذية للدولة في هذه الحالة بالغير مقبول².

3- حدود مصدرها الاتفاقيات الدولية:

بسبب التطور المتسارع للتجارة الدولية وتردد أغلبية المحاكم والاجتهادات القضائية في وضع حدود للحصانة التنفيذية المطلقة للدولة، فقد اتجه المجتمع الدولي إلى محاولة وضع اتفاقيات تحد من خلالها من الآثار السلبية لهذه الحصانة المطلقة على تدفق الاستثمارات الأجنبية وحركتها بين الدول.

وأهم هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، هذه الاتفاقية تعتبر العمود الفقري لمؤسسة التحكيم في العالم، حيث نصت المادة الثالثة منها على "تقر كل من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي وتوافق على تنفيذ هذا القرار طبقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار...." وبالتالي فتوقيع أي دولة على هذه الاتفاقية يعتبر تنازلاً منها عن حصانتها التنفيذية لصالح أحكام التحكيم الأجنبية.

كما ونجد اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، هذه الاتفاقية تشير في المادة (53) منها على أنه "يتعين على كل طرف أن ينفذ الحكم بحسب منطوقه..."،

¹ - العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 160.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 406.

كما وتضيف المادة (54) من نفس الاتفاقية "يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكماً ملزماً وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم..."، غير أن هناك من الدول مثل الأرجنتين استطاعت أن تجد لها ثغرة قانونية في نص المادتين (53، 54) ومن خلالها أصبحت تشترط على المستثمر الأجنبي الذي يريد تنفيذ أحكام التحكيم على أراضيها أن ينجح أولاً في تقديم دعوى قضائية خاصة بالاستثمار في محاكمها المحلية قبل أن تقوم الدولة بتنفيذ حكم التحكيم لصالحه¹.

وكذلك نص مشروع اتفاقية جمعية القانون الدولي في المؤتمر (60) بتاريخ 1982/9/4 في مادته السابعة على "ملكية الدولة الأجنبية في إقليم الدولة المختصة يكون لها الحصانة ضد الحجز والحبس والتنفيذ باستثناء ما هو منصوص عليه في المادة الثامنة"، وبالرجوع لنص المادة الثامنة في فقرتها الثانية نجد أنها استثنت من مجال الحصانة التنفيذية، الملكية المستخدمة لأغراض التجارة أو كانت مخصصة لنشاط تجاري².

بالإضافة إلى الاتفاقيات الجماعية هناك العديد من الاتفاقيات الثنائية بين الدول والمتعلقة بالاستثمار والتي تنص صراحة على وجوب تنفيذ أحكام التحكيم التي تصدر بخصوص المنازعات التي قد تنشأ أثناء تنفيذ عقود الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، حيث نجد مثلاً المادة 5/8 من الاتفاق الجزائري الأرجنتيني حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات³ التي تنص على "تكون قرارات التحكيم نهائية وملزمة اتجاه أطراف الخلاف وينفذها كل طرف متعاقد وفقاً لتشريع"،

¹ - حاتم زايد، هبة خليل، مصر والتحكيم الدولي، مجلة المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، مصر، 2013، ص 13.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 409.

³ - المرسوم الرئاسي رقم 01-366 مؤرخ في 13 نوفمبر 2001، المتضمن التصديق على الاتفاق بين الحكومة الجزائرية والحكومة الأرجنتينية حول الترفيه والحماية المتبادلة للاستثمارات جريدة رسمية عدد 69، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 2001.

ونفس المسلك سلكه الاتفاق بين الجزائر وألمانيا¹ في مادته 3/10 التي نصت على "يكون الحكم التحكيمي ملزما ولا يمكن أن يكون محل شكوى أو طعن آخر من غير ما هو منصوص عليه في الاتفاقية المشار إليها أعلاه، وينفذ الحكم طبقا للقانون الوطني".

ثانيا: تنازل الدولة عن حصانتها التنفيذية

1- التنازل الصريح والضمني عن الحصانة التنفيذية:

بصفة عامة فقد أصبحت أحكام التحكيم تتمتع بالقوة التنفيذية ما دامت تتوافر فيها الشروط الضرورية لذلك في بلد التنفيذ²، فنظرا للتطور الكبير في المعاملات والتجارة الدولية وتدخل الدول في مجالات الاقتصاد والاستثمار، أصبحت من خلاله القاعدة القائلة بالحصانة التنفيذية المطلقة للدولة غير قادرة على استيعاب الحقائق والتطورات المتسارعة للتجارة الدولية³.

فأمام هذا التوسع في تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، سواء بإبرام عقود استثمار مع الأجانب أو حتى الاقتراض من مؤسسات دولية، وفي نفس الوقت تتمسك الدولة بحصانتها التنفيذية ضد أي حكم أو إجراء يستهدف التنفيذ على أموالها أو ممتلكاتها، فهذا الأمر يتنافى ومبدأ حسن النية في التعاقد.

فقد نص مشروع اتفاقية الجمعية العامة للقانون الدولي المنعقد في 1982/9/4 في المادة (1/8) منه على أن تنازل الدولة عن حصانتها قد يكون صريحا أو ضمنيا، وفي نفس الاتجاه ذهب مشروع معهد القانون الدولي المنعقد في القاهرة سنة (1987)، حيث أشار إلى أن القاعدة العامة هي تمتع الدولة بالحصانة التنفيذية، لكن هذه القاعدة قد ترد

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 2000-280 المؤرخ في 9 أكتوبر 2000 المتضمن التصديق على الاتفاق والبروتوكول الإضافي بين الجزائر وألمانيا المتعلق بتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج ر عدد 58 الصادرة في 08 أكتوبر 2000.

² - طرح البحور علي حسن، الاختصاص القضائي الدولي يحكم التحكيم، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص18.

³ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص403.

عليها استثناءات تتمثل في الرضا الصريح أو الضمني للدولة بالتنفيذ على أموالها الموجودة خارج إقليمها بمقتضى حكم قضائي أو تحكيمي¹.

فالتنازل الصريح عن الحصانة التنفيذية من طرف الدولة يكون إما في الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية بين الدول أو حتى ضمن عقود الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، بحيث تتضمن هذه العقود والاتفاقيات مواد تدل صراحة على قبول الدولة لتنفيذ أحكام التحكيم دون أي عوائق، أو تشير صراحة على تنازل الدولة عن حصانتها التنفيذية أثناء طلب تنفيذ الحكم التحكيمي، كما ويكون التنازل صريحا من جانب الدولة إذا قبلت تنفيذ الحكم التحكيمي دون أي اعتراض أو معارضة حتى وإن لم ينص على ذلك في اتفاق أو عقد، كما نشير إلى أن الدولة عندما تتنازل صراحة عن حصانتها التنفيذية فلا يمكنها بعد ذلك الاحتجاج بها أمام القضاء الذي يرفع إليه طلب تنفيذ الحكم التحكيمي.

أما التنازل الضمني فقد أعتبر الجانب الغالب من الفقه أن تنازل الدولة عن حصانتها القضائية يعتبر أيضا تنازلا ضمريا عن الحصانة التنفيذية، فهذا الاتجاه الفقهي يرى أن هناك ارتباط قوي بين الحصانتين فالحصانة القضائية هي مقدمة للحصانة التنفيذية، وبالتالي فإن نسبة الأولى يؤدي حتما إلى نسبة الثانية² والتنازل الضمني ينتج آثاره أمام القاضي أو هيئة التحكيم كما ينتج آثاره أمام قاضي التنفيذ المطلوب إليه تنفيذ الحكم التحكيمي³، وبالتالي فمتى تنازلت الدولة عن حصانتها القضائية فلا يصح لها أن تدفع بحصانتها في مواجهة إجراءات التنفيذ⁴.

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 409.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص 403.

³ - طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 136.

⁴ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 405.

فمن الغير المنطقي أن يقوم القضاء بالفصل في نزاع أحد أطرافه دولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، ثم لا يضمن تنفيذ هذه الأحكام، فتصبح بذلك هذه الأحكام مجرد لغو أو لا تتعدى أن تكون آراء فقهية في النزاع المعروض دون أن تكون له قيمة تنفيذية فعلية، كما يكون تنازل الدولة عن حصانتها القضائية بدون معنى ولا فائدة، وبالتالي فالمنطقي أن يكون تنازل الدولة عن حصانتها القضائية يتضمن في حد ذاته تنازلاً عن حصانتها التنفيذية، وهذا استناداً إلى المنطق العملي، فلا جدوى من عقد اختصاص جهة قضائية دون ضمان تنفيذ أحكامها¹.

2- اللجوء للتحكيم وأثره على الحصانة التنفيذية للدولة:

إن التنازل الصريح للدولة عن حصانتها التنفيذية لا يسبب أي إشكال، كما أن قبول الدولة بإجراءات التنفيذ وعدم اعتراضها على تلك الإجراءات عن طريق التمسك بحصانتها يعتبر تنازلاً ضمناً عن تلك الحصانة أمام إجراءات التنفيذ ولا يثير هو أيضاً أي مشكلة، لكن ما قد يطرح إشكالا هو موافقة الدولة على بند التحكيم ضمن عقد الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، ففي هذه الحالة يصعب تحديد وتفسير إرادة الدولة الطرف في العقد، فإذا لم يكن هذا قبولا صريحا بالتنازل عن الحصانة التنفيذية للدولة فهل يمكن اعتباره تنازلاً ضمناً عن هذه الحصانة؟، وفي الواقع هناك من يرى بأن قبول الدولة باللجوء للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي يعد تنازلاً ضمناً عن حصانتها التنفيذية، وفي ذلك نجد حكماً لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ (18/11/1986) رأت فيه المحكمة بأن إدراج الدولة لشرط التحكيم في أحد العقود التي تبرمها، يعتبر قبولا منها للخضوع لقضاء التحكيم، كما ويدل على قبول هذه الدولة بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر في النزاع².

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 411.

² - حفيفة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 217/218.

وفي قضية أخرى بين شركة (CREIGHTON) ضد دولة قطر، حيث وقع خلاف بين الأطراف حول تنفيذ العقد، لجأت من خلاله الشركة المتعاقدة لطلب التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) والتي أصدرت حكماً لصالح الشركة المتعاقدة، فلجأت هذه الأخيرة للقضاء الفرنسي للمطالبة بالحجز على أموال دولة قطر في فرنسا لدى بنك قطر الدولي والبنك الفرنسي وهو الأمر الذي أيدته المحكمة، لكن محكمة استئناف باريس رفضت هذا الحكم وأمرت برفع اليد عن هذا الحجز بحجة أنه لم يثبت لديها أن دولة قطر قد تنازلت عن حصانتها التنفيذية، ولكن محكمة النقض قامت بنقض قرار محكمة الاستئناف مستندة في ذلك إلى المادة (24) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية، حيث جاء في قرار النقض رقم (1278) الصادر بتاريخ (2000/7/6)¹ "إن الالتزام المترتب عن موافقة دولة قطر على شرط التحكيم وتنفيذ الحكم التحكيمي وفق مضمون المادة (24) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية تستلزم تنازل هذه الدولة عن حصانتها التنفيذية، وبالتالي فمحكمة الاستئناف تكون قد تجاوزت المبادئ والنصوص المذكورة أعلاه مما يعرض قرارها للنقض".

لكن هناك من يرى عكس ما ذهب إليه الاتجاه الأول، فلا يمكن افتراض تنازل الدولة عن حصانتها التنفيذية، لأن التنازل عن هذه الحصانة يشبه تنازل الفرد عن أي حق من حقوقه، وهو أمر لا يمكن افتراضه بل يجب أن يكون صريحاً²، وبالتالي فقبول الدولة باللجوء للتحكيم في عقودها مع المستثمرين الأجانب لا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال تنازلاً منها عن حصانتها التنفيذية.

وكأحد الأمثلة عن هذا الاتجاه نجد قضية (NOGA)، حيث أن الشركة السويسرية (NOGA) أبرمت عقد مع الحكومة الفدرالية الروسية يتضمن البند التحكيمي وتنازلاً من الدولة عن حصانتها، وعند وقوع نزاع اتجهت الشركة المتعاقدة لطلب التحكيم لدى غرفة التجارة بستوكهولم، حيث أصدرت حكماً لصالح الشركة ضد الحكومة الفدرالية الروسية، فطالبت الشركة بتوقيع حجز على أموال الحكومة الفدرالية الروسية الموجودة في فرنسا،

¹ - عيساوي محمد، المرجع السابق، ص 104.

² - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 218.

لكن محكمة استئناف باريس أمرت برفع اليد عن أموال الدولة بالرغم من وجود شرط التحكيم في نص العقد وتنازل صريح عن الحصانة التنفيذية، لكن المحكمة استتدت في ذلك إلى كون العبارة التي ورد فيها التنازل عن الحصانة جاءت عامة ولا تدل على إرادة مؤكدة للدولة بالتخلي عن حصانتها التنفيذية¹.

¹ - عيساوي محمد، المرجع السابق، ص 105.

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي لهيئة التحكيم

حيث أن الاختصاص القضائي هو أهلية جهة قضائية للفصل في ادعاء معين نوعياً وإقليمياً، ولا يثبت اختصاص هيئة التحكيم للفصل في النزاع المعروض أمامها إلا في وجود اتفاق تحكيم، كما أن هذا الاختصاص يختلف من اتفاق لآخر، فاختصاص هيئة التحكيم ينحصر في المسائل التي حددها اتفاق التحكيم دون المسائل الأخرى الغير مشمولة بهذا الاتفاق، بالإضافة لذلك فإن الاختصاص النهائي لهيئة التحكيم لا يثبت إلا بعد القبول الكتابي لهذه الأخيرة للمهمة المسندة إليها من قبل أطراف النزاع¹.

فتطور التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي أصبح له الأثر الكبير على الاختصاص القضائي الدولي، بحيث أصبح لإرادة الأفراد القدرة على سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية، واللجوء لقضاء خاص من اختيارهم للفصل في النزاع²، وبذلك ينعقد الاختصاص لصالح هيئة التحكيم للفصل في النزاع (مطلب أول)، لكن هذا الاختصاص يجب أن يمارس وفق ضوابط أهمها ضابط النظام العام (مطلب ثاني).

المطلب الأول: انعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم للفصل في النزاع بين الدولة والمستثمر الأجنبي

إن اتفاق التحكيم أساس ومصدر اختصاص هيئة التحكيم للفصل في النزاع بين الأطراف، بحيث يكون هذا الاتفاق بمثابة إزام للأطراف لعرض المنازعة موضوع الاتفاق إلى هيئة التحكيم للفصل فيها، كما أن تنفيذ هذا الإلتزام يجب أن يكون عينياً³، وبالتالي فلا يخفى على أحد الدور الهام الذي أصبحت تلعبه إرادة الأطراف في سلب اختصاص المحاكم الوطنية والعهد بالنزاع إلى قضاء تحكيمي خاص ومن اختيارهم للفصل فيه⁴.

¹ - أحمد محمد حشيش، المرجع السابق، ص 137/139.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 334.

³ - حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 214.

⁴ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 334.

هذا القضاء الخاص يجب أن يستند في اختصاصه على مبادئ ضرورية لتحقيق الغرض منه (فرع أول)، كما أنه ولخصوصية أطراف العقد الاستثماري ووجود الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها كطرف في النزاع قد يؤدي هذا إلى تنازع في الاختصاص مع القضاء الإداري (فرع ثاني).

الفرع الأول: المبادئ التي يستند إليها اختصاص هيئة التحكيم

إن إدراج أطراف النزاع لبند التحكيم ضمن عقد الاستثمار الأجنبي يعد بمثابة استبعاد لاختصاص القضاء الوطني بالفصل في النزاع وليس تخلي عن حق الادعاء في حال نشوب أي خلاف، بحيث أن الاختصاص في هذه الحالة ينتقل لهيئة التحكيم وهذا في حدود ما تم الاتفاق عليه.

فبند التحكيم المدرج في العقد ورغم وجوده كبند إلا أنه لا يحتاج إلى عقد آخر ليكمه¹، بحيث أن اختصاص هيئة التحكيم أصبح يركز على مبادئ متعارف ومنصوص عليها ضمن التشريعات الوطنية وحتى الاتفاقيات الدولية.

أولاً: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

يبرز مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم كأحد المبادئ الأساسية التي تساهم في توسيع صلاحيات واختصاص هيئة التحكيم²، فاتفاق التحكيم لا يهدف إلى تقرير حقوق أو وضع التزامات على الأطراف، وإنما يكمن موضوعه في تحديد قواعد إجرائية واجبة التطبيق والاتباع في حال الفصل في المنازعات التي تنشأ عند تطبيق الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي³، وبالتالي فتبني مثل هذا المفهوم لاتفاق التحكيم يعد حماية لهذا الأخير حتى لا يلقي نفس مصير العقد الأصلي سواء من ناحية بطلانه أو فسخه أو إلغائه، ويجعل من اختصاص هيئة التحكيم البث في مسألة صحة العقد الأصلي بشرط

¹ - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، المرجع السابق ، ص85.

² - إياد محمد بروان، المرجع السابق، ص444.

³ - حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص119.

أن لا يكون اتفاق التحكيم نفسه مشوباً بأحد أسباب البطلان¹، وبالتالي فاتفاق التحكيم بهذا المفهوم يجعل منه عقداً آخر منفصل تماماً عن العقد الأصلي وإن كان مندمجاً من الناحية المادية فيه².

وتبرز آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من زاويتين، الزاوية الأولى وتتعلق بعدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، فاتفاق التحكيم لا يتأثر بوجود أو انعدام العقد الأصلي سواء من حيث الصحة أو الانعدام أو البطلان، لكن ورغم موافقة جانب من الفقه على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في حالة بطلانه إلا أن جانب آخر من الفقه وجه انتقاده لفكرة استقلالية هذا الاتفاق في حالة انعدام العقد.

حيث نجد أن الأستاذ "ERIC -LOQUIN" يقول بأنه "من الثابت أن انعدام الاتفاق الأصلي يفترض الغياب الكامل لرضى الأطراف وهذا الانعدام في الرضا يشمل كل من الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي فكيف يمكن للمرء أن يتصور أن الأطراف قد اتفقت على التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن عقد لم يتم التراضي عليه أصلاً، فانهدام الإرادة يؤدي إلى عدم وجود لا العقد الأصلي ولا اتفاق التحكيم، والوضع يختلف بطبيعة الحال إذا كان العقد الأصلي معيباً بعبء يؤدي إلى بطلانه، وبطلان العقد الأصلي لا يؤثر بالضرورة على بطلان اتفاق التحكيم"³.

والملاحظة أن اللوائح الدولية للتحكيم اتجهت اتجاهاً آخر من خلال تقريرها للاستقلالية الكاملة لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي سواء في حالة بطلانه أو حتى في حالة انعدامه، وفي ذلك نجد نص المادة (1/16) من القانون النموذجي للتحكيم (يونسترال) والتي تنص على "إن تقرير محكمة التحكيم لبطلان العقد الأصلي لا يؤدي بقوة القانون إلى بطلان شرط التحكيم"، وفي ذلك أيضاً أقرت غرفة التجارة الدولية بباريس

¹ - إباد محمد بروان، المرجع السابق، ص 445.

² - حفيفة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 119.

³ - حفيفة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع نفسه، ص 147.

بان هيئة التحكيم تبقى مختصة في نظر النزاع حتى لو تقرر بطلان أو انعدام العقد المدعي به¹.

ولقد تم تفسير هذه الاستقلالية لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بسبب اختلاف محل كل منهما، فالعقد الأصلي يتعلق بقواعد إجرائية واجبة الاتباع حال نشوء أي نزاع بين أطراف العقد، ففي حالة عدم وجود اتفاق علي اللجوء للتحكيم في العقد فهذا لا يمنع الأطراف من اللجوء للقضاء إذا كان العقد منعدما، وهو نفس الشيء الذي يمكن تطبيقه والقياس عليه في حالة الاتفاق على اللجوء للتحكيم ضمن العقد الأصلي².

أما الزاوية الثانية المتعلقة بأثر استقلالية اتفاق التحكيم فتتعدى الفصل المادي بينه وبين العقد الأصلي لتتخذ مفهوماً أكثر اتساعاً ليشمل الاستقلال القانوني أيضاً، أي استقلال اتفاق التحكيم عن أي قانون داخلي³، وبالتالي إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي⁴.

ولقد أخذ معظم الفقه الفرنسي بهذا الاتجاه من أجل ضمان فعالية أكبر لاتفاق التحكيم من خلال تحصينه ضد أي طعن بصحته، سواء استناداً للقانون الفرنسي أو إلى أي قانون آخر، وهذا ما يعني ضمان استقلالية كاملة لاتفاق التحكيم والتي لا يقصد بها استقلالية مادية عن بنود العقد الأصلي ولكن استقلال أيضاً عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي⁵.

نصت أغلب التشريعات والقوانين الوضعية على مبدأ استقلالية شرط التحكيم وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة (04/1040) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت على "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم بسبب عدم

¹ - حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص148.

² - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص393.

³ - إباد محمود بروان، المرجع السابق، ص447.

⁴ - حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص120.

⁵ - إباد محمود بروان، المرجع السابق، ص449.

صحة العقد الأصلي"، ولكن الملاحظ أن المشرع الجزائري قد نص على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ضمن الفصل السادس والمتعلق بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، فهل يمكن اعتبار أن المشرع يعترف بهذا المبدأ ضمن التحكيم الدولي ويرفض الأخذ به ضمن التحكيم الداخلي؟ وهذا مالا يمكن الفصل فيه أو الإجابة عليه إلا في وجود اجتهادات فقهية أو سوابق قضائية تتطرق لهذه المسألة، عكس المشرع المصري الذي نص صراحة على استقلالية اتفاق التحكيم في نص المادة (22) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 والتي جاء فيها "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى".

أما من جهة المعاهدات الدولية فنجد معاهدة نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية قد نصت في مادتها (P/1/5) على إمكانية رفض الاعتراف بحكم المحكم وتنفيذه إذا أثبت الطرف المطالب بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه الأطراف إليه، وفي حالة غياب اختيار الأطراف فبموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار، فمن خلال هذه المادة يمكن ملاحظة أن هناك اعتراف ضمني باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وهذا من خلال تقرير أن صحة اتفاق التحكيم تكون إما بموجب القانون الذي اختاره الأطراف أو بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار، أي أن اتفاق التحكيم لا يخضع من الناحية القانونية للقانون الذي يحكم العقد الأصلي.

ففي قرار صادر عن محكمة استئناف باريس سنة 1995 متعلق بتصفية قضائية ومدى إمكانية المدير القانوني أو الواقعي التنازل عن حصة في الشركة موضوعة تحت الإجراء القضائي، ومدى إلزام المحكم بتطبيق قواعد القانون الفرنسي المتعلقة بالتقويم والتصفية القضائية، فالمحكمة أشارت في قرارها إلى أن اتفاقية التحكيم وإن كانت مدرجة ضمن العمل القانوني الذي ترتبط به، إلا أنها تبقى مستقلة عنه في التقدير الخاص لهيئة التحكيم¹.

¹ - إباد محمود بروان، المرجع السابق، ص 452.

وفي النزاع الذي دار بين (Hamlyn) و (Talisker)، فقد أشارت هيئة التحكيم إلى أن اتفاق التحكيم يمكن أن يحكم بقوانين مختلفة عن قانون العقد الأساسي¹، لكن ما جعل لاتفاق التحكيم هذه الأهمية الكبيرة، ليس فقط استقلاله القانوني عن العقد الأصلي ولكن تمديد هذه الاستقلالية لتشمل الاستقلال المادي عن العقد الأصلي، وقد أصدرت المحكمة العليا الأمريكية في قرار لها بخصوص قضية (Preston) ضد (Ferrer) أشارت فيه إلى أن الولايات لا يمكنها منع تنفيذ اتفاقيات التحكيم إلا للأسباب نفسها التي يمنع فيها تنفيذ باقي العقود، كما أن تقرير بطلان اتفاق التحكيم بسبب بطلان العقد الأصلي يعتبر تميزاً ضد اتفاق التحكيم وهو ما يعتبر عملاً غير دستورياً².

وفي قرار آخر صادر عن مجلس اللوردات البريطاني بتاريخ 2007/10/17 بخصوص اتفاق التحكيم أشار فيه المجلس إلى أن فكرة استقلال اتفاق التحكيم يجب أن تعالج دون القيام بالتمييز بين المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، بحيث يجب أن يعامل اتفاق التحكيم باستقلالية تامة عن العقد الأصلي³.

ثانياً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

أقرت أغلب التشريعات مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وكذلك ذهب المشرع الجزائري من خلال نص المادة (1044) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها"، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد جعل لهيئة التحكيم سلطة البث في مسألة اختصاصها، وبتعبير آخر "فإنه يكون لهيئة التحكيم البث في المنازعة المتعلقة بوجود وصحة اتفاقية التحكيم ونطاقها من حيث الأشخاص أو المواد"⁴، ومن خلال ما تقدم يمكن تحديد آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص والتي تتمثل في، سحب الاختصاص من القضاء الوطني بالنظر في مسألة

¹- www.biice.org, Adam Samuel, Separability in Arbitration Clauses, 11/08/2020, 16 :55, P2.

²- www.biicl.ORG, Adam Samuel, OP cit, P8.

³- Ayten Mustafayeva, Doctrine of separability in International commercial Arbitration, Baku State University Law Review, volume 1, 2015, P96.

⁴- إباد محمود برون، المرجع السابق، ص 461.

اختصاص هيئة التحكيم للفصل في النزاع وهو ما يسمى بالأثر السلبي، أما الأثر الإيجابي للمبدأ فيتمثل في تقرير اختصاص هيئة التحكيم للنظر في مسألة اختصاصها بنفسها، وهذا ما يشكل ضماناً للمتحاكمين بحيث تحد من مماطلة أي طرف من أطراف النزاع من أجل تعطيل عملية التحكيم أو إطالة مدتها¹.

وفي محاولة لوضع أساس لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ذهب البعض للقول بأن اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه يعود لمبدأ آخر هو مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وحقيقة الأمر أنه وإن كان مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو أحد آثار اتفاق التحكيم إلا أن هذا لا يعني أنه أساس المبدأ، فهئية التحكيم يمكنها النظر والفصل في اختصاصها حتى وإن أنكر أحد أطراف النزاع صحة اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة لا يمكن لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم أن يفسر استمرار هيئة التحكيم بالنظر في النزاع.

فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتوقف مداه في حالة الدفع بعدم صحة العقد الأصلي، أما نظر هيئة التحكيم في حالة الدفع بعدم صحة اتفاق التحكيم هو أثر خاص بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ولهذا السبب لا يمكن جعل مبدأ استقلال اتفاق التحكيم كأساس لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وبسبب فشل الاتجاه المناهض بتفسير مبدأ الاختصاص بالاختصاص عن طريق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، ذهب البعض للقول بأن أساس اختصاص هيئة التحكيم للفصل في اختصاصها إنما يكمن في قانون التحكيم في الدولة المقر وقوانين الدول التي من المحتمل عرض النزاع فيها، فهئية التحكيم عندما تحكم بعدم اختصاصها فهذا الحكم يستند إلى قانون الدولة الواجب التطبيق وليس لاتفاق التحكيم نفسه الذي قضي ببطلانه أو انعدامه².

إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يستند أيضاً إلى مبادئ القانون الاجرائي، وبالخصوص للمبدأ الذي ينص على أن كل قاضي هو قاضي اختصاصه، هذا المبدأ الذي ينطبق على القضاء العادي والقضاء الإداري وحتى الخاص، باعتباره يتصل مباشرة

¹- Jurgita Petkutė- Guriénė, the competence- competence Principle in commercial Arbitration, Social Transformation in contemporary Society, number 5, 2017, P91.

²- حفيفة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص236/235.

بالوظيفة القضائية وبصفة القاضي¹، وبالتالي فإن نقل هذا المبدأ إلى ميدان التحكيم يعتبر بمثابة تنازل من جانب الأنظمة القانونية لصالح المحكمين²، وهو ينطلق من فكرة وهي عدم التشكيك في قدرة المحكمين في الفصل في مسألة اختصاصهم وكذلك حماية حقوق الأطراف من التماطل ومحاولة تعطيل إجراءات التحكيم³.

لكن الأخذ بهذا المبدأ في مجال التحكيم لا يعني ترك وإهمال جانب الرقابة، بل إن هذه الصلاحية المخولة للمحكمين تتم تحت رقابة الجهات القضائية المختصة⁴، هذا بمناسبة الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي أو إصدار الأمر بتنفيذه⁵.

ومن الأحكام القضائية التي تطرقت لهذا المبدأ نجد قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر سنة (1818) في قضية (روزلي) جاء فيه "حيث أنه بصفة عامة يمكن لكل محكمة ولو كانت استثنائية نظر اختصاصها، وحيث أن المحكمين هم قضاة اتجاه المتحكمن الذين عينوهم... لذلك فإن سلطة نظر الاختصاص تكون مشمولة في الاتفاق التحكيمي بالضرورة، ما دامت نتيجة طبيعة لصفة القاضي التي اسندها لهم الأطراف"⁶، كما وجاء في قرار لمحكمة استئناف باريس صادر سنة (1991) "أنه وعلى الصعيد الدولي فإن للمحكم صلاحية تقدير اختصاصه بقابلية النزاع للتحكيم على ضوء النظام العام الدولي"⁷.

أما من جهة المعاهدات الدولية فنجد أن اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لم تتعرض لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ولعل هذا راجع لكون الهدف المباشر لهذه الاتفاقية هو تحديد شروط وضوابط الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم،

¹ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 242.

² - إباد محمود بروان، المرجع السابق، ص 461.

³ - حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 237.

⁴ - إباد محمود بروان، المرجع السابق، ص 461.

⁵ - حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 237.

⁶ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 242.

⁷ - إباد محمود بروان، المرجع السابق، ص 465.

على العكس من ذلك فإن اتفاقية جنيف لعام (1961) فقد نصت على اختصاص هيئة التحكيم بصورة واضحة في نص المادة (3/5) والتي جاء نصها كما يلي "لا يلتزم المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الاختصاص، أن يتخلى عن نظر المنازعة، وله أن يفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد الذي يعد هذا الاتفاق جزءا منه، وذلك دون الاخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي"، كما واتجهت اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار لنفس الاتجاه من خلال المادة (41) منها والتي جاء فيها "المحكمة هي التي تحدد اختصاصها".

ثالثا: التأهيل التحكيمي (اختصاص المحكم بتأهيله)

يجمع الفقه الفرنسي على اعتماد تعريف للتأهيل مستمدة من المعجم القانوني لجمعية "ريني كايون" كما يلي "التأهيل هو تولية شخص ما مهمة أو وظيفة أو إعطائه تكليفا بالانتخاب أو بالتسمية أو بالعقد" وبإسقاط هذا التعريف على التحكيم يمكن تعريف التأهيل التحكيمي على أنه "عملية اسناد شخص ما سلطة اصدار قرار يتصل به القضاء في النزاع"¹، وكذلك عرف التأهيل التحكيمي على أنه "اسناد المحكمتين صفة القاضي لشخص أو هيئة من أشخاص استنادا إلى الحق الطبيعي في حل وفاق"².

من خلال هذه التعريفات يمكن القول بان التأهيل التحكيمي هو اتفاق أو عقد يكون بين الأطراف المتنازعة وهيئة التحكيم، يتضمن منح هذه الهيئة سلطة الفصل في النزاع الناشئ أو الذي قد ينشأ بين أطراف العقد الأصلي في المستقبل.

وقد أدت مسألة التأهيل التحكيمي إلى وقوع خلاف بين الفقه، فهناك من يرى باندماج التأهيل التحكيمي واختصاص المحكم، لأن اختصاص هيئة التحكيم بالنظر والفصل في اختصاصها يسمح لها النظر والفصل أيضا في صحة اتفاق التحكيم باعتباره

¹ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 228.

² - الحسين السالمي، المرجع نفسه، ص 234.

مصدر تأهيل المحكم، وهو ما أدى بهذا الجانب من الفقه للقول بأن مبدأ الاختصاص يستوعب مسألة التأهيل التحكيمي¹.

لكن الاتجاه الغالب في الفقه هو ذلك المنادي بالفصل بين مفهوم الاختصاص التحكيمي والتأهيل التحكيمي، ومن بين هؤلاء الفقهاء نجد الأستاذ "دوربان" الذي أشار في مقارنة له بين التأهيل والاختصاص إلى القول "بأن الاختصاص شيء وصحة المؤسسة شيء آخر"، حيث شبه تأهيل المحكم بتكوين المحكمة القضائية، وبالتالي فإن أي نزاع حول تأهيل المحكم يؤدي إلى منازعة في العمل القانوني للمحكمة المختصة، وليس لنزاع حول اختصاص تلك المحكمة²، فإذا كان مبدأ اختصاص المحكم يسمح له بالفصل في النزاع القائم حول اتفاق التحكيم، فمحاولة ربط اختصاص المحكم بتأهيله عن طريق هذا الاتفاق أمر غير منطقي، فأطراف عقد تأهيل المحكم ليست هي نفس أطراف عقد اتفاق التحكيم، فإذا كان اتفاق التحكيم ينعقد بين أطراف النزاع أنفسهم، فعقد تأهيل المحكم ينعقد بين أطراف النزاع من جهة ومن جهة أخرى نجد المحكم سواء كان فرداً أو هيئة تحكيمية، وهو العقد الذي يلتزم من خلاله المحكم بالفصل في النزاع الناشئ أو محتمل النشوء في المستقبل، وبالتالي فإخلال المحكم بتأهيله يؤدي إلى قيام مسؤولية عقدية، أما إخلاله باختصاصه القانوني فيؤدي إلى قيام مسؤولية تقصيرية³.

لكن الأخذ بالطرح السابق لتأهيل المحكم، أوقع أصحاب هذا الاتجاه الفقهي في إشكالية بين المكون العقدي لتأهيل المحكم، والمكون القضائي الذي يمثل المهمة المسندة للمحكم، فكيف يكون المحكم الطرف في العقد أن يفصل في نزاع يتعلق بتأهيله الذي تم بموجب عقد هو أحد أطرافه؟ ويجيب الأستاذ "كلاس" على هذا السؤال بالقول "ليس للمحكم من الوجهة العقدية البث في عقد هو طرف فيه، غير أن المهمة القضائية تتجاوز بطبيعتها المحيط العقدي الذي نشأت فيه"⁴، ويؤكد الفقه الفرنسي هذا الاتجاه بالقول بأنه

¹ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 228.

² - الحسين السالمي، المرجع نفسه، ص 234.

³ - الحسين السالمي، المرجع نفسه، ص 236.

⁴ - الحسين السالمي، المرجع نفسه، ص 236.

وفي مسألة تقدير سلطة الحكم لدى المحكم فإن المكون القضائي يتفوق على المكون العقدي بخاصة في مسألة اختصاص المحكم بالمقارنة بتأهيله. إن انتماء قاضي الدولة للسلطة القضائية في الدولة، وممارسته لمهامه باعتباره عونا عموميا يمثل مؤسسة مشخصة، هذا الأمر يجعل من الغير الضروري مراقبة قاضي الدولة لتأهيله العمومي، على عكس المحكم الذي تكون مسألة نظره في تأهيله ضرورة يفرضها غياب التأهيل العمومي وكذلك وجود مؤسسة تحكيم مشخصة، ويدعم الأستاذ "ألكسندر هوري" هذا الطرح بالقول "إن انتهاء تكوين محكمة التحكيم وحده يعطي للمحكم سلطة القضاء، بما فيها سلطة البث في تأهيله وفي اختصاصه، والتأهيل يمثل قلب مؤسسة التحكيم"¹.

الفرع الثاني: تنازع الاختصاص بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة

يكون التنازع في الاختصاص عندما تقضي جهتان قضائيتان إما بعدم اختصاصهما (تنازع سلبي) وإما باختصاصهما (تنازع إيجابي)، وحيث أن قواعد الاختصاص القضائي هي قواعد من النظام العام، بحيث يكون للدولة ومن خلال سلطتها التشريعية الصلاحية الكاملة في وضعها وإقرارها، فالدفع بعدم الاختصاص هو وسيلة يمكن لكل من له مصلحة استبعاد الجهة القضائية الغير مختصة إقليميا أو نوعيا.

إن وجود الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها كطرف في عقود الاستثمار الأجنبي قد يثير مسألة الجهة القضائية المختصة خاصة في وجود بند التحكيم، فالمحاكم الإدارية تعتبر صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها، أما وجود البند التحكيمي فهذا الأمر يوقف اختصاص قضاء الدولة في الفصل في النزاع وينقل هذا الاختصاص لهيئة التحكيم وهذا استنادا لإرادة الأطراف الحرة في اختيار التحكيم كطريق بديل لتسوية النزاع.

¹ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 239.

أولاً: مدى تعارض التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي مع اختصاص القضاء الإداري

إن دخول الدولة مجال التجارة الدولية من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية أصبحت لأجل ذلك تبرم العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب، سعيًا منها لجذب رؤوس الأموال، لكن هذه الوضعية التي اتخذتها الدول من خلال تعاقدها مع أشخاص من القانون الخاص أدت إلى ظهور منازعات معقدة جداً¹، فمن ناحية نجد أن المشرع قد قام بتوزيع قواعد الاختصاص القضائي وأوجب احترامها بل وجعلها من النظام العام، هذا باعتبار أن القضاء سلطة من سلطات الدولة وأن أي مساس أو تنازل عنه لصالح قضاء آخر يعد مساساً بسيادة الدولة نفسها، كما أن تقسيم جهاز القضاء إلى قضاء إداري وقضاء عادي، بحيث يختص القضاء العادي بنظر المنازعات التي تنشأ بين أشخاص القانون الخاص أما المنازعات التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها طرفاً فيها فيؤول الاختصاص فيها للقضاء الإداري، فهذا التقسيم يجعل من غير القانوني أن يقوم الأفراد بعرض نزاع من اختصاص المحاكم الإدارية مثلاً أمام المحاكم العادية باتفاقهم واختيارهم².

فمبدأ الاختصاص القضائي يمنع على أطراف النزاع مخالفته اتفاقاً، بحيث تقوم الأطراف برفع نزاع في القانون العام أمام القضاء المدني بدل القضاء الإداري مثلاً، ومن باب أولى فالحظر يكون أكثر شدة وصرامة في حال عرض هذا النزاع أمام قضاء التحكيم الذي لا يوفر للدولة نفس الضمانات والحماية التي وجد من أجلها القضاء الإداري. فنظام التحكيم يعد أقل تشدداً من حيث الإجراءات، وهو الأمر الذي قد يضر بالهدف من اللجوء للقضاء الإداري للدولة خاصة في المسائل المتعلقة بحماية المال العام، فهئية التحكيم عند نظر النزاع الاستثماري والفصل فيه بين الدولة والمستثمر الأجنبي تجعل الأطراف جميعاً

¹ - صبرينة جبايلي، أثر التحكيم في خصوصية العقد الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2016-2017، ص 80.

² - مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص 69.

متساوية أمامها، دون الأخذ بعين الاعتبار مركز الشخص المعنوي العام والهدف من وجوده وضرورة حماية المال العام.

كما أن قبول الدولة بالتحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات بينها وبين المستثمر الأجنبي يحرمها من الحماية التي يوفرها وجود النيابة العامة في الدعوى التي ينظر فيها أمام القضاء¹، ومن جهة أخرى فكيف للدولة أن تفرض قضاءها على الأفراد وفي المقابل تنتكر هي لهذا القضاء وتلجأ للتحكيم؟.

إلا أن هناك في الجهة المقابلة رأي فقهي آخر وهو الرأي الغالب، يرى في لجوء الدولة والأشخاص العامة التابعة لها للتحكيم لتسوية المنازعات بينها وبين المستثمر الأجنبي أمر لا يشكل أي تهديد للقضاء الوطني ولا يمس بالاختصاص القضائي للدولة، فنظرية الاختصاص المطلق أصبحت لا تخدم أهداف ومصالح الدول خاصة في مجال التجارة الدولية وجذب الاستثمار الأجنبي ورؤوس الأموال، وبالتالي فقد تم هجرها من طرف أغلبية الدول، واللجوء للتحكيم لتسوية بعض المنازعات خاصة منها المتعلقة بالاستثمار الأجنبي يبرره تقديم ضمانات كافية للمستثمر الأجنبي وجذب لرؤوس الأموال الأجنبية وبالتالي المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار، وهو المبرر الذي أخذ به المشرع الفرنسي حين أصدر قانون يسمح بلجوء الدولة والهيئات التابعة لها للتحكيم في قضية (ديزني لاند)، لكن هذه الأولوية والأهمية التي أصبح يتمتع بها الاستثمار الأجنبي يجب أن لا تكون على حساب الاقتصاد الوطني بحيث يصبح جذب المستثمر الأجنبي غاية في حد ذاتها بدل تحقيق تنمية اقتصادية شاملة للوطن². كما ويضيف البعض إلى أن اللجوء الاستثنائي للتحكيم في بعض المنازعات لا يلغي أبدا اختصاص القضاء الوطني ودوره خاصة في مجال الرقابة على قرارات التحكيم بمناسبة الطعن فيها، أو أثناء تقديم طلب تنفيذها أمام الهيئات القضائية المختصة³.

¹ - مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 71.

² - حاتم زايد، هبة خليل، المرجع السابق، ص 03.

³ - مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 87.

ثانياً: التحكيم الاستثماري ونظرية العقد الإداري

تتبع سلطة المحكم في الفصل في النزاع المعروض أمامه من الإرادة الحرة لأطراف النزاع في استبعاد قضاء الدولة واللجوء للتحكيم كطريق بديل لتسوية هذه النزاعات بالإضافة إلى إقرار المشرع لهذه الإرادة¹، أما نظرية العقد الإداري ذات المنشأ القضائي فتستمد مبادئها من اجتهادات القضاء وتدخل المشرع في بعض الجوانب، وبالتالي فمنشأ كل منهما مختلف، فموضوع التحكيم مرتبط بأحكام القانون الخاص أما أحكام العقد الإداري فترتبط بأحكام القانون العام².

إن الدولة في تعاقدتها مع الأطراف الخاصة لا تتمتع بالحرية التي يتمتع بها أشخاص القانون الخاص في تعاقدتهم، فهي تخضع لقواعد وشروط يضعها المشرع بهدف حماية المال العام والمصلحة العامة، لكن هذا لا يجعل من الدولة طرفاً ضعيفاً في العقد بل بالعكس ففي العقود الإدارية تنتفي المساواة بين أطراف العقد لصالح الدولة أو الهيئة التابعة لها³.

فالدولة أو أشخاص القانون العام التابعة لها تتمتع بامتيازات فريدة لا وجود لها ضمن أحكام القانون الخاص، سواء أكان الطرف الخاص المتعاقد معها أجنبياً أو وطنياً، فيكون للدولة حق الرقابة والإشراف والتوجيه كما لها الحق في تعديل أو فسخ العقد بإرادتها المنفردة، وهي من وسائل القانون العام التي تعتبر استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص⁴، لكن كل هذه الامتيازات والصلاحيات لا يمكن التمسك بها أمام هيئة التحكيم، فالمركز المتميز الذي كانت تتمتع به الدولة ضمن العقد الإداري يتلاشى لتقف الدولة على قدم المساواة أمام شخص أجنبي من أفراد القانون الخاص وأمام هيئة

¹ - منى عبد العالي موسى، رفاه كريم كريل، التحكيم وأثره على العقد الإداري، مجلة جامعة بابل، العدد 01، المجلد 15، العراق، 2008، ص29.

² - مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص74.

³ - مراد محمود المواجهة، المرجع نفسه، ص75.

⁴ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1975، ص50.

التحكيم التي لا تعترف بمثل هذا التمييز أو الخصوصية للطرف العام والمصلحة العامة، وهذا ما دفع غالبية المشرعين مثل المشرع الفرنسي والمصري إلى إلزام أشخاص القانون العام بالحصول على إذن مسبق أو موافقة مسبقة من الجهة الإدارية المختصة قبل الموافقة على اللجوء للتحكيم¹، غير أن إدراج الشخص المعنوي العام لبند التحكيم دون الحصول على إذن مسبق من الجهة المخولة بذلك يعتبر خطأ مرفقياً يرتب مسؤولية الشخص المعنوي العام قبل المتعاقد الآخر².

المطلب الثاني: ضابط النظام العام في تحديد الاختصاص القضائي لهيئة التحكيم

هناك عدة ضوابط تسترشد بها الدول عند وضعها لقواعد الاختصاص القضائي، وهذه المهمة كأصل عام تبقى من اختصاص الجهاز التشريعي في كل دولة، بحيث ينفرد هذا الجهاز بوضع هذه الضوابط وهذا تماشياً مع الأهداف السياسية، التشريعية والاجتماعية للدولة³.

فإذا كانت فكرة النظام العام من الأمور التي يصعب تحديد إطار محدد لها بحيث أنها تضيق وتتسع بحسب توجهات كل دولة وكذلك باختلاف الزمان والمكان، إلا أنه لا يمكن انكار مدى تعلق قواعد الاختصاص القضائي بفكرة النظام العام بحيث لا يجوز سلب هذا الاختصاص الثابت للمحاكم الوطنية لصالح قضاء آخر خاصة إذا كان قضاء تحكيمي، وهذا بإرادة الأفراد⁴، فإلي أي مدى تتعلق قواعد الاختصاص القضائي بالنظام العام في النزاع التحكيمي؟ ولأجل ذلك سنتطرق أولاً لتحديد المقصود بقواعد النظام العام (فرع أول)، ثم إلى أثر قواعد النظام العام على الاختصاص القضائي لهيئة التحكيم (فرع ثاني).

¹ - حمدي على عمر، التحكيم في عقود الإدارة - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص105.

² - حمدي علي عمر، المرجع نفسه، ص99.

³ - طلال ياسين العبيسي، علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، المجلد 25، سوريا، 2009، ص307.

⁴ - طلال ياسين العبيسي، المرجع نفسه، ص322.

الفرع الأول: المقصود بقواعد النظام العام

تمنح النصوص التشريعية في غالبية الدول الحرية للأطراف في اختيار التحكيم كطريق بديل عن قضاء الدولة لتسوية ما قد ينشأ أو نشأ من منازعات، لكن وفي نفس الوقت فهذه النصوص التشريعية تخضع هذه الحرية الممنوحة للأفراد لقيود النظام العام¹، وفي ذلك نص المشرع الجزائري في المادة (2/1006) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى ما يلي "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم"، فقواعد النظام العام تحدد الاختصاص القضائي لهيئة التحكيم في مسائل محصورة وهي تلك المرتبطة بحقوق الفرد والتي يكون له مطلق الحرية في التصرف فيها، أما المسائل المتعلقة بالنظام العام فلا يكون من اختصاص هيئة التحكيم الفصل فيها.

أولاً: النظام العام الداخلي

إن عملية الحفاظ على النظام العام من أقدم المهام التي اطلعت بها الدولة منذ القدم، وقد ازدادت أهمية هذه المهمة الخاصة في ظل التطور الاقتصادي والاجتماعي الحاصل، هذا التدخل يهدف دوماً للحفاظ وصيانة الحياة الاجتماعية والنظام داخل الدولة وحماية اقتصادها، فتعقيد الحياة العصرية وتضارب المصالح بين الأفراد قد يؤدي إلى حدوث فوضى داخل المجتمع وانهياره، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ (HUBRECHT) أن "السوق يمكن أن تهدم نفسها إذا لم تقدم لها السلطة العامة الإطار القانوني...."².

ومن خلال ما سبق يمكن معرفة أهمية النظام العام الذي تطلع الدولة بحمايته من خلال وضع قواعد قانونية تهدف من خلالها للحفاظ على النظام داخل المجتمع وفي ذلك يعرف الأستاذ السنهوري النظام العام على أنه "القواعد التي يقصد بها تحقيق المصلحة

¹ - جعفر مشيمش، المرجع السابق، ص 159.

² - تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي - دراسة مقارنة - رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة جامعية 2010-2011، ص 198/197.

العامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد"¹.

وبالتالي فالمشرع ومن خلال القواعد القانونية، يقوم بتحديد الأفعال التي تصب في صالح المجتمع والأفراد وتلك الخارجة والمناقضة للمصلحة العامة وبالتالي مخالفة النظام العام في الدولة.

وفي محاولة لإسقاط مفهوم النظام العام الداخلي على التحكيم الاستثماري والتجاري الدولي يمكن طرح التساؤل المتمثل في مدى التزام هيئة التحكيم بقواعد النظام العام الداخلي حال فصلها في النزاع المطروح أمامها؟ وللإجابة على هذا السؤال يتوجب التعرض لحالتين:

الحالة الأولى: عندما يكون اتفاق التحكيم مخالفا للنظام العام

وفي هذه الحالة يكون على هيئة التحكيم أن ترفع يدها عن النظر في النزاع وذلك بإعلان بطلان اتفاق التحكيم، فالاتفاق الذي ينص على اللجوء للتحكيم في المسائل التي يرفضها المشرع مثل الأحوال الشخصية أو ممارسة الحرية الشخصية، يكون باطلا ولا يجوز لهيئة التحكيم النظر فيه لمخالفته لقواعد النظام العام الداخلي.

أما محاولة تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وكذلك مبدأ اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه، فالفقه قد قصر دور هيئة التحكيم في نظر مدى صحة اتفاق التحكيم، فإذا كان اتفاق التحكيم باطلا، وكان هذا البطلان متعلق بالنظام العام ففي هذه الحالة يكون على هيئة التحكيم أن ترفع يدها عن النظر في النزاع وتعلن عدم اختصاصها².

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج1، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1952، ص434.

² - إباد محمود بروان، المرجع السابق، ص502/503.

الحالة الثانية: عندما يكون العقد الأساسي مخالفا للنظام العام

إن مخالفة العقد الأساسي لقواعد النظام العام يكون من خلال ما قد يرتكبه أطراف النزاع من مخالفات أثناء إبرام العلاقة القانونية بينهم، فهي تتعلق بالنظام العام بمفهوم القانون العام، أي أنها لا تتعلق بحضر نص عليه المشرع في اللجوء للتحكيم، بل بجزئيات تضمنها العقد الأساسي بين الأطراف¹.

وفي هذه الحالة نجد أن جانب من الفقه قد اعترف لهيئة التحكيم بسلطة القضاء ببطلان العقد الأساسي، ولكن بشرط أن يتم إثارة هذا البطلان من قبل أحد أطراف النزاع، فالمحكم ليس كالقاضي يمكنه إثارة أي مخالفة للنظام العام من تلقاء نفسه، فالقاضي ملزم بحماية المصلحة العامة، أما المحكم فهو مقيد بحدود المصلحة التي حددها له الأطراف، أما إذا لم يثر أحد أطراف النزاع الخرق الموجود في العقد الأصلي فإن أقصى ما يمكن لهيئة التحكيم أن تفعله هو إعلان عدم اختصاصها².

أما الجانب الآخر من الفقه فيرى بأنه لا يمكن تقرير حق هيئة التحكيم بالحكم ببطلان العقد الأساسي، لأنه من شأن هذا الحكم أن يؤثر على الغير، ومثال ذلك في حالة تقرير بطلان الشركة بسبب مخالفة عقدها التأسيسي للنظام العام، ففي هذه الحالة فإن الغير المتعاقد معها سيتأثر بهذا الحكم، ولأجل ذلك يشترط أن تكون مخالفة النظام العام الموجودة في العقد الأساسي تتعلق مباشرة بموضوع النزاع، بمعنى أن هيئة التحكيم إذا عرض عليها نزاع متعلق بتنفيذ العقد الأساسي لكن إثارة هذا الخرق للنظام العام لا تكون إلا في حالة كان هذا الخرق متعلق مباشرة بموضوع النزاع³.

فالدولة المضيفة للاستثمار تسعى دوماً في تعاقدتها مع المستثمر الأجنبي لتوفير أقصى درجات الحماية لمصالحها، هذا حتى لا تطغى المصالح الذاتية والشخصية للمستثمر الأجنبي على المصالح العامة للدولة، وفي ذلك نجد أن النظام العام الداخلي

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 506.

² - إياد محمود بروان، المرجع نفسه، ص 511.

³ - إياد محمود بروان، المرجع نفسه، ص 512.

هو الوسيلة الكفيلة لتحقيق أهداف الدولة، وهذا لارتباطه الوثيق بالمصلحة العامة، وكذلك فإن النظام العام يضمن مرونة تنظيمية كافية للدولة المضيفة للاستثمار من أجل الحفاظ على مصالحها وسيادتها الداخلية¹.

ثانيا: النظام العام الدولي

إن محاولة وضع تعريف محدد لفكرة النظام العام الدولي من الأمور الصعبة إذا لم نقل المستحيلة شأنه في ذلك شأن النظام العام الداخلي، ففكرة النظام العام في حد ذاتها فكرة متغيرة زمانا ومكانا، لذلك نجد أن التشريعات الوطنية تقادت وضع تعريف محدد فاسحتا المجال أمام السلطة التقديرية للقاضي لتحديد ما يتلاءم وما يتعارض مع النظام العام في الدولة، وهذا حال الفصل في النزاع المعروض أمامه وليس وقت نشوء العلاقة القانونية².

لكن هناك من الفقهاء من حاول وضع تعريف للنظام العام الدولي، حيث يذهب الأستاذ "وايس WEISS" للقول بان "فكرة النظام الدولي تقتضي وجود مصلحتين متعارضتين: مصلحة المجتمع، ومصلحة الشخص الأجنبي الذي يجب عليه أن يتنازل عن مصلحته لصالح المجتمع"³، كما وعرفه بعض الفقهاء على أنه "مجموعة القواعد والقيم التي يتضمنها النظام القانوني للدولة ولا يمكن تجاهلها حتى في الوضعيات ذات الطبيعة الدولية"⁴.

بالرغم من هذه المحاولات في تحديد النظام العام الدولي إلا أن هناك جانب آخر من الفقه لا ينكر هذا المفهوم ولكنه يرى بأنه وليستقيم كفكرة مستقلة يستلزم وجود أولا قانون تجارة دولية كإطار قانوني وتشريعي في مختلف الدول، وثانيا يستدعي وجود تنظيم

¹ - يوسف محمد، تعارض فكرة النظام العام والاستثناءات العامة مع تنفيذ الحكم الأجنبي في النظم المقارنة والنظام القانوني الجزائري، مجلة Revisita Angelina، العدد 3، 2016، ص110.

² - كيجل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، العدد 42، جامعة أدرار، الجزائر، 2018، ص489.

³ - بتورسي محمد، المرجع السابق، ص202.

⁴ - عيساوي محمد، المرجع السابق، ص275.

تشريعي للتحكيم كوسيلة مستقلة وبديلة لتسوية النزاعات وليس مجرد وضع قواعد إجرائية، ويعبر الأستاذ "أنطوان كسيس" على هذا المفهوم، بقوله بان النظام العام الدولي مفهوم مستحيل يقوم على تناقض منطقي يستحيل تجاوزه، فقواعد التجارة الدولية لم تصل لدرجة متقدمة من الاستقلالية والتنسيق القانوني، فهناك العديد من القضايا المرتبطة بالتجارة الدولية غير أنها تخضع للقواعد القانونية للدول، مثل مسائل الأهلية والرضا، فقانون التجارة الدولية في الواقع لا يحكم سوى المسائل المتعلقة بتفسير وتنفيذ هذه العقود وبالتالي فهو لم يصل إلى تلك الدرجة من الاستقلالية التي يمكن من خلالها القول بوجود قانون تجاري دولي مستقل بذاته¹، كما وأن صعوبة ضبط مفهوم النظام العام لمرونته وتغييره هذا الأمر يجعل من تفسيره متغيراً من مكان لآخر ومن زمان لآخر ومن قاضي لآخر، وهو ما يعطي مجالاً واسعاً أمام المحاكم الوطنية لرفض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية استناداً لمخالفتها لقواعد النظام العام، فهذا يتوقف على السلطة التقديرية للقاضي عند تفسيره وتقديره لمبدأ النظام العام².

أما من ناحية التطبيقات لمبدأ النظام العام الدولي فنجد أن عدد من أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس قضت بصحة الضمان ضد تقلبات سعر الصرف، وهذا استناداً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وفي هذا يقول الأستاذ "جولدمان" عن اتجاه لقضاء التحكيم في تغليب الأعمال والشروط العقدية على القواعد الآمرة في قانون الدولة الواجب التطبيق على العقد وهذا استناداً للنظام العام الدولي³.

كما ونجد حكماً لمحكمة استئناف باريس تشير في محاولة منها لتحديد مفهوم النظام العام الدولي على أنه "وفقاً للمادة 5/1502 يمتد إلى التصور الفرنسي للنظام العام أي مجموعة القواعد التي لا يمكن للنظام القانوني الفرنسي أن لا يعترف بها في العلاقات الدولية"، لكن هذه المحاولة للتمييز بين قواعد النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي غير دقيقة فلا يمكن أن يتصور وجود قاعدة في النظام العام الدولي دون أن يكون لها

¹ - يوسف محمد، المرجع السابق، ص 100.

² - يوسف محمد، المرجع نفسه، ص 101.

³ - يوسف محمد، المرجع نفسه، ص 99.

أساس ضمن النظام العام الداخلي، فالنظام العام الدولي الذي يراقب الحكم التحكيمي المراد تنفيذه على إقليم تلك الدولة هو صورة مصغرة وأكثر لبرالية للنظام العام الداخلي لبلد التنفيذ، فلا يمكن تصور أن يقبل قاضي بلد التنفيذ بإعطاء أثر لحكم تحكيمي استناداً ومراعاة لقواعد النظام العام الدولي وفي نفس الوقت يكون هذا الأثر مخالف لقواعد النظام العام الداخلي في نفس البلد¹.

ولكن السؤال الذي يجب أن يطرح في هذا الشأن هو مدى التزام هيئة التحكيم أو القاضي باحترام وتطبيق قواعد النظام العام لدولة أجنبية؟ فهذه الهيئة التحكيم غير ملزمة باحترام قواعد النظام العام الخاصة بأي دولة، فالتحكيم قضاء خاص مستقل عن سلطة أي دولة وقوانينها، وهيئة التحكيم تستمد سلطة الفصل في النزاع من إرادة الأطراف أنفسهم، لذلك يكون على هذه الهيئة أن تتحمل الأثر المباشر للحكم الذي تصدره عندما يراد تنفيذه، أما القاضي وعند مراقبته للحكم التحكيمي فإنه يخضع في ذلك للقواعد والنصوص القانونية الواجبة التطبيق في بلده، فبعض الأنظمة تلزم القاضي بمراقبة الحكم التحكيمي ومدى تطابقه مع قواعد النظام العام الداخلي، والبعض الآخر مثل القانون الفرنسي والجزائري فتعتمد على النظام العام الدولي²، حيث نصت المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي". وفي حكم آخر صادر عن محكمة استئناف باريس جاء فيه "أن الطعن بالنقض ضد حكم تحكيمي صادر في إطار التحكيم الدولي لا يمكن أن يؤسس إلا على مخالفة النظام العام الدولي وليس على مخالفة النظام العام الداخلي...."³.

وفي نزاع دار بين الشركة الإيطالية (Icori Estero) والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار ممثلة لدولة الكويت، فقد تمسكت الشركة الكويتية ببطان شرط التحكيم المنصوص عليه ضمن العقد بين الأطراف بحجة أن القانون

¹ - عيساوي محمد، المرجع السابق، ص 275/276.

² - عيساوي محمد، المرجع نفسه، ص 276.

³ - عيساوي محمد، المرجع نفسه، ص 277.

الجزائري الذي اختاره الأطراف ليحكم العقد، يمنع على الدولة والهيئات التابعة لها من اللجوء للتحكيم بموجب المادة (442) منه، وفي رد لمحكمة استئناف باريس بتاريخ 13 يونيو 1996 أشارت إلى أنه "أيا ما كان أساس الحظر المفروض على الدولة لإبرام اتفاق التحكيم، فإن هذا الحظر يبقى قاصرا على العقود التي تبرمها وفقا لنظامها الداخلي، وليست تلك التي تتعلق بالنظام العام الدولي"¹.

ثالثا: النظام العام عبر الدولي

النظام العام عبر الدولي أو النظام العام غير الوطني أو النظام العام للقانون التجاري، وقد اختلفت التسميات وتباينت للدلالة على طبيعة العلاقة القانونية التي يحكمها، ويبدو هذا الاختلاف في التسمية راجع لقلّة القرارات التحكيمية وحتى القضائية التي تستند للنظام العام عبر الدولي، والتي لا يجوز للعاملين في ميدان التجارة الدولية مخالفتها، ولقد كان الأستاذ "PIERRE LALIVE" أول من استخدم هذا المصطلح في مقال له أمام المؤتمر الدولي الثامن للتحكيم التجاري الدولي في نيويورك سنة 1986²، حيث أثار هذا الطرح الجديد لمفهوم يعتبر حديث بالمقارنة ببقية أنواع النظام العام اختلافا بين الفقهاء بين مؤيد ومعارض، ومما يزيد من صعوبة تحديد موقف في هذه المسألة هو غياب قرارات تحكيمية وحتى أحكام قضائية تستعمل صراحة مصطلح النظام العام عبر الدولي³.

فالإتجاه المؤيد الذي يتزعمه صاحب الفكرة "LALIVE" يرى في التحكيم الدولي المجال الخصب لأعمال النظام العام عبر الدولي، فهئية التحكيم في مثل هذه المنازعات ليست مرتبطة بأي قانون وطني لأي دولة وبالتالي فهي غير ملزمة بحماية المصالح العامة، غير أنه وفي هذه الحالة فهي مجبرة على احترام قواعد وأعراف التجارة الدولية، وتبرز هذه القواعد عندما يحضر النظام عبر الدولي بعض التصرفات في حين تكون

¹ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص51.

² - قزيفز فتيحة، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2016-2017، ص333/334.

³ - إباد محمود بروان، المرجع السابق، ص568.

مشروعة ضمن قانون البلد المختار، ويذهب كل من الأستاذ "Batifole" والأستاذ "Lagord" أبعد من ذلك حيث يشيران إلى إمكانية تطبيق قواعد النظام العام عبر الدولي ليس فقط أمام التحكيم الدولي بل أمام القضاء الوطني متى تعلق الأمر بقواعد حقوق الانسان وتطبيق المعاهدات الدولية¹.

فالاعتراف بوجود قواعد دولية أو ما يطلق عليها بالقواعد الأساسية للأمم المتمدنة وتفضيلها من طرف بعض المتعاملين في مجال عقود الاستثمار، هذا ما قد يعتبر بواحد تشكل نظام قانوني خاص يحكم هذه العلاقات، وأن القواعد الآمرة التي يتشكل منها هذا النظام القانوني هي ما يطلق عليه بقواعد النظام العام عبر الدولي.

وقد اعتمدت بعض أشهر قضايا التحكيم على هذه القواعد من بينها تحكيم (شيخ أبو ظبي) وتحكيم² (TEXACO)، بحيث تتمثل هذه القواعد في "مجموع القواعد الآمرة التي تقرها الأمم المتحدة والتي تشكل قاسما مشتركا بين أكبر عدد من الدول، كالقواعد المجرمة للفساد والمخدرات، وحظر التعدي على حقوق الانسان"³.

أما الفقه المعارض لفكرة النظام العام عبر الدولي فيرى أن غياب اجماع دولي حول هذه الفكرة يحول دون فعاليتها كما وأن الأنظمة العامة الوطنية توفر نفس الحلول التي يوفرها النظام العام عبر الدولي، ويقول الأستاذ "RALINE" في هذا الشأن بأن تقاطع النظام العام الوطني مع النظام العام عبر الدولي يؤدي إلى نفس النتيجة وبالتالي فإن تطبيق النظام العام الوطني يكون أسلم، كما وأن مجالات النظام العام عبر الدولي محدودة وقليلة، أما الأستاذ "مختار بربري" فيرى بأن فكرة النظام العام عبر الدولي فكرة غامضة وجدت من أجل حماية مصالح الدول المتقدمة، وبالتالي فإن تطبيق مثل هذا النظام لا يكون ممكنا إلا بعد ازالة الفوارق بين الدول⁴.

¹ - قزيقز فتيحة، المرجع السابق، ص335.

² - قزيقز فتيحة، المرجع نفسه، ص337.

³ - شاهين فايز الحاج، القانون الواجب التطبيق على أساس النزاع، المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد 14، 2012، ص241.

⁴ - قزيقز فتيحة، المرجع السابق، ص340/338.

كما وقد أشار الفقه إلى إشكالية تطبيق النظام العام عبر الدولي حين تعارضه مع قواعد النظام العام الداخلي، فهل يعتمد المحكم إلى تطبيق قواعد النظام العام الداخلي أم يلجأ لتطبيق قواعد النظام العام عبر الدولي؟ خاصة إذا كان استبعاد قواعد النظام العام الداخلي يؤدي إلى رفض تنفيذ القرار التحكيمي في بلد محتمل التنفيذ، وفي هذه الحالة يقع على هيئة التحكيم واجبان، الأول يتمثل في وجوب احترام قواعد النظام العام عبر الدولي، أما الثاني فيتمثل في إلزامية اصدار قرار تحكيمي يتمتع بفعالية التنفيذ، وللخروج من هذا المشكل يجب على هيئة التحكيم القيام بمفاضلة بين المصالح التي يحميها النظام العام الداخلي وتلك التي يحميها النظام العام عبر الدولي، فإذا كان النظام العام الداخلي يحمي مصلحة خاصة بتلك الدولة يمكن وصفها بأنها مصلحة فردية كقواعد محاربة العبودية، الرق والتمييز العنصري، ففي هذه الحالة يكون على هيئة التحكيم التضحية بقواعد النظام العام الداخلي في سبيل حماية مبادئ المصلحة المشتركة للجماعة الدولية¹.

الفرع الثاني: أثر النظام العام على اختصاص هيئة التحكيم

يتسع اختصاص قضاء الدولة ليشمل جميع المسائل والمنازعات المدنية، التجارية، والإدارية، أما دور هيئة التحكيم فيحصر في حسم بعض المسائل القانونية وليس جميعها²، كما ويتدخل المشرع لخصر اختصاص هيئة التحكيم عن طريق قواعد النظام العام، وهذا من خلال تحديد مدى قابلية موضوع النزاع للتحكيم، كما وأنه يلاحظ ولصعوبة تحديد أو وضع مفهوم ثابت للنظام العام فإن هذه الفكرة وبسبب تغيرها المستمر من حيث الزمان والمكان فإن هذا قد يتبعه تغير في الموقف من قابلية موضوع النزاع للتحكيم.

أولاً: دور النظام العام في تحديد القابلية الموضوعية للتحكيم

تتميز أغلب القواعد المنظمة للاستثمار الأجنبي بطابع النظام العام لتعلقها بالمصالح الاقتصادية للدولة وبالتالي بالمصلحة العامة، لذلك تعتمد الدول لتنظيم هذا

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 597.

² - أحمد محمد حشيش، المرجع السابق، ص 136.

القطاع بقواعد آمرة لا يجوز مخالفتها¹، ولكن هذا لا يعني استبعاد اللجوء للتحكيم في مثل هذه المنازعات، بل أصبح التحكيم يمثل القضاء الطبيعي لمثل هذه المنازعات، فقضاء الدولة يختص بتسوية منازعات الاستثمار بصفته هيئة قضائية تستمد ولايتها واختصاصها من دستور الدولة، أما هيئة التحكيم فتستمد سلطتها وولايتها من الإرادة الحرة لأطراف النزاع في استبعاد قضاء الدولة واللجوء لقضاء التحكيم كطريق بديل لتسوية النزاع القائم أو محتمل الوقوع، فقبول أشخاص القانون الخاص باللجوء للتحكيم في النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي أمر لا يطرح أي إشكال ما دامت تتعلق بحقوق يمكنهم التصرف فيها، أما الإشكال الذي يطرح فيكون عند قبول الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها لشرط التحكيم في نزاع يتعلق بعقود الاستثمار الأجنبي والذي يكون الاختصاص الأصيل فيه لقضاء الدولة الوطني، وفي ذلك استقر الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي على "أن من يتولى السلطة العامة لا يمكنه التنازل عن امتيازاتها المتعلقة بالمصالح العليا للمجتمع"².

والقبول بالتحكيم يعد تنازلاً بحد ذاته عن بعض الحقوق التي تتمتع بها الدولة أو الهيئات التابعة لها، وهذا في رأي جانب من الفقه يعد تعدي على النظام العام الداخلي للدولة كما يمس بمبدأ الاختصاص القضائي المكرس وفق قواعد دستورية، كما وأن القبول ببند التحكيم يعتبر مساساً بسلطة الدولة في تنظيم المرافق العامة ويجعلها خاضعة لرقابة هيئة التحكيم، وفي هذا الشأن يقول المحكم الإسباني "فبرتانديز - أرمستو" أن "عندما استيقظ في الليل وأفكر بالتحكيم تأخذني الدهشة دوماً لأن دولا ذات سيادة وافقت أصلاً على التحكيم في مجال الاستثمار، إذ يمنح ثلاثة أفراد سلطة مراجعة إجراءات الحكومة وجميع قرارات المحاكم وجميع القوانين والنظم الصادرة عن البرلمان دون أي قيد أو إجراء من إجراءات الطعن، والحقيقة أنه من المحير أن يسمح للمحكّمين بتجاهل مبادئ أساسية كمبدأ احترام الهامش التقديري للدول، وتشريعات الدول، وحتى الأحكام القضائية الصادرة عن أعلى المحاكم المحلية، فطريق حماية المستثمر ذات الاتجاه الواحد لم تسهم في

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 267.

² - إياد محمود بروان، المرجع نفسه، ص 327.

إرساء ثقافة التعاون بين المستثمرين¹، لهذه الأسباب فإن هذا الجانب من الفقه يرى بأنه لا عبء بقبول الدولة أو الهيئات التابعة لها ببند التحكيم في عقود الاستثمار لأثرها البالغ على سيادة هذه الأخيرة.

أما الجانب الآخر من الفقه فيرى أنه لا يوجد تعارض بين لجوء الدولة للتحكيم في نزاعات عقود الاستثمار الأجنبي وبين مفاهيم السيادة والنظام العام، فإذا كان معنى السيادة ينصرف إلى ممارسة حقيقية وإرادية لها، فهو أيضا يعني احترام الالتزامات والمعاهدات وحسن النية في التعامل، فلا يمكن أن تقوم الدولة باستدراج المستثمر الأجنبي عن طريق إبرام عقود استثمار تتضمن بند التحكيم، ثم وفي حالة نشوب نزاع تحاول التملص من هذا البند بدعوى أن مثل هذه النزاعات لا يمكن تسويتها عن طريق التحكيم².

ففي النزاع الذي قام بين هيئة الطاقة الذرية الإيرانية وشركة (FRAMATOME) فقد رفضت الحكومة الإيرانية التحكيم بدعوى أن المسائل المتنازع فيها لا يمكن بأي حال من الأحوال تسويتها عن طريق التحكيم لأن ذلك يتعارض مع قواعد النظام العام في الدولة ويمس بسيادتها، لكن هيئة التحكيم وحال فصلها في النزاع أشارت إلى أن القرارات السياسية التي تتخذها الحكومة الإيرانية لا يمكن لهيئة التحكيم مناقشتها أو التعرض إليها، لكن الآثار المالية المترتبة عن هذه القرارات تكون دوما قابلة للتسوية عن طريق التحكيم³.

ففي النزاعات الدولية يحظر على الدول التدرع بقواعد نظامها العام الداخلي للتهرب من التزاماتها الدولية، فرفض الدولة للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي استنادا لمخالفة قواعد النظام العام الداخلي، دفع ترى فيه هيئة التحكيم مخالفة صريحة لأبسط القواعد الدولية وهو حسن النية في التعاقد، كما وأن النظام العام الدولي الواجب العمل به في العلاقات الدولية يسمح بقابلية هذه المنازعات للتسوية عن طريق التحكيم.

¹ - مقال منشور علي موقع www.undocs.org/A/HRC/30/44 ، الإطلاع بتاريخ 2021/09/26، علي الساعة

22:19، ص12.

² - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص333.

³ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص61.

ثانيا: تغير موقف الدولة من التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي بتغير فكرة النظام العام

تتميز فكرة النظام العام بالتغير من حيث الزمان والمكان، فيكون مضمونها متغيرا من دولة لأخرى، وأحيانا داخل الدولة الواحدة خصوصا إذا تعلق الأمر بمسائل التجارة والاستثمار، لذلك يصعب إعطاء تعريف جامع مانع لهذه الفكرة¹، فتغير أهداف الدولة الاقتصادية واتجاهاتها التنموية له الأثر المباشر في مفهوم النظام العام بالنسبة لها، فإذا كان المستثمر الأجنبي مثلا لا يقوم بدفع الضرائب فإن هذا يعتبر تهربا ضريبيا، أما إذا قام المشرع بتعديل للقوانين ومنح هذه الاستثمارات إعفاءات ضريبية بسبب حاجة الدولة الماسة لهذه الاستثمارات، ففي هذه الحالة فإن قيام المستثمر بنفس العملية لا يجعله مرتكبا لجريمة التهرب الضريبي.

ولما كان الهدف الجوهري من عقود الاستثمار الأجنبي هو جذب رؤوس الأموال من أجل المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة لهذه الاستثمارات، فهذه الأهمية البالغة منحها خصوصية وجب مراعاتها عند تحديد نظامها القانوني²، فهذه المسألة أصبحت من اهتمامات المجتمع الدولي، من خلال إبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف من أجل خلق مناخ ملائم لحركة الاستثمارات بين هذه الدول³، لكن الإشكال الذي ظل يطرح دوما هو مسألة إيجاد توازن بين مصلحة الدولة المتعاقدة ومصلحة المستثمر الأجنبي خاصة في مسألة تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن مثل هذه العقود⁴.

حيث أنه ومن المتعارف عليه أن قواعد الاختصاص القضائي من صلب النظام العام في الدولة ولا يجوز مخالفتها بأي شكل من الأشكال، وبالتالي فإن أي نزاع تكون الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها طرفا فيه، فإن الاختصاص في تسوية هذا النزاع يعود

¹ - عيساوي محمد، المرجع السابق، ص 273.

² - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 65.

³ - عمر فلاح العطين، ريزان حمود، اتفاق التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية، عدد 08، الجزائر، 2015، ص 23.

⁴ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 384.

لقضاء الدولة حصراً، لكن التطور الذي عرفته التجارة الدولية والاستثمارات في العالم بالإضافة لتطور دور الدولة أدى إلى التخفيف من النظرة المتشددة لفكرة النظام العام، فلم تعد قواعد الاختصاص القضائي في مجال التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي من قواعد النظام العام التي لا يجوز مخالفتها، حيث أصبح يمكن للأطراف الاستبعاد الاتفاقي لقضاء الدولة المختص واللجوء للتحكيم كقضاء بديل لتسوية النزاعات.

خلاصة:

يبدو جليا، من خلال ما تقدم في هذا الباب، أثر قبول الدولة أو الهيئات التابعة لها بشرط التحكيم على الاختصاص القضائي للدولة، فمنح أطراف النزاع الاستثماري الحرية في اختيار طريق التحكيم لتسوية النزاع أثر سلبا على الاختصاص القضائي للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار، بحيث أن قواعد الاختصاص القضائي تعتبر من النظام العام، وحيث أن قواعد النظام العام تهدف أساسا لحماية المصلحة العامة للدولة، وبالتالي فإن منح الأطراف حرية استبعاد قواعد الاختصاص القضائي، بحيث أصبح التحكيم يمثل القضاء الطبيعي لمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي، بدل ان يكون الاستثناء، واللجوء إليه لا يكون إلا وفق ضوابط قانونية محددة، هذا الأمر جعل من الدولة وأشخاص القانون العام تفقد الكثير من امتيازاتها لصالح المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، بحيث أصبحت الأطراف تقف على قدم المساواة أمام هيئة التحكيم، هذه الهيئة التي لا تعترف ولا تأخذ بمبدأ سيادة الدولة وحصانتها، وهو ما أثر سلبا على موقف الدولة المتعاقدة.

الباب الثاني

أثر التحكيم على الاختصاص
التشريعي للدولة

تمهيد:

تمثل السلطة التشريعية أحد أهم ركائز الدولة الحديثة إلى جانب كل من السلطة التنفيذية والقضائية، فصلاحيات التشريع الذي تختص به هيئات محددة في الدولة، تسمح لهذه الأخيرة بوضع قواعد قانونية وفق ما يلائمها، خدمتا لمصالحها الاجتماعية، السياسية والاقتصادية، والتطور المستمر لقواعد التجارة والاستثمارات الدولية أدى إلى تعقيد مهمة الهيئة التشريعية داخل الدولة، بحيث عجزت عن مواكبة التطور المتسارع لهذه العمليات وبالتالي ضبطها وتنظيمها ضمن قواعد تشريعية داخلية، يضاف إلى ذلك دخول الدولة مجال الاستثمار وإبرامها عقودا مع مستثمرين أجانب هذا الأمر زاد من تعقيد العملية التشريعية.

إن بروز التحكيم كنظام قضائي مستقل عن سيادة الدولة وموازي لقضائها، سمح للعديد من المتدخلين في مجال التجارة والاستثمارات الدولية باستبعاد القضاء الوطني واللجوء لقضاء التحكيم، ليس خوفا من سلطة الدولة القضائية والشك في حياد قضائها فقط ولكن أيضا تجنباً لسلطتها التشريعية والهروب من تطبيق القواعد القانونية الوطنية للدولة المتعاقدة والمضيفة للاستثمار، وفي المقابل فإن الدولة المتعاقدة ترفض هي أيضا الخضوع لقضاء ولقواعد قانونية غير قوانينها الوطنية خاصة إذا تعلق الأمر باستثمارات تتم على اقليمها وتتمحور غالبا حول ثروات طبيعية خاصة بها، وهو الأمر الذي يؤدي بنا لطرح إشكالية حول أثر لجوء الدولة المضيفة للاستثمار للتحكيم على اختصاص سلطتها التشريعية في وضع القوانين وتطبيقها على النزاع الاستثماري؟

وللإجابة على هذا السؤال وجب أولا التطرق لتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار من خلال الفصل الأول، ثم لمدى حرية الأطراف وهيئة التحكيم في اختيار القواعد القانونية المطبقة على النزاع وهذا من خلال الفصل الثاني.

الفصل الأول

**تطبيق القانون الوطني للدولة
المضيفة للاستثمار**

يعتبر القانون الوطني للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار من أكثر القوانين اختياريًا كقانون واجب التطبيق على نزاعات عقود الاستثمار الأجنبي سواء على مستوى عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي أو اتفاقيات الاستثمار الثنائية بين الدول أو حتى اتفاقيات الاستثمار الجماعية، ويرجع هذا للمزايا التي يوفرها القانون الوطني، بحيث يجنب أطراف النزاع الكثير من العراقيل الشكلية وحتى العملية وهذا لأن الدولة المتعاقدة هي في غالب الحالات طرف في العقد وبلد تنفيذ العقد في نفس الوقت، لذلك فإن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة سيسهل المهمة أمام هيئة التحكيم في حال طلب تدخل القضاء الوطني في مسائل مثل سماع الشهود أو طلب الحجز، كما يسهل من عملية تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر في النزاع.

ورغم التسهيلات التي يوفرها تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، إلا أن جانب من الفقه يرفض هذا التطبيق ويستند في ذلك إلى حجج مختلفة، يهدف من خلالها إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة واستبداله بقواعد قانونية غير وطنية، وهذا ما يخدم بشكل كبير مصالح المستثمر الأجنبي.

ولأجل هذا سنتطرق من خلال المبحث الأول إلى أساس خضوع النزاع الاستثماري للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، ثم إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني وبيان الحجج والأسانيد التي يركز عليها هذا الاتجاه الفقهي وهذا من خلال المبحث الثاني.

المبحث الأول: أساس خضوع النزاع الاستثماري لقانون الدولة المتعاقدة

إن التطبيق العادي والطبيعي لقواعد تنازع القوانين وهذا في غياب اتفاق بين الأطراف سيؤدي مباشرة وفي غالب الحالات إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار على أنه الأساس الحاكم للعقد والنزاع بين الأطراف¹، إلا أن هناك من يحاول التأكيد على حق الدولة المضيفة للاستثمار المطلق في تطبيق قانونها الوطني، وهذا بسبب الرغبة الكاملة للدولة المتعاقدة في إخضاع هذه العقود لقانونها الوطني بشكل مطلق وكامل وهذا حفاظاً على سيادتها التشريعية.

وتختلف الحجج والأسانيد الداعمة لهذا المبدأ، فمنهم من يأخذ بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بناءً على قواعد ومعايير داخلية للدولة المضيفة للاستثمار (المطلب الأول)، ومنهم من يستند في ذلك على معايير دولية تؤدي إلى التطبيق المباشرة لقانون الدولة المضيفة للاستثمار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استناداً لمعايير داخلية

تمثل السلطة التشريعية إحدى مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، بحيث يكون للدولة الحق في إصدار تشريعات من أجل خدمة مصالحها وأهدافها السياسية والاقتصادية، وباعتبار أن الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها قد تكون طرفاً من أطراف عقد الاستثمار الأجنبي، فهي قد تلجأ لاستعمال سلطتها التشريعية من أجل ضمان مصالحها، خاصة وأن عقود الاستثمار تنفذ على إقليم الدولة المتعاقدة مع المستثمر الأجنبي.

وتحاول الدولة المتعاقدة دوماً فرض التمسك بتطبيق قواعد قانونها الوطني على النزاع، وفي ذلك قد تلجأ إلى أساليب القانون العام ومحاولة تطبيق قواعد القانون الإداري على النزاع (الفرع الأول)، أو من خلال نصوص قانونية داخلية أخرى متعلقة بالاستثمار (الفرع الثاني).

¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 208.

الفرع الأول: تطبيق قواعد القانون الإداري على النزاع الإستثماري

احتلت عقود الاستثمار الأجنبي جانبا مهما من الدراسة والاهتمام لدى العديد من فقهاء القانون، وهذا بسبب الإشكالات التي يثيرها هذا النوع من العقود بسبب الاختلاف والتفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف العقد¹، فالدولة المضيفة للاستثمار تسعى دوما لمحاولة فرض تطبيق قانونها الوطني على النزاع خاصة إذا كانت هذه الدولة من الدول النامية، وهذا من أجل حماية اقتصادها الوطني وكذلك حفاظا على حصانتها التشريعية، وهي قد تستند في ذلك إلى نظرية العقد الإداري، وهذا لوجود شخص من أشخاص القانون العام كطرف في العقد.

أولاً: تكييف عقود الاستثمار الأجنبي بوصفها عقود إدارية

يحاول هذا الجانب من الفقه تطبيق قانون الدولة المتعاقدة من خلال تكييف عقود الاستثمار الأجنبي على أنها عقود إدارية، فهو بالتالي يقوم بإسقاط الحلول التي استخلصها ووضعها القضاء الفرنسي المتعلقة بالعقود الإدارية ومحاولة تطبيقها على عقود الاستثمار الأجنبي المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وهذا لوجود تماثل بين هذه العقود، فعقود الاستثمار الأجنبي تبرمها سلطة عامة من أجل تحقيق مصلحة عامة وهذا ما يعطي الأولوية لقانون الدولة المتعاقدة في التطبيق².

وللكشف عن الطابع العام لعقد الاستثمار الأجنبي يجب البحث عن الغرض من الاستثمار ومضمون هذا العقد والضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، ومن خلال هذا يمكن تحديد المركز القانوني للدولة، وتبعاً لذلك يمكن تحديد مدى كون عقد الاستثمار الأجنبي من عقود القانون العام، وقد وجد هذا الاتجاه صداه لدى الدول النامية بحيث يحافظ على سيادتها التشريعية³.

¹ - صبرينة جبايلي، المرجع السابق، ص 122.

² - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 462.

³ - معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1998، ص 35/34.

هذا التكييف لعقود الاستثمار الأجنبي يجعل من حق الدولة المتعاقدة أن تتمتع بامتيازات السلطة العامة والتي لا يمكن أن توفرها قواعد القانون الخاص في حال تطبيقها على هذا النوع من العقود، وهو ما يدافع عنه الأستاذ "Bernard audit" بحيث يرى أنه من حق الدولة المتعاقدة تغيير وتعديل العقد وفق ما تقتضيه المصلحة العامة للدولة، لكن هذا الأمر يبقى مقيدا بالحفاظ على المصالح الاقتصادية للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة¹.

كما يبرر أصحاب هذا الاتجاه تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استنادا إلى تكييف عقود الاستثمار الأجنبي على أنها عقود إدارية إلى ضرورة وجود قواعد قانونية موحدة تحكم النزاع الذي قد ينشأ عند تنفيذ أو تفسير العقد الاستثماري، خصوصا عندما تثار مسألة تفسير أو تحديد مشروعية القرارات الصادرة عن الدولة بخصوص المشروع موضوع العقد، أو حتى عند تحديد سلطة الدولة التقديرية بخصوص الامتيازات الممنوحة للمستثمر الأجنبي المتعاقد معها، ومدى احترامه لبنود العقد².

لكن وبالرغم من النتائج المهمة التي توصل إليها هذا الاتجاه الفقهي من خلال تكييف عقود الاستثمار الأجنبي على أنها عقود إدارية، إلا أن هذا الاتجاه أو هذا الطرح لم يخلو من سلبيات ونقائص وجهها له اتجاه معاكس من الفقه، وقد استند هذا الاتجاه المعارض في طرحه إلى عدة نقاط منها:

- أن نظرية العقد الإداري وضعت من أجل أن تحكم العقود ضمن القانون الداخلي وليس العقود الدولية ذات العنصر الأجنبي، بالإضافة إلى غياب قضاء إداري دولي مختص للفصل في النزاع فيما لو أخذ بهذا التكييف.

- أن نظرية العقد الإداري ليست معممة على جميع بلدان العالم حتى يكون هناك تطبيق موحد لها، فنجد مثلا دول القانون الموحد لا تعترف بتقسيم القانون إلى عام وخاص،

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 463.

² رائد صيوان عطوان، ميادة صباح حسن، مدى إمكانية تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية على عقود الاستثمار النفطي، مجلة كلية الحقوق، العدد 19، جامعة النهريين، العراق، 2017، ص 125.

بالإضافة إلى أن القول بوجود الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها يجعل من العقد المبرم عقدا إداريا، فهذا سبب غير كافي، فقد تتعامل الدول على أنها شخص من أشخاص القانون الخاص، وتخضع بذلك العقود المبرمة لأحكام القانون الخاص¹، كما يمكن أن نشير من خلال هذه النقطة إلى أن الامتيازات والمحفزات التي تمنحها الدولة للمستثمر الأجنبي تختلف من عقد لآخر، وبالتالي فالمراكز القانونية تختلف أيضا تبعا لذلك²، كما أن بعض العقود يكون أطرافها من الشركات الكبرى أو الشركات متعددة الجنسيات والتي لها من الإمكانيات ما يمكنها من وضع شروطها ويجعلها على قدم المساواة مع الدولة المضيفة للاستثمار³، فأغلب هذه العقود يؤول الاختصاص فيها من أجل تسوية المنازعات التي قد تثور أثناء تنفيذها أو تفسيرها إلى قضاء التحكيم بناء على إرادة الأطراف أنفسهم، وهو الأمر الذي يمكن أن يستبعد صفة العقود الإدارية عن مثل هذه العقود.

- علاوة على كل ما سبق فإن مسألة تكييف عقود الاستثمار الأجنبي على أنها عقود إدارية تعد مسألة ثانوية، بحيث أن تحديد إدارية عقود الاستثمار الأجنبي مسألة تأتي بعد تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود وفي ظلها⁴.

ثانيا: موقف أحكام التحكيم من تكييف عقود الاستثمار الأجنبي كعقود إدارية

وفي هذا الشأن سنتعرض لبعض أهم أحكام التحكيم التي تطرقت لإشكالية مدى اعتبار عقود الاستثمار الأجنبي عقودا إدارية.

1- قرار تحكيم Aramco:

بسبب الخلاف الذي نشأ بين الحكومة السعودية وشركة (Aramco) النفطية، اتجهت الحكومة السعودية لعرض النزاع على التحكيم وهذا استنادا لاتفاق التحكيم المبرم

¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص98.

² - إبراهيم محمد القعود، المرجع السابق، ص302.

³ - إبراهيم محمود القعود، المرجع نفسه، ص302.

⁴ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص478.

بين الطرفين في (23 فبراير 1955) والذي نص في مادته الرابعة على أن القانون الوطني السعودي الذي يستند على أحكام الشريعة الإسلامية هو الواجب التطبيق، أما المسائل التي يقع اختصاصها خارج الدولة السعودية فيكون لهيئة التحكيم الفصل فيها وفقا للقانون الذي تراه مناسبا¹.

حيث أن الحكومة السعودية طالبت بتكليف العقد المبرم مع شركة (Aramco) على أنه عقد إداري نظرا لوجود شخص من أشخاص القانون العام كطرف، وبالتالي اعتبار الأعمال التي يقوم بها أعمال تتعلق بالسيادة، فلا يمكن بذلك اعتبارها مخالفة للالتزامات التعاقدية، غير أن هيئة التحكيم في الأخير انتهت إلى رفض هذا الدفع بحجة أن القانون السعودي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري على النحو السائد في الفقه الفرنسي، كما أن وجود شخص من أشخاص القانون العام كطرف في العقد لا يكفي لجعل العقد إداريا².

2- تحكيم Texaco:

تعرض الأستاذ (Dupuy) وهو المحكم الوحيد في النزاع الذي دار بين الحكومة الليبية وشركة (Texaco) إلى مدى اعتبار العقد المبرم بين الطرفين عقدا إداريا وهذا رغم أن الحكومة الليبية لم تتمسك بهذا التكليف، إلا أن الأستاذ (Dupuy) رأى أنه من اللازم الفصل في المسألة بحيث قام بطرح السؤال التالي: هل قيام الدولة الليبية باتخاذ إجراءات التأميم يعد تنصلا منها عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية الناشئة عن العقد المبرم أو لا يمكن اعتباره كذلك؟، فالإجابة على هذا السؤال تقطع الشك باليقين في مدى مسؤولية الدولة الليبية التعاقدية في مواجهة الشركة الأجنبية الطرف في العقد، خاصة وأن القانون الليبي يأخذ بفكرة العقود الإدارية³، لكن المحكم (Dupuy) وفي آخر المطاف توصل إلى رفض

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص465.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص468.

³ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص468.

تكييف العقد المبرم بين الدولة الليبية المضيفة للاستثمار والشركة (Texaco) المتعاقدة على أنه عقد إداري وهذا لعدة أسباب أهمها¹:

- أن الحكومة الليبية تعاقبت مع الشركة الأجنبية على قدم المساواة، حيث نص العقد المبرم بين الطرفين على أن القوانين واللوائح الصادرة عن الحكومة الليبية والتي يكون من شأنها المساس بالمركز القانوني للشركة الأجنبية لا تسري على هذه الأخيرة إلا إذا ارتضت هي ذلك، وهو ما يخالف أحد ركائز العقد الإداري والذي يتمثل في كون أحد أطراف العقد صاحب سلطة عامة يتمتع بحقوق وامتيازات غير موجودة في عقود القانون الخاص، والذي يتمثل في هذه الحالة في الدولة الليبية.

- كما أنه ومن أهم أسباب رفض تكييف العقد على أنه من العقود الإدارية راجع لكون تطبيق نظرية العقد الإداري يعد خروجاً عن المبادئ المشتركة للدول، فهذه النظرية التي وضعها وكرسها القانون الفرنسي واستتبقتها بعض الدول، ليست معروفة في العديد من الأنظمة القانونية وأيضاً هي نظرية مجهولة في القانون الدولي، وهو ما يؤدي إلى رفض اعتبارها مبدأً من المبادئ العامة في القانون.

3- قرار تحكيم (Liamco):

وفي التحكيم الخاص الذي دار بين الحكومة الليبية وشركة (Liamco) ذهب المحكم الوحيد الأستاذ (المحمصاني) في الحكم الذي صدر بتاريخ (12 أبريل 1988) للقول بأن العقد المبرم بين أطراف النزاع تغلب عليه الصفة المدنية والتجارية أكثر من الصفة الإدارية، بالإضافة لكون استثمار شركة (Liamco) في المجال النفطي يبعدها عن مجال تسيير المرافق العامة، وهو ما يجعلها مشروعات ذات طبيعة خاصة تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص².

¹ - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 472/470.

² - رائد صيوان عطوان، ميادة صباح حسن، المرجع السابق، ص 126.

4- قرار تحكيم (Aminoil):

فبخصوص النزاع الذي ثار بين الحكومة الكويتية وشركة (Aminoil) البترولية، فقد اتجهت الشركة المتعاقدة لرفع قضية تحكيمية بعد قيام الدولة المتعاقدة باتخاذ إجراءات التأميم ضدها، وهذا استنادا لاتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، ولقد أشارت المادة الثالثة (03) من الاتفاقية بخصوص القانون الواجب التطبيق على النزاع إلى ترك الحرية في تحديده لهيئة التحكيم، ولكن مع مراعاة طبيعة الأشخاص والعلاقة التجارية التي تربطهم وكذلك السوابق والممارسات القانونية، وتطبيقا لاتفاق الأطراف فقد وجدت هيئة التحكيم الحل ضمن نص المادة (42) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والتي تحيل مباشرة لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع¹.

لكن هيئة التحكيم في آخر المطاف رفضت تطبيق نظرية العقد الإداري المعروفة ضمن التشريع الكويتي مستندة في ذلك لكون نظرية العقد الإداري لا تتسع لتحكم إجراء مثل التأميم، كما أن هذه النظرية لا ترقى لدرجة المبادئ القانونية الدولية المعترف بها لدى الأمم المتعدنة².

5- تحكيم (CHROMALLOY):

وهو النزاع الذي دار بسبب العقد المبرم بين شركة (chromalloy) وهيئة تسليح القوات الجوية التابعة لوزارة الدفاع المصرية، والذي كان بمقتضاها على الشركة المتعاقدة أن توفر معدات وخدمات فنية للهيئة المصرية المتعاقدة، لكن وبسبب عدم قيام الشركة الأمريكية بالتزاماتها التعاقدية فقد لجأ الطرف المصري إلى إنهاء العقد، وهو ما دفع الشركة المتعاقدة لطلب التحكيم، الذي أصدر حكما لصالحها وألزم الطرف المصري بدفع تعويضات قدرت بـ 17 مليون دولار، لكن الطرف المصري لجأ للاستئناف لدى محكمة استئناف القاهرة مستندا في ذلك إلى استبعاد هيئة التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق

¹- Martin Hunter, Anthony C sinclair, Aminoil Revisited Reflections on a story of Changing Circumstances, International investment Law and Arbitration, cameron May International lawpolicy, 2005, P356.

²- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص214.

الأطراف عليه وهو القانون المصري وبالخصوص تطبيق قواعد نظرية العقد الإداري المعروفة في النظام القانوني المصري¹، وهو الطرح الذي أيدته محكمة استئناف القاهرة بقولها بأنه "ولما كان القانون المصري الحاكم للعقد يعرف طائفتين من العقود هما: العقود الإدارية والعقود العادية المنتمية إلى القانون الخاص، فإنه كان يتوجب على هيئة التحكيم أن تحترم هذا التقسيم الذي يسير عليه القانون المصري وتنتهي إلى وصف العقد محل المنازعة بالوصف القانوني الحقيقي وتعمل عليه القواعد القانونية الخاصة به، وإذا لم تقم هيئة التحكيم باتباع ذلك النظر فإنها تكون قد خلطت بين مسألتين لا ينبغي الخلط بينهما، وهما مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ومسألة التكيف اللاحق له مما يجبر الطعن على حكمها بالبطلان"².

فنظرا لتمسك الدول بتطبيق أحكام القانون الإداري على النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي وهذا راجع للضمانات والحماية التي يقررها لها هذا النظام القانوني، هذا الأمر دفع الشركات الأجنبية إلى فرض إدراج بنود في العقد تنفي الصفة الإدارية عن هذه العقود، ومن أمثلة ذلك نجد العقد المبرم بين الحكومة العراقية وشركة (جي، أس، أو، أس) سنة 2012 حيث جاء بنص المادة (2/37) ما يلي: "... يتفق الطرفان على أن الحقوق والالتزامات تجارية وليست سيادية"، وكمثال آخر نجده ضمن العقد المبرم بين الدولة السعودية وشركة (ستاندرد أويل كالفورنيا) حيث نصت المادة (28) منه على "للشركة أن تنتهي هذه الاتفاقية في وقت شاءت وذلك بأن تعطي للحكومة السعودية قبل عملها هذا بثلاثين يوما إنذارا خطيا بكتاب أو برقية..."³.

¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص215.

² - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص217.

³ - رائد صيوان عطوان، ميادة صباح حسن، المرجع السابق، ص126.

الفرع الثاني: دور التشريعات الداخلية في تطبيق قانون الدولة المتعاقدة

أصبحت المؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر وبعد صدور القانون التوجيهي (01/88)¹ شخصا معنويا مستقلا يخضع لأحكام القانون التجاري كما أن ابرامها للعقود يكون تحت رقابة القضاء العادي، لكن المواد 55 و56 من نفس القانون التوجيهي قامت بتكييف العقود التي تبرمها هذه المؤسسات على أنها عقود إدارية وبالتالي فالمنازعات التي قد تنشأ بشأنها تصبح من اختصاص القضاء الإداري للفصل فيها، الأمر الذي أثار اشكالا حول قدرة المؤسسة العمومية الاقتصادية في اللجوء للتحكيم ضمن العقود التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب².

لكن وبصدور المرسوم الرئاسي 247/15³ فقد سمح المشرع الجزائري للمؤسسات العمومية الاقتصادية باللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات بينها وبين المتعاملين الأجانب وهذا بنص المادة (153) منه، لكن الاشكال الذي يمكن أن يطرح في هذا الصدد هو مدى التزام هيئة التحكيم بتطبيق القواعد القانونية الوطنية على النزاع، وفي ذلك يمكن الرجوع لأحكام قانون الاستثمار وكذلك قانون الصفقات العمومية.

أولا: قانون الاستثمار

أكد المشرع الجزائري على إمكانية لجوء الدولة أو الهيئات التابعة لها للتحكيم في النزاعات التي يمكن أن تنشأ أثناء تعاقدتها مع المستثمرين الأجانب، وهذا الأمر قد استحدثه المشرع الجزائري بموجب القانون (12/93)⁴ والذي تم تأكيده والتمسك به ضمن

¹ - القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية عدد 02 الصادرة بتاريخ 13 يناير 1988.

² - صبرينة جبايلي، المرجع السابق، ص113.

³ - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

⁴ - المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، المتعلق بترقية الإستثمار، الجريدة الرسمية عدد 64 الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1993.

القانون (03/01)¹ بمختلف تعديلاته، هذا إلى غاية صدور القانون (09/16)² المتعلق بترقية الاستثمار والذي نصت مادته (24) على ما يلي "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً، إلا في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص"، وهو تقريبا نفس النص الوارد في المادة (17) من الأمر (03/01) المتعلق بتطوير الاستثمار.

والملاحظ من خلال نص المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري جعل الاختصاص الأصلي في الفصل في النزاعات بين الدولة والمستثمر الأجنبي للقضاء الوطني الذي يقوم بتسوية النزاع وفقا لقواعد القانون الوطنية، أما الاستثناء فهو لجوء الأطراف للتحكيم من أجل تسوية النزاع، وفي هذه الحالة لم يتطرق المشرع الجزائري للقانون الواجب التطبيق، بل أشار إلى أن قبول التحكيم كطريق لتسوية النزاع يجب أن يكون بناء على اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر الأجنبي ينص على التحكيم كطريق بديل لتسوية النزاع، وفي هذه الحالة يجب الرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف أو إلى العقد المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي للبحث عن التفاصيل وتحديد القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم النزاع، وبالتالي فالمشرع الجزائري بنص المادة (24) من القانون (09/16) المتعلق بترقية الاستثمار فسخ المجال أمام إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق لتسوية أي نزاع قد ينشأ دون حصر هذا الاختيار في القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

¹ - الأمر 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية عدد 47، الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001.

² - القانون رقم 09-16 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الإستثمار، الجريدة الرسمية عدد 46، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2016.

وبالإطلاع على اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر نجد أن هناك من الاتفاقيات التي استبعدت القانون الوطني للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار، وكمثال عن ذلك نجد نص المادة (6/ب/2) من اتفاقية تشجيع الاستثمار بين الحكومة الجزائرية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية¹ التي تنص على ما يلي "تبني هيئة التحكيم قرارها على مبادئ وقواعد القانون الدولي العام المتعلقة بذلك..."، كما أن هناك من الاتفاقيات التي أشارت إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار، وكمثال عن ذلك نجد المادة (5/7) من الاتفاقية الثنائية للاستثمار بين الجزائر ودولة جنوب إفريقيا² والتي نصت على "تسوي محكمة التحكيم النزاع طبقا للقوانين الداخلية ذات الصلة للطرف الذي تضرر على اقليمه للاستثمار المعني ولمبادئ القانون الدولي المعترف بها عموما ولهذا الاتفاق وأي اتفاق يتعلق بالاستثمار تم إبرامه بين المستثمر والطرف المعني" وفي هذه المادة إشارة صريحة لتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

وهذا تقريبا نفس المسلك الذي سلكه المشرع المصري، والذي نجده قد أجاز اللجوء للتحكيم من خلال المادة (90) من القانون (72) لسنة (2018) والتي نصت في فقرتها الثانية على "كما يجوز للطرفين، في أي وقت من الأوقات خلال النزاع، الاتفاق على إلتماس سبل التسوية بمختلف أنواعها طبقا للقواعد المعمول بها لتسوية المنازعات، بما في ذلك اللجوء إلى التحكيم غير المؤسسي (الحر) أو التحكيم المؤسسي"، وهو ما يدل على عدم اعتراض المشرع المصري على لجوء الدولة أو الهيئات التابعة لها للتحكيم في المنازعات التي قد تنشأ مع المستثمرين الأجانب، أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق فقد أشارت نفس المادة في فقرتها الأولى من القانون المتعلق بالاستثمار على ما يلي: "تجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتفق

¹ - المرسوم الرئاسي 90-319 المتضمن المصادقة على الإتفاق الجزائري الأمريكي حول تشجيع وحماية الاستثمارات بين البلدين، جريدة رسمية عدد 45 الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1990.

² - الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية جنوب إفريقيا، حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقعة بالجزائر في 20 سبتمبر 2000، المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 01-206 المؤرخ في 23 جويلية 2001، الجريدة الرسمية عدد 41 الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2001.

عليها المستثمر أو وفقا لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم (27) لسنة (1994)، والملاحظ من نص هذه الفقرة أن المشرع المصري لم يفصل في مسألة القانون الواجب التطبيق، بل ترك الحرية لإدارة الأطراف في حال وجود اتفاق على طريق محدد لتسوية النزاع، أما في حالة الاتفاق على التسوية وفقا لقانون التحكيم المصري فإن القواعد الإجرائية لهذا القانون هي التي تكون سارية المفعول، أما بخصوص القواعد الموضوعية، فقد نصت المادة (39) من قانون التحكيم لسنة 1994 رقم (27) على "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

وإن لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر أتصالا بالنزاع".

وبالتالي فمعالجة كل من المشرع الجزائري والمصري لمسألة تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار تشابهت من خلال فسح المجال أمام إرادة أطراف اتفاق التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق بكل حرية دون إلزامهم باختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة، أما في حالة غياب اختيار الأطراف فالمشرع الجزائري يحيل إلى الاتفاقيات والمعاهدات المرتبطة بموضوع النزاع والتي بدورها تشير إلى أولوية تطبيق القانون الوطني، أما المشرع المصري فقد أحال إلى تطبيق القانون رقم (27) لسنة (1994) المتضمن قانون التحكيم، والذي أعطى لهيئة التحكيم كامل الصلاحية في اختيار القانون الواجب التطبيق.

ثانيا: قانون الصفقات العمومية

جاء المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، بالنص على إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة للتحكيم بينها وبين أي طرف أجنبي آخر متعاقد معها، حيث أشارت المادة (95) من المرسوم الرئاسي حين تحديد البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها الأحكام التعاقدية المتعلقة بالصفقة، إلى ضرورة

تحديد "القانون المطبق وشروط تسوية المنازعات"، كذلك وفي نفس السياق نصت المادة (144) من نفس المرسوم وفي الجانب المتعلق بالبيانات الواجب ادراجها في عقد المناولة إلى ضرورة النص على "طرق تسوية المنازعات".

كما ونص القسم الحادي عشر المتعلق بالتسوية الودية للمنازعات في مادته (153) على أن المنازعات التي قد تطرأ بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد يجب أن تسوي "في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"، كما وتتص نفس المادة على إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة للتحكيم مع المتعامل الأجنبي، ولكن بتوفر شرط حددته الفقرة الأخيرة من نفس المادة بنصها علي "ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنب إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة".

فمن خلال المادة (153) السالفة الذكر يمكن القول بأن لجوء المصلحة المتعاقدة للتحكيم مع الطرف الأجنبي يجب أن يكون وفق الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، أي أن القواعد القانونية الوطنية تتمتع بالأولوية في التطبيق، لكن السؤال الذي يمكن طرحه هنا وبعد استقراء المواد السابقة هو متى يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء للتحكيم؟

فنص المواد (95) و(144) تشترط تحديد طرق تسوية المنازعات ضمن العقد، لكن المادة (153) تلزم المصلحة المتعاقدة التي تريد تسوية النزاعات التي قد تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية عن طريق التحكيم، أن يكون ذلك باقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة، أي أن الفقرة الأخيرة من المادة (153) لم تسمح للمصلحة المتعاقدة اللجوء للتحكيم مع الطرف الأجنبي إلا بعد نشوء النزاع وكذلك بعد موافقة مسبقة لمجلس الحكومة، فحسب التسلسل المنطقي فلا يمكن للمصلحة المتعاقدة إدراج بند متعلق بتسوية النزاعات عن طريق التحكيم ضمن عقد الصفقة العمومية، إلا إذا كان هذا اللجوء عن طريق اتفاق لاحق وبعد نشوء النزاع، وبعد الحصول على الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة وأمام هذا القبول الجزئي للتحكيم الدولي في النزاعات المتعلقة بالصفقات

العمومية بين المصلحة المتعاقدة والمستثمر الأجنبي يقودنا للتساؤل حول مدى اعتبار مثل هذا العقود من عقود القانون العام أم من عقود القانون الخاص عندما تكون محل نظر أمام الجهات التحكيمية؟

إن عبارة "الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها" الواردة في الفقرة الأولى من المادة (153) من قانون الصفقات العمومية، تشمل أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية خصوصا المادة (1039) وما يليها والمتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وبالتالي فقبول الهيئة المتعاقدة باللجوء للتحكيم في النزاع بينها وبين الطرف الأجنبي يجعلها على قدم المساواة مع المتعاقد الأجنبي، وهو الأمر الغريب عن عقود القانون العام، وبالتالي فإن نزول الدولة أو الهيئة التابعة لها إلى مرتبة أشخاص القانون الخاص، يجعل هذه الطائفة من العقود تخرج من إطار قواعد القانون الإداري¹.

المطلب الثاني: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استنادا لمعايير دولية

أصبح تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية واضحا من خلال تأطيرها ومساهمتها في ميادين الاستثمار والتجارة الدولية، مما استتبعه تغير في المفهوم التقليدي للدولة الحارسة إلى مفهوم الدولة المتدخلة²، وهو ما يستدعي توفير طرق ووسائل غير تقليدية تحضي بثقة وقبول جميع المتدخلين والمتعاملين، خاصة إذا تعلق الأمر بمجال تسوية النزاعات، بحيث أصبح التحكيم يمثل القضاء الطبيعي لهذا النوع من النزاعات التي قد تنشأ بين الدول والمستثمرين الأجانب، لكن ورغم ذلك فالدولة ما زالت تحاول فرض سيطرتها وسيادتها على المعاملات التي تكون طرفا فيها وفي هذا السياق يقول الأستاذ (Josserand) "أن العقد أخذ يخرج أكثر فأكثر من العمل المشترك للأطراف ولم يعد اتفاقا منعقدا في ظل الحرية التعاقدية ومنجزا بفعل الإرادة المتساوية الحرة، فأصبح موجهها سواء

¹ - محمد كولا، المرجع السابق، ص 33/34.

² - محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 113.

من السلطة العمومية أو من أحد الأطراف الذي يفرض صيغته وشروطه على الأطراف الأخرى¹.

فالدولة تحاول فرض تطبيق قانونها الوطني، وهو ما يؤيده جانب من الفقه الذي يرى بأن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق على النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي وهذا بين الدولة والمستثمر الأجنبي²، بحيث أن هذا التطبيق يحفظ الحصانة التشريعية للدولة كما أن له الأثر الكبير على حكم التحكيم الصادر في النزاع فلا يجد أطراف النزاع أي صعوبة في عملية الإعراف وتنفيذ الحكم، ويقيم هذا الجانب من الفقه رأيه على معايير دولية تتمثل في الاستناد إلى أحكام القضاء الدولي والقواعد ذات التطبيق الضروري (فرع أول) أو عن طريق الاستناد إلى أحكام الجمعية العامة للأمم المتحدة والاتفاقيات الدولية (فرع ثاني).

الفرع الأول: الاستناد إلى أحكام القضاء الدولي والقواعد ذات التطبيق الضروري

إن العملية القضائية المرتبطة بتسوية النزاعات تنقل أحكام القانون من العمومية والتجريد إلى حالة الخصوصية والواقعية، وهذا عند تطبيقها بشأن الوقائع المعروضة أمام الجهات القضائية المختلفة، وهذا ما يجعلها ذات أهمية كبيرة باعتبارها من المراجع أو المصادر التي يمكن للقضاة الرجوع إليها، وتختلف درجة أهمية هذه السوابق باختلاف النظم القانونية وكذلك باختلاف طبيعة المحاكم التي صدر عنها الحكم، أكانت محاكم وطنية أم دولية³، وتبدو أهمية الأحكام والسوابق القضائية أكثر عندما تصدر عن جهات قضائية دولية، والتي تكون الدولة في هذه الحالة ملزمة باحترام أحكامها وإلا ترتبت مسؤوليتها الدولية، فمن هذا الجانب تبدو أهمية السوابق القضائية الصادرة عن محاكم الدولية.

¹ - بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص52.

² - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاص، المرجع السابق، ص209.

³ - منار سالم نزيان، تنفيذ الأحكام القضائية الدولية، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2010، ص08.

كما أن الفصل في أي نزاع يتضمن عنصر أو طرف أجنبي وعلى صلة بدول مختلفة وبالتالي بنظم قانونية مختلفة، يستلزم على هيئة التحكيم، وفي غياب اتفاق الأطراف على قانون محدد، أن تقوم بتعيين القواعد القانونية الواجبة التطبيق للفصل في النزاع، إلا أن الأمر ليس مطلقاً من كل قيد، بحيث أن هناك من القوانين التي لا تسمح طبيعتها الخاصة بقبول الاشتراك القانوني بينها وبين قانون دولة أخرى وهي ما يعرف بقواعد ذات التطبيق الضروري، وفي وجودها يكون على هيئة التحكيم تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ضماناً لتنفيذ الحكم التحكيمي والاعتراف به¹.

أولاً: وجود قرينة مفترضة لصالح هذا القانون استناداً لأحكام القضاء الدولي

يقوم أساس تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي على قرينة مفترضة لصالح هذا القانون، وهذا لوجود الدولة طرفاً في العقد²، حيث ذهبت محكمة العدل الدولية في قضية القروض الصربية البرازيلية سنة 1929 إلى أن "كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص، أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون... ولما كان الطرف المقترض في عقد القرض هو دولة ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها".

وكانعكاس للحكم الذي أصدرته محكمة العدل الدولي نجد أن مقرر لجنة القانون الدولي السيد (Amadro) يقول في هذا الصدد "تتفق الآراء والسلوك المعترف به على أن العقود التي تبرم بين حكومة دولة وأجنبي يحكم أبرامها وتنفيذها القانون الوطني للدولة الطرف، وليس القانون الدولي العام، ذلك أن الشخص الخاص الذي يرتبط بعلاقة تعاقدية

¹ - علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري وقواعد الأستاذ في القانون الدولي

الخاص، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 07، كلية الحقوق، جامعة الزاوية، ليبيا، 2015، ص26.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص301.

مع حكومة أجنبية يوافق على أن تخضع كافة الآثار القانونية المترتبة على هذا العقد للقانون الوطني لهذه الدولة"¹.

يتضح مما سبق أن إخضاع عقود الاستثمار الأجنبي لقانون الدولة المتعاقدة، ونظراً لذاتية هذه العقود، فإن وجود الدولة طرفاً في العقد يؤدي إلى حتمية تطبيق قانونها الوطني على هذه العقود²، ولقد أخذ بهذا الاتجاه الحكم التحكيمي الصادر في النزاع الذي نشأ بين شركة (بتروليوم ديف ويمنت) و (أبو ظبي)، حيث اتجهت هيئة التحكيم لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة وهذا بسبب كون إبرام وتنفيذ العقد قد تم على إقليم الدولة المتعاقدة وهو نفس التوجه الذي أخذت به هيئة التحكيم في النزاع بين دولة قطر وشركة (انتر ناشل مارين) سنة 1953، حيث قامت هيئة التحكيم بتطبيق القانون الوطني القطري وهذا بسبب طبيعة موضوع العقد التي تستلزم ذلك³.

كما وقضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر سنة 1849 على أن "كل شخص يتعاقد مع الدولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة"، وهو ما أيدته محكمة استئناف باريس في حكم صادر في 05 جانفي 1928 جاء فيه "كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة"⁴.

إن ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية من خلال حكمها في قضية القروض الصربية البرازيلية أكد على وجود قرينة لصالح قانون الدولة الطرف في العقد، تقتضي تطبيق قانون الوطني للدولة المتعاقدة متى تعاملت هذه الأخيرة بوصفها شخص من أشخاص القانون الداخلي، لكن السؤال الذي طرح في هذا الشأن، هو حول قيمة هذه القرينة التي وضعتها محكمة العدل الدولية لصالح قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع؟⁵

¹ - رائد صيوان عطوان، ميادة صباح حسن، المرجع السابق، ص 131.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 418.

³ - رائد صيوان عطوان، ميادة صباح حسن، المرجع السابق، ص 131.

⁴ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 304.

⁵ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 421.

إن الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية لا يتضمن ما يفيد تحديد طبيعة هذه القرينة، إلا أن غالبية الفقه تتجه للقول بأن هذه القرينة هي قرينة بسيطة تحتل إثبات العكس، في حال توفر ظروف وعوامل تشير إلى تطبيق قانون آخر غير قانون الدولة المتعاقدة¹.

غير أن هذا المعيار الذي وضعته محكمة العدل الدولية لصالح قانون الدولة الطرف في العقد، واجه نقدا شديدا من طرف جانب من الفقه، لكونه لا يتلائم ومتطلبات التجارة الدولية في العصر الحالي ولا يلبي حاجاتها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن قبول الدولة وسعيها لفرض تطبيق قانونها الوطني على العقود المبرمة مع المستثمر الأجنبي يقابله رفض من طرف المستثمر الأجنبي الذي يحاول التخلص والتخلص من تطبيق قواعد التشريع الداخلي للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار، كما أن الحالات التي يتم فيها تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لا يكون استنادا للمعيار الذي وضعته محكمة العدل الدولية وإنما يعود لطبيعة العقد ذاته، بحيث يكون تنفيذ العقد الاستثماري علي إقليم الدولة المتعاقدة، وبالتالي فتطبيق القانون الوطني لهذه الأخيرة يكون استنادا لاعتباره قانون محل التنفيذ².

فالقواعد القانونية عند وضعها يجب أن تشكل إطار قانوني يضبط من خلالها المشرع النشاطات التي تمارسها الدولة من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية، ولأجل ذلك يجب استبعاد وضع "بناء قانوني سرعان ما يخالفه العمل الواقعي ويؤدي بالتالي إلى عدم احترام القانون"³، وبالتالي فإن محاولة تطبيق ما توصلت إليه محكمة العدل الدولية على عقود الاستثمار الأجنبي، فذلك لا يكون باعتبار الدولة شخص من أشخاص القانون الدولي، بل باعتبارها شخصا عاديا، وبالتالي فلا يوجد ما يعطي أسبقية لقانون هذه الدولة، كما لا يجوز لها التمسك بحصانتها التشريعية⁴.

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص304.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع نفسه، ص306.

³ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص433.

⁴ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص309.

ثانياً: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استناداً للقواعد ذات التطبيق الضروري

إن فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري من الأفكار الحديثة والتي نسبت بالأساس إلى الأستاذ "Fan Cescakis"، والتي دار بشأنها جدل فقهي كبير، فهناك من يطلق عليها اصطلاح "قواعد البويليس والأمن" أو "القواعد فورية التطبيق أو ذات التطبيق الضروري" أو حتي "قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي"، لكن الاتجاه الغالب من الفقه يرى في اصطلاح "قواعد ذات التطبيق الضروري" هو الأكثر ملاءمة للتعبير عن مضمون هذه القواعد.

ويذهب البعض في تعريف هذه القواعد وعلى رأسهم الأستاذ "Fan Cescakis" إلى أنها "القواعد التي يتعين مراعاتها لأجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة"¹، كما أن هناك من يعرفها على أنها "مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني، والتي بلغ طابعها الأمر حداً يقتضي إعمالها على المسائل التي تدخل في مجال سريانها بصرف النظر عن نوع العلاقة وطنية بحتة أو ذات طابع دولي"²، كما وعرفها بعض الفقهاء على أنها "القواعد التي تلازم تدخل الدولة، التي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية، الاقتصادية والاجتماعية، والتي يترتب على عدم احترامها اهدار ما تبغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أياً كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي"³.

ومن خلال ما سبق من تعريفات يمكن تحديد الهدف من القواعد ذات التطبيق الضروري، وهو حماية النظام القانوني الوطني للدولة⁴، فهي لا تهتم لوجود عنصر أجنبي ضمن العلاقة القانونية وإنما هي تسعى لمحاولة توسيع دائرة اختصاص النظام القانوني الوطني ليحكم مواضيع أو نزاعات في نظر المشرع هي تتعلق بالنظام العام الاقتصادي

¹ - إياد محمود برون، المرجع السابق، ص404.

² - عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي، القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2010، ص24.

³ - علي هادي الأسود، المرجع السابق، ص31.

⁴ - علي هادي الأسود، المرجع نفسه، ص39.

والاجتماعي للدولة¹، وبالتالي فهي تسعى في ذلك لتحقيق الحماية المثلى للمصالح الوطنية².

لكن الإشكال الذي يمكن أن تقع فيه هيئة التحكيم هو كيفية تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، ولأجل ذلك يمكن لهيئة التحكيم أن تعتمد على أحد أقدم المعايير في ذلك وهذا من خلال تحديد الغاية والهدف الذي يرمى إليه القانون، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تعتمد على معيار ثاني لتحديد القواعد ذات المصالح الاقتصادية والاجتماعية فكلما وجدت هيئة التحكيم أن المسألة تحتل أولوية كبيرة من اهتمام المشرع الوطني وهذا من خلال الحماية التي توفرها النصوص القانونية المختلفة والطابع الأمر لهذه النصوص أيضاً، فهذا الأمر يجعلها من المصالح الجوهرية للنظام الاقتصادي والاجتماعي للدولة، فيكون على هيئة التحكيم الالتزام بتطبيق هذه القواعد الوطنية بالضرورة³.

فحيث أن القواعد ذات التطبيق الضروري تمثل انعكاس لإرادة المشرع في الدولة المتعاقدة وطريقة في تنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية للدولة، لذلك وجب على هيئة التحكيم تطبيقها دون تزام مع أي قاعدة قانونية أخرى، وبالتالي تحقيق القصد من وجودها، وهو حماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية للدولة، غير أنه وللإشارة فقط فإنه قد تم اهدار واستبعاد تطبيق هذه القواعد في كثير من القرارات التحكيمية بحجة تشجيع الاستثمار والتحكيم أو بحجة مخالفة قواعد النظام العام الدولي⁴، وهو ما أدى للتساؤل حول مدى التزام هيئة التحكيم بالقواعد ذات التطبيق الضروري؟ خاصة في ظل الاتجاه المنادي بحرية أطراف النزاع في تحديد القواعد القانونية المطبقة، ومن جهة أخرى الالتزام الموجود على عاتق هيئة التحكيم في إصدار قرار تحكيمي قابل للتطبيق، وبالتالي فإن عدم مراعاة الحكم التحكيمي لهذه القواعد قد يجعله غير قابل للتنفيذ.

¹ - علي هادي الأسود، المرجع السابق، ص40.

² - بلاق محمد، المرجع السابق، ص06.

³ - علي هادي الأسود، المرجع السابق، ص34.

⁴ - أياد محمود بروان، المرجع السابق، ص406/405.

وللإجابة على هذا السؤال فقد أشار الفقه أنه لا توجد صعوبة في تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري عندما يقع اختيار أطراف النزاع على القانون الوطني ليحكم النزاع بينهما، أما الأشكال والصعوبة فتكمن عند اختيار الأطراف لقواعد قانونية أجنبية لتحكيم النزاع، وفي هذه الحالة يكون على هيئة التحكيم الالتزام بالقانون الذي وقع عليه اختيار الأطراف، ولكن في ظل ضمان فعالية للحكم التحكيمي النهائي، فهئية التحكيم وطبقا لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 ملزمة باحترام القواعد ذات التطبيق الضروري في البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي وكذلك في البلد الذي سيتم تنفيذ هذا الحكم على اقليمه¹، كما أن جانب من الفقه وبخصوص تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري يذهب إلى إمكانية التطبيق الجزئي لها ضمن العقد الواحد، وهذا من خلال تجزئة الرابطة العقدية، فتقوم هيئة التحكيم بتطبيق هذه القواعد على الجانب الذي يدخل في نطاق سريانها، أما الجوانب الأخرى من العقد فتبقى خاضعة لقانون الإدارة².

الفرع الثاني: الاستناد إلى أحكام الجمعية العامة للأمم المتحدة والاتفاقيات الدولية

يتركز محور اهتمام أغلب الاستثمارات الأجنبية على الثروات الطبيعية للدول، لذلك فإن هذه الدول تحاول دوما التأكيد على سيادتها الدائمة والكاملة على هذه الثروات، وتمثل السيادة التشريعية أهم مظاهر سلطة الدولة على اقليمها، فلا تقبل بذلك الدولة تطبيق قواعد قانونية أجنبية على أي نزاع تكون طرفا فيه وبالأخص إذا تعلق هذا النزاع بأحد الاستثمارات الأجنبية التي يتم تنفيذها على اقليمها ويمس بمصالحها الاقتصادية وثرواتها الطبيعية.

فبالإضافة إلى تأكيد هذه السيادة التشريعية ضمن النصوص القانونية الوطنية، فإن الدولة تعتمد أيضا إلى تأكيد هذه السيادة بطرق أكثر استجابة للظروف المحيطة والروابط الخاصة الدولية، خاصة في ظل تطور العلاقات الدولية وكذلك زيادة تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، فقد اتجهت بعض الدول وبالأخص الدول النامية في محاولة لتأكيد

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 417.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 313.

سيادة قوانينها الوطنية، إلى استصدار قرارات عن الأمم المتحدة تمثل الاجماع الدولي أو الإرادة الدولية، خصوصا وأن ثلثي الدول الأعضاء ضمن الأمم المتحدة من الدول النامية كما وتلجأ الدول أيضا إلى ابرام اتفاقيات أو معاهدات دولية تحمي بها حصانتها التشريعية وتضمن تطبيق قانونها الوطني.

أولا: تطبيق القانون الوطني استنادا لقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة

يستند جانب من الفقه في تأكيده على ضرورة تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والمضيفة للاستثمار على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بوصفها قرارات تمثل الاجماع الدولي، فهي بالتالي تمثل المبادئ الأساسية والمهمة في المجتمع الدولي، وعليه يمكن لهيئة التحكيم أن تبرر تطبيقها لقواعد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار بالقرارات الصادرة عن الهيئة العامة للأمم المتحدة¹.

ولقد كان من أول القرارات المؤيدة لتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار نجد القرار رقم 1803 الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 1962 حيث أكد هذا القرار على أنه من المفروض تطبيق القانون الوطني إلى جانب القانون الدولي فيما يتعلق برؤوس الأموال المستوردة وعائداتها، ورغم كون هذا القرار قد أشار إلى ضرورة تطبيق قواعد القانون الدولي إلى جانب القانون الوطني، إلا أنه يمثل بداية لسلسلة من القرارات الداعية لتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار في العقود التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب²، ولقد تلى ذلك صدور القرار رقم 3171 في 17 ديسمبر 1973 الذي يؤكد حق الدولة في ممارسة سيادتها الكاملة على ثرواتها ومواردها الطبيعية، ويكون لها الحق في تأميم المشروعات الأجنبية الموجودة على اقليمها والمتعلقة بثرواتها الطبيعية، ولها في ذلك أن تقدر التعويض العادل والمناسب للمستثمر الأجنبي وفق ما يقتضيه قانونها الوطني³.

¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 219.

² - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص 220.

³ - رائد صيوان عطوان، ميادة صباح، المرجع السابق، ص 129.

ثم كان صدور القرار 3271 في 12 ديسمبر 1974 والذي يتعلق بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، والذي نص في مادته الثانية على "لكل دولة الحق في تنظيم السلطة وممارستها على الاستثمار الأجنبي ضمن اختصاصها الوطني بموجب قوانينها وأنظمتها ووفق أهدافها وأولوياتها الوطنية ولا يجوز أن تجبر الدول على منح معاملة تفضيلية للاستثمار الأجنبي".

إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد يتعلق بمدى إمكانية الدولة المتعاقدة والمضيفة للاستثمار الأجنبي أن تتمسك بحصانتها التشريعية وفرض تطبيق قانونها الوطني استناداً للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة؟

ولإجابة على هذا السؤال يجب أولاً تحديد الطبيعة القانونية لهذه القرارات وبالتالي تتضح الصورة بشأن آثارها القانونية، لكن هناك اختلاف فقهي في تحديد هذه الطبيعة فمنهم من ذهب للقول بأنها تعتبر عرفاً دولياً ومنهم من قال بأنها توصيات غير ملزمة للدول، لكن الجمهور الغالب من الفقه يرى بشأن القيمة القانونية لهذه القرارات بأنها غير ملزمة وليس لها أي أثر تشريعي، حيث أن هذه القرارات لا تعدو أن تكون مجرد توصيات لا ترقى لمرتبة القواعد القانونية الملزمة، كما أن ميثاق الأمم المتحدة لا يتضمن ما يفيد الزاميتها¹.

ومن بين الأحكام التحكيمية التي ناقشت القيمة القانونية لقرارات الأمم المتحدة، نجد الحكم التحكيمي الصادر في قضية (TEXACO) والذي استندت فيه الحكومة الليبية للقرار رقم 3171 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، والذي يمنح الحق للدولة المضيفة للاستثمار بتأميم المشروعات الأجنبية وتقدير التعويض اللازم وهذا استناداً لقوانينها الوطنية، ولقد ذهبت هيئة التحكيم في ردها على الدفع المقدم من طرف الحكومة الليبية إلى أن تقدير القيمة القانونية لقرارات الأمم المتحدة يجب أن يكون وفق معيارين².

¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 221.

² - رائد صيوان عطوان، ميادة صباح، المرجع السابق، ص 130.

المعيار الأول ويتمثل في نسبة التصويت التي حصل عليها القرار المراد الاستناد عليه، فالقرار الحاصل على أغلبية الأصوات هو القرار الذي يتمتع بصفة القانون الدولي العرفي، أما إذا تم رفض التصويت لصالح هذا القرار فإنها بالتالي لا يتمتع بصفة القانون الدولي العرفي، أما المعيار الثاني فيتمثل في تحليل نصوص هذه القرارات والنظر في مدى تمتعها بالطابع القانوني، لأن هناك من القرارات ما يغلب عليه الباعث السياسي وهي التي تهدف لمعالجة قضايا التنمية أو النزاعات السياسية بين الدول.

وعليه فإن محاولة دفع هيئة التحكيم واقناعها بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استناداً للقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة فيه نوع من المبالغة، وهذا لغياب السند القانوني الذي يلزم هذه الدول بتطبيق هذه القرارات وكذلك غياب اجماع فقهي حول طبيعتها القانونية، وفي هذه الحالة يبقى لهيئة التحكيم كامل السلطة والصلاحيات في تقدير القيمة القانوني لهذه القرارات ومدى تعلقها وصلاحياتها للتطبيق على موضوع النزاع، وهذا على ضوء اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف.

ثانياً: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استناداً إلى الاتفاقيات الدولية

في سبيل وضع اطار قانوني وتشريعي يضبط عملية الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار، اتجهت الدول المختلفة إلى ابرام اتفاقيات ثنائية وجماعية من أجل حماية مصالحها، فالدول المتقدمة والمصدرة لرؤوس الأموال تسعى لحماية المستثمر الذي غالباً ما يكون من مواطني هذه الدول، أما الدول المضيفة للاستثمار فهي غالباً ما تسعى للمحافظة على حقوقها وثرواتها، وفي سبيل ذلك فهي تعمل دوماً من أجل فرض تطبيق القواعد القانونية الوطنية على النزاعات التي تنشأ بينها وبين المستثمرين الأجانب، ومن اهم هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية واشنطن المتعلقة بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وكذلك اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980¹.

¹ - مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص 224.

فقد نصت المادة 1/42 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على "تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفق لقواعد القانون المختارة من الأطراف وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين أو مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمنازعات المعروضة عليها" والملاحظ من نص هذه المادة هو أن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة يكون في حالة غياب اتفاق أطراف النزاع على اختيار القانون الواجب التطبيق، أو في حالة وجود اتفاق الأطراف على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة سواء أكان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً¹، وهذا على خلاف ما ذهب إليه القانون النموذجي للتحكيم "يونيسترال" الذي أشار إلى ضرورة تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة مباشرة وفي حالة غياب اتفاق الأطراف حول المسألة ودون البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف².

والملاحظ من نص المادة 1/42 السابقة الذكر أنها قرنت تطبيق القواعد القانونية للدولة المتعاقدة بتطبيق قواعد القانون الدولي، وهو ما دفع البعض إلى طرح سؤال حول الدور الذي يمكن أن تلعبه قواعد القانون الدولي إلى جانب قواعد القانون الوطني في تسوية النزاع؟

وللإجابة على هذا السؤال فقد أشار جانب من الفقه إلى أن قواعد القانون الدولي لا يمكنها أن تشكل وحدها القانون الواجب التطبيق، وإنما يجب اضافتها من أجل تغطية النقص أو من أجل تفسير القانون الوطني للدولة المتعاقدة والواجب التطبيق، كما ويمكن لهيئة التحكيم استبعاد القواعد القانونية للدولة المتعاقدة استناداً لقواعد القانون الدولي، وهذا في حال كانت هذه القواعد تتعارض مع قواعد القانون الدولي الواجب حمايتها³، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ "بشار محمد الأسعد" أن "العلاقة بين القانون الوطني والقانون الدولي قد تلعب دوراً هاماً في قضايا المركز، فهيئات تحكيم المركز رأت في حالة إمكانية تطبيق

¹ - رائد صنوان عطوان، ميادة صالح، المرجع السابق، ص132.

² - مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص224.

³ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص533.

القانونين فإن الأولوية تكون للقانون الوطني للدولة المضيفة في حين يكون القانون الدولي قانوناً إضافياً أو تصحيحياً¹.

وفي مثال عملي حول هذه المسألة نجد النزاع الذي دار بين شركة (AMCO. ASIA) ضد الحكومة الأندونيسية، فقد ذهبت هيئة التحكيم الأولي والتي شكلت من أجل الفصل في النزاع إلى أن تطبيق المادة 01/42 يقتصر لمجرد الإشارة إليها فقط، في حين أن قواعد القانون الدولي هي الواجبة التطبيق، غير أنه وبعد الطعن ببطلان الحكم التحكيمي اتجه الأطراف إلى تشكيل هيئة تحكيم ثانية للنظر في النزاع، والتي رأت أن تطبيق نص المادة 01/42 يقتضي استبعاد تطبيق قواعد القانون الدولي إلا في حالة عدم وجود نصوص ضمن قانون الدولة المضيفة أو في حالة تعارض هذا القانون مع القانون الدولي².

أما اتفاقية روما لعام 1980 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية فقد نصت في المادة 1/3 على ما يلي "يكون العقد محكوماً بالقانون المختار من قبل الأطراف وهذا الاختيار يجب أن يكون صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو ظروف القضية، وبهذا الاختيار يكون للأطراف تعيين القانون الواجب التطبيق على كل أو جزء فقط من عقدهم"، أما الفقرة الرابعة من نفس المادة فتشير إلى "في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة عن اختيار القانون الواجب التطبيق فإنه يطبق قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، ويفترض بأن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرفين المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصاً اعتبارياً".

من خلال نصوص المواد المتعلقة باتفاقية روما، نجد أنها تؤكد على حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، سواء أكان هذا الاختيار صريحاً أو ضمناً بحيث يمكن استخلاصه من ظروف وملابسات العقد، أما قانون الدولة المتعاقدة فيكون تطبيقه

¹ - بشار محمد الأسعد، الفعالية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 154.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 537.

في حال سكوت الأطراف عن الاختيار، ففي هذه الحالة تقوم محكمة التحكيم بتطبيق قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، وهو ما يفسح المجال أمام قانون الدولة المتعاقدة للتطبيق بحكم صلته الوثيقة بالعقد¹، لكن هذه القرينة تعتبر بسيطة وهي قابلة لإثبات العكس وبالتالي استبعاد قانون الدولة المتعاقدة إذا ما ثبت من خلال الظروف المحيطة أن العقد يرتبط بروابط أوثق مع دولة أخرى².

¹ - مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 226.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 543.

المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة

إن غياب اتفاق الأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق يجعل من القانون الوطني للدولة المتعاقدة بمثابة القانون الطبيعي الذي تتضافر جميع الاتجاهات لترشيحه¹، لكن هيئة التحكيم قد تتجه إلى استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار مستعينة في ذلك بما تتمتع به من سلطة واسعة في تنظيم العملية التحكيمية²، وقد يكون هذا الاستبعاد باسم المبادئ العامة للأمم المتعدنة (مطلب أول)، أو استناداً لتعارض القانون الوطني مع مبادئ المساواة بين الأطراف المتعاقدة (مطلب ثاني).

المطلب الأول: استبعاد القانون الوطني باسم المبادئ العامة للأمم المتعدنة

تنص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن وظيفة المحكمة هي الفصل في النزاعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، ومن بين الوسائل التي تطبقها المحكمة في هذا الشأن ما نصت عليه نفس المادة في الفقرة (1/ج) وهي "مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتعدنة".

ويقصد بقواعد الأمم المتعدنة، هي كافة القواعد القانونية الأساسية المعترف بها ضمن النظم القانونية الداخلية لأعضاء الجماعة الدولية، والتي تملك نظاماً قانونياً متكاملًا³، لكن القول بوجود قواعد عامة للأمم المتعدنة يعني أن هناك من البلدان التي تغيب عنها مثل هذه القواعد، وهذا القول يتناقض مع الواقع الذي يشهد عولمة لنص القانوني والتي مست جميع دول العالم، غير أن هناك بعض الأحكام التحكيمية التي تستند في استبعادها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة على هذا الطرح، وهذا إما لمخالفتها لحاجات المعاملات الدولية (فرع أول)، وإما لمخالفتها لمبادئ القانون الدولي العام (فرع ثاني).

¹ - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 545.

² - مهدي أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 94.

³ - محمود الشريف، المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتعدنة، مقال منشور علي موقع

www.academia.edu ، تاريخ الإطلاع 2021/09/27، علي الساعة 18:33 سا.

الفرع الأول: مخالفة حاجات المعاملات الدولية

لا يخفي على أحد في العصر الحالي مدى التطور الذي بلغته التجارة الدولية وحركة رؤوس الأموال بين الدول، كذلك الاستثمارات وأهميتها لاقتصاديات الدول، هذا التطور التجاري استتبعه تطور في الأعراف وقواعد التجارة الدولية، الأمر الذي حتم على المشرع الوطني لكل دولة العمل على مواكبة هذا التطور المتسارع، وهذا في محاولة لضبط قواعد التجارة والاستثمارات حتى لا تخرج عن الأهداف والتوقعات المنتظرة منها، لكن وفي العديد من الحالات تتجنب هيئة التحكيم تطبيق القواعد الوطنية على النزاع المعروض أمامها للفصل فيه وهذا بسبب عدم ملائمة هذه القواعد أو عدم مواكبتها لتطورات التجارة والاستثمارات الدولية.

أولاً: عدم ملائمة قانون الدولة المتعاقدة لحاجة المعاملات الدولية

يذهب جانب من الفقه للقول بضرورة استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة في تطبيقه على نزاعات عقود الاستثمار الأجنبي بين الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة ثانية، وهذا راجع إلى أن مثل هذا التطبيق قد يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني، كما أن هيئة التحكيم وعند تطبيقها لهذه القواعد قد تصل إلى نتائج مخالفة لتوقعات أطراف النزاع، بالإضافة لكون هذه النظم القانونية قد وضعت من أجل حل نزاعات متعلقة بالتجارة الداخلية فهي لا تصلح عند تطبيقها في نطاق التجارة الدولية، كما أنها نظم قانونية متباينة فيها بينها، أي أنها تختلف من دولة إلى أخرى¹.

ولقد أيدت مثل هذا الطرح العديد من الأحكام، ونذكر من بينها ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عنها بتاريخ 29 أكتوبر 1973، وفي هذا الحكم الذي أيدت فيه ما قامت به محكمة الاستئناف بإعطاء الأولوية للقانون الفرنسي واستبعاد القانون السعودي لعدم ملائمته لطبيعة ومستلزمات العقد، حيث أن النزاع نشأ بين شركة فرنسية ومؤسسة التجارة وإبرام العقود كمثل للحكومة السعودية بالإضافة إلى البنك التجاري السعودي الذي شارك في المفاوضات وتعهد بتمويل الأعمال المعنية إلى حين

¹ - رائد صيوان عطوان، ميادة صالح حسن، المرجع السابق، ص 133.

الانتهاء منها كلية، ولكن ولصعوبة تنفيذ المشروع فإن الشركة الفرنسية قامت بوقف الأشغال كما وطالبت البنك السعودي بدفع المستحقات المالية، وهي المسألة التي لا يمكن حلها إلا بعد تحديد القانون الذي يحكم العقد، وفي ذلك ذهبت محكمة استئناف باريس لتطبيق القانون الفرنسي واستبعاد القانون السعودي لعدم ملائمته لمقتضيات العقد ولقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم¹.

وفي نزاع آخر وقع بين شركة بتروليوم ديفلويست ضد شيخ أبو ظبي عام 1951، وحيث أن شيخ أبو ظبي منح عقد امتياز للشركة المتعاقدة سنة 1929 يكون لها بموجبه امتياز بترولي على كافة إقليم أبو ظبي، ولكن الشيخ وفي سنة 1950 منح عقد امتياز آخر لشركة منافسة وهذا ما أدى إلى نشوب نزاع بين الأطراف، والذي تم عرضه على هيئة التحكيم، ولقد أشار المحكم "لورد اسكوت" إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المتعاقدة، والمتمثلة في قانون أبوظبي المستمد من الشريعة الإسلامية.

إلا أن حكمه الصادر سنة 1951 قد استبعد تطبيق القانون الوطني بقوله "هذا العقد تم في أبوظبي ونفذ بالكامل في هذا البلد، وإن كان لأي قانون محلي أن يطبق، فإن ذلك القانون يكون لأول وهلة قانون أبوظبي، غير أنه لا يمكن القول بشكل معقول بأن لهذا القانون وجود، فشيخ أبوظبي يقيم استنادا إلى القرآن عدالة تقديرية محضة ويكون من قبيل الوهم والخيال القول بأنه توجد في ذلك الإقليم شديد البدائية أية مجموعة من المبادئ القانونية القابلة للتطبيق على تفسير العقود التجارية الحديثة"²، من خلال ما تقدم فإن الحكم الصادر في قضية شيخ أبوظبي ضد شركة بتروليوم ديفلويست وإن كان قد اعترف في بادئ الأمر بأولوية تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، إلا أنه عاد في الأخير لاستبعاد هذا القانون بدريعة أنه غير قادر على استيعاب العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي، وهذا لوجوده في بيئة بدائية، وبالتالي فقد اتجهت هيئة التحكيم لتطبيق القانون الإنجليزي.

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 549.

² - رائد صيوان عطوان، ميادة صباح حسن، المرجع السابق، ص 133.

وفي حكم تحكيمي آخر صدر سنة 1953 في نزاع دار بين حاكم دولة قطر ضد International marine oil Company، فقد اتجه المحكم إلى استبعاد القانون القطري لأنه لا يتضمن قواعد قانونية صالحة للتطبيق على معاملات التجارة الدولية، وإن كان المحكم في بادئ الأمر قد ذهب إلى ضرورة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لأنها طرف في العقد كما أن تنفيذ العقد يكون على إقليمها، بالإضافة إلى أن العقد يشير لتطبيق القانون الإسلامي على النحو المعمول به في قطر، إلا أنه وفي الأخير ورغم وجود كل هذه الأسباب التي يمكن أن يستند إليها المحكم في تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، فقد اتجه إلى رفض الأخذ بقواعد القانون القطري لأنها قواعد حسب رؤية غير صالحة وغير قادرة على استيعاب معاملات التجارة الدولية، واتجه إلى تطبيق قواعد العدالة والانصاف بقوله "أن أي من الأطراف المتعاقدة ليست لديه النية لتطبيق أحكام القانون الإسلامي ولكن تنصرف إرادتهم إلى خضوع العقد لمبادئ العدالة والانصاف وحسن النية"¹.

ثانياً: تقدير استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة لعدم ملائمتها لحاجات المعاملات الدولية

إن محاولة استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في عقود الاستثمار استناداً إلى قصور المنظومة القانونية للدولة المتعاقدة وعدم ملائمتها لحاجات ومعاملات التجارة الدولية، أمر يثير الشكوك في مدى نزاهة وشفافية هيئة التحكيم، خاصة وأن طريقة التسبيب والمبررات التي تستند إليها هيئة التحكيم تبدو غير منطقية، فمجرد القول بعدم ملائمة القواعد القانونية الوطنية لا يكفي لاستبعادها، فيجب على هيئة التحكيم أن تحدد المقصود بعدم الملائمة وما هو المعيار المتبع لتحديد مدى ملائمة نظام قانوني لحاجة المعاملات الدولية من عدمه.

فلو أخذنا على سبيل المثال القضايا التي تم التطرق إليها سابقاً والتي تم استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، نجد أن هيئة التحكيم لم تحدد أو تعين هذه القواعد الغير

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص458.

ملائمة والتي لا تستوفي الشروط الضرورية - حسب هيئة التحكيم - لتطبق على معاملات التجارة الدولية، كما أنه من غير المنطقي أن يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة كله غير صالح ليحكم المسألة المطروحة أو جزء منها¹.

ففي قضية تحكيم (Aramco) نجد أن هيئة التحكيم ذهبت للبحث والتفصيل في قواعد الشريعة الإسلامية وأشارت إلى أنها تحتوي على القواعد والمبادئ الصالحة لحل نزاعات العقود في العصر الحديث، غير أن هذه الحلول لا تتوافق مع الحلول المعروفة في الدول المتقدمة، ولهذا نجد أن هيئة التحكيم في هذه القضية قامت بالتطبيق الجزئي لأحكام قانون الدولة المتعاقدة على بعض جوانب العقد فقط².

الفرع الثاني: مخالفة مبادئ القانون العام

يتخوف المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة دوماً من تطبيق القواعد القانونية الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار، لأنه يرى فيها خطراً على مصالحه، وفي نفس الوقت فإن هيئات التحكيم سواء لدى مؤسسات التحكيم الدولية أو لدى هيئات التحكيم الحرة، قد أصبحت تتجنب تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة ولو كان هذا القانون هو الأولي بالتطبيق، وهذا خوفاً من الوصول إلى حلول لا تلقى قبولا على المستوى الدولي، وبالتالي فإن هيئة التحكيم تفضل تطبيق قواعد القانون الدولي وتقوم باستبعاد القانون الوطني باسم هذه القواعد لأنها قواعد تجد لها قبولا واعترافاً دولياً.

أولاً: تعارض القانون الوطني للدولة المتعاقدة مع مبادئ القانون الدولي العام

إن تطور العلاقات الدولية واتساع نطاقها ومجالاتها خاصة ضمن التجارة الدولية والاستثمار بحيث اتسع معه مجال القانون الدولي ليشمل مواضيع كانت سابقاً من اختصاص القانون الداخلي للدول، الأمر الذي أثار العديد من الإشكاليات القانونية وهذا

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 550.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص 551.

عندما يتقاطع تطبيق القانون الدولي مع القانون الداخلي، فما هو القانون الأسمى وما هو القانون الأولي بالتطبيق في هذه الحالة؟¹

وقبل التطرق لموقف قضاء التحكيم من المسألة وجب أن نشير إلى الاتجاه الذي أخذت به أغلبية دساتير العالم، والتي تميل نحو الأخذ بسمو القانون الدولي وتفضيله على القانون الداخلي، ومنها الدستور الجزائري بنص المادة 132 والتي جاء فيها ما يلي "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون"، وهو نفس ما أخذ به الدستور الفرنسي لعام 1958 في نص المادة 55 منه، ولعل الغاية من ذلك هو التأكيد على سمو القانون الدولي ووجوب احترام قواعده.²

أما فيما يخص قضاء التحكيم فالملاحظ أن غالبية المحاكم التحكيمية تتجه إلى استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، واتجاهها لتطبيق مبادئ القانون الدولي العام، ومن هذه القضايا التحكيمية نجد قضية (إيمانويل ضد دولة الكويت)، والتي استندت فيها هيئة التحكيم إلى المادة 2/3 من اتفاق التحكيم المبرم في 13 ديسمبر 1973 والتي نصت على أن هيئة التحكيم هي المختصة بتحديد القانون الواجب التطبيق، وأن ذلك يكون بمراعاة صفة الأطراف، والصفة الغير دولية للعلاقة ومبادئ القانون والعادات المرعية في العالم المتحضر، ولأجل هذا فقد أشارت هيئة التحكيم إلى أن القانون الكويتي هو الأكثر ارتباطاً بالعقد، لكن ورغم ذلك فإن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في القضية جاء باستبعاد القانون الوطني الكويتي وهذا بصورة مباشرة واتجه إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون، وذلك بحجة أن القانوني الكويتي جزء من القانون الدولي العام الذي طبق من أجل تحديد حقوق والتزامات الأطراف، وبالتالي فقد كان هدف هيئة

¹ - حسينة شرون، علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، مجلة الباحث، العدد 05، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2007، ص 31.

² - حسينة شرون، المرجع نفسه، ص 37.

التحكيم هو تجزئة القانون الكويتي ثم تطبيقه بالقدر الذي يتفق فيه مع قواعد القانون الدولي العام¹.

وفي حكم تحكيمي آخر صدر في قضية شركة كهرباء (فيرصوفيا) بتاريخ 23 مارس 1936 أشارت فيه هيئة التحكيم إلى أن "الاتفاقيات المبرمة ابراما صحيحا هي مصدر من مصادر الحق بالمعنى الموضوعي داخل الدولة المتعاقدة، ولها قوة إلزامية على المستوى الدولي حتى في الأحوال التي تتعارض فيها أحكام هذه الاتفاقية مع التشريعات الوطنية أو اللاحقة في ابرامها"، وهذا ما يؤكد أن قضاء التحكيم ومنذ بداياته كان يتجه نحو الأخذ بسمو الاتفاقيات الدولية على القواعد القانونية الداخلية وأولية تطبيقها حتى في حال وجود تعارض بينهما².

ثانياً: تقدير استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة لتعارضه مع قواعد القانون الدولي العام

تم انتقاد هذا التوجه من طرف هيئات التحكيم في استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة في حال تعارضه مع قواعد القانون الدولي، بحيث أن النظم القانونية لمختلف الدول تشهد عولمة واضحة أدت إلى وجود تشابه وتناسب في غالبية القواعد القانونية وحتى الحلول التي تضعها هذه القوانين، خاصة في مجال الاستثمار الذي يشهد اهتماما كبيرا من طرف الهيئات الدولية على رأسها هيئة الأمم المتحدة، التي أقرت قانونا نموذجيا للتحكيم (اليونسترال)، هذا القانون الذي يمكن اعتباره دليل استندت إليه غالبية دول العالم لوضع قواعد التحكيم الخاصة بها.

وبالتالي فإن استبعاد قواعد القانون الوطني أمر غير مبرر في غالبية الحالات، بحيث أن هيئات التحكيم أصبحت تبحث جاهدة عن ثغرات وأسباب تستبعد من خلالها تطبيق القواعد الوطنية وتعويضها بقواعد دولية تتناسب وتخدم الحلول التي تريد أن تصل إليها، وهذا خدمة لمصالح المستثمر الأجنبي.

¹ - رائد صبوان عطوان، ميادة صباح حسن، المرجع السابق، ص134.

² - رائد صبوان عطوان، ميادة صباح حسن، المرجع نفسه، ص135.

ففي قضية (إيمانويل) التي تم استبعاد القانون الوطني الكويتي وتعويضه بقواعد القانون الدولي العام وهذا لوجود تعارض بينها، فيعلق أحد الفقهاء بهذا الخصوص بالقول "إذا كان لقرارات التحكيم التجاري الدولي في النصف الأول من القرن العشرين بعض من العذر، إن هي كانت تتجه نحو تطبيق المبادئ العامة للأمم المتحدة يوم كانت الدول النامية لا تملك تشريعات حديثة، أما أن تستمر هذه الموجة رغم ما حدث من تطورات وظهور التشريعات الحديثة في هذه الدول، بل والأكثر منها مستمد من حيث أصولها من تشريعات دول متحضرة، فذلك يعني الرغبة في إعمال قانون القوي على الضعيف ويحيل مبدأ سيادة الدولة إلى شكلية خاوية المضمون"¹.

أما قضية شركة الكهرباء "فرصوفيا"، فقد تم استبعاد العمل بقواعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة استناداً لوجود اتفاقية استثمار ثنائية، وهي من الأمور الخطيرة التي تتفرد بها قضايا الاستثمار الأجنبي، فالقاعدة العامة في القانون الدولي تلزم المدعي وقبل قبول دعوته أمام المحاكم الدولية أن يكون قد استنفد سبل الانصاف المحلية، أما اتفاقيات الاستثمار الثنائية وحتى متعددة الأطراف فقد أصبحت تشكل استثناء عن الأصل، بحيث يسمح بموجبها للمستثمر الأجنبي تخطي القضاء المحلي وحتى استبعاد القواعد القانونية الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار، فمحاكم التحكيم تلجأ لتطبيق اتفاقيات الاستثمار حتى وإن كانت مخالفة للقواعد القانونية الوطنية للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار²، وهو ما يستلزم وجود حرص كبير وتأنى عند إبرام الدولة لمثل هذه الاتفاقيات.

¹ - رائد صيوان عطوان، ميادة صباح حسن، المرجع السابق، ص135.

² - حاتم زايد، هبة خليل، المرجع السابق، ص08.

المطلب الثاني: استبعاد القانون الوطني لتعارضه مع مبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة

أهم ميزة يتميز بها النزاع الاستثماري بين الدولة والمستثمر الأجنبي هي عدم المساواة بين أطراف هذا العقد، فالدولة صاحبة السلطة والسيادة تحاول التخفيف من أثر هذا الاختلال في التوازن من خلال السماح للمستثمر الأجنبي باللجوء لقضاء التحكيم، وبدورها هيئة التحكيم تحاول تجنب القبضة التشريعية التي تتمتع بها الدولة من أجل إطفاء نوع من المساواة في المراكز القانونية بين الأطراف.

هذه المساواة يراها البعض في مرحلة التحكيم من خلال قيام هيئة التحكيم باستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة والمضيفة للاستثمار وهذا إما لمخالفته لقواعد النظام العام (فرع أول) أو لمخالفته للتوقعات المشروعة للأطراف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استبعاد القانون الوطني لمخالفة قواعد النظام العام

تمنح قواعد النظام العام الدولي لهيئة التحكيم مرونة ومجال أوسع في التعامل مع النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي، وهذه القواعد قد تستعين بها هيئة التحكيم في محاولة منها للتخفيف من حدة السلطة والحصانة التشريعية للدولة المتعاقدة والتي تسمح لها بإصدار أو إلغاء ما تراه مناسباً لتحقيق أهدافها ومصالحها الاقتصادية.

هذه التشريعات التي تصدر عن السلطة المختصة في الدولة قد تكون في غير صالح المستثمر الأجنبي المتعاقد، لذلك تستعين هيئة التحكيم بضابط النظام العام الدولي محاولة منها لإيجاد توازن بين مصالح وتوقعات الأطراف المتعاقدة.

أولاً: تعارض القانون الوطني مع قواعد النظام العام الدولي

ولتوضيح المسألة يمكن التطرق كمثال للنزاع الذي دار بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول ممثلة للحكومة الإيرانية وشركة (Sapphire Petroleum)، حيث أشار الأستاذ (Gavin) المحكم الوحيد في القضية إلى فكرة أن العقود المبرمة بين الدولة وأشخاص القانون الخاص تختلف عن العقود التجارية الأخرى التي تحكمها قواعد القانون الدولي الخاص، وبالتالي فإن الشركة الخاصة المتعاقدة مع الدولة أو إحدى الهيئات

التابعة لها تتحمل بموجب عقد الاستثمار المبرم بينهما التزامات تتضمن مخاطر كبيرة، وبالتالي يجب أن يتحصل الطرف الخاص على حقوق وضمانات تشريعية مقابلة تكون كفيلة بحمايته من سلطة وسيادة الدولة، هذه الضمانات لا يمكن أن تتحقق في حال تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على النزاع الناشئ، بحيث يكون للسلطة التشريعية في الدولة المتعاقدة والمضيفة للاستثمار الحق في إلغاء أو تعديل أو حتى وضع قواعد تشريعية جديدة قد تمس بحقوق ومصالح المستثمر الأجنبي المتعاقد.

كما وقد استند المحكم (Gavin) إلى العقود التي قامت الشركة الإيرانية الوطنية للبترول بإبرامها والتي تتعلق بنفس الموضوع، حيث أشار في ذلك إلى أن هذه العقود تتضمن نفس الشروط الخاصة بتنفيذ العقد واللجوء للتحكيم وبالتالي يمكن اعتبارها بمثابة عادات تشكل قاعدة قانونية من قواعد القانون الدولي، وهو ما يفيد انصراف إرادة الأطراف إلى استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة¹.

وفي محاولة لتفسير هذا الحكم ذهب الأستاذ (Dominique Berlin) للقول بأن "المحكمة قد ذهبت إلى أن خضوع هذا العقد المبرم بواسطة الدولة لقانونها، يعني تفويض أحد طرفي العقد، سلطة تعديل مضمونة بإراداته المنفردة، وهو الأثر المترتب على تركيز العقد في قانون هذه الدولة، والذي لم يستطع الأطراف تقاديه نظرا لعدم وجود شرط الثابت ويشكل هذا الأثر في حد ذاته مخالفة للنظام العام"².

وفي مثال آخر متعلق بقضية تم الفصل فيها وفقا للقرار رقم (1985/2521) صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، فقد اتجهت هيئة التحكيم إلى استبعاد تطبيق القوانين الداخلية استنادا إلى قواعد النظام العام الدولي، حيث أن الدولة المتعاقدة رفضت الخضوع للتحكيم لأن القوانين الداخلية لا تسمح بذلك، إلا أن رد هيئة التحكيم كان كالتالي "على فرض أن المؤسسة العامة غير أهل للجوء للتحكيم، فإن عدم الأهلية هذا لا

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص555.

² حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص554.

يجب أعماله بسبب مخالفته للنظام العام الدولي والذي لا يمكن أن يكون مستبعدا بتطبيق قانون الدولة التي تنتمي إليها المؤسسة¹.

ثانيا: تقدير استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة لتعارضه مع قواعد النظام العام

إن استبعاد هيئة التحكيم للقانون الوطني للدولة المتعاقدة نظرا لتمتعها بسلطة تشريعية تسمح لها بإدخال تعديلات على منظومتها التشريعية الداخلية، وهو الأمر الذي ترى فيه هيئة التحكيم تأثير على حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة، هذا الحل القضائي وحسب جانب من الفقه لا يستند إلى أي أساس قانوني².

فلما كان من حق الدولة أن تقوم بتعديل منظومتها التشريعية وفق ما يتناسب وحاجياتها وأهدافها الاقتصادية والتنموية، فإنه بالمقابل يكون من حق المستثمر الأجنبي المتعاقد معها المطالبة بالتعويض المناسب والعادل في حال تضرره من مثل هذه التعديلات القانونية، ولكن لا يكون من صلاحية هيئة التحكيم استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا لتمتع هذه الأخيرة بسلطة تشريعية، هذه السلطة التي تمثل أحد ركائز سيادة الدولة في العصر الحديث.

الفرع الثاني: استبعاد القانون الوطني لمخالفة التوقعات المشروعة للأطراف

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود الاستثمار الأجنبي يعتبر من أهم المسائل وكذلك من أعقدها، وهذا بسبب الاختلاف الموجود بين الأنظمة القانونية وكذلك الفارق الموجود في المراكز القانونية بين أطراف العقد الاستثماري، وأيضا لتعارض مصالح كل منهما في بعض الحالات، وهذا التعقيد في اختيار القانون الواجب التطبيق تظهر حدته عند رفض الدولة المتعاقدة والمضيفة للاستثمار إخضاع العقد لقانون آخر غير قانونها الوطني هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المستثمر الأجنبي يتهرب من تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة خشية استعمال هذه الأخيرة لسلطتها التشريعية وما قد يلحقه من أضرار جراء ذلك.

¹ - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 128.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 556.

ورغم أن جانب كبير من الفقه والقضاء يتجه نحو أولوية تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والمضيفة للاستثمار على نزاعات عقود الاستثمار الأجنبي، إلا أن السلطة التي تتمتع بها هيئة التحكيم حال الفصل في النزاع الاستثماري تمنحها صلاحية استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة وهذا إذا رأت في الحل الناتجة عن تطبيقه مخالفة للتوقعات المشروعة لأطراف النزاع.

أولاً: تعارض القانون الوطني مع التوقعات المشروعة للأطراف

عرف التوقع المشروع على أنه "القاعدة القانونية النموذجية المفهومة والسهلة الوصول إليها التي تسمح للمخاطبين بها بالتوقع المقبول للنتائج القانونية لتصرفاتهم وسلوكهم"¹، كما ذهب البعض في تعريف هذه الفكرة للقول بأنها "القواعد العامة المجردة التي تصدر عن السلطة التشريعية في صورة قوانين أو عن السلطة التنفيذية في صورة لوائح إدارية يجب أن لا تصدر بطريقة فجائية مباغتة، تصطدم مع التوقعات المشروعة للأفراد، والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة على هدي هذه السياسات الرسمية المعلنة من جانب السلطات العامة، والوعود والتأكيدات الصادرة عنها"².

فالتوقع المشروع يمثل أحد أهم عناصر المعاملة العادلة، بحيث يضمن ثقة الأفراد في النظام القانوني للدولة، ومن خلاله تلتزم السلطة التشريعية بعدم وضع قواعد قانونية فجائية تصطدم والنتائج التي يتوقعها الأفراد من خلال تصرفاتهم ومعاملاتهم المبنية على احترام القواعد القانونية السارية المفعول، والتي تركز على أساس معرفتهم المسبقة بما هو ممنوع وما هو مشروع ضمن النظام القانوني المطبق، والتسليم بهذا المعنى للتوقع المشروع يجعل من مجال الاستثمارات الدولية أحد أهم الميادين التي تستلزم بشدة ضرورة مراعاة فكرة احترام التوقعات المشروعة لأطراف، فالمعاملات التي تتم في إطار التجارة

¹ - بواب بن عمر، هناك علي، الحق في التوقع المشروع كأحد ركائز الأمن القانوني، مجلة الدراسات القانونية، العدد 01، المجلد 07، جامعة مولاي الطاهر (سعيدة)، الجزائر، 2020، ص 65.

² - رفعت عبد السيد، مبدأ الأمن القانوني، دراسة تحليلية في ضوء القانون الإداري والدستوري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر، 2011، ص 202.

والاستثمارات الدولية، وفي ظل عدم وجود نظام قانوني دولي موحد بين جميع الدول هذا الأمر يستدعي توافر جانب كبير من الأمان القانوني بحيث يطمئن الأطراف إلى أن القواعد المنظمة لمعاملاتهم عند إبرام العقد هي نفسها التي ستطبق عند نشوب أي نزاع في المستقبل، فلا تتم مفاجأة الأطراف بقواعد جديدة تعيد تنظيم حقوقهم والتزاماتهم وبالتالي تخالف ما قد توقعه أطراف العقد من آثار قانونية لمعاملاتهم¹.

وحيث أن حق أطراف العقد الاستثماري في اختيار القانون المطبق مضمون ومقدس، وهذا الاختيار المادي جعلت منه أحد الشروط التعاقدية، بالإضافة إلى أن اندماج قانون الإرادة في العقد ينتج عنه تجميد زمني للقانون المختار وبالتالي فإن أي تعديل لاحق للقواعد القانونية المختارة لا يسري ولا يطبق على العقد الاستثماري، وهذا التثبيت لقانون الإرادة نابع من فكرة حماية وضمان التوقعات المشروعة للأطراف وحماية مصالحهم من أي مفاجأة تشريعية في المستقبل².

ويقع على عاتق هيئة التحكيم تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق في حال غياب اختيار الأطراف، ولا تلتزم هيئة التحكيم في ذلك بالقيود المفروضة على القاضي في اتباع القواعد القانونية الوطنية والمتعلقة بتنازع القوانين، وإنما هي ملزمة بتحديد قواعد قانونية لا تتعارض مع توقعات الأطراف وتطلعاتهم، أما في حالة اتجاه إرادة الأطراف لاختيار قواعد قانونية محددة في هذه الحالة تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق تلك القواعد، غير أنه يكون لهيئة التحكيم الحق في استبعاد اختيار الأطراف إذا رأت في تطبيق تلك القواعد ما يؤدي إلى نتائج تتعارض مع التوقعات المشروعة لأطراف العقد الاستثماري، وهو ما ذهبت إليه غرفة التجارة الدولية في التحكيم رقم (8385) لسنة 1995، وهذا في النزاع الذي نشأ بين شركة بلجيكية وأخرى أمريكية، وحيث أن العقد المبرم بين أطراف العقد كان ينص على تطبيق قواعد القانون الفدرالي الأمريكي، إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا

¹ - سميرة يعقوبات، إحترام توقعات الأطراف عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، مداخلة مقدمة ضمن اليوم الدراسي بعنوان "إحترام التوقعات: مظهر أساسي للأمن القانوني"، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، الجزائر، من 24 إلى 25 فبراير، 2016، ص 01.

² - سميرة يعقوبات، المرجع نفسه، ص 01.

التطبيق واتجهت للأخذ بقواعد Lex Mercatoria، وفي تعداد الأسباب التي ارتكزت عليها هيئة التحكيم في استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف أشارت إلى أنه "من الأهمية بمكان في مجال التجارة الدولية اختيار قواعد تولد نتائج متوقعة تستجيب لمقاصد الأطراف وتأخذ في الاعتبار العادات السائدة في السوق الدولي"¹، وفي نفس السياق اتجهت هيئة التحكيم في تحكيم Mexico International، حيث أشارت إلى أن التوقع المشروع يرتبط بالموقف الذي استندت إليه الأطراف في اتخاذ مسلك معين، لذلك فإن فشل الدولة في احترام هذه التوقعات يمكن أن يؤدي إلى وقوع أضرار للمستثمر الأجنبي المتعاقد².

ثانياً: تقدير استبعاد القانون الوطني لتعارضه مع توقعات الأطراف

لا يمكن لاحد انكار مدى أهمية الثقة في المعاملات التجارية والإستثمارات الدولية، لذلك فالدولة ومن خلال سلطتها التشريعية تعمل على وضع قواعد قانونية تتسم بالدقة في معالجة المواضيع وكذلك بالديمومة وهذا قدر الإمكان من اجل استقرار المعاملات والمراكز القانونية للأطراف والمتعاملين في التجارة والاستثمارات الدولية، فقرار المستثمر الأجنبي بدخول سوق أي دولة واستثمار أمواله فيها لا يكون صدفة وإنما يكون بعد دراسة جوانب متعددة أهمها الجانب التشريعي لتلك الدولة، وبالتالي فإن التغيير المستمر للنصوص التشريعية يجعل من المناخ الاستثماري في الدولة غير ملائم ويشكل خطراً على رؤوس الأموال الأجنبية.

فالاستقرار التشريعي داخل الدولة يسمح لأي مستثمر أجنبي بوضع خطة أو رؤية تقريبية لمسار الاستثمار في تلك الدولة، وهو ما يمكن تسميته بمجال التوقعات أو حدود التوقعات المشروعة لأي استثمار، هذا المجال من التوقعات المشروعة الذي ترسمه الدولة من خلال نصوصها التشريعية يجعل من حق المستثمر الأجنبي من جهة ومن واجب الدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى حمايته والمحافظة عليه، وهذا استناداً لكون الدولة المتعاقدة والمضيفة للاستثمار وبما لها من سلطة تشريعية تسمح لها بإصدار أو

¹ - سميرة يعقوبات، المرجع السابق، ص 03.

² - رفعت عبد السيد، المرجع السابق، ص 202.

تعديل النصوص القانونية، قد تعمد إلى تغيير هذه النصوص بما يتلاءم مع خططها التنموية والاقتصادية، الأمر الذي قد يؤثر سلبا على حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، فهئية التحكيم وعند الفصل في النزاع المعروض أمامها قد تعمد إلى استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار، بحيث أن التغيير المستمر للنصوص التشريعية قد يؤثر سلبا على المستثمر الأجنبي، وبالتالي وجب على هيئة التحكيم حماية التوقعات المشروعة لأطراف العقد الاستثماري استنادا للنصوص والظروف التشريعية التي تم خلالها إبرام هذا العقد.

وفي المقابل هناك من يرى أن استبعاد هيئة التحكيم للقانون الوطني باسم احترام التوقعات المشروعة للأطراف فيه تمييز ضد الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار لصالح المستثمر الأجنبي، فعقد الاستثمار الدولية وحتى اتفاقيات الاستثمار أصبحت في معظمها تتضمن شرط الثابت التشريعي الذي يسمح بتطبيق القواعد القانونية السارية المفعول وقت إبرام العقد الاستثماري، كما أن الاستبعاد الكلي للقانون الوطني فيه اجحاف في حق المنظومة القانونية للدولة المضيفة للاستثمار، فلا يعقل أن نظام قانوني كله غير صالح للتطبيق، فإمكانية التطبيق الجزئي واردة دوما.

الفصل الثاني

**مدى حرية الأطراف وهيئة
التحكيم في اختيار القواعد
القانونية المطبقة علي النزاع**

على الرغم من أن الجانب الكبير من الفقه يرى في القواعد القانونية الوطنية أنها الأنسب للتطبيق على نزاعات عقود الاستثمار الأجنبي، إلا أن جانب آخر من الفقه يرى في أن عملية اختيار القواعد القانونية المطبقة على النزاع يجب أن تأخذ في الحسبان طبيعة التحكيم كنظام اجرائي يقوم على الإرادة الحرة لأطراف النزاع في استبعاد القضاء الوطني واللجوء لقضاء التحكيم لعرض النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ فيما بينهم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هيئة التحكيم التي تسند إليها مهمة الفصل في النزاع فهي تعتبر طرفاً في عقد التحكيم المبرم بين أطراف العقد الاستثماري وهيئة التحكيم، هذه المهمة التي تشبه إلى حد بعيد مهمة القاضي الوطني، غير أن هذه الأخيرة ملزمة باحترام القواعد القانونية الوطنية وتطبيقها عكس هيئة التحكيم التي لا تخضع في تنفيذ مهمتها للقواعد القانونية الوطنية إلا في حالة وجود اتفاق لأطراف النزاع حول هذه المسألة.

من خلال ما سبق نلاحظ أن الجانب العقدي يحتل مكانة كبيرة داخل نظام التحكيم سواء عند إبرام اتفاق التحكيم بين الأطراف، أو حتى في مرحلة إبرام عقد التحكيم بين الأطراف وهيئة التحكيم، ولأجل ذلك ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة منح أطراف النزاع وحتى هيئة التحكيم الحرية في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق، سواء تعلق الأمر بالقواعد الإجرائية (المبحث الأول) وحتى القواعد الموضوعية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: القواعد الإجرائية

المقصود بالقواعد الإجرائية للتحكيم هو "مجموع الآليات القانونية التي بواسطتها يتم تحديد إجراءات رفع الدعوى التحكيمية، مدة التحكيم، تداول المستندات، الحضور والغياب، مكان التحكيم، لغة التحكيم، إلى غير ذلك من المسائل الإجرائية الأخرى"¹، أي هي على العموم مجموع القواعد التي تتبعها هيئة التحكيم من بداية سير الدعوى التحكيمية إلى نهايتها وصدور الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع.

وكما كان الأساس الذي يقوم عليه نظام التحكيم هو ترك الحرية لأطراف النزاع في اختيار ووضع القواعد الإجرائية التي تتلاءم مع قدراتهم وتوقعاتهم، وهو الأمر الذي أكدته معظم التشريعات الوطنية وحتى الاتفاقيات الدولية، حيث نجد المشرع الجزائري ينص في المادة (1043) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم".

فحرية أطراف اتفاق التحكيم في اختيار أو وضع القواعد الإجرائية للتحكيم مضمونة وواضحة حسب المادة (1043) المذكورة أعلاه، أما وعلى مستوى الاتفاقيات الدولية فنجد مثلا المادة (1/1) من قواعد اليونسטרال للتحكيم تنص على "إذا اتفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية، كانت أم غير تعاقدية، إلى التحكيم بمقتضى قواعد اليونسטרال للتحكيم، سويت تلك المنازعات عندئذ وفقا لهذه القواعد، رهنا بما يتفق عليه الأطراف من تعديلات"، من خلال هذه المادة نلاحظ أن هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق قواعد اليونسטרال للتحكيم، إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على اللجوء للتحكيم بمقتضى قواعد اليونسטרال، بحكم أنها

¹ - عيساوي محمد، المرجع السابق، ص 129.

في الأصل قواعد إجرائية، ولكن في المقابل قد تركت الباب مفتوحاً أما أطراف اتفاق التحكيم للقيام بما يناسبهم من تعديلات على هذه القواعد.

ولتحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على النزاع التحكيمي بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وجب التطرق أولاً لحالة اختيار أطراف اتفاق التحكيم للقواعد الإجرائية (مطلب أول)، ثم إلى حالة غياب اتفاق الأطراف على تحديد هذه القواعد (مطلب ثاني).

المطلب الأول: اختيار الأطراف للقواعد الإجرائية

إن حرية الإرادة التي يستند إليها نظام التحكيم تتجسد في مدى حرية أطراف النزاع في اختيار القواعد الإجرائية المطبقة على النزاع، بحيث أن نظام التحكيم هو نظام إجرائي يقوم على تخفيف وتيسير إجراءات الخصومة وتجنب تعقيدات النظم الإجرائية الوطنية، وبالتالي يكون لأطراف اتفاق التحكيم اختيار هذه القواعد الإجرائية سواء عن طريق صياغة هذه القواعد بأنفسهم (الفرع الأول)، أو عن طريق الإحالة إلى أحد الأنظمة التحكيمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيق القواعد الإجرائية التي يضعها الأطراف بأنفسهم

يمكن لأطراف العقد الاستثماري صياغة القواعد الإجرائية المنظمة للعملية التحكيمية بأنفسهم، لأنهم الأدرى بتفاصيل العقد، وقد يكون إدراج هذه القواعد الإجرائية ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي من خلال الفصل المتعلق بتسوية المنازعات، أو يمكن أن تتم من خلال اتفاق لاحق بين الأطراف، لكن هذه الصياغة يجب أن تتم بعناية وبدقة من طرف أشخاص مؤهلين لذلك، حتى لا تثير هذه القواعد أي إشكال عند تطبيقها من طرف هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع.

أولاً: صياغة القواعد الإجرائية ضمن العقد الاستثماري

تعتبر عقود الاستثمار من العقود الطويلة الأجل أي أن تنفيذها يستغرق في غالب الأحيان سنين أو عقود، كما أنها تنصب على استغلال ثروات الدولة المضيفة للاستثمار، بالإضافة إلى ذلك فهي تمس المصالح الاقتصادية لهذه الدول، لذلك وبسبب

خطورة هذه العقود والآثار التي قد تترتب عنها فإن عملية إبرامها تستغرق وقتا طويلا، تبدأ بالمشاورات والمفاوضات بين الأطراف وتنتهي بعملية إبرام العقد، كما لا يخفى على أحد القدرات التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي خاصة الشركات متعددة الجنسيات التي تتمتع بقدرات وكفاءات تفوق بعض الدول، حيث تعمل على إدراج نصوص إجرائية تضمن من خلالها مصالحها وامتيازاتها في حال قيام نزاع بينها وبين الدولة المضيفة للاستثمار.

فمبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم عليه نظام التحكيم، يسمح لأطرافه بصياغة ووضع قواعد إجرائية مستقلة عن كل قانون، هذه القواعد تكون ملزمة لهيئة التحكيم عند نشوب النزاع، وهو ما نصت عليه المادة (1043) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بنصها على "يمكن أن تضبط في اتفاقيات التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة..."، أي أنه يكون لأطراف النزاع أن يبادروا بأنفسهم لصياغة قواعد إجرائية تحكم النزاع بينهم، لكن الملاحظ من هذه المادة أن المشرع لم يقيم بتقييد هذه الحرية في تحديد إجراءات الخصومة، وهو ما قد يوقع الأطراف في مخالفة لأبسط قواعد العدالة الإجرائية وفي مقدمتها المساواة بين الأطراف¹.

كما يمكن النص على قواعد إجرائية متعلقة بتسوية النزاع عن طريق التحكيم في الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بترقية الاستثمار بين الدول، حيث تتجه الدول إلى محاولة معالجة المسألة بشيء من التفصيل من أجل حماية مصالح رعاياها خاصة من الناحية الإجرائية، بحيث تضمن لهم لجوء سلس ومضمون للتحكيم في حال نشوب أي نزاع بين الرعية الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، ومن أمثلة ذلك نجد نص المادة (02/08) من المرسوم الرئاسي (01-366) المتضمن الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر والأرجنتين، بحيث تنص على "إذا لم تتم تسوية الخلاف في أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ رفعه من قبل أي من الطرفين المعنيين..."، وكذلك تنص المادة (03/07) من المرسوم الرئاسي رقم (01-206) المتضمن التصديق على الاتفاقية

¹ - عيساوي محمد، المرجع السابق، ص 130.

المتعلقة بحماية وترقية الاستثمارات بين الجزائر وجنوب إفريقيا، والتي تنص على "عندما يرفع النزاع إلى التحكيم الدولي يمكن للمستثمر وللطرف المتعاقد المعين بالنزاع الاتفاق على حالته..."، وتتطرق هذه المواد بجميع فقراتها لمعالجة المسائل الإجرائية المرتبطة أساسا بالمدة اللازمة من أجل عرض النزاع على التحكيم وكذلك تشكيل هيئة التحكيم، والملاحظ من خلال الاطلاع على بعض القواعد الإجرائية التي يقوم أطراف العقد بصياغتها بأنفسهم وإدراجها ضمن بند تسوية النزاعات الخاصة بالعقد، أو التي تم إدراجها بمقتضى اتفاق لاحق، انها تقتصر على تحديد قواعد إجرائية عامة مثل تشكيل هيئة التحكيم أو المدة اللازمة للجوء الأطراف للتحكيم، أو اختيار مكان ولغة التحكيم، ثم يتكون الجوانب الإجرائية التفصيلية لهيئة التحكيم أو يحيلون لنظام تحكيمي وطني أو دولي أو حتى إلى نظام مؤسسة تحكيمية لإتباع الإجراءات الخاصة بها¹.

ثانيا: حدود تطبيق القواعد الإجرائية التي يضعها الأطراف

إن نظام التحكيم كنظام إجرائي يقوم على أساس حرية اختيار الأطراف للطريقة أو الوسيلة المثلى لتسوية ما قد ينشأ بينهم من نزاعات، بحيث يسمح لأطراف اتفاق التحكيم بوضع قواعد إجرائية تكون ملزمة لهيئة التحكيم أثناء فصلها في النزاع، لكن هذا المجال الواسع من الحرية يضع على عاتق أطراف اتفاق التحكيم مسؤولية كبيرة عند صياغة هذه القواعد الإجرائية، فهذه العملية ليست بالسهلة، بل تستدعي توفر الكفاءة القانونية والقدرة على تصور ما قد يحدث من إشكالات إجرائية تستلزم الإحاطة بها ووضع حلول لها قبل وقوعها²، بالإضافة إلى أن صعوبة وتعقيد إجراءات التحكيم تجعل من الصعب على الأطراف الإمام بها، كما تبرز صعوبة أخرى من ناحية ضرورة احترام هذه القواعد الإجرائية للنظام العام، وكذلك مراعاة القواعد القانونية الخاصة بالدولة التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي على اقليمها.

¹ - عيساوي محمد، المرجع السابق، ص 131.

² - علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2013-2014، ص 28.

من خلال ما سبق يمكن تحديد شروط تطبيق القواعد الإجرائية التي يضعها أطراف اتفاق التحكيم ضمن عنصرين، الأول هو أن تكون هذه القواعد الإجرائية ملائمة، أما العنصر الثاني فهو ضرورة اختيار قواعد إجرائية قابلة للتنفيذ¹.

والمقصود بالملائمة في هذه الحالة، هو أن تكون القواعد الإجرائية التي قام الأطراف بصياغتها مناسبة، موافقة وصالحة من حيث الزمان والمكان وجميع الظروف والاعتبارات المحيطة، لضمان سير الخصومة التحكيمية والوصول في الأخير لحكم تحكيمي قابل للتنفيذ، ودون أن تكون هذه القواعد سبب في تعطيل الخصومة أو هيئة التحكيم، ويندرج ضمن بند الملائمة، أن تكون هذه القواعد واضحة ومحددة، أي أن عباراتها تكون واضحة وليست مبهمة وغير قابلة للتأويل، ومثال عن ذلك عند تحديد المدة التي يحق لأي طرف طلب التحكيم، فيجب أن تتضمن مجالا زمنيا متى تبدأ ومتى تنتهي حتى لا يكون هناك فراغ يسمح للطرف المتضرر من التحكيم التماطل والتهرب من تسوية النزاع، كما ويقصد بالملائمة في هذا الجانب، أن تكون هذه القواعد الإجرائية صالحة لتسوية النزاع الاستثماري فلا يمكن مثلا محاولة تطبيق قواعد إجرائية ذات طابع جزائي على مثل هذه المنازعات.

أما العنصر الثاني والمتمثل في قابلية القواعد الإجرائية التي يضعها الأطراف للتنفيذ، فنقتضي أن تحترم هذه القواعد النظام العام في كل من دولة مقر التحكيم ودولة التنفيذ، فاحترام القواعد القانونية لدولة مقر التحكيم لأنه في أي مرحلة من مراحل النزاع يمكن أن تستعين هيئة التحكيم بالسلطة القضائية، كالحاجة لتوقيع الحجز أو سماع الشهود أو الحصول على وثائق، ففي هذه الحالة يجب أن تتطابق القواعد الإجرائية التي يضعها الأطراف مع القواعد الإجرائية الآمرة لدولة مقر التحكيم حتى لا يكون هناك تصادم، كذلك وفي نفس الاتجاه فيجب أن يكون اختيار القواعد الإجرائية وصياغتها من قبل أطراف اتفاق التحكيم لا يتعارض في مضمونه مع القواعد الإجرائية الآمرة لبلد

¹ - علي شريف سعيدة، المرجع السابق، ص26.

التنفيذ، وفي حالة وجود تعارض فيمكن لدولة التنفيذ أن ترفض الاعتراف وحتى تنفيذ الحكم التحكيمي لمخالفته لقواعد النظام العام.

فمن خلال عرض الشرطين السابقين الواجب توافرها في القواعد الإجرائية التي يتم وضعها من قبل أطراف اتفاق التحكيم، يمكن أن نطرح السؤال حول مدى إمكانية هيئة التحكيم أن ترفض أو تخالف ما ورد من إجراءات متفق عليها من قبل الأطراف؟

والاجابة على هذا السؤال ينبغي أن نشير أولاً إلى أن هيئة التحكيم ملزمة باختيار الأطراف كأصل عام، لأن الإرادة الحرة لأطراف النزاع هي أساس سلطة هيئة التحكيم، غير أنه وفي هذه الحالة يمكن لهيئة التحكيم أن تخالف أو ترفض تطبيق ما ورد في اتفاق الأطراف إذا كان هذا الاتفاق يتعارض مع قواعد النظام العام في دولة مقر التحكيم أو دولة التنفيذ، لأن مثل هذا التعارض قد يؤدي إلى رفض الحكم التحكيمي أو إلى تعطيل وتوقف العملية التحكيمية¹.

الفرع الثاني: الإحالة إلى نظام تحكيمي

من أسهل الحلول التي قد يلجأ إليها أطراف العقد من أجل التنظيم الإجرائي للعملية التحكيمية، هو الإحالة إلى نظام تحكيمي، سواء أكان هذا النظام خاصاً بمؤسسة تحكيمية مثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو غرفة التجارة الدولية أو حتى لمركز القاهرة الدولي للتحكيم، كما يمكن للأطراف الإحالة إلى قواعد تحكيمية دولية وعلى رأسها قواعد اليونسترال التي تمثل مجموعة شاملة من القواعد الإجرائية تسمح للأطراف الاتفاق عليها من أجل تسيير إجراءات التحكيم.

أولاً: الإحالة إلى نظام هيئة تحكيمية

بناءً على الحرية المتروكة لأطراف العقد الاستثماري في اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية ما قد ينشأ بينهم من نزاعات، فإنه يكون من حقهم أيضاً اختيار القواعد الإجرائية التي سيتم فصل النزاع عن طريقها، وقد يتم ذلك عن طريق الإحالة إلى النظام الإجرائي

¹ - علي شريف سعيدة، المرجع السابق، ص 31.

الخاص بأحد المراكز التحكيمية الدولية، وهذا لعدة اعتبارات أهمها اختصاص هذه المراكز في مجال التحكيم، وكذلك تمتع القائمين على هذه المراكز بالخبرة والكفاءة القانونية اللازمة، وربما من أهم الأسباب، نجد حياد هذه المراكز وخروجها عن السلطة وسيادة الدولة، إلا أن هناك من يطعن في هذه الحيادية بالقول بأن هذه المراكز أصبحت خادمة وضامنة لمصالح المستثمرين الأجانب خاصة الشركات متعددة الجنسيات، ولكن هذا لم يؤثر على لجوء الدول وحتى المستثمرين لخدمات هذه المراكز بل بالعكس فالقضايا المعروضة على هذه المراكز في ازدياد مستمر.

وأهم مركز تحكيمي خاص بتسوية منازعات الاستثمار هو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي أنشأ خصيصاً لتسوية الخلافات المتعلقة بعقود الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب¹، وتجدر الإشارة في هذه النقطة أن اختصاص المركز لا يشمل النزاعات القائمة بين الدول المستقلة، فالاختصاص في هذه الحالة يعود لمحكمة العدل الدولية، كما لا يشمل اختصاص المركز النزاعات بين الأطراف الخاصة، بحيث يكون بإمكانهم عرض هذه النزاعات للتحكيم على مستوى غرفة التجارة الدولية أو مركز القاهرة الدولي أو أي مركز آخر².

وبالإطلاع على اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار نلاحظ أن أغلب القواعد المنصوص عليها ضمن هذه الاتفاقية تتميز بالطابع الإجرائي، فهذه الاتفاقية نسجت من أجل ضمان حسن سير العملية التحكيمية، من مرحلة طلب التحكيم لدى المركز إلى آخر مرحلة وهي مرحلة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي مروراً بجميع مراحل الخصومة التحكيمية، كما نلاحظ من خلال نصوص الاتفاقية أنها تتميز بالطابع التكميلي، أي أنها ليست بالنصوص الآمرة، فيكون بذلك لأطراف اتفاق التحكيم الاتفاق على مخالفتها أو اتخاذ إجراءات تتناسب ووضعيتهم أو استبعاد إجراءات قد لا تتلاءم

¹ - باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة جامعية 2014-2015، ص253.

² - قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات)، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص331.

ومتطلباتهم، وفي ذلك تنص المادة (44) من الاتفاقية على " تدار جميع إجراءات التحكيم طبقاً لأحكام هذا القسم، وما لم يتفق الأطراف على غير ذلك...".

غير أن الإشكال الذي يمكن أن تقع فيه هيئة التحكيم أثناء فصلها في النزاع، هو غياب النص الإجرائي الذي ينظم مسألة من المسائل، ولتجنب مثل هذا الإشكال نصت المادة (44) من الاتفاقية على "... وإذا ثارت مسألة إجرائية لم ينص عليها في هذا القسم أو في لائحة التحكيم أو أي لائحة أخرى يتبناها الأطراف، تتولى المحكمة الفصل فيها على النحو ما تراه ملائماً"، أي أن معالجة الفراغ الإجرائي الذي قد تقع فيه هيئة التحكيم أثناء الفصل في النزاع، يرد إلى اتفاق الأطراف للبحث عن حل لهذا الفراغ، فإن لم يوجد في اتفاق الأطراف حل لمثل هذا الإشكال فإن هيئة التحكيم تتولى الفصل بما تراه ملائماً وطبيعة النزاع المعروض أمامها.

كما نلاحظ من خلال نصوص الاتفاقية أنها وضعت حدوداً لحرية الأطراف في اتخاذ بعض التدابير أو الإجراءات عندما تصل هذه الحرية التي قد يتمتع بها الطرف في النزاع لحد التعسف في استعمال الحق من أجل تقييد أو تعطيل العملية التحكيمية، وكمثال عن ذلك نجد أن المحكمة يمكنها أن تفصل في النزاع المعروض أمامها حتى لو رفض أحد الأطراف الحضور وابداء دفاعه، وفي هذه الحالة وبناءاً على طلب الطرف الآخر في النزاع يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر حكمها متى اقتنعت أن المعني لا ينوي الحضور وتقديم دفاعه، وفي مثال آخر نجد أن المادة (38) من الاتفاقية تنص على أنه وفي حالة ما إذا رفض أحد الأطراف تعيين المحكم أو المحكمين خلال مدة (90) يوماً من تاريخ تسجيل الطلب بواسطة السكرتير العام للمركز، أو خلال المدة التي اتفق الأطراف عليها، ففي هذه الحالة يكون لرئيس المركز بناءاً على طلب الطرف صاحب المصلحة أن يقوم بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهم بعد.

أما وفيما يخص التدابير والإجراءات المؤقتة، فإن اتفاقية المركز فتحت المجال أمام هيئة التحكيم لاتخاذ ما تراه مناسبا من تدابير وإجراءات وفقا للظروف، لكن هذه الاتفاقية لم تضع تحديدا لهذه الإجراءات المؤقتة¹.

ثانيا: الإحالة إلى نظام تحكيمي دولي

إن قواعد اليونسترال للتحكيم عبارة عن قواعد إجرائية توفر للأطراف جميع الحلول الإجرائية من أجل سير أمثل للعملية التحكيمية، بحيث يمكن للأطراف الإحالة إلى هذه القواعد عن طريق إدراج شرط التحكيم النموذجي، وفي الوقت الراهن توجد ثلاث نسخ مختلفة من قواعد التحكيم، النسخة الأولى هي نسخة سنة 1976، أما النسخة الثانية فهي لعام 2010 والنسخة الثالثة والأخيرة فهي لعام 2013، بحيث تتضمن هذه النسخة الأخيرة قواعد بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول²، بحيث أضيفت فقرة (04) للمادة (01) تسمح باستخدام قواعد الشفافية، وتطبيقا لذلك فقد نصت المادة (5/34) على أنه "يجوز نشر قرار التحكيم علنا بموافقة كل الأطراف أو متي كان أحد الطرف ملزما قانونا بأن يفصح عن ذلك القرار من أجل حماية حق قانوني أو المطالبة به أو في سياق إجراءات قانونية أو محكمة أو هيئة مختصة أخرى"، وبالتالي فالملاحظ أن مبدأ الشفافية أخذ حيز كبير من اهتمام ومناقشات المشاركين في الأشغال الخاصة بمراجعة لائحة التحكيم اليونسترال³، بحيث يضيق هذا التعديل من حيز السرية التي يتمتع بها مجال التحكيم خصوصا عند تطبيقها على نزاعات عقود الاستثمار بين الدول والمستثمرين الأجانب.

إن إحالة أطراف النزاع لقواعد اليونسترال بشأن تسوية النزاع، تقتضي تطبيق القواعد الإجرائية الخاصة بها، إلا في حالة اتفاق الأطراف على تعديلات بشأن بعض

¹ - لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص125.

² - قواعد اليونسترال للتحكيم، منشور علي موقع www.UNCITRAL.un.org، تاريخ الإطلاع 2021/09/27، علي الساعة 19:12 سا.

³ - نو الدين بو الصلصال، التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد ونظام اليونسترال - دراسة مقارنة-، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد10، جامعة سكيكدة، الجزائر، 2015، ص113.

القواعد الإجرائية، وهو ما تؤكد المادة الأولى التي تنص على "إذا اتفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، إلى التحكيم بمقتضى قواعد اليونسترال للتحكيم، سويت تلك المنازعات عندئذ وفقا لهذه القواعد، رهنا بما قد يتفق عليه الأطراف من تعديلات".

لكن الملاحظ أن نص المادة السابقة لم يحدد المقصود بعبارة "... رهنا بما قد يتفق عليه الأطراف من تعديلات..." فما هي هذه التعديلات التي يمكن للأطراف الاتفاق عليها وما هي حدود هذه التعديلات؟ وهل يمكن للأطراف الاتفاق على تعديل المواد، فهذا الأمر يبدو غير منطقي، لكن ومن خلال استقراء نصوص المواد يمكن وضع تصور للتعديلات التي يمكن للأطراف الاتفاق عليها، فنصوص قواعد التحكيم منها ما هو ملزم فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، ومنها ما هو مكمل وبالتالي يحق للأطراف الاتفاق على مخالفته، ومن أمثلة النصوص الملزمة نجد نص المادة (15) التي تنص على ما يلي "في حال تبديل أحد المحكمين، تستأنف الإجراءات عند المرحلة التي توقف فيها المحكم الذي جرى تبديله عن أداء مهامه، ما لم تقرر هيئة التحكيم خلاف ذلك"، ومن أمثلة النصوص المكملة التي يجوز للأطراف مخالفتها وتعديلها نجد نص المادة (19) والتي جاء فيها "مع مراعاة ما قد يتفق عليه الأطراف، تسارع هيئة التحكيم عند تشكيلها إلى تحديد اللغة أو اللغات التي تستخدم في الإجراءات"، فقواعد اليونسترال سمحت الإرادة الأطراف بالتدخل في إجراءات العملية التحكيمية من خلال تعديل بعض المواد وفق ما يتلاءم ومتطلباتهم وقدراتهم، إلا أنها لم تسمح بأن تكون مثل هذه التعديلات سببا في عرقلة العملية التحكيمية.

المطلب الثاني: في حالة غياب اتفاق الأطراف

إن غياب اتفاق لأطراف النزاع حول القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق يوقع هيئة التحكيم في فراغ إجرائي، كما أن الأطراف قد تتفق على بعض القواعد مثل لغة ومكان التحكيم أو تشكيل هيئة التحكيم وتقوم بترك جانب مهم من الإجراءات الضرورية لسير الخصومة التحكيمية بدون تحديد، ولأجل تغطية هذا الفراغ أو العجز الإجرائي اتجهت بعض الأنظمة القانونية الوطنية أو حتى الدولية إلى ترجيح أحد القوانين الوطنية المتنازعة (فرع أول)، أو إلى ترك الحرية لهيئة التحكيم في اختيار القواعد الإجرائية التي تراها ملائمة لتسوية النزاع (فرع ثاني).

الفرع الأول: ترجيح أحد القوانين الوطنية المتنازعة

قد يتجه البعض في محاولة لسد الفراغ الإجرائي الذي يخلفه غياب إرادة الأطراف في اختيار وتحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على النزاع، إلى تطبيق أحد القوانين المتنازعة، أي إلى تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم، أما في حالة اختيار الأطراف للقانون الوطني الذي يحكم موضوع العقد فهناك من يتجه إلى تطبيق القواعد الإجرائية لنفس القانون الوطني، وهذا ما يبسط المهمة أمام هيئة التحكيم.

أولاً: تطبيق القواعد الإجرائية للقانون الوطني الذي اختاره الأطراف ليحكم موضوع النزاع

يذهب هذا الاتجاه إلى ترجيح قانون الدولة الذي اختار الأطراف تطبيق قواعدها القانونية على موضوع النزاع، وسواء أكان هذا الاختيار الذي قام به الأطراف صريحاً أو ضمناً، فإنه على هيئة التحكيم حسب هذا الاتجاه أن تقوم بتطبيق القواعد الإجرائية المتعلقة بنفس القانون الموضوعي، وهذا من أجل تحقيق تناسق بين النظام القانوني الموضوعي المطبق والنظام الإجرائي، وهو الأمر الذي سيسهل من مهمة هيئة التحكيم في الفصل في النزاع.

وبالتالي فإن هذا التطبيق للقواعد الإجرائية المستمدة من القانون الوطني المطبق على موضوع النزاع يعتبر بمثابة تمديد لإرادة الأطراف، حيث أن هذه الإرادة اختارت

القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في حين أغفلت أو تغافلت الإشارة للقواعد الإجرائية الواجبة التطبيق، وبالتالي فإن تطبيق هذه القواعد الإجرائية يمكن اعتباره توجه منطقي لإرادة الأطراف في حال غياب اختيار للقواعد الإجرائية الواجبة التطبيق، حيث أن هذا التوجه يؤكد على أن قضاء التحكيم هو قضاء اتفاقي، فلا يمكن لهيئة التحكيم أن تطبق قواعد إجرائية غريبة أو بعيدة كل البعد عن توقعات الأطراف¹.

لكن المسألة ليست بهذه البساطة فهئة التحكيم وعند نظرها في النزاع، وقبل اتخاذ قرار تطبيق القواعد الإجرائية للقانون المطبق على موضوع النزاع عليها أولاً أن تفرق بين القواعد وتميز بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي²، وعلى ضوء أي قانون ستتم عملية تكييف هذه النصوص؟ لقد اختلف الفقه في تحديد إجابة صريحة حول هذه المسألة لعدة أسباب أهمها الاختلاف الموجود في النظم القانونية الوطنية وحتى الدولية الخاصة بالتحكيم، مما يصعب من مهمة ضبط ما هو موضوعي وما هو إجرائي في تحديد النصوص القانونية، لكن الرأي الراجح في الفقه يأخذ بقانون دولة مقر التحكيم كقانون تكييف من خلاله النصوص الموضوعية والإجرائية المطبقة على النزاع.

إن تحديد الأطراف للقانون الموضوعي الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون القانون الإجرائي يصعب من مهمة هيئة التحكيم، لكن عملية التفرقة بين ما هو موضوعي من نصوص وما هو إجرائي عملية تكتسي الكثير من الصعوبة، لذلك اتجه البعض لتمديد تطبيق القانون الوطني المطبق على موضوع النزاع ليشمل إجراءات التحكيم أيضاً وهذا في حال غياب اتفاق بين الأطراف حول تحديد هذه القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق³، لكن هذا التطبيق ليس بالقاعدة العامة يستوجب على هيئة التحكيم الأخذ والعمل بها، بحيث قد يؤدي إلى هيمنة النصوص الموضوعية على القواعد الإجرائية أثناء اختيار القانون الواجب التطبيق، بحيث قد يجعل من القواعد الإجرائية

¹ - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص 213.

² - علي شريف سعيدة، المرجع السابق، ص 90.

³ - علي شريف سعيدة، المرجع نفسه، ص 92.

تابعة للقواعد الموضوعية وهو الأمر الذي قد تكون له سلبيات أكثر من الإيجابيات في بعض الحالات، وهذا ما أكدته محكمة استئناف باريس في حكم لها صادر سنة (1974) أكدت فيه أن إحالة هيئة التحكيم للقواعد الفرنسية لتعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ليس له أي أثر على الاختيار الذي قد تقوم به الأطراف بالنسبة للقانون الإجرائي الواجب التطبيق¹.

ثانياً: تطبيق القواعد الإجرائية لمقر التحكيم

ولقد أخذت بهذا الاتجاه دول القانون الموحد، بحيث يكون تطبيق القواعد الإجرائية للبلد الذي يجري فيه الفصل في النزاع، سواء أكان عن طريق قضاء الدولة أو عن طريق التحكيم، فالقانون الإجرائي لمقر التسوية هو الأولى بالتطبيق، لكن هذا لا يمنع إرادة الأطراف من وضع ما يناسبها من إجراءات أثناء الاتفاق على التحكيم، غير أن هذه القواعد الإجرائية الموضوعية من قبل الأطراف يجب أن لا تخالف النصوص الإجرائية الآمرة لقانون مقر التحكيم²، لكن الرأي الراجح فقها وخاصة، في مجال التحكيم، يعطي لقانون مقر التحكيم الطابع الاحتياطي، أي أنه يأتي في المرتبة الثانية بعد إرادة الأطراف، وهو الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية³.

وبسبب الأهمية البالغة لمقر التحكيم، فقد نصت اتفاقية نيويورك المتعلقة بتنفيذ والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية على أنه من الأسباب التي يجوز فيها رفض اعتماد القرار التحكيمي وتنفيذه، وهذا بعد طلب صاحب المصلحة في ذلك، أن تكون إجراءات التحكيم مخالفة للقواعد الإجرائية في البلد الذي جرت على إقليمه العملية التحكيمية، وهو ما نصت عليه المادة (5/د) كما يلي ".... أن تشكيل المحكمة التحكيمية أو إجراء التحكيم لم يكن مطابقاً لاتفاق الأطراف، أو أنه في حالة عدم وجود الاتفاقية، لم يكن مطابقاً لقانون البلد الذي وقع فيه التحكيم...."، فمن خلال الفقرة السابقة الذكر نلاحظ أن اتفاقية نيويورك جعلت من القانون الإجرائي لمقر التحكيم في الدرجة الثانية بعد اتفاق

¹ - علي شريف سعيدة، المرجع السابق، ص 94.

² - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص 215.

³ - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الشروق، مصر، 2002، ص 256.

الأطراف، غير أن هناك من القوانين ما يخالف هذا الاتجاه، ومثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (1043) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ نصت المادة على ما يلي "... إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم"، فالمشرع الجزائري جعل من إرادة هيئة التحكيم في المركز الثاني بعد اتفاق الأطراف، وفي حالة غياب هذا الاتفاق حول تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق تتولى هيئة التحكيم تحديد هذه القواعد بكل حرية، ولكن ورغم الاتجاه الذي أخذه المشرع الجزائري إلا أنه يبقى لتطبيق القواعد الإجرائية لمقر التحكيم أهمية بالغة ودور فعال في تحقيق العدالة الإجرائية خاصة في المسائل المستعجلة أو المسائل المتعلقة بإجراءات الإثبات¹.

وبالرغم مما ذهب إليه العديد من الفقهاء من مساندة الاتجاه الذي يدعم تطبيق القانون الاجرائي لدولة المقر في حال غياب اتفاق الأطراف على هذه المسألة، إلا أن هذا لم يمنع من توجيه النقد لهذا التوجه في الفقه، وهذا من ناحية كون القانون الاجرائي لدولة المقر قد لا يتناسب من الناحية الموضوعية لحكم المسائل الإجرائية في التحكيم، بحيث لا توجد رابطة جدية بين موضوع النزاع والقانون الاجرائي لدولة مقر التحكيم²، كما أن التطور التكنولوجي وخاصة في مجال الاتصالات يصعب في بعض الحالات من تحديد حتى مقر التحكيم، فقد يتواجد الأطراف في بلد، وهيئة التحكيم في بلد آخر، كما يمكن أن يكون كل فرد من هيئة التحكيم في بلد مختلف ويتم الربط والاتصال بين الجميع من أجل تشكيل جلسة لتسوية النزاع وهو ما يطرح السؤال حول كيفية تحديد مقر التحكيم في هذه الحالة؟ والاجابة على هذا السؤال تكون بالتعرض لفرضين، الأول يكون عند اختيار الأطراف تسوية النزاع عن طريق أحد مركز التحكيم، ففي هذه الحالة يعتبر مقر هذا المركز مكانا للتحكيم، أما الفرض الثاني فيكون في حالة عدم وجود اختيار من

¹ - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص216.

² - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص256.

قبل الأطراف، فإن هذا يفسح المجال أمام هيئة التحكيم في اختيار مكان التحكيم الذي تراه مناسباً لظروف وموضوع الدعوى¹.

الفرع الثاني: حرية هيئة التحكيم في اختيار القواعد الإجرائية

تعالج مختلف القوانين الوطنية وكذلك أنظمة التحكيم المختلفة فروض متعددة حول اتفاق التحكيم، وهذا من جهة معالجة أو عدم معالجة الأطراف لبعض المسائل الضرورية²، ومن بين أهم هذه المسائل والتي لا يمكن للعملية التحكيمية أن تنطلق أو تستمر بدونها هي مسألة تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على النزاع، فغياب اتفاق للأطراف بشأن هذه المسألة من شأنه أن يفسح المجال أمام هيئة التحكيم لوضع ما تراه من قواعد إجرائية وهي تتمتع في ذلك بنفس حرية الأطراف، ولكن وأثناء ذلك فهي ملزمة باحترام مجموعة من الضوابط الإجرائية.

أولاً: وضع هيئة التحكيم للقواعد الإجرائية بنفسها

إن غياب اتفاق للأطراف حول تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على المسائل الإجرائية يفسح المجال أمام هيئة التحكيم لمحاولة سد هذا الفراغ عن طريق وضع قواعد إجرائية تسهل وتضبط العملية التحكيمية، ولهيئة التحكيم في هذه الحالة أن تتمتع بما يتمتع به الأطراف من حرية في سن هذه القواعد الإجرائية³، فالإتجاه السائد نحو تحرير التحكيم من النظم الإجرائية الوطنية سواء لدولة مقر التحكيم أو أي دولة أخرى، وهذا ما يترتب عليه إطلاق يد هيئة التحكيم في تحديد هذه القواعد الإجرائية المطبقة على النزاع في حالة غياب قانون الإرادة⁴.

ويرى هذا الإتجاه من الفقه أن تحرير هيئة التحكيم من الخضوع لأي قانون إجرائي وطني في حال غياب إرادة أطراف النزاع في تحديد هذه القواعد القانونية يستند

¹ - علي شريف سعيدة، المرجع السابق، ص 86.

² - حسني المصري، المرجع السابق، ص 334.

³ - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 258/259.

⁴ - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص 217.

إلى الطابع المستقل لنظام التحكيم والذي ينتج عنه استقلال هيئة التحكيم عن الخضوع لسلطة أي دولة، فسلطة هيئة التحكيم في الفصل في النزاع المعروض أمامها تتبع من الإرادة الحرة لأطراف اتفاق التحكيم وليس من سلطة أي دولة، وبالتالي فإن هيئة التحكيم غير ملزمة بالرجوع لأي قاعدة من قواعد الإسناد الوطنية عكس القاضي الوطني، وهو ما نتج عنه عدم إلزام هيئة التحكيم باتباع أي نظام من النظم القانونية الإجرائية ذات الصلة بالنزاع¹.

لقد اتجهت التشريعات الوطنية إلى تكريس هذا الاتجاه من خلال فسخ المجال أمام هيئة التحكيم لوضع ما تراه مناسباً من قواعد إجرائية، ومنها نجد ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة (2/1043) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها ما يلي "... إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم"، وبذلك أخذ أيضاً المشرع الفرنسي في نص المادة (1464) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، حيث أكد دور هيئة التحكيم في تحديد إجراءات الخصومة عند غياب قانون الإرادة أو في حالة وجود فراغ إجرائي، كما سلك المشرع المصري في المادة (25) من قانون التحكيم المصري بنفس المسلك. كما أن هناك أيضاً أنظمة تحكيمية تابعة لمؤسسات التحكيم أخذت بنفس الاتجاه، ومنها نجد نظام غرفة التجارة الدولية بباريس الذي ينص في مادته (11) على ما يلي "... عند انتفاء تحديد الأطراف، يتولى المحكم تحديدها، سواء أحوال في شأنها إلى قانون إجرائي وطني أو لم يحل إليه"².

ومن أمثلة القضايا التحكيمية التي اتجهت فيها هيئة التحكيم إلى استبعاد القواعد الإجرائية الوطنية، نجد قضية (ليامكو LIAMCO) والتي صدر الحكم التحكيمي في شأنها في 12/04/1977، والذي أكدت فيه هيئة التحكيم على أن تحديد القواعد الإجرائية للنزاع يكون من قبل الأطراف وفي حالة عدم وجود اتفاق على مثل هذه

¹ - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص 218.

² - دحماني فريدة، القوة الإلزامية للحكم التحكيمي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي محند أو الحاج، البويرة، الجزائر، 2018، ص 35.

المسائل الإجرائية، فإن محكمة التحكيم هي التي تختص بتحديد هذه القواعد مستقلة في ذلك عن قانون محل التحكيم¹، كذلك نجد الحكم الصادر في 1958/08/23 عن هيئة التحكيم في قضية (أرامكو) ضد المملكة العربية السعودية، حيث أن العقد المبرم بين الأطراف يخول هيئة التحكيم تحديد القواعد الإجرائية اللازمة لسير وإدارة العملية التحكيمية، وهو الأمر الذي أخذت به هيئة التحكيم من خلال استبعاد كل من القانون السعودي لعدم احتوائه على قواعد قانونية كافية تتضمن عقود استغلال البترول، كما واستبعدت الهيئة القانون الأمريكي لأن التحكيم يتم خارج الولايات المتحدة الأمريكية².

وقد انتقد هذا الاتجاه المناهض بتحرير هيئة التحكيم في وضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة للنزاع من جهة كونه يهدد القواعد الإجرائية الداخلية للدولة، سواء دولة مقر العملية التحكيمية أو دولة تنفيذ الحكم التحكيمي³، غير أنه ومن الناحية العملية فإن هيئة التحكيم عند صياغتها واختيارها للقواعد الإجرائية فهي ملزمة باحترام إرادة الأطراف، كما أن القواعد الإجرائية الموضوعية يجب أن تساير وتتماشى مع القواعد الإجرائية في دولة المقر ودولة التنفيذ خصوصا النصوص الإجرائية الآمرة منها، وهذا من أجل ضمان حسن سير الإجراءات التحكيمية وكذلك ضمان تنفيذ الحكم التحكيمي⁴.

ثانيا: المبادئ التي يجب على هيئة التحكيم احترامها عند وضع القواعد الإجرائية

إن تمتع هيئة التحكيم بالحرية في وضع القواعد الإجرائية الخاصة بسير الخصومة التحكيمية في حال غياب اتفاق الأطراف على ذلك لا يعني عدم وجود ضوابط يجب على هيئة التحكيم احترامها، هذه الضوابط أو الضمانات تمثل أسس العدالة الإجرائية التي يجب على هيئة التحكيم الالتزام بها، وإلا كان حكمها معرضا لرفض الاعتراف به أو تنفيذه على إقليم الدولة المعنية وهذا لمخالفته لقواعد النظام العام

¹ جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في الدعوى التحكيمية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص67.

² Nour-Addine Terk, L'arbitrage commercial international en Algérie, office des publication universitaire, Alger, 1999, P100.

³ مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص218.

⁴ خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص259.

الدولي أو حتى النظم العامة الوطنية، وهو ما أشارت إليه المادة (25/2/ب) من اتفاقية نيويورك المتعلقة بتنفيذ والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية، على أنه يمكن رفض اعتماد وتنفيذ القرار التحكيمي إذا كان هذا الأخير مخالفا لقواعد النظام العام في بلد التنفيذ.

وفي نفس السياق نجد أن القانون النموذجي للتحكيم (اليونسترال) قد نص في مادته (52/د) على أنه يمكن طلب إلغاء الحكم التحكيمي في حالة التجاهل الجسيم لقاعدة إجرائية أساسية، لكن وإن كانت المادة السابقة لم تحدد ما هي القواعد الإجرائية الأساسية إلا أنه يمكن تحديد هذه المبادئ من خلال ما أجمع عليه الفقه وكذلك الممارسات القضائية والتحكيمية، حيث نجد أهم هذه المبادئ تتمثل في مبدأ الوجاهية، مبدأ حياد هيئة التحكيم ومبدأ المساواة بين الأطراف.

1- مبدأ الوجاهية:

المقصود بالوجاهية هو مقابلة الخصوم وجها لوجه وهذا في حضور القاضي أو المحكم، وبالتالي فإن هذه العملية التي قد تقوم بها هيئة التحكيم أثناء الفصل في النزاع المعروف أمامها ليست غاية في حد ذاتها وإنما هي وسيلة إجرائية لتحقيق هدف أسمى وهو حق الدفاع، وبالتالي فإن الالتزام بهذا المبدأ يحقق العلم لدى الأطراف بجميع الدفوع والطلبات، غير أن الاخلال بمبدأ الوجاهية لا يؤدي بالضرورة إلى ابطال الإجراءات هذا ما لم يكن هناك مساس بحقوق الدفاع ذاتها¹.

ومن خلال ما تقدم فهناك من الفقه من اتجه إلى تقديم تعريف لمبدأ الوجاهية، حيث عرفه الأستاذ (أحمد خليل) على أنه "أداة فنية إجرائية تعني بصفة عامة أن يحاط كل طرف علما بالإجراء الذي يتخذه الطرف الآخر ضده"²، كما قام الأستاذ (سيد أحمد محمود) إلى وضع تعريف جاء فيه "مبدأ الوجاهية هو مبدأ عام في القانون الاجرائي يتعلق بالقانون الداخلي كما يتعلق بالقانون الدولي وهو مبدأ أمر ودام وهو

¹ - شامي ياسين، مفهوم مبدأ الوجاهية في الخصومة القضائية، مجلة المعيار، العدد 11، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، جوان 2016، ص 61.

² - أحمد خليل، مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري دراسة في واجب الاعلام في مجال القانون الإجرائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 23.

الضامن لحقوق الدفاع ويشترك في حسن إدارة العدالة إذ يقتضي مواجهة الادعاءات ومناقشتها تواجهها بمشاركة أصحاب الدعوى في النشاط القضائي، وهو يقتضي المساواة والأمانة بين الخصوم بهدف الوصول للحقيقة، ولا يلتزم القاضي فحسب بمراقبة احترام هذا المبدأ بل يلتزم هو نفسه باحترامه"، كما أن هناك من اتجه في تعريف المبدأ على أنه "مبدأ من مبادئ القانون الطبيعي التي أسستها النظم الدولية في دعاوى القضائية والتحكيمية والتأديبية والتي تفيد حق كل شخص له مصلحة في خصومة قضائية بالعلم التام والمفيد بكافة إجراءات الخصومة وإمكانية الدفاع عن المصالح عن طريق مناقشة كل خصم والاطلاع على كافة العناصر المقدمة في الدعوى بغية تحقيق المطالب القضائية"¹.

فمن خلال ما تقدم تبرز أهمية المبدأ كأحد الأسس الإجرائية الواجب توافرها من أجل تحقيق العدالة بين أطراف النزاع، وهيئة التحكيم وعند وضعها للقواعد الإجرائية يجب أن يكون هناك احترام لمبدأ الوجاهية حتى وإن لم يكن هناك نص صريح على المبدأ ضمن النصوص الإجرائية الموضوعة إلا أنه تعتبر من المبادئ والحقوق الطبيعية لأي شخص لارتباطه بفكرة العدالة وتحقيق المساواة بين الأطراف، ولأهمية المبدأ فقد نص المشرع الجزائري ضمن المادة (1056) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي إذا لم تتم مراعاة مبدأ الوجاهية أثناء سير الخصومة التحكيمية، أي أن جميع الإجراءات التي تقوم بها هيئة التحكيم يجب أن تكون بعلم جميع الأطراف في الدعوى، وكذلك ضرورة علم كل طرف في الدعوى بجميع الدفوع والطلبات التي قدمها خصمه وذلك في الوقت المناسب حتى يتسنى له الرد عليها.

2- مبدأ حياد هيئة التحكيم:

إن حياد هيئة التحكيم أثناء عملية الفصل في النزاع تقتضي وقوفها على مسافة متساوية من الخصوم، أي أن دورها في الخصومة يجب أن يكون محايدا ويقتصر فقط

¹ - شامي ياسين، المرجع السابق، ص 64.

على تفسير ما يعرضه الخصوم من أدلة ووقائع، كما يكون على هيئة التحكيم الالتزام بما يقدمه الخصوم فقط فلا يكون لها الاستناد إلى أدلة تكون قد حصلت عليها الهيئة بطرق خاصة ودون علم أحد الخصوم، أو الاستناد على دليل قدمه أحد الأطراف دون علم الطرف الآخر في الدعوى أو حتى منحه الوقت الكافي للرد على هذه الأدلة¹.

والتزام هيئة التحكيم بالحياد أكدته المادة (11) من قانون اليونسترال والتي جاء فيها "عند مفاتحة شخص ما بشأن احتمال تعيينه محكماً، يفصح ذلك الشخص عن أي ظروف يحتمل أن تثير شكوكاً لها ما يبررها بشأن حياده أو استقلاله، ويفصح المحكم منذ وقت تعيينه وطول إجراءات التحكيم للأطراف وسائر المحكمين دون إبطاء عن أي ظروف من هذا القبيل، ما لم يكن قد أعلمهم بها من قبل"، كما ونصت المادة (1/7) من لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس على أنه "يجب أن يكون المحكم ويظل مستقلاً عن الأطراف في القضية"، واستقلال المحكم بهذه الصيغة يعني وجوده في حالة نفسية تجعله قادراً على تشكيل قناعاته عن ما هو حق أو باطل دون أي ميل أو هوى ودونما أي تأثير خارجي².

والسؤال الذي يطرح في هذا الشأن يتمثل في ماهي المدة التي يتوجب على المحكم الالتزام خلالها بمبدأ الحياد؟، فإدراج شرط التحكيم ضمن عقد الاستثمار الأجنبي وتحديد أشخاص هيئة التحكيم قبل نشوب النزاع، هل يلزم المحكم في هذه الحالة بالالتزام بمبدأ الحياد حتى قبل نشوب النزاع؟ ولقد أشار الأستاذ (سالم خلف أبو قاعود) في إجابته على هذا السؤال إلى أن المحكم ملزم بالحياد منذ قبوله بالمهمة التحكيمية ويقتصر هذا الالتزام على مرحلة نظر النزاع ويستمر إلى مرحلة صدور الحكم التحكيمي، وقد أكدت محكمة استئناف باريس هذا الاتجاه في حكم لها صادر في 14 نوفمبر 1990 على أن أشخاص هيئة التحكيم وعند توقيعهم بقبول المهمة التحكيمية

¹ بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، طرق الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومة، الجزائر، 2017، ص39.

² سالم خلف أبو قاعود، الحيادة شرط لاختيار المحكم، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد (03)، المجلد (14)، الجامعة الأردنية، الأردن، 2015، ص1184.

فإنهم ينفصلون عن من اختارهم، لكون تعيينهم في هذه المرحلة يصبح من طرف أطراف النزاع وليس من طرف واحد فقط¹.

ولأهمية عنصر حياد أشخاص هيئة التحكيم من الناحية الإجرائية، فإن البعض يشدد على هذه الحيادية في النزاعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، حيث أن هذه الاستثمارات لها أبعاد سياسية واقتصادية هامة بالنسبة للدولة الطرف في النزاع، لذلك فإن مسألة حياد هيئة التحكيم من الأمور التي يجب التأكيد عليها وهو ما أخذت به رابطة المحامين الأمريكيين ضمن المبادئ التوجيهية الخاصة بعملية التحكيم الاستثماري، وهي نفس المبادئ التي أخذ بها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وكذلك غرفة التجارة الدولية بباريس وأيضاً غرفة تجارة ستوكهولم².

3- مبدأ المساواة بين الأطراف:

يعد مبدأ المساواة أصل الحريات وأساس الحقوق الأخرى، ولهذا فقد تضمنته العديد من الاتفاقيات والمعاهدات المتعلقة بحقوق الانسان، ولقد حاول العديد من الفقهاء وضع مفهوم لهذا المبدأ ولكن من الصعب الإحاطة بجميع جوانبه، فهناك من عرفه على أنه "محاولة لإعطاء الجميع فرصاً مماثلة بقدر الإمكان لينتفع كل منهم بما قد يكون بين يديه من إمكانيات"³.

إن مبدأ المساواة يضم في طياته العديد من المبادئ الفرعية من أهمها نجد، المساواة أمام الوظيفة العامة، المساواة أمام الأعباء العامة والمساواة أمام القضاء⁴، ولعل أهم هذه المبادئ الفرعية هو مبدأ المساواة أمام القضاء، لأن الوظيفة القضائية مرتبطة

¹ - سالم خلف أبو قاعود، المرجع السابق، ص1185.

² - سالم خلف أبو قاعود، المرجع نفسه، ص1187.

³ - شورش حسن عمر، خاموش عمر عبد الله، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه، مجلة العلوم القانونية، العدد (02)، المجلد 32، جامعة بغداد، العراق، 2017، ص101.

⁴ - شورش حسن عمر، خاموش عمر عبد الله، المرجع نفسه، ص103.

بالعدالة التي تسهر الدولة على تحقيقها من خلال النصوص التشريعية سواء ما تعلق منها بالقواعد الموضوعية أو القواعد الإجرائية¹.

ويقصد بالعدالة أمام الجهات القضائية، هو تحقيق العدل بين الأفراد عن طريق توحيد الجهات القضائية واستقلالها، بحيث يكون لكل فرد الحق في الدفاع عن نفسه، غير أن توحيد الجهات القضائية لا يتنافى مع وجود محاكم مختلفة باختلاف النزاعات بشرط أن لا يكون هناك تمييز بين الأشخاص المتقاضين بسبب الأصل أو الجنس أو العقيدة²، كما أن اختيار التحكيم كطريق لتسوية النزاعات لا يتنافى مع مبدأ المساواة أمام الجهات القضائية، لأنه يكون لأطراف النزاع الإرادة الحرة في استبعاد القضاء واللجوء لقضاء التحكيم دون أي ضغط أو تمييز وهذا في جميع الحقوق التي يكون لهم مطلق التصرف فيها.

والمقصود بالمساواة الإجرائية هو أن يكون لكل شخص الحق في اللجوء للقضاء الوطني أو التحكيمي وعدم التمييز بين المتقاضين، كذلك يجب على الهيئة التي تنظر في النزاع أن تقوم بتطبيق إجراءات موحدة بين الأطراف وبشفافية، فهيئة التحكيم وعند وضعها للقواعد الإجرائية الخاصة بالنزاع المعروض أمامها وجب عليها استبعاد أي تحيز أو تمييز لأي طرف، كما لا يمكنها وضع قواعد خاصة بأحد أطراف النزاع سواء من أجل تسهيل العملية عليه أو من أجل تعقيدها وهذا تحت أي ظرف من الظروف.

¹ - عتيقة بلجبل، علاقة مبدأ المساواة أمام القضاء بكفالة حق التقاضي، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد (09)،

جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2013، ص160.

² - عتيقة بلجبل، المرجع نفسه، ص161.

المبحث الثاني: القواعد الموضوعية

القاعدة الموضوعية هي قاعدة تحدد الحقوق الممنوحة والواجبات المفروضة على الأفراد، لذلك فتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من أهم الأمور التي يجب على أطراف العقد الاستثماري الفصل فيها وهذا لخطورة الآثار المترتبة عنها، والفصل في هذه المسألة يجعل هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق القواعد التي اختارها الأطراف، غير أنه يمكن أن يحدث اختلاف بين أطراف العقد حول تحديد هذه القواعد أو اتفاق بين الأطراف حول عدم تحديدها وترك المسألة لهيئة التحكيم للفصل فيها، ولذلك سنتطرق في (المطلب الأول) لتطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع، وفي (المطلب الثاني) للقانون المطبق على موضوع النزاع في غياب قانون الإرادة.

المطلب الأول: تطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع

إن خضوع العقد الدولي لإرادة الأطراف يمثل قاعدة أصلية أقرتها النظرية العامة لتنازع القوانين في مجال التجارة الدولية¹، ويقوم تطبيق قانون الإرادة على أساس الاعتراف للأطراف في العقد الاستثماري بحق اختيار القواعد القانونية المناسبة لتحكم النزاع فيما بينهم، ولأجل ذلك هناك من عرف قانون الإرادة على أنه "الاعتراف للأطراف بحق اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم واعطائهم الحرية الكاملة وعدم تقييدهم"².

وحسب النظرية الشخصية فالاختيار الذي يقوم به أطراف العقد هو اختيار مادي وينزلونه منزلة الشروط العقدية والتي يمكن للمتعاقدان الاتفاق على خلافها³. ويختلف أثر الإرادة في القانون الدولي عنه في القانون الداخلي، حيث أن الإرادة في القانون

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليلي، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص73.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مفاوضات العقود الدولي، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص157.

³ - فراس كريم شعبان، أرم عصام خضير، أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 08، المجلد، 03، العدد 29، العراق، 2016، ص226.

الداخلي تعمل ضمن حدود النظام العام والآداب العامة ولا تملك اختيار قانون أجنبي للتطبيق وإنما تكتفي بإدراج أحكام القانون الوطني ضمن بنود العقد، أما الإرادة في القانون الدولي فهي ترشد للقانون الواجب التطبيق ليحكم النزاع، ويتوقف دور أطراف العقد عند هذا الحد فلا يمكنهم بعد اثبات اختيارهم التدخل في تطبيق هيئة التحكيم لهذه القواعد القانونية¹، ومن خلال ما سبق يمكن التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع الاستثماري؟ ولأجل ذلك سنتطرق في (الفرع الأول) للمقصود بقانون الإرادة ثم إلى مدى التزام هيئة التحكيم بتطبيق قانون الإرادة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بقانون الإرادة

تعتبر أطراف العقد الاستثماري الأكثر دراية بظروف العقد وملايساته، لذلك فإن غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية تعترف لهذه الأطراف بالحق في اختيار القانون الذي يحكم النزاع، حيث أصبح لمبدأ سلطان الإرادة دور هام عند الاتفاق على الشروط التعاقدية²، فالمحكم أو القاضي عند نظر النزاع لا يمكنه رفض اختيار الأطراف للقواعد القانونية الواجبة التطبيق والمتعلقة بموضوع النزاع، فهناك قرينة تفرض على المحكم الأخذ بهذا الاختيار ولا يمكنه استبعاده حتى لو كان مخالفاً لقواعد النظام العام³، وفي حالة رفض المحكم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف يمكنهم رفع دعوى البطلان ضد الحكم التحكيمي⁴.

وقد اتجه البعض في تعريف قانون الإرادة على أنه "السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لتلك المراكز القانونية من وجود

¹ - سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص397.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص207.

³ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص488.

⁴ - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص260.

أو لوجدت ولكن في صورة مختلفة¹، وبالتالي فإن أساس حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هو مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على أساس حرية التعاقد، بحيث يكون للأطراف الحق في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع والذي يتلاءم ويحترم توقعاتهم المشروعة².

من خلال ما سبق فإنه يكون على المحكم أو القاضي عند نظر موضوع النزاع تطبيق القواعد القانونية التي وقع اختيار أطراف النزاع عليها صراحة، وفي حالة غياب تعبير صريح عن الإرادة فإن المحكم أو القاضي يلجأ للبحث عن قرائن تدل على اختيار ضمني أو اتجاه ضمني لأطراف النزاع نحو قانون معين³.

أولاً: الإرادة الصريحة

يقصد بتطبيق قانون الإرادة على العقود، إخضاع العلاقة العقدية بين الأطراف للقانون الذي اتجهت إرادة الأطراف لاختياره ولو كان قانون آخر هو الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة، وقد كان الفقيه "ديمولات" أول من نادى بتطبيق قانون الإرادة على العقود استناداً لمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الحرية الفردية⁴.

يكون اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد صريحاً إذا قام الأطراف بتحديد النص عليه ضمن العقد المبرم بينهم أو في وثيقة منفصلة عن العقد الأصلي تدل على الاختيار الصريح للأطراف لقانون محدد ليحكم العقد المبرم بينهم، وفي هذه الحالة تلتزم هيئة التحكيم بالقواعد القانونية التي اختارها الأطراف حال الفصل في النزاع، ورغم كون هيئة التحكيم لا تخضع لقواعد قانونية وطنية تلزمها بالرجوع لقواعد التنازع لنظر مدى صحة هذا الاختيار، إلا أن تنفيذ إرادة الأطراف أصبح يمثل قاعدة مادية وجب احترامها ضمن قضاء التحكيم⁵، لكن وجب أن نشير إلى أن اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 212.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 212.

³ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 485.

⁴ - حسني المصري، المرجع السابق، ص 341.

⁵ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 213.

العقد لا يعني تطبيق هذه القواعد في حالة قيام النزاع وعرضه على هيئة التحكيم، وهذا استناداً لمبدأ استقلالية شرط التحكيم، ففي هذه الحالة تكون القواعد القانونية الواجبة التطبيق من طرف هيئة التحكيم هي تلك التي حددها الأطراف ضمن الفصل المتعلق بتسوية النزاعات.

فالاختيار الصريح يكون باتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق بالاسم، ويكون هذا عادة في العقود النموذجية خاصة في مجال التجارة الدولية للقطن والحبوب وعقود النقل الدولية¹، وبالتالي فإن الاختيار الصريح للأطراف للقانون الذي يحكم النزاع يمثل ضماناً وحماية تشريعية، وهو ما أشار إليه مجمع القانون الدولي المنعقد في (أثينا) سنة (1979) عند بحثه مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، حيث أشار في هذا الشأن ضمن المادة (1/4) من قرار المجمع على أنه "من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقودهم"²، وهو نفس الاتجاه الذي أخذته اتفاقية واشنطن الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في مادتها (42) حيث نصت على "تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع...".

لكن السؤال الذي يطرح في هذه النقطة هو مدى حرية أطراف النزاع في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهل تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في هذا المجال مقيد بحدود معينة؟

وقد ذهب الاتجاه الأول في الإجابة على هذا السؤال للقول بأن تطبيق مبدأ سلطان الإرادة يجب أن يكون مطلقاً ما دام لا يخالف قواعد النظام العام، وبالتالي يكون من حق أطراف النزاع اختيار القانون الواجب التطبيق بكل حرية، وفي نفس الوقت يقع على هيئة التحكيم تطبيق هذا القانون المختار على موضوع النزاع سواء أكانت هناك صلة بين القانون المختار وموضوع العقد أو لم تكن هناك أي صلة.

¹ - حسني المصري، المرجع السابق، ص344.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص214.

لكن الاتجاه الثاني ذهب في الإجابة على السؤال للقول بضرورة وجود رابطة بين القانون الذي اختاره الأطراف وموضوع العقد وهذا في محاولة لتقييد حرية الأطراف، كأن يكون القانون المختار هو قانون بلد التنفيذ أو مكان إبرام العقد مثلاً، أما الاتجاه الثالث فذهب في الإجابة على هذا السؤال للاعتراف بضرورة وجود صلة بين القانون المختار وموضوع النزاع لكنه لم يشترط في أن تكون هذه الصلة مباشرة، كأن يكون العقد من العقود النموذجية ويتضمن الإشارة لقانون أجنبي لا علاقة مباشرة له بموضوع العقد طالما اقتضت ذلك مصالح التجارة الدولية¹، لكن الرأي أو الفقه الغالب يرى بضرورة ترك المجال أمام الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقود والنزاعات فيما بينهم في حدود معينة، وهذا ما أكدته مؤتمر (لاهاي) بشأن القانون الواجب التطبيق ليحث الدول على الأخذ بهذا الاتجاه².

ثانياً: الإرادة الضمنية

إن تحديد أطراف العقد للقانون المطبق على موضوع العقد يسهل من مهمة هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع، لكن الاشكال الذي تقع فيه هذه الهيئة يكون في حالة غياب تحديد صريح للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فهل تتجه هيئة التحكيم لتركيز العلاقة القانونية تمهيدا لإسنادها للقانون الأوثق صلة بموضوع العقد، أم تقوم هيئة التحكيم بالبحث في الإرادة الضمنية لأطراف النزاع محاولة في ذلك استنباط اتجاه ضمني لإرادة الأطراف نحو تطبيق قانون معين؟

وللإجابة على هذا التساؤل اتجه جانب من الفقه وكذلك بعض التشريعات الوطنية إلى رفض فكرة الإرادة الضمنية للأطراف، فهئية التحكيم تكون ملزمة فقط بالقانون الذي اختاره الأطراف صراحة، أما في حالة غياب هذا الاختيار الصريح فعلى هيئة التحكيم العمل على تركيز الرابطة العقدية واسنادها للقانون الأوثق صلة بموضوع العقد، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن غياب إرادة صريحة للأطراف إنما هو ناتج عن

¹ - حسني المصري، المرجع السابق، ص 345/346.

² - زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على قواعد التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد 2، المجلد 13، 2016، ص 380.

عجز في تحديد هذا القانون أثناء إبرام العقد، وبالتالي فإن محاولة البحث عن إرادة ضمنية هي أصلاً غير موجودة يعتبر اخلاً بتوقعات الأطراف¹.

أما الاتجاه الآخر من الفقه فيرى فيما ذهب الاتجاه الأول مخالفة للمنطق القانوني، بحيث أن إرادة الأطراف يجب أن تطبق سواء كانت صريحة أو ضمنية، فغياب تعبير صريح أو تحديد للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يعني غياب إرادة ضمنية للأطراف في تحديد هذا القانون، فهنا يبرز دور هيئة التحكيم في البحث عن الملابسات والعوامل المحيطة بالعقد من أجل استنباط إرادة الأطراف وتطبيقها بما يضمن الوصول إلى حلول سليمة تتوافق وتوقعات الأطراف.

فإنه من غير المقبول تجاهل أو إهمال أطراف العقد الاستثماري لتحديد القانون الواجب التطبيق، ولكن يمكن أن يتفق الأطراف على ترك هذه المسألة لهيئة التحكيم في حالة استحالة الاتفاق، وفي هذه الحالة وعند سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق فإن المجال يفتح أمام هيئة التحكيم لاستخدام سلطتها التقديرية من خلال استقراء الظروف المحيطة والمؤشرات الموضوعية لهذه الإرادة الضمنية، وفي هذا السياق أشارت المادة (37) من قانون التحكيم العماني لسنة 1997 إلى أنه "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد القانونية التي ترى أنها الأكثر اتصالاً بالنزاع"، وبالتالي فإن تطبيق هيئة التحكيم لقانون معين يكون بناءً على مؤشرات واضحة تدل على اتجاه إرادة الأطراف الضمنية للأخذ بهذا القانون وليس محاولة من هيئة التحكيم لفرض رأيها على أطراف النزاع استناداً لقناعات شخصية².

وتبقى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع استناداً إلى الإرادة الضمنية لأطراف النزاع من مسائل الواقع³، وبالتالي يكون على هيئة التحكيم

¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 106.

² - عبد الرسول عبد الرضا جابر، حسين عباس حسين، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، جامعة بابل، العراق، 2016، ص 240.

³ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 214.

البحث في القرائن الدالة على الاختيار الضمني مع مراعاة ظروف إبرام العقد، فهئية التحكيم ليست حرة في استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف النزاع بل هي مجبرة في ذلك على اتباع أسلوب منطقي والأخذ بالظروف والقرائن التي لا تقبل الشك في اتجاه الإرادة الضمنية لأطراف النزاع للأخذ بقانون معين، هذا حتى لا يكون هناك مجال لوقوع هيئة التحكيم في الخطأ أثناء استخلاصها للإرادة الضمنية وكذلك حتى لا يكون هناك فراغ يسمح لهيئة التحكيم بفرض ميولها وآرائها الشخصية على أطراف النزاع¹.

الفرع الثاني: مدى التزام هيئة التحكيم بتطبيق قانون الإرادة

هناك استقرار في الفقه والقضاء حول حرية أطراف اتفاق التحكيم في اختيار القواعد القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق حال الفصل في النزاع من طرف هيئة التحكيم، وفي حال مخالفة هيئة التحكيم لإدارة الأطراف فإنها تعرض الحكم الذي تصدره للبطلان²، فحرية أطراف النزاع في اختيار القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق مضمونة وفق ما يتفق ورغباتهم وتوقعاتهم وكذلك ما يحقق الأمان القانوني المطلوب في المعاملات الدولية، بشرط أن لا يستقل أحد الأطراف بالاختيار دون موافقة الأطراف الأخرى في العقد³، فيكون للأطراف اختيار هذه القواعد الموضوعية أثناء لحظة التعاقد كما يكون لهم تعديل هذا الاختيار في المستقبل مع مراعاة حقوق الغير، بشرط أن لا يكون الهدف من هذا التعديل هو التحايل اتجاه القانون⁴.

لكن الاشكال الذي قد يطرح في هذه المسألة هو في تحديد المقصود بقانون الإرادة الذي اختاره الأطراف، والملزم لهيئة التحكيم عند الفصل في النزاع، فهل يقصد به القواعد الموضوعية لقانون الإرادة أم قواعد الاسناد لقانون الإرادة.

¹ - حسني المصري، المرجع السابق، ص 344/345.

² - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 260.

³ - مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، 183.

⁴ - هادف هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2001، ص 477.

أولاً: تطبيق القواعد الموضوعية لقانون الإرادة

يرى أنصار هذا الاتجاه بأنه واستناداً لمبدأ سلطان الإرادة فإن القاضي أو هيئة التحكيم حال فصلها في النزاع، تكون ملزمة بتطبيق القواعد القانونية الموضوعية الخاصة بالقانون الذي اختاره الأطراف، وهذا الالتزام الموضوع على هيئة التحكيم مطلق بحيث تنقيد هذه الهيئة بالقواعد الموضوعية للقانون المختار من قبل أطراف النزاع حتى وإن لم تكن هناك أي رابطة موضوعية بين القانون المختار والعقد¹.

ولقد أخذت بهذا الاتجاه العديد من التشريعات الوطنية وحتى الاتفاقيات الدولية مثل المادة الثانية من اتفاقية (لاهاي) لعام 1955 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية²، وكذلك المادة (1/28) من قانون اليونسترال التي نصت على "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الأطراف بوصفها الواجبة التطبيق على النزاع وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى أي من قواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم تتفق صراحة على خلاف ذلك".

أما المشرع الجزائري وفي نص المادة (1050) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلم يفصل في مسألة المقصود بالقانون الذي اختاره الطرف، عكس المشرع المصري الذي أشار صراحة إلى وجوب تطبيق القواعد القانونية الموضوعية للقانون المختار من قبل الأطراف، هذا في نص المادة (1/39) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1997 التي نصت على ما يلي "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك"، ومن خلال ما سبق نلاحظ أن غالبية التشريعات واللوائح وقوانين التحكيم تلزم هيئة التحكيم بالوقوف عند القواعد الموضوعية للقانون الذي اتجهت إرادة الأطراف لاختياره عملاً

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 487/488.

² - خالد محمود القاضي، المرجع السابق، ص 261.

بنظرية (الشخصية في العقود) المتأثرة بالمذهب اللبرالي الذي يقدر حرية الأفراد عند إبرام العقود¹.

غير أنه وفي نقد لأنصار هذا الاتجاه فقد ذهب البعض للقول بأن السماح لأطراف العقد بتحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع استناداً لمبدأ سلطان الإرادة فيه مبالغة كبيرة وتحميل للمبدأ أكثر مما يحتمل، وبالتالي فإن بعض أحكام التحكيم اتجهت إلى رفض تطبيق القواعد الموضوعية للقانون المختار إلا في نطاق المسموح فيه لقانون الإرادة بأن يرتب آثاره².

ثانياً: تطبيق قواعد الاسناد لقانون الإرادة

ويرى هذا الجانب من الفقه أن اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق لا يكون صحيحاً إلا إذا أقرت قواعد الاسناد التي تقوم هيئة التحكيم بتطبيقها، صحة هذا الاختيار³، لكن هيئة التحكيم وعلى عكس القاضي الوطني لا تملك قواعد اسناد خاصة بها من أجل تقدير مدى صحة اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق، وفي هذه الحالة يكون على هيئة التحكيم استعارة قواعد الاسناد من نظام قانوني وطني أو غير وطني.

فأنصار هذا الاتجاه يرون أن اختيار أطراف النزاع لنظام قانوني محدد المقصود به هو قواعد الاسناد وليس القواعد الموضوعية بشرط أن لا يكون هناك استبعاد صريح لقواعد الاسناد من قبل الأطراف في نص العقد، وهذا الاتجاه يستند إلى منطق النظرية الموضوعية عكس النظرية الشخصية التي تسمح للأطراف بحرية اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق⁴.

¹ - عبد الرسول عبد الرضا جابر، حسين عباس حسين، المرجع السابق، ص 233.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 488.

³ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص 489.

⁴ - عبد الرسول عبد الرضا جابر، حسين عباس حسين، المرجع السابق، ص 233.

ولكن وبالرغم من وضوح هذا الاتجاه بشأن استبعاد القواعد الموضوعية للقانون الذي اختاره الأطراف والأخذ بقواعد الاسناد التي تستعيرها هيئة التحكيم من نظام قانوني وطني أو غير وطني من أجل تقرير مدى صحة اختيار الأطراف، إلا أن هناك اختلافاً في تحديد القواعد القانونية التي يجب أن تأخذ بها هيئة التحكيم من أجل اتخاذ قرارها. وهناك من يرى بضرورة الاستعانة بقانون دولة المقر التحكيم، وهذا لعدة أسباب أهمها كون الدولة التي تجري إجراءات التحكيم على اقليمها لن تقبل بتطبيق قانون غير قانونها الوطني، كما أن الأخذ بالقانون الوطني لدولة مقر التحكيم يسهل من عملية تنفيذ الحكم التحكيمي، لكن هذا الطرح تم نقده رغم اتسامه بالبساطة والوضوح وهذا لعدم وجود أي ارتباط واقعي وقانوني بين قانون دولة المقر والعقد محل النزاع، فمحاولة الأطراف لتركيز العقد يجب أن تؤخذ على أنها تركيز قانوني وليس تركيز جغرافي، كما أن اختيار دولة مقر التحكيم قد يكون لأسباب لا علاقة لها بموضوع العقد، كما وقد يكون هذا الاختيار لاحقاً لنشوب النزاع، وهوما ينفي أي ارتباط فعلي أو قانوني بين القانون الوطني لدولة المقر وموضوع النزاع¹.

كما أن هناك من ذهب للقول بأنه على هيئة التحكيم اللجوء لقواعد الاسناد استناداً لقانون العقد، أي الأخذ بقواعد الاسناد في النظام القانوني الذي قام الأطراف بتركيز العقد فيه، ورغم ذلك لم يسلم هذا الطرح من النقد، بحيث اعتبره البعض مخالفاً لأساس الرضائي الذي يقوم عليه نظام التحكيم، بحيث يكون تطبيق هيئة التحكيم لقواعد الاسناد الخاصة بالقانون المطبق على العقد مخالفة لإرادة أطراف النزاع التي تمثل أساس السلطة المخولة لهيئة التحكيم في الفصل في النزاع، فمحاولة هيئة التحكيم تمديد القواعد القانونية الخاصة بالعقد لتشمل النزاعات التي قد تنشأ بين الأطراف بخصوص هذا العقد يعتبر خرقاً للمهمة المسندة لها².

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 493/494.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص 491.

كما أن هناك اتجاه ثالث يرى بضرورة ترك الحرية لهيئة التحكيم لاختيار قواعد الاسناد من أجل تقرير مدى صحة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، وهذا الحل أخذت به معاهدة نيويورك المتعلقة بتنفيذ والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية ولو بطريقة غير مباشرة وهذا حين استبعدت أي رقابة قانونية على الحكم التحكيمي واقتصرت الرقابة على الشكل فقط دون مراقبة الحل القانوني الذي وصلت إليه هيئة التحكيم بشأن النزاع المعروض أمامها وهذا حسب المادة (5/1/د) من الاتفاقية، كما وتنص المادة (13/3) من لائحة محكمة التحكيم بال غرفة التجارية بباريس على أن "المحكم وفي حالة عدم وجود تعيين صريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق، أن يطبق القانون الذي تعينه قواعد الاسناد التي يرى من الملائم أعمالها على واقعة الحال"¹.

المطلب الثاني: القانون المطبق على موضوع النزاع في غياب قانون الإرادة

كان تطبيق قانون الإرادة أولاً ضمن العقود الداخلية أين طبق مبدأ سلطان الإرادة انطلاقاً من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فتحقيق عدالة في المعاملات المالية بين الأفراد تقتضي توفير أهمية وجانب كبير من الحرية لإرادة الأفراد في تضمين عقودهم الشروط التي تكفل مصالحهم، ثم تم تمديد هذا المبدأ ليشمل العلاقات الدولية في مجال التجارة الدولية وعقود الاستثمار الأجنبي، وهي العقود التي تخضع في تكوينها وآثارها لنظام قانوني يتم تحديده من قبل الأطراف المتعاقدة².

فإذا كان لأطراف العقد اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواء بإرادتهم الصريحة أو الضمنية، فهذا يجعل من واجب هيئة التحكيم تطبيق القواعد الموضوعية التي اختارها أطراف النزاع، أما وفي حالة غياب هذا الاختيار صراحة أو ضمناً، فإن هذا الأمر يفسح المجال أمام هيئة التحكيم لاختيار القواعد القانونية الموضوعية الأنسب، ولكن ذلك يجب أن يكون مع مراعاة الاتفاقيات الثنائية والدولية، التي تضع قيوداً على هيئة التحكيم من خلال وضع تدرج للقواعد القانونية التي يجب

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 497.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 156/157.

على هيئة التحكيم الرجوع إليها في حال غياب إرادة الأطراف، ولأجل ذلك يجب التطرق لهذه القواعد من خلال اللجوء لتطبيق قواعد قانونية دولية (فرع أول) أو اللجوء لتطبيق قواعد الأعراف الدولية وقواعد العدالة (فرع ثاني).

الفرع الأول: اللجوء لتطبيق قواعد قانونية دولية

القاعدة القانونية الدولية هي "خطاب موجه إلى أشخاص القانون الدولي العام، يهدف إلى تنظيم العلاقات وترشيد التصرفات على نحو ملزم"¹، والقاعدة الدولية كانت ولا تزال دوماً موضوع تأثير وتأثر بما يحدث من متغيرات داخل المجتمع الدولي²، خاصة في ظل العولمة وتطور المعاملات التجارية وحركة رؤوس الأموال والاستثمارات بين الدول هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد تطور دور الأفراد داخل المجتمع الدولي يقابله تطور آخر في دور الدولة التي أصبحت تمارس نشاط الأفراد، لذلك فهئية التحكيم تجد نفسها وفي بعض الحالات ملزمة للرجوع لتطبيق قواعد قانونية دولية هذا في غياب الاختيار الصريح أو الضمني للقواعد القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق، في سبيل الوصول إلى حلول عادلة ومنصفة للنزاع.

أولاً: تطبيق قواعد القانون الدولي العام

إن غياب التعبير الصريح عن الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل الأطراف فسح المجال واسعاً أما بعض الفقه للمطالبة بتطبيق قواعد القانون الدولي العام تهرباً من تطبيق قواعد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار حماية لمصالح المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة، والذي يرى في تطبيق قانون الدولة خطراً على مصالحه لكونها صاحبة السلطة العامة وقادرة على إنهاء العقد بإرادتها المنفردة³.

¹ - عبد المنعم نعيمي، القاعدة القانونية الدولية والقرار الدولي (التلاقي والتنافي)، مقال منشور على شبكة ضياء المؤتمرات والدراسات والأبحاث، www.diae.net، الاطلاع يوم 12 سبتمبر 2020، على الساعة 11:18 سا.

² - قروج مصطفى، إلزامية القاعدة القانونية على صعيد العلاقات الدولية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، جامعة البليدة 2، الجزائر، 2019، ص 30.

³ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 231.

نصت المادة (42) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أنه في حال غياب اتفاق بين أطراف النزاع حول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وجب على هيئة التحكيم أن تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع، وكذلك مبادئ القانون الدولي في خصوص النزاع، لكن الاشكال الذي طرح في هذا الصدد هو في تحديد المقصود من قواعد القانون الدولي وكذا علاقتها بالقانون الوطني للدولة الطرف في النزاع؟، وقد ذهب البعض في تفسير عبارة "مبادئ القانون الدولي" المذكورة في نص المادة (42) للقول بأن المقصود هنا هو قواعد القانون الدولي العام، واستند هذا الرأي إلى بعض أحكام التحكيم التي ارتكزت على اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من ناحية كونها تمثل تقدم في علاقة الدول بالأشخاص القانون الخاص، بحيث أن قبول الدولة المضيفة للاستثمار بالجوء لتحكيم المركز يعد تنازلاً منها عن حصانتها القضائية ومركزها السيادي في علاقتها مع أشخاص القانون الخاص، ومن جهة أخرى فإن هذا القبول يعتبر أيضاً تنازلاً من قبل الدولة عن واجب الحماية الدبلوماسية التي توفره للمستثمرين الذين يحملون جنسيتها، وكذلك تخلي عن رقابتها اللاحقة لأحكام التحكيم الصادرة عن المركز، ومن ثم فإن هذا التعارض بين القانون الدولي العام والقانون الوطني يسمح بفسح المجال أمام القانون الدولي العام للتطبيق لكونه يسمو على قواعد القانون الوطني¹.

لكن الأخذ بهذا الرأي من الجانب النظري أسهل من تطبيقه، بحيث تجد هيئة التحكيم صعوبة عند محاولة الفصل في النزاع المعروض عليها استناداً إلى القانون الدولي العام، بحيث يصعب على الهيئة تحديد قواعده، وما هي المبادئ التي يمكن اعتبارها ضمن القانون الدولي العام والتي تجد اجماعاً دولياً على الأخذ بها والاعتراف بها، وما هي القواعد التي لا تجد اجماعاً دولياً عليها وبالتالي لا تدخل ضمن نطاق قواعد القانون الدولي العام.

¹ - حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 383.

ففي نزاع دار بين الحكومة المصرية ومجموعة من الشركات الأجنبية حول مشروع هضبة الأهرام، وحيث تم إبرام عقد بين الأطراف يكون بموجبه للشركات الأجنبية حق انشاء مشروع سياحي على الهضبة مما يستلزم نقل ملكية أو حيازة المناطق المخصصة للمشروع إلى مجموع الشركات الأجنبية، وهو الأمر الذي رفضته الحكومة المصرية بالرغم من إبرام العقد، لكون إنشاء المشروع سيؤدي لحدوث أضرار بالآثار التاريخية بالمنطقة التي تدخل ضمن التراث الإنساني العالمي، وقد تم عرض النزاع على التحكيم فكان على المحكم أن يختار بين تطبيق مبدأ (القوة الملزمة للعقود) ومبدأ (حماية التراث الإنساني المشترك) وهي المبادئ التي تدخل ضمن النظام العام الدولي، وبالتالي فالمحكم في هذه الحالة يقع في إشكالية المفاضلة بين مبدئين ينتميان إلى نظام قانوني واحد وهو القانون الدولي العام، وفي هذا المثال فقد اتجه المحكم إلى تطبيق مبدأ القوة الملزمة للعقود بحيث ألزم الحكومة المصرية بالتعويض جراء اخلالها بالتزاماتها التعاقدية، لكن الطعن الذي تقدمت به الحكومة المصرية أمام محكمة استئناف باريس أدى إلى ابطال الحكم التحكيمي¹.

كما وأن الأخذ بقواعد القانون الدولي العام تعترضه صعوبات أخرى، فإن كانت بعض المبادئ تجد اجماعاً دولياً عليها إلا أن تطبيقها وتفسيرها يختلف من محكم لآخر بحسب اختلاف الخلفية القانونية لهيئة التحكيم، وكمثال عن ذلك إذا نظرنا إلى مبدأ "حسن النية" الذي تستند إليه العديد من أحكام التحكيم خصوصاً في مجال منازعات عقود الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، إلا أن تطبيق هذا المبدأ يأخذ طابعاً فلسفياً أكثر من كونه واقعة حقيقية، حيث يعتمد على تقدير سلوك الأطراف المتعاقدة أثناء مرحلة إبرام العقد وحتى أثناء مرحلة التنفيذ، الأمر الذي يجعل من تطبيقه يكتسي بشيء من الغموض والنسبية².

ولإن كانت محاولة تطبيق قواعد القانون الدولي العام على موضوع النزاع في عقود الاستثمار الأجنبي تكتسي صعوبة كبيرة إلا أن هناك جانب آخر من الصعوبة

¹ - حسني المصري، المرجع السابق، ص 390/389.

² - حسني المصري، المرجع نفسه، ص 393.

يتعلق بأطراف عقد الاستثمار الأجنبي، فمحاولة إفلات هذه العقود من القانون الوطني للدولة الطرف في العقد وتحويلها عن طريق إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام فيه ضمانات كبيرة للمستثمر الأجنبي، بحيث يترتب على ذلك اعتبار هذه العقود بمثابة معاهدة تسمح بمساءلة الدولة، وفي حالة مخالفة الدولة للالتزامات التعاقدية فهناك إمكانية مساءلتها دولياً¹، لكن العقبة التي تواجه هذا الاتجاه هي الطبيعة الخاصة لأطراف عقد الاستثمار الأجنبي، فإذا كانت الدولة كطرف في العقد تعتبر من أشخاص القانون الدولي إلا أن هذه الصفة لا يمكن أن يتمتع بها المستثمر الأجنبي²، حتى لو تم اختيار قواعد القانون الدولي العام كقانون يحكم النزاع، فهذا الاختيار لا يطفى على أشخاص القانون الخاص الصفة الدولية لأن القانون الدولي العام هو من يتولى تحديد المخاطبين بأحكامه³، وبالتالي فإن أي اتفاق بين طرفين لا يتمتع أحدهما على الأقل بالأهلية الدولية فلا يمكن أن يندمج هذا العقد ضمن النظام القانوني الدولي⁴.

لكن التطور الحاصل في التجارة الدولية ودخول الدولة كأحد الأطراف مع أشخاص القانون الخاص في إبرام العقود أدى إلى طرح إشكالية مدى تمتع الفرد بالشخصية الدولية؟، فهناك جانب من الفقه يدعو إلى الاعتراف لأشخاص القانون الخاص بجزء من الشخصية الدولية في حدود العلاقات التي تربطهم بأشخاص القانون الدولي، فقواعد القانون الدولي الاقتصادي مثلا لا تخاطب الدول فقط وإنما تخاطب الأشخاص أيضا على نحو مباشر وهو ما يترتب عليه اعتبار هؤلاء الأشخاص من أفراد القانون الدولي الاقتصادي⁵، وفي هذا الاتجاه يقول الفقيه (Mann)، أن الأصل في

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 559.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص 687.

³ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 328.

⁴ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 688.

⁵ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص 690.

العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الطبيعية أن تحكم بقواعد قانون داخلي تختاره الأطراف، لكن هذا لا يمنع من اخضاعها لقواعد القانون الدولي العام¹.

ثانياً: تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية (Lex Mercatoria)

يقصد بقواعد التجارة الدولية "مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي استقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي، وتقدم تنظيمًا قانونيًا وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية"²، وفي سنة 1961 قدم الأستاذ "Schimthoff" تعريفاً لقانون التجارة الدولي على أنه "مجموعة القواعد التي تعالج علاقات التجارة الدولية والمستمدة من التشريع الدولي، فالاتفاقيات الدولية التي تتبنى تشريعات موحدة، وتلك المستمدة من العقود النموذجية والشروط العامة التي تصفها وتروجها المنظمات الدولية التجارية الخاصة مثل غرفة التجارة الدولية، أو العامة مثل اللجنة الاقتصادية لأوروبا في الأمم المتحدة، فضلاً عن عادات التجارة الدولية التي تنشأ عن النشاط العفوي والتلقائي للتجار والشركات غير الوطنية"³، أما الدكتور "محمد محسوب" فيعرفه على أنه "مجموعة من العادات والأعراف المرعية في التجارة الدولية، وهي القواعد التي ابتدعها التجار عبر الحدود، باعتبارها تلائم مقتضيات التجارة الدولية"⁴.

ومن خلال هذه التعريفات يمكن استخلاص مجموعة المصادر التي يستمد منها قانون التجارة الدولي مصادره، وهي الأعراف التجارية الدولية والتي نجدها خاصة ضمن اتفاقيات التجارة والعقود النموذجية، بالإضافة إلى أحكام التحكيم التي تتضمن وضع

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص324.

² - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص245.

³ - فيصل عدنان عبد شياح، دراسة في الأساس النظري لقانون التجارة الدولي الجديد، مجلة العلوم القانونية، العدد 31، جامعة بغداد، العراق، 2016، ص326.

⁴ - محمد محسوب، نظرية قانون التجارة الدولي بين الوهم والحقيقة، ط1، مطبعة حمادة، القاهرة، مصر، 2003، ص09.

شروط خاصة أو تحديد معطيات أساسية عند الفصل في النزاع، كما ويضيف البعض مبادئ القانون الدولي، غير أن هذه المصادر ليست على نفس الدرجة من القبول والاعتراف الدولي، فمنها ما هو مقبول لدى الفقه ومطبق على مستوى هيئات التحكيم عند فصلها في النزاع، ولكن منها ما يزال محل خلاف وشك مثل المبادئ العامة في القانون¹.

فالعلاقة بين أطراف عقد الاستثمار الأجنبي تعد علاقة عابرة للحدود وهو ما يستلزم وجود قواعد ذاتية وخاصة تحكم النزاع القائم بين الأطراف، وهذه القواعد يجب أن لا تكون مستمدة من أي نظام قانوني داخلي أو دولي²، فحسب أنصار هذا الاتجاه فالقانون الدولي العام لا يصلح ليحكم هذه العقود كما أن تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة أمر يرفضه ويتجنبه أغلب المستثمرين الأجانب، لذلك فالحل الأمثل حسب أنصار هذا الرأي يتحقق بالبحث عن نظام قانوني لا ينتمي لا إلى القانون الداخلي ولا إلى القانون الدولي، وهو نظام قانون التجارة الدولية، هذا القانون الذي لا يضمن فقط وجود قواعد قانونية تجاوز الحدود الوطنية، ولكنه يضمن أيضا تحقيق المساواة بين أطراف العقد الغير متساوية أصلا في مراكزها القانونية، وهو الأمر الذي أشار إليه الأستاذ "Gaillard" بحيث أكد بأنه وبالرغم من الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار، إلا أن هذه الطبيعة لا تتعارض ومنهج قانون التجارة الدولي، ما دام أن أطراف النزاع لم تقم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لا صراحة ولا ضمنا، ولقد أخذت بعض أحكام التحكيم بهذا الاتجاه من بينها تحكيم (Aramco) ضد السعودية وأيضا تحكيم شيخ قطر³.

وحسب الأستاذ "Schmitthoff" فإن قانون التجارة الدولي يستند إلى ثلاث أسس هي العقود، الشركات والتحكيم، فالأول يقوم على أساس استقلالية الأطراف ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أما الثاني وهو الشركات فتقوم علي اتجاه أفراد مخولين للتصرف

¹ - حسني المصري، المرجع السابق، ص436.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص762.

³ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص648/645.

باسم ولحساب شخص معنوي في إطار الأهداف التي أنشأ لأجلها، أما العنصر الثالث وهو التحكيم فيستند إلى الإرادة الحرة لأطراف النزاع في استبعاد القضاء الوطني المختص أصلاً بالفصل في النزاع واللجوء لقضاء التحكيم لتسوية هذا النزاع، ومنه وحسب الأستاذ "Schmitthoff" تكون قد اجتمعت الإرادة الرئيسية لإحياء قانون التجارة الدولي، أما كل من الأستاذ "Fauchard" و"Goldman" فيرى أن قانون التجارة الدولي يمثل نظام قانوني متكامل تطبقه هيئة التحكيم كهيئة قضائية مستقلة عن سلطة الدولة، فهو يتكون من مجموع الأعراف التي أنشأها مجتمع التجار فهو بالتالي يجسد روح الاستقلالية التي يتميز بها نظام التحكيم¹.

وكما أن هناك اتجاه مؤيد فهناك اتجاه آخر معارض لفكرة قانون التجارة الدولي، فالأستاذة "حفيظة السيد الحداد" تشير في هذه النقطة إلى أن "قواعد القانون الدولي العابر للدول أو القانون التجاري الدولي ما زالت مجرد محاولات ومقترحات فقهية ولم تتجاوز هذا النطاق على الأول في إطار العقود المبرمة بين الدول والأطراف الأجنبية هذا من جهة، كما أنه من الصعب تحديد هويتها وطبيعتها من جهة أخرى"²، كما ويوجه جانب من الفقه انتقاده لقانون التجارة الدولي على أنه وإن كان يتضمن بعض القواعد المتعلقة بتفسير وإبرام العقود إلا أنه يخلو من القواعد التي تحكم بعض المسائل المهمة مثل تلك المتعلقة بأهلية الأطراف والتقدم، فهي بالتالي لا تشكل نظاماً قانونياً مستقلاً بذاته ويمكن الاعتماد عليه فقط للوصول لحل النزاعات المطروحة، كما وإن قواعد قانون التجارة الدولي حسب الرأي المعارض من الفقه وجدت من أجل أن تحكم العلاقات التجارية الدولية بين أشخاص القانون الخاص، وبالتالي فمحاولة تطبيق قواعده على النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي يخفي خلفه محاولة لإيجاد حلول تتناسب ومصالح الشركات الأجنبية في تعاقدها مع الدول³، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ "Kassis" أن المبادئ التي يتكون منها قانون التجارة الدولي وتطبيق القضاء الوطني لها

¹ - فيصل عدنان عبد شعاع، المرجع السابق، ص338.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص763.

³ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص250/249.

لا يعني بالضرورة دولية هذه المبادئ، وإنما هي مبادئ مستمدة من النظم القانونية الوطنية لبلد القاضي، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر سنة (1950) أشارت فيه إلى أن "كل عقد دولي يخضع حتما لقانون دولة معينة"¹.

الفرع الثاني: اللجوء لتطبيق قواعد الأعراف الدولية وقواعد العدالة

ليس من الضروري أن تكون تسوية النزاع الاستثماري من طرف هيئة التحكيم بناء على القانون الذي اختاره الأطراف، ففي بعض الحالات تغيب هذه الإرادة في تحديد مبدأ التسوية ضمن العقد الاستثماري²، فيكون على هيئة التحكيم اللجوء إلى حلول قد تستند فيها للأعراف التجارية الدولية، وهي ما درج التجار على العمل به في موضوع معين وشعروا بالزاميته، كما وقد تلجأ هيئة التحكيم لتطبيق قواعد العدالة والانصاف والتي تعتبر تعبيراً ذاتياً وليس موضوعياً ينصرف لتحديد ما هو عادل وما هو غير عادل في ضمير القاضي أو المحكم³، بحيث تلعب قواعد العدالة والانصاف وظيفتين أساسيتين، الأولى تتمثل في سد الثغرات القانونية الموجودة، أما الثانية فتتمثل في تفسير القواعد القانونية⁴.

أولاً: تطبيق الشروط العقدية وأعراف التجارة الوطنية والدولية

عنيت الكثير من الاتفاقيات الثنائية وحتى الجماعية وأنظمة التحكيم وكذلك بعض القوانين الوطنية بضرورة تطبيق هيئة التحكيم للقواعد المستمدة من الشروط العقدية وكذا أعراف التجارة الوطنية والدولية على موضوع النزاع، فنصت المادة 3/39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على ما يلي "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية في نوع

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص339.

² - عمورة رابح، دور مبادئ العدل والانصاف في تسوية النزاعات الدولية، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، المجلد الرابع، جامعة المدية، الجزائر، 2018، ص199.

³ - عمورة رابح، المرجع نفسه، ص194.

⁴ - Malanczuk Peter, Modern introduction to international law, Seventh revised édition, Rartledge, London, 2001, P55.

المعاملة"، كما وأشار المشرع الجزائري في المادة (1050) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لوجوب اللجوء إلى أعراف التجارة في حالة غياب اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق وهذا بالنص على ".... وفي غياب الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة"، وهو تقريبا نفس النص الذي استعمله المشرع الفرنسي في المادة (1474) من قانون المرافعات الفرنسي التي جاءت كما يلي "يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون..."، غير أنه يلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يتطرق إلى الأعراف التجارية ضمن المادة السالفة الذكر، كما أن كل من المشرع الجزائري والفرنسي لم ينص على ضرورة مراعاة هيئة التحكيم للشروط العقدية عند الفصل في موضوع النزاع، إلا أن المفسرين ألزموا هيئة التحكيم بتنفيذ هذا الواجب، لأن عبارة (القواعد القانونية) الموجودة في كل من النصين لا تعني القواعد التشريعية فقط وإنما تمتد لتشمل اتفاقات الأطراف وكذا الأعراف والعادات التجارية باعتبارها مصدرا من مصادر القاعدة القانونية¹.

أما من ناحية الاتفاقيات الدولية فنجد مثلا المادة (4/28) من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي تنص على "في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المطبقة على المعاملة"، كما ونصت المادة (38) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام (1961) على "في جميع الأحوال يتعين على المحكمين مراعاة شروط العقد وعادات التجارة".

فالشروط العقدية هي تلك الشروط التي يتفق عليها أطراف العقد عند إبرامه أو حتى بعد إبرامه في اتفاق لاحق، وتستمد شرعيتها من مبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف في إبرام العقود بشرط أن لا تكون مخالفة للنظام والآداب العامة، والسؤال الذي طرح في هذا الصدد هو مدى التزام هيئة التحكيم بالشروط العقدية التي تتضمنها العقود النموذجية مثل عقود التأمين، البناء والانشاء، فهي عقود تكون موضوعة سلفا من قبل

¹ - حسني المصري، المرجع السابق، ص 360/361.

مختصين، مما قد يؤثر على حرية أطراف العقد في مناقشتها وبالتالي تضعف حريتهم ولا يملكون سوى الانصياع لشروطها، ولقد أشار الفقه في هذه الحالة إلى أنه إذا كان من المسلم به شرعية هذه العقود نظرا للمنافع التي تحققها والمصلحة التي توفرها لأطراف العقد، إلا أنه ومتى اتخذ العقد صورة العقد النموذجي فإن رضي الأطراف يأخذ شكلا جديدا بحلول إرادة الجماعة التي ينتمي إليها أطراف العقد بدل إرادة المتعاقدين، وهو الأمر الذي يفسح الفرصة أمام هيئة التحكيم للتدخل متى رأت أن هناك إخلالا بالمساواة بين المتعاقدين يستدعي إعادة التوازن للعقد¹.

إلى جانب الشروط التعاقدية التي يجب على هيئة التحكيم احترامها أثناء الفصل في موضوع النزاع بين الأطراف، وجب عليها أيضا مراعاة الأعراف التجارية، وهو ما نص عليه كل من المشرع الجزائري والمصري ضمن المواد السالفة الذكر، والعرف هو القاعدة التي درج الناس على الأخذ بها مدة زمنية بحيث يتولد لديهم شعور بالزاميتها وضرورة الأخذ بها، ومن المعروف أن العرف يشكل أحد مصادر القانون التجاري وله أهمية كبيرة في التجارة الدولية التي تتطلب السرعة والمرونة التي لا يستطيع المشرع الوطني مسايرتها، وبالتالي لا يكون لأحد الحق في الادعاء بجهلها، لأنها والقانون سواء في القوة الملزمة، اما الملاحظ من نص المادة (4/28) من قانون اليونسترال والمادة (38) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي أنها نصت على "العادة التجارية" ولم تنص على العرف التجاري، والفرق بينهما يكمن حسب قول البعض في أن العادة التجارية هي عرف ناقص، أي أن العادة التجارية هي ما درج الناس على اتباعها ولكن لم يتولد لهم الحس بالزاميتها، وبالتالي وعلى عكس العرف فإن هيئة التحكيم غير ملزمة بالأخذ بها، كما يكون من حق أي طرف في النزاع رفض تطبيق هذه العادات التجارية متى أثبت جهله بها².

لكن الاختلاف الذي وجد ليس في تفسير العادة التجارية ولكن في تفسير عبارة "في جميع الأحوال" والتي وردت في كل من قانون اليونسترال والاتفاقية الأوروبية

¹ - حسني المصري، المرجع السابق، ص 361/360.

² - حسني المصري، المرجع نفسه، ص 362/361.

للتحكيم التجاري الدولي، وفي ذلك ظهرت اتجاهات، حيث ذهب الاتجاه الأول للقول بأن عادات وأعراف التجارة تشكل لوحدها قانونا مستقلا يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر أحكامها استنادا عليها فقط في حالة غياب اختيار للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، أما الاتجاه الثاني فيرى أنه ورغم وجوب تطبيق الأعراف والعادات التجارية من طرف هيئة التحكيم إلا أنها لا يمكن أن تقوم بإغفال قواعد القانون الوطنية، فتطبيق هذه الأعراف والعادات يجب أن يكون احتياطيا ولا يمكنها أن تحل محل التشريعات الوطنية، ويستند هذا الاتجاه في طرحه للرفض الذي تتلقاه أحكام التحكيم التي تستند للعادات والأعراف التجارية في الفصل في النزاعات خاصة من طرف الدول النامية التي ترى في ذلك حماية لمصالح الشركات الأجنبية أكثر منه تحقيقا للعدالة بين الأطراف¹.

ثانيا: تطبيق قواعد العدالة والانصاف

لا يمكن للقاعدة القانونية عند وضعها أن تستوعب جميع الفروض والاحتمالات الممكنة، فحياة الأفراد في المجتمع في تغير وتطور مستمر لا يمكن في بعض الحالات أن تواكبه القاعدة القانونية خاصة في مجال الاستثمار الدولي والتجارة الدولية، مما يستدعي في هذه الحالات أن تلجأ هيئة التحكيم لتطبيق قواعد العدالة والانصاف من أجل تغطية العجز التشريعي وحتى لا يكون هناك انكار للعدالة.

والمقصود بالعدالة حسب جانب من الفقه هو تحقيق العدل في حالات خاصة، حيث أن صياغة القاعدة القانونية تكون بصفة عامة ومجردة، الأمر الذي قد يوقع الضرر بأحد أطراف النزاع عند تطبيقها لوجوده في ظرف خاص، لذلك يبدو في هذه الحالة من الأنسب الرجوع لتطبيق مبادئ العدالة من أجل التوفيق بين القاعدة القانونية والظرف الخاص لأطراف النزاع، فالعدالة بهذا المعنى هي اختيار أنسب الحلول التي تتلاءم مع ظروف ومعطيات النزاع القائم بين الأطراف، أما العدل فهو ثابت لا يمكنه الإحاطة بجميع المتغيرات التي قد تحصل².

¹ - حسني المصري، المرجع السابق، ص 373/374.

² - منية شنشاش، المرجع السابق، ص 36.

أما الانصاف في إطار قضاء التحكيم فيكون من خلال توزيع أثر المخاطر الناتجة عن تنفيذ العقد والغير متوقعة، لكون هذا النوع من العقود يتم تنفيذه على مدة طويلة من الزمن قد تستمر لسنوات مما يصعب من عملية توقع العقوبات التي قد تصادف المتعاقد أثناء التنفيذ، وبالتالي يأتي هنا دور الانصاف من أجل التخفيف من هذه الشروط العقدية التي تعتبر مجحفة بالنسبة لأحد أطراف العقد¹.

كما أن هناك من عرف العدالة والانصاف على أنها تلك القواعد التي يتم استخلاصها من خلال العقل وحكمة التشريع ويتم الالتجاء إليها من أجل استخلاص الحلول الواجب تطبيقها على المنازعات².

وحيث أن الهدف الأساسي من وضع التشريعات القانونية هو تحقيق العدالة والانصاف في المجتمع سواء على النطاق الوطني أو الدولي، غير انه وقد يحدث أن ينفصل القانون عن هدفه في تحقيق العدالة والانصاف، وهذا بسبب اختلاف المصالح التي يجمعها كل منهما، فالعدالة هي قيمة مطلقة تهدف إلى تحقيق ما يجب أن يكون، أما القانون فيعمل على استقرار وحماية المراكز القانونية ولو كان ذلك على حساب العدالة أحيانا.

ولإن كان للقاضي اللجوء لقواعد العدالة والانصاف كأحد الحلول من أجل تسوية النزاع المعروض أمامه في حالة غياب القاعدة القانونية، فإنه كذلك يكون لهيئة التحكيم الرجوع لقواعد العدالة والانصاف، ولكن تطبيق هذه القواعد في الإطار الدولي لا يكون محبدا في العقود قصيرة الأجل، فهذا النوع من العقود كثيرا ما تزخر الأنظمة القانونية الوطنية بقواعد منظمة وحاكمة لجميع المسائل المتعلقة بها، على عكس العقود التي يتطلب إنجازها مدة طويلة مثل عقود الاستثمار التي غالبا ما تمتد فترة إنجازها لسنوات، في هذه الحالة قد تصطدم هيئة التحكيم عند الفصل في النزاعات الناشئة عن هذه العقود

¹ - منية نشناش، المرجع السابق، ص37.

² - حنا عيسى، القانون يجسد مبادئ العدالة والانصاف، مقال منشور على موقع www.Pulpit-alwatanvoice.can

تاريخ النشر 2016/08/09، تاريخ الاطلاع، 2019/12/22، على الساعة 17:36.

بالجمود التشريعي وحتى الفراغ أحيانا، مما يستدعي البحث عن قواعد مناسبة لتسوية النزاع¹.

ولكن السؤال الذي طرح في هذا الشأن هو مدى إلزام هيئة التحكيم بشروط العقد وعادات وأعراف التجارة حين تقوم بالفصل في النزاع استنادا لقواعد العدالة والانصاف؟ وفي هذه الحالة فقد أتجه الفقه للقول بان عادات واعراف التجارة الدولية لا تلزم هيئة التحكيم حال فصلها في النزاع إذا رأت أنها تخالف مقتضى العدالة والانصاف الذي تسعى لتطبيقه بين أطراف النزاع، فهئية التحكيم في هذه الحالة تتمتع بحرية كبيرة في تقرير الحل الذي تراه مناسباً، فيمكنهما أن تستخدم مبادئ القانون العام أو حتى أي نظام قانوني تراه مناسباً لحل النزاع، كما يمكنها توسيع من تطبيق مبدأ قانوني معين أو تعديله، الأمر الذي يساهم في تطوير القواعد القانونية².

أما فيما يخص مدى إلزام هيئة التحكيم التي تفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والانصاف بالشروط العقدية، فنجد أن بعض أنظمة التحكيم قد أشارت إلى هذه الحالة من بينها المادة (4/28) من قانون اليونسترال التي نصت على "في جميع الأحوال تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً لعبارات العقد..."، كما ونصت المادة (1/08) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي على "يراعي المحكومون في الحاليتين شروط العقد..."، فمن خلال ما تقدم نلاحظ أن إلزام هيئة التحكيم بمراعاة شروط العقد أمر واضح، لكن الإلتزام بتطبيق هذه الشروط والإلتزام بمراعاتها شيء مختلف، فقد تضطر هيئة التحكيم حال فصلها في النزاع أن تقوم باستبعاد شرط أو عدة شروط متى رأت أنها تعرقل أو تخالف العدالة والانصاف بين أطراف النزاع، ويكون في غالب الأحيان مضمون العقد المبرم بين الأطراف هو الأساس والمعلم الذي تستدل به هيئة التحكيم، فإذا تأثر هذا المضمون بعوامل غير متوقعة أدت إلى اختلال التوازن

¹ - حسني المصري، المرجع السابق، ص 423.

² - بفتيش عثمان، بكسان هوارى، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة منازعات الأعمال، العدد 05، جامعة مستغانم، الجزائر، 2015، ص 42.

الاقتصادي والمالي بين أطراف العقد، ففي هذه الحالة تعمل هيئة التحكيم على إعادة
هذا التوازن بين الأطراف المتعاقدة¹.

¹ - حسني المصري، المرجع السابق، ص 427/428.

خلاصة:

إن قبول الدولة أو الشخص العام التابع لها لبند التحكيم يستتبعه مجموعة من التنازلات الضمنية، هذه التنازلات غالبا ما تقوم بها الدولة لصالح المستثمرين الأجانب، وأخطر هذه التنازلات التي تقدمها الدولة المتعاقدة هي قبولها باستبعاد قواعد قانونها الوطني، من خلال فسح المجال أمام الأطراف أو هيئة التحكيم لوضع قواعد قانونية بأنفسهم أو من خلال اختيار نظام قانوني خاص بمؤسسة تحكيمية أو دولة أخرى.

وبالرغم من اجتهاد الدول وخاصة منها الدول النامية في محاولة فرض تطبيق قواعد قانونها الوطني على النزاع الاستثماري، إلا أن التطبيق الواقعي أظهر عكس ذلك، وهذا من خلال استعمال هيئة التحكيم لكل الوسائل في سبيل استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار، والعمل على تدويل العقد الاستثماري وتطبيق قواعد قانونية دولية على النزاع.

الخاتمة

وفي خاتمة هذه الدراسة يمكن ملاحظة مدى انتشار نظام التحكيم وثبات أركانه في غالبية دول العالم كطريق بديل أو موازي لقضاء الدولة في تسوية منازعات التجارة الدولية والاستثمار، وهذا باتفاق الأطراف على استبعاد قضاء الدولة واللجوء لقضاء التحكيم لتسوية النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ أثناء تنفيذ أو تفسير عقود الاستثمار الأجنبي، وهذا الانتشار الواسع والقبول وسط المستثمرين الأجانب خصوصا، والذي قابله اعتراف أغلب الأنظمة التشريعية بالتحكيم من خلال إدراج نصوص قانونية ضمن منظومتها التشريعية من أجل ضبط هذا النظام، وإن كانت أغلب التشريعات قد استمدت وأخذت من قواعد اليونسترال للتحكيم والصادرة عن لجنة التجارة الدولية الخاصة بالأمم المتحدة.

ومن خلال ما سبق في هذه الدراسة فإن أهم النتائج التي تم التوصل إليها يمكن إجمالها كما يلي، أنه إذا كان لكل نظام إيجابياته وسلبياته، فإن نظام التحكيم لا يخرج عن هذه القاعدة، فإذا كانت إيجابيات نظام التحكيم حسب ما ذهب إليه أنصار ومؤيدو فكرة اللجوء للتحكيم تتلخص في سرعة الفصل في النزاع، حياد هيئة التحكيم وعدم خضوعها لأي سلطة فوقية وكفاءة هذه الهيئة في تسوية نزاعات تتطلب درجة من التخصص والدقة التقنية، إلا أن هذا النظام لا يخلو من عيوب، وهذه العيوب أو الآثار السلبية تختلف حسب الطرف المعني سواء أكان المستثمر الأجنبي أو الدولة المضيفة للاستثمار.

وحيث أن هذه الدراسة قد اقتصر على البحث في آثار لجوء الدولة والهيئات التابعة لها للتحكيم من الناحية القانونية فقط، فإنه ومن خلال هذه الدراسة نلاحظ مدى تأثير نظام التحكيم على المنظومة القانونية للدولة، سواء من ناحية الاختصاص القضائي أو من جهة الاختصاص التشريعي للدولة المتعاقدة الطرف في عقد الاستثمار مع المستثمر الأجنبي. فإدراج البند التحكيمي ضمن العقد يجعل من هيئة التحكيم تقف في مكانة موازية للقضاء الوطني صاحب الاختصاص في الفصل في مثل هذه المنازعات، وهذا الوضع يتعارض مع كون أحد أوجه سيادة الدولة على إقليمها هو انفرادها في تحديد قواعد الاختصاص القضائي

وخضوع جميع النزاعات التي تنشأ على إقليمها لقضائها الوطني، وبالتالي فإن استبعاد قضاء الدولة لصالح قضاء بديل خارج كلياً عن سلطتها وسلطة أي دولة أخرى يجعل من هيئة التحكيم وعند فصلها في النزاع لا تراعي أبداً المركز السيادي للدولة والمصلحة التي تعمل الدولة على حمايتها وتحقيقها من خلال إبرامها لهذه العقود، بل تقف الأطراف على قدم المساواة، وبالتالي فهذه الهيئة التحكيم لا تأخذ بفكرة المصالح العليا للدولة ولا بقاعدة أعمال السيادة، وهذا في حد ذاته يعتبر خسارة كبيرة للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

ويمتد أثر لجوء الدولة للتحكيم إلى المساس بحصانتها التشريعية، بحيث أن الأصل هو انفراد الدولة بسن النصوص القانونية الواجبة التطبيق على إقليمها وهذا من خلال الهيئات القانونية التي تطلع بسلطة التشريع في الدولة، كما أن هذه النصوص القانونية تمثل انعكاساً لسياسة الدولة والتي من خلالها تعمل الدولة على تحقيق أهدافها الاقتصادية والتنموية، لكن وبمجرد قبول الدولة أو الهيئة التابعة لها باللجوء للتحكيم في نزاعها مع المستثمر الأجنبي فإنها تتخلى عن منظومتها التشريعية وتضعها في يد هيئة التحكيم التي يكون لها القرار الأخير في تطبيق القواعد القانونية للدولة المتعاقدة أو أي نظام قانوني آخر، حتى لو حاولت الدولة فرض تطبيق قواعدها القانونية على النزاع، وهذا ما تفعله العديد من الدول وخاصة منها الدول النامية، وكذلك تركيز العديد من اتفاقيات الاستثمار الثنائية وحتى الجماعية على أولوية القانون الوطني للدولة المتعاقدة في التطبيق، إلا أن هيئة التحكيم وفي أغلب الحالات تحاول تجنب تطبيق القانون الوطني وتعمل على استبعاده بجميع السبل وهذا لصالح قواعد قانونية دولية، وهذا ما يؤثر سلباً على مصالح الدولة المضيفة للاستثمار التي تسعى لحمايتها من خلال منظومتها التشريعية.

وفي مقابل هذه الآثار السلبية التي قد تنجم عن لجوء الدولة والهيئات التابعة لها للتحكيم، فإن بعض الدول وفي محاولة تدارك الخسائر التي قد تلحقها فهي تتجه إما لرفض الاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة، وهذا من خلال الدفع بعدم أهلية الشخص المعنوي العام للجوء للتحكيم أو بالدفع بعدم قابلية موضوع النزاع للتسوية عن طريق التحكيم، كما قد تعتمد

الدولة المتعاقدة إلي محاولة رفض تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر في النزاع، لكن كل هذه المحاولات قد فشلت لأنها وبكل بساطة تخالف أبسط المبادئ القانونية وهو مبدأ حسن النية في التعاقد، فالدولة أو الهيئة العامة وعند قبولها بإدراج البند التحكيمي فهي وحسب الفقه الغالب تتنازل ضمناً عن حصانتها، كما أن أي منع لأشخاص القانون العام من اللجوء للتحكيم لا يسري إلا في إطار القواعد القانونية الداخلية للدولة دون المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي.

وبعد دراسة أهم أثرين قانونيين للجوء الدولة أو الهيئات التابعة لها للتحكيم في نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب، يمكن أن نخلص إلى مجموعة من التوصيات كما يلي:

❖ يتجه المجتمع الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية وحتى أنظمة التحكيم المختلفة إلى تسهيل وتبسيط إجراءات اللجوء للتحكيم بين أشخاص القانون العام والمستثمرين الأجانب، فقد يجد الشخص العام نفسه قد دخل في نزاع تحكيمي دون سابق قبول صريح منه، وهذا عن طريق اتفاقيات الاستثمار التي تبرمها الدولة، فقبول الدولة بالتحكيم كطريق بديل لتسوية النزاعات ضمن اتفاقيات الاستثمار بينها وبين دولة أخرى قد أصبح بمثابة قبول لهذه الدولة باللجوء للتحكيم بينها وبين مستثمري الدولة الطرف في اتفاقية الاستثمار حتى دون وجود اتفاق صريح بين الدولة والمستثمر الأجنبي باللجوء للتحكيم، وهذا ما أخذ به المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول والمستثمرين من دول أخرى، فهذا التوسع في رضا الأطراف بقبول البند التحكيمي زاد بشكل كبير في عدد القضايا التحكيمية وهو ما أثر سلباً على مصالح الدول خاصة منها الدول النامية، وعليه وجب على الدول مراجعة اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها وفق الواقع الجديد المتغير والذي فرضه التطور المستمر للتجارة الدولية والاستثمارات بين الدول.

❖ يتجه المستثمرون للتحكيم للمزايا التي يوفرها، من سهولة في الإجراءات وسرعة في تسوية النزاعات، أما الدول وخاصة النامية منها فقبولها بالتحكيم لا يكون إلا بهدف تقديم ضمانات للمستثمر الأجنبي من أجل الحضور واستثمار أمواله على إقليمها، لكن الخطأ

الذي يمكن أن تقع فيه الدولة المضيفة للاستثمار، هو أن تجعل من عملية جذب الاستثمارات ورؤوس الأموال غاية في حد ذاتها، وبالتالي فالدولة تعمل على تقديم الضمانات والامتيازات بشكل مبالغ فيه وغير مدروس، وهو الأمر الذي أثبت الواقع أن نتائجه عكسية بحيث أن هذا المناخ الاستثماري لا يجذب سوى الاستثمارات الانتهازية والفاشلة.

❖ تختلف الدول في النظام القانوني المعتمد، فهناك من تأخذ بنظام القانون الموحد، كما ان هناك من تأخذ بتقسيم القانون إلى عام وخاص والذي يفصل بين القضاء الإداري والقضاء العادي، وحيث أن هذه الخلفية القانونية ستعكس على أفراد هيئة التحكيم التي تختلف جنسية كل فرد من أفرادها، وبالتالي فإنه يجب على الدولة أو الشخص العام الطرف في النزاع التحكيمي أن يحسن اختيار أفراد هيئة التحكيم التي ستفصل في النزاع، فقول القانون الموحد لا تعترف بنظرية العقد الإداري ولا بالامتيازات التي يمنحها القانون للدولة أثناء تنفيذ هذه العقود، كما أن هذه النظرية غريبة عن النظام القانوني الدولي، فالدول مثل الجزائر ستجد صعوبة في إقناع هيئة التحكيم بالامتيازات التي تتمتع بيها بصفقتها أحد أشخاص القانون العام، فبتعاقدها مع المستثمرين الاجانب، وفي عديد القضايا التحكيمية فقد تم رفض مثل هذا الدفع المطالب بتطبيق قواعد القانون الإداري على النزاع، لذلك فإن حسن اختيار أفراد هيئة التحكيم سيساعد على فرض تطبيق المبادئ القانونية للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع التحكيمي.

❖ إذا كان اللجوء للتحكيم من الأمور المسلم بها في نزاعات الاستثمار الاجنبي، بحيث أصبح التحكيم يمثل القضاء الطبيعي لمثل هذا النوع من النزاعات، إلا أن هذا لا يمنع الدولة المضيفة للاستثمار أن تقوم باستثناء النزاعات المتعلقة ببعض القطاعات أو المجالات الحيوية من أن تخضع للتسوية عن طريق التحكيم وأن تخضعها حصرا للقضاء الوطني، وهو الأمر الذي قامت به بعض الدول مثل السعودية التي أخضعت النزاعات البترولية للقضاء الوطني، خاصة وأن جل الاستثمارات الأجنبية تتمحور حول الثروات الطبيعية لهذه الدول.

❖ تتجنب هيئات التحكيم المختلفة تطبيق القواعد القانونية للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار وهذا لأسباب عديدة، ورغم ما يعرفه العالم من عولمة للنص القانوني، بحيث لا يمكن لهيئة التحكيم التذرع بعدم ملائمة القواعد القانونية الوطنية لحكم نزاعات عقود الاستثمار الأجنبي، إلا أن هيئة التحكيم وفي غالب الحالات تتهرب من تطبيق القواعد القانونية الوطنية وتلجأ لتطبيق قواعد القانون الدولي، رغم أنه وفي بعض الحالات نشهد تطبيق القواعد القانونية الوطنية ولو بشكل جزئي، ولتجنب وقوع مثل هذا التجاهل للقواعد القانونية الوطنية من طرف هيئة التحكيم، فيقع على عاتق الدولة ان تفرض على هيئة التحكيم احترام حصانتها التشريعية، فهئية التحكيم وإن كانت تتمتع بحرية كبيرة ولا تخضع أثناء تأدية مهامها لسلطة أي دولة، إلا أنها في المقابل ملزمة بإصدار حكم تحكيمي معترف به وقابل للتنفيذ، وهي النقطة التي من خلالها يمكن للدولة المتعاقدة التدخل من أجل إرجاع الأمور إلى نصابها والزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الوطني على النزاع.

❖ من الصعب في الوقت الحاضر إقناع المستثمر الأجنبي بالخضوع للقضاء الوطني للدولة المتعاقدة، لكن هذا لا يمنع من محاولة الدولة المتعاقدة حصر النزاع والتسوية على إقليمها وإخضاع هيئة التحكيم لرقابة قضائها الوطني، فهئية التحكيم لا يمكنها أداء مهمتها التحكيمية دون مساعدة من القضاء الوطني، هذا الأخير الذي يمثل سندا تلجأ إليه هيئة التحكيم في الكثير من الأمور الإجرائية، وبالتالي يكون من الأحسن أن تبادر الدولة بإنشاء أو دعم مراكز تحكيم وطنية متخصصة تلجأ إليها الأطراف لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي بدل اللجوء لمراكز تحكيم أجنبية.

❖ دعم الشفافية وتسهيل وصول الطلبة والباحثين لقضايا التحكيمية التي تكون الدولة طرفا فيها وهذا لتعلقها بالمال العام، فمبدأ السرية الذي يتميز به نظام التحكيم يجب أن يكون ضمن نطاق محدود بحيث يسمح للباحثين والدارسين الوصول لهذه القضايا وهو ما يساعد على وضع اجتهاد تحكيمي قد تستند إليه الدولة أثناء إبرامها أو قبولها لاتفاقيات التحكيم في المستقبل.

وأمام هذا الواقع، فإنه لم يعد من الخفي مدى الآثار السلبية التي تلحق بالدولة حين قبولها بتسوية النزاع الاستثماري عن طريق التحكيم، سواء من الناحية القضائية أو التشريعية، فمن غير المعقول أن تقبل دولة ذات سيادة بوضع نضامها القضائي والتشريعي بين يدي أفراد هيئة التحكيم لتقوم بتقييمه وحتى استبعاده.

وفي الأخير وإن كانت هذه الدراسة قد تناولت جانبا من موضوع التحكيم في نزاعات عقود الاستثمار الأجنبي، إلا أنها تبقى غير كافية للإحاطة والإلمام به، فموضوع التحكيم والاستثمار من المواضيع المتغيرة والمتطورة باستمرار والتي تستدعي مواكبة وبحث دوري من أجل ضبطها والإلمام بها.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- المصادر:

أ- الدستور:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل دستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج ر ج ج عدد 76، الصادر في 08 ديسمبر 1996، المعدل بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أفريل 2002، ج ر عدد 25، مؤرخ في 24 افريل 2002، والقانون رقم 08-09، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر ج ج عدد 36، الصادر في 16 نوفمبر 2008، والقانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد 14، الصادر في 7 مارس 2016، والمرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية عدد 82، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

ب- الاتفاقيات الدولية:

1. مرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، المتضمن مصادقة الجزائر علي اتفاقية نيويورك للإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية، الجريدة الرسمية عدد 48، بتاريخ 23 نوفمبر 1988.
2. مرسوم رئاسي 90-319 المتضمن المصادقة علي الإتفاق الجزائري الأمريكي حول تشجيع وحماية الاستثمارات بين البلدين، جريدة رسمية عدد 45 الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1990.
3. الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والإتحاد الإقتصادي البلجيكي اللكسمبرجي، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة

- للإستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أبريل 1991، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 05 أكتوبر 1991، الجريدة الرسمية عدد 46 الصادرة بتاريخ 06 أكتوبر 1991.
4. الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، الموقعة بالجزائر في 13 فيفري 1993، المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 02 جانفي 1994، الجريدة الرسمية عدد 01 الصادرة بتاريخ 02 جانفي 1994.
5. الإتفاق والبروتوكول الإضافي بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة ألمانيا الاتحادية، يتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقعين بالجزائر في 11 مارس 1996، المصادق عليهما بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 2000-280 المؤرخ في 07 أكتوبر 2000، الجريدة الرسمية عدد 58 الصادرة بتاريخ 08 أكتوبر 2000.
6. الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية جنوب إفريقيا، حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقعة بالجزائر في 20 سبتمبر 2000، المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 01-206 المؤرخ في 23 جويلية 2001، الجريدة الرسمية عدد 41 الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2001.
7. مرسوم رئاسي رقم 2000-280 المؤرخ في 9 أكتوبر 2000 المتضمن التصديق على الاتفاق والبروتوكول الإضافي بين الجزائر وألمانيا المتعلق بتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، ج ر عدد 58 الصادرة في 08 أكتوبر 2000.
8. الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الأرجنتينية حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة بالجزائر في 04

أكتوبر 2000، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 01-366، المؤرخ في 13 نوفمبر 2001، الجريدة الرسمية عدد 69، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 2001.

ج- النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-284 المؤرخ في 17 جمادي الأول عام 1386 الموافق ل 15 سبتمبر 1966 م، المتضمن قانون الإستثمارات، جريدة رسمية عدد 80، بتاريخ 17 سبتمبر 1966.
2. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
3. أمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.
4. قانون رقم 82-11 المتعلق بالاقتصاد الوطني الخاص، المؤرخ في 21 أوت 1982، جريدة رسمية عدد 34، المؤرخة في 24 أوت 1982.
5. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.
6. قانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، المؤرخ في 12 يناير 1988، جريدة رسمية عدد 02، المؤرخة في 13 يناير 1988.
7. قانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض، المؤرخ في 14 أبريل 1990، جريدة رسمية عدد 16، المؤرخة في 18 أبريل 1990.

8. مرسوم تشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم للأمر 66-154 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 08 جوان 1966، الجريدة الرسمية عدد 27، الصادرة بتاريخ 27 أفريل 1993.
9. مرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الإستثمار، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، الجريدة الرسمية عدد 64، الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1993.
10. أمر رقم 96-23 المؤرخ في 09 يوليو 1996، المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، الجريدة الرسمية عدد 43، الصادرة بتاريخ 10 يوليو 1996، المعدل والمتمم.
11. أمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية عدد 47، الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001.
12. قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمكمل للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 27 أفريل 1993.
13. قانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الإستثمار، الجريدة الرسمية عدد 46، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2016.

د- النصوص التنظيمية:

1. مرسوم رئاسي 346/95 المؤرخ في 30/10/1995، والصادر في الجريدة الرسمية عدد 66 بتاريخ 05/11/1995.
2. مرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

هـ - القرارات القضائية:

- قرار الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا بتاريخ 2010/06/03 ملف رقم 626204، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، ص 250/247.

ثانياً - المراجع:

أ- المراجع باللغة العربية

I - الكتب:

I.1- الكتب العامة:

1. أحمد خليل، مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري دراسة في واجب الاعلام في مجال القانون الإجرائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مفاوضات العقود الدولي (قانون الإرادة وأزمة)، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، 2008.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
4. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
5. أنور محمد صدقي المساعدة، المسؤولية الجزائرية عن الجرائم الاقتصادية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
6. حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
7. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

8. خالد عبد الفتاح محمد خليلي، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، 2002.
9. رفعت عبد السيد، مبدأ الأمن القانوني (دراسة تحليلية في ضوء القانون الإداري والدستوري) ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2011.
10. سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
11. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1975.
12. سمير ميرغني طحال، الإستثمار الأجنبي المباشر في العالم العربي، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
13. شربل طانيوس صابر، عقد الوكالة في التشريع والفقہ والاجتهاد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
14. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1968.
15. عائشة راتب، التنظيم الدبلوماسي والقنصلي، دار النهضة العربية، 1963.
16. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1952.
17. عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري (النظرية العامة للنظم السياسية)، دار الكتاب العربي، القاهرة مصر، 2004.
18. عليوش قريوع كمال، قانون الاستثمار في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

19. محمد الصعير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

20. محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

21. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.

22. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

23. محمد محسوب، نظرية قانون التجارة الدولي بين الوهم و الحقيقة، ط1، مطبعة حمادة، القاهرة، مصر، 2003.

2.1- الكتب المتخصصة:

1. أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

2. إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

3. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2008.

4. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

5. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010.

6. بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، طرق الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومة، الجزائر، 2017.
7. جابر جاد نصار، الاستثمار الأجنبي في المرافق العامة الاقتصادية، بدون دار نشر، مصر، 2003.
8. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.
9. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في الدعوى التحكيمية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
10. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
11. الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
12. حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000.
13. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
14. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
15. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
16. حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

17. حمدي على عمر، التحكيم في عقود الإدارة- دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.
18. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الشروق، مصر، 2002.
19. سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، ط1، دائرة القضاء، أبو ظبي، الامارات، 2014، ص25.
20. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
21. طرح البحور علي حسن، الاختصاص القضائي الدولي يحكم التحكيم، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.
22. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005.
23. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات)، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006.
24. لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
25. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.
26. مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2010.
27. مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

28. ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
29. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2005.
30. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2005.
31. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2006.
32. هادف هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2001.
- II- الرسائل والمذكرات الجامعية:**
- II.1- الرسائل الجامعية:**
1. باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة جامعية 2014/2015.
2. بالعسلي ويزة، المسؤولية الجزائرية للشخص المعنوي عن الجريمة الاقتصادية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014.
3. تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي - دراسة مقارنة - رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة جامعية 2010/2011.
4. حسن طالبي، تسوية النزاعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005/2006.

5. بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2015.
6. دوفان ليديّة، النظام القانوني للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه للطور الثالث LMD، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2018.
7. رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدولة النامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، السنة الجامعية، 2011/2010.
8. صبرينة جبايلي، أثر التحكيم في خصومة العقد الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2017/2016.
9. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي، القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2010.
10. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/2010.
11. العيساوي حسين، الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية أمام القاضي المحكم، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014.

12. عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، بدون تاريخ المناقشة.

13. قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2012.

14. قزيقز فتيحة، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2017.

15. معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1998.

II.2- المذكرات الجامعية:

1. دحماني فريدة، القوة الإلزامية للحكم التحكيمي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي محند أو الحاج، البويرة، الجزائر، 2018.

2. علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2013/2014.

3. منار سالم نزيان، تنفيذ الأحكام القضائية الدولية، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2010.

4. منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة (1)، الجزائر، 2014/2013.

III - المقالات:

1. إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 07، كلية الحقوق، جامعة الزاوية، ليبيا، 2015.
2. أحمد المصطفى محمد صالح، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في ضوء الاستثمار السوداني، 2013، مجلة جامعة شندي، العدد 16، السودان، 2016.
3. بفتيش عثمان، بكسان هواري، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة منازعات الأعمال، العدد 05، جامعة مستغانم، الجزائر، 2015.
4. بواب بن عمر، هنان علي، الحق في التوقع المشروع كأحد ركائز الأمن القانوني، مجلة الدراسات القانونية، العدد 01، المجلد 07، جامعة مولاي الطاهر (سعيدة)، الجزائر، 2020.
5. حاتم زايد، هبة خليل، مصر والتحكيم الدولي، مجلة المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، مصر، 2013.
6. حسينة شرون، علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، مجلة الباحث، العدد 05، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2007.
7. دوفان ليدية، لعجال ياسمينية، أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم، دفاتر السياسة والقانون، العدد 16، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2017.

8. رائد صيوان عطوان، ميادة صباح حسن، مدى إمكانية تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية على عقود الاستثمار النفطي، مجلة كلية الحقوق، العدد19، جامعة النهرين، العراق، 2017.
9. رعد عبد الأمير مظلوم، قاعدة الحد الأدنى لتملك الأجانب للعقارات في العراق في ضوء القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 03، جامعة ديالى، العراق، 2016.
10. زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على قواعد التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد2، المجلد 13، 2016.
11. سالم خلف أبو قاعود، الحيادة شرط لاختيار المحكم، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد (03)، المجلد (14)، الجامعة الأردنية، الأردن، 2015.
12. شامي ياسين، مفهوم مبدأ الوجاهية في الخصومة القضائية، مجلة المعيار، العدد11، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، جوان 2016.
13. شاهين فايز الحاج، القانون الواجب التطبيق على أساس النزاع، المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد 14، 2012.
14. شورش حسن عمر، خاموش عمر عبد الله، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه، مجلة العلوم القانونية، العدد (02)، المجلد 32، جامعة بغداد، العراق، 2017.
15. طلال ياسين العبسي، علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، المجلد 25، سوريا، 2009.

16. عبد الرسول عبد الرضا جابر، حسين عباس حسين، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد2، جامعة بابل، العراق، 2016.
17. عتيقة بلجبل، علاقة مبدأ المساواة أمام القضاء بكفالة حق التقاضي، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد (09)، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2013.
18. على إبراهيم شعبان، مدى تأثير التحكيم في العقود الإدارية بمبدأ سيادة الدولة، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية، عدد 33، الإسكندرية، مصر، 2017.
19. علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري وقواعد الأستاذ في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 07، كلية الحقوق، جامعة الزاوية، ليبيا، 2015.
20. عمر فلاح العطين، ريزان حمود، اتفاق التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية، عدد 08، الجزائر، 2015.
21. عمورة رابح، دور مبادئ العدل والانصاف في تسوية النزاعات الدولية، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، المجلد الرابع، جامعة المدية، الجزائر، 2018.
22. فراس كريم شعبان، أرم عصام خضير، أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 08، المجلد، 03، العدد 29، العراق، 2016.
23. فيصل عدنان عبد شياح، دراسة في الأساس النظري لقانون التجارة الدولي الجديد، مجلة العلوم القانونية، العدد 31، جامعة بغداد، العراق، 2016.
24. قروج مصطفى، إلزامية القاعدة القانونية على صعيد العلاقات الدولية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد09، جامعة البليدة 2، الجزائر، 2019.

25. قشي الخير، تطبيق القانون الدولي الاتفاقي في الجزائر، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 4، جامعة باتنة، الجزائر، 1995.
26. كيحل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، العدد 42، جامعة أدرار، الجزائر، 2018.
27. لونس حرزي، مفهوم مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على ضوء الاتفاقيات الثنائية للاستثمار والممارسة التحكيمية الدولية، مجلة العلوم الإنسانية، عدد7، جزء 2، جامعة أم البواقي، جوان 2017.
28. منى عبد العالي موسى، رفاه كريم كربل، التحكيم وأثره على العقد الإداري، مجلة جامعة بابل، العدد 01، المجلد 15، العراق، 2008.
29. منية نشناش، تأثير التقنية الرقمية على استناد الإدارة والتحقق من الأهلية في العقود الالكترونية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 6، جامعة جيجل، الجزائر، جوان 2018.
30. نور الدين بوالصلصال، التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد ونظام اليونسترال- دراسة مقارنة-، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد10، جامعة سكيكدة، الجزائر، 2015.
31. يوسف محمد، تعارض فكرة النظام العام والاستثناءات العامة مع تنفيذ الحكم الأجنبي في النظم المقارنة والنظام القانوني الجزائري، مجلة Revisita Angelina، العدد 3، 2016، ص110.

VI- المداخلات:

- سميرة يعقوبات، إحترام توقعات الأطراف عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، مداخلة مقدمة ضمن اليوم الدراسي بعنوان "احترام التوقعات: مظهر

أساسي للأمن القانوني"، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، من 24 إلى 25 فبراير،
2016.

ب- المراجع باللغة الأجنبية

I- Les Ouvrages :

1. Ali Bencheneb, Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie, OPU, 1984.
2. ALLIOUCH- KERBOUA- MEZIANI Naima, L'arbitrage commercial International En Algeria, Office des Publications Universitaires, 2010.
3. Malanczuk Peter, Modern introduction to international law, Seventh revised édition, Rartledge, London, 2001.
4. Martin Hunter, Anthany C sinclair, Aminoil Revisited Reflections an a story of Changing Circumstances, International in vestment Lawad Arbitration, cameran May International lawpolicy, 2005.
5. Nour-Addine Terk, L'arbitrage commercial international en Algérie, office des publication universitaire, Alger, 1999.

II- Les articles

1. Ayten Mustafayeva, Doctrine of separability in International commercial Arbitration, Baku State University Law Review, volume 1, 2015.
2. Franck Latty, Arbitrage Transnational et droit international général (2008), Annuaire français de droit international, CNRS Editions, Paris, 2008.
3. Inci Atman figanmese, the impact of the Maffejini decision on the interpritation of MFN clauses in investment treaties, Ankara law review, vol 8, N°2, 2011.

4. Jurgita Petkutė- Gurienė, the competence- competence Principle in commercial Arbitration, Social Transformation in contemporary Society, number 5, 2017.
5. Patrik Jacob, Franck Latty, Arnaud de Nanteuil, Arbitrage D'investissement et droit international général (2017), Annuaire français de droit international, CNRS éditions, 2017.
6. Remi Bachand, Le contentieux arbitral transnational relatif A l'investissement, Revue Québécoise de droit international (19,2), 2006.
7. Sachet singh, sooraj sharma, Investo- state Dispute Settlnent Mechanism the quest for a workable Roodmap, Mer Kauries utrecht journal of international and european law, vol 29, 2013.
8. Stehanie L. parker, ABIT at atime, the proper escetion of the MFN clause to dispute settlement provision in bilateral in vestmant treaties, Arbiration brief, vol 2, american university washington college of law, 2012.
9. Vu Nhu Thang, National Treatment Principle In GATS, Nagaya University cale Books 3, Japan, 2008.
10. Yannick Radi, the application of the most favourad nation clause to the desput settlment provision of bilateral investmant treaties, the european journal of international law, vol 18, N°4, 2007.

ثالثا: المواقع الإلكترونية

1. نفيس صالح مدانات، الاستبول في القانون الدولي العام، على الموقع الالكتروني www.Alrai.com، تاريخ النشر 2013/09/10 على الساعة 12:00، تاريخ الإطلاع 2021/09/26، علي الساعة 22:23.

2. حسان براهيمى، التحكيم التجاري الدولي والجزائر في الفترة البائدة...نزيف الأموال وإشكاليات قانونية، مقال منشور على موقع www.almostathmir.dz، تاريخ الإطلاع 2022/11/26 على الساعة 18:19 سا.
3. عبد المنعم نعيمى، القاعدة القانونية الدولية والقرار الدولي، التلاقي والتنافي، مقال منشور على شبكة ضياء المؤتمرات والدراسات والأبحاث، www.diae.net، الاطلاع يوم 2020/09/12، 11:18 سا.
4. حنا عيسى، القانون يجسد مبادئ العدالة والانصاف، مقال منشور على موقع www.Pulpit-alwatanvoice.can تاريخ النشر 2016/08/09، تاريخ الاطلاع 2019/12/22.
5. القائمة متوفرة علي موقع www.industrie.gov.dz، الإطلاع في 2021/09/25، علي الساعة 21:23 سا.
6. مقال منشور بتاريخ 2010/10/29 علي موقع www.ICRC.ORG، تاريخ الإطلاع 2021/09/25، علي الساعة 22:01 سا.
7. مقال منشور علي موقع، www.Undocs.ORG/A/67/10، تاريخ الإطلاع 2021/09/26، علي الساعة 22:03.
8. www.biice.org, Adam Samuel, Separability in Arbitration Clauses, 11/08/2020, 16 :55.
9. مقال منشور علي موقع undocs.org/A/HRC/30/44، الإطلاع بتاريخ 2021/09/26، علي الساعة 22:19.
10. محمود الشريف، المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتمدنة، مقال منشور علي موقع www.academia.edu، تاريخ الإطلاع 2021/09/27، علي الساعة 18:33 سا.

11. قواعد اليونسترال للتحكيم، منشور علي موقع www.UNCITRAL.un.org، تاريخ الإطلاع 2021/09/27، علي الساعة 19:12 سا.

12. www.aljazeera.net

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

شكر وعران

إهداء

قائمة المختصرات

مقدمة 1

الباب الأول: أثر التحكيم على الاختصاص القضائي للدولة 13

الفصل الأول لجوء الأطراف للتحكيم 16

المبحث الأول: الدولة والأشخاص العامة كطرف في عقود الاستثمار 18

المطلب الأول: لجوء الدولة والأشخاص العامة للتحكيم 19

الفرع الأول: أهلية الدولة والأشخاص العامة في إبرام شرط التحكيم 19

أولاً: الموقف القضائي 20

ثانياً: الموقف التشريعي 26

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية الأشخاص المعنوية العامة 33

أولاً: المبدأ العام 33

ثانياً: الاستثناءات الواردة على المبدأ العام 34

المطلب الثاني: مدى مسؤولية الجهاز التابع للدولة عن البند التحكيمي 40

الفرع الأول: تحديد المقصود بالهيئات التابعة للدولة 40

أولاً: معيار تحديد الهيئات التابعة للدولة 41

ثانياً: هل العقود التي تبرمها الأشخاص العامة تعتبر عقود استثمار 42

الفرع الثاني: مدى إمكانية الجهاز التابع للدولة التحل من البند التحكيمي 44

أولاً: تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة 44

ثانياً: مبدأ عدم المسؤولية المباشرة للدولة عند لجوء أجهزتها للتحكيم 49

المبحث الثاني: المستثمر الأجنبي كطرف في العقد الاستثماري 52

المطلب الأول: لجوء المستثمر الأجنبي للتحكيم 53

53	الفرع الأول: أهلية المستثمر الأجنبي في طلب التحكيم.....
54	أولاً: المستثمر الأجنبي شخص طبيعي.....
58	ثانياً: المستثمر الأجنبي شخص معنوي.....
61	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية المستثمر الأجنبي.....
62	أولاً: المستثمر الأجنبي شخص طبيعي.....
66	ثانياً: المستثمر الأجنبي للشخص المعنوي.....
67	المطلب الثاني: تطور المركز القانوني للمستثمر الأجنبي.....
67	الفرع الأول: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في إطار القانون الدولي العرفي
68	أولاً: الاعتراف للمستثمر الأجنبي بالشخصية الدولية.....
71	ثانياً: الحد الأدنى لمعاملة الأجانب.....
74	الفرع الثاني: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في إطار القانون الدولي الاتفاقي
75	أولاً: معاملة الدولة الأولى بالرعاية.....
79	ثانياً: مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة.....
82	ثالثاً: مبدأ المعاملة الوطنية.....
85	الفصل الثاني الاختصاص القضائي لهيئة التحكيم والحصانة السيادية للدولة.....
87	المبحث الأول: الحصانة السيادية للدولة.....
87	المطلب الأول: الحصانة القضائية للدولة.....
88	الفرع الأول: الحصانة القضائية المطلقة.....
88	أولاً: أساس الحصانة القضائية.....
92	ثانياً: طبيعة الدفع بالحصانة القضائية.....
93	ثالثاً: الأعمال التي تشملها الحصانة القضائية.....
	الفرع الثاني: تطور الحصانة القضائية للدولة في ظل حرية الأطراف في اللجوء
96	للتحكيم.....

96	أولاً: مدى احتكار الدولة للقضاء
99	ثانياً: تمسك الدولة بالحصانة القضائية
103	المطلب الثاني: الحصانة التنفيذية للدولة
103	الفرع الأول: الحصانة التنفيذية المطلقة للدولة
104	أولاً: الدفع بالحصانة التنفيذية
108	ثانياً: الرقابة القضائية على تنفيذ القرار التحكيمي
113	الفرع الثاني: محاولة تحديد الحصانة التنفيذية للدولة
113	أولاً: حدود الحصانة التنفيذية
117	ثانياً: تنازل الدولة عن حصانتها التنفيذية
122	المبحث الثاني: الاختصاص القضائي لهيئة التحكيم
	المطلب الأول: انعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم للفصل في النزاع بين الدولة
122	والمستثمر الأجنبي
123	الفرع الأول: المبادئ التي يستند إليها اختصاص هيئة التحكيم
123	أولاً: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم
127	ثانياً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص
130	ثالثاً: التأهيل التحكيمي (اختصاص المحكم بتأهيله)
132	الفرع الثاني: تنازع الاختصاص بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة
	أولاً: مدى تعارض التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي مع
133	اختصاص القضاء الإداري
135	ثانياً: التحكيم الاستثماري ونظرية العقد الإداري
136	المطلب الثاني: ضابط النظام العام في تحديد الاختصاص القضائي لهيئة التحكيم
137	الفرع الأول: المقصود بقواعد النظام العام
137	أولاً: النظام العام الداخلي

- 140..... ثانيا: النظام العام الدولي
- 143..... ثالثا: النظام العام عبر الدولي
- 145..... الفرع الثاني: أثر النظام العام على اختصاص هيئة التحكيم
- 145..... أولا: دور النظام العام في تحديد القابلية الموضوعية للتحكيم
- ثانيا: تغير موقف الدولة من التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي بتغير
- 148..... فكرة النظام العام

الباب الثاني: أثر التحكيم على الاختصاص التشريعي للدولة 151

الفصل الأول تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار 153

- 155..... المبحث الأول: أساس خضوع النزاع الاستثماري لقانون الدولة المتعاقدة
- 155..... المطلب الأول: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استنادا لمعايير داخلية
- 156..... الفرع الأول: تطبيق قواعد القانون الإداري علي النزاع الإستثماري
- 156..... أولا: تكييف عقود الاستثمار الأجنبي بوصفها عقود إدارية
- ثانيا: موقف أحكام التحكيم من تكييف عقود الاستثمار الأجنبي كعقود
- إدارية..... 158
- 163..... الفرع الثاني: دور التشريعات الداخلية في تطبيق قانون الدولة المتعاقدة
- 163..... أولا: قانون الاستثمار
- 166..... ثانيا: قانون الصفقات العمومية
- 168..... المطلب الثاني: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استنادا لمعايير دولية
- 169 الفرع الأول: الاستناد إلى أحكام القضاء الدولي والقواعد ذات التطبيق الضروري
- 170 أولا: وجود قرينة مفترضة لصالح هذا القانون استنادا لأحكام القضاء الدولي
- ثانيا: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا للقواعد ذات التطبيق
- الضروري..... 173

- الفرع الثاني: الاستناد إلى أحكام الجمعية العامة للأمم المتحدة والاتفاقيات الدولية.....175
- أولاً: تطبيق القانون الوطني استناداً لقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة..176
- ثانياً: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استناداً إلى الاتفاقيات الدولية.178
- المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة**.....182
- المطلب الأول: استبعاد القانون الوطني باسم المبادئ العامة للأمم المتحدة.....182
- الفرع الأول: مخالفة حاجات المعاملات الدولية.....183
- أولاً: عدم ملائمة قانون الدولة المتعاقدة لحاجة المعاملات الدولية183
- ثانياً: تقدير استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة لعدم ملائمتها لحاجات المعاملات الدولية.....185
- الفرع الثاني: مخالفة مبادئ القانون العام.....186
- أولاً: تعارض القانون الوطني للدولة المتعاقدة مع مبادئ القانون الدولي العام.....186
- ثانياً: تقدير استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة لتعارضه مع قواعد القانون الدولي العام.....188
- المطلب الثاني: استبعاد القانون الوطني لتعارضه مع مبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة.....190
- الفرع الأول: استبعاد القانون الوطني لمخالفة قواعد النظام العام190
- أولاً: تعارض القانون الوطني مع قواعد النظام العام الدولي190
- ثانياً: تقدير استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة لتعارضه مع قواعد النظام العام.....192
- الفرع الثاني: استبعاد القانون الوطني لمخالفة التوقعات المشروعة للأطراف.....192
- أولاً: تعارض القانون الوطني مع التوقعات المشروعة للأطراف.....193
- ثانياً: تقدير استبعاد القانون الوطني لتعارضه مع توقعات الأطراف.....195

الفصل الثاني: مدى حرية الأطراف وهيئة التحكيم في اختيار القواعد القانونية المطبقة

197.....	علي النزاع
199.....	المبحث الأول: القواعد الإجرائية
200.....	المطلب الأول: اختيار الأطراف للقواعد الإجرائية
200.....	الفرع الأول: تطبيق القواعد الإجرائية التي يضعها الأطراف بأنفسهم
200.....	أولاً: صياغة القواعد الإجرائية ضمن العقد الاستثماري
202.....	ثانياً: حدود تطبيق القواعد الإجرائية التي يضعها الأطراف
204.....	الفرع الثاني: الإحالة إلى نظام تحكيمي
204.....	أولاً: الإحالة إلى نظام هيئة تحكيمية
207.....	ثانياً: الإحالة إلى نظام تحكيمي دولي
209.....	المطلب الثاني: في حالة غياب اتفاق الأطراف
209.....	الفرع الأول: ترجيح أحد القوانين الوطنية المتنازعة
	أولاً: تطبيق القواعد الإجرائية للقانون الوطني الذي اختاره الأطراف ليحكم
209.....	موضوع النزاع
211.....	ثانياً: تطبيق القواعد الإجرائية لمقر التحكيم
213.....	الفرع الثاني: حرية هيئة التحكيم في اختيار القواعد الاجرائية
213.....	أولاً: وضع هيئة التحكيم للقواعد الإجرائية بنفسها
	ثانياً: المبادئ التي يجب على هيئة التحكيم احترامها عند وضع القواعد
215.....	الاجرائية
221.....	المبحث الثاني: القواعد الموضوعية
221.....	المطلب الأول: تطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع
222.....	الفرع الأول: المقصود بقانون الإرادة
223.....	أولاً: الإرادة الصريحة
225.....	ثانياً: الإرادة الضمنية

227.....	الفرع الثاني: مدى التزام هيئة التحكيم بتطبيق قانون الإرادة.
228.....	أولاً: تطبيق القواعد الموضوعية لقانون الإرادة.
229.....	ثانياً: تطبيق قواعد الاسناد لقانون الإرادة.
231.....	المطلب الثاني: القانون المطبق على موضوع النزاع في غياب قانون الإرادة.
232.....	الفرع الأول: اللجوء لتطبيق قواعد قانونية دولية.
232.....	أولاً: تطبيق قواعد القانون الدولي العام.
236.....	ثانياً: تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية (Lex Mercatoria).
239.....	الفرع الثاني: اللجوء لتطبيق قواعد الأعراف الدولية وقواعد العدالة.
239.....	أولاً: تطبيق الشروط العقدية وأعراف التجارة الوطنية والدولية.
242.....	ثانياً: تطبيق قواعد العدالة والانصاف.
247.....	الخاتمة
254.....	قائمة المراجع
275.....	فهرس الموضوعات
	الملخص

الملخص:

يشهد العقد الأخير لجوء أكثر للتحكيم في نزاعات عقود الاستثمار بين الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب، وعلى ضوء هذا العدد المتزايد لقضايا التحكيم الاستثماري ظهرت بعض الآثار السلبية ناتجة عن تخلي الدولة عن قضائها الوطني واللجوء للتحكيم.

وهذه الرسالة تهدف للبحث في الأثر القانوني الذي قد يخلفه استبعاد الدولة لقضاياها الوطني واللجوء للتحكيم كطريق بديل لتسوية النزاعات مع المستثمرين الأجانب، مع الإشارة إلي أن حدة هذه الآثار قد تختلف من دولة لأخرى بحسب حاجة الدولة لرؤوس الأموال والاستثمارات الأجنبية ووضعيتها الاقتصادية وكذلك بحسب كفاءة نظامها القانوني.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، المستثمر الأجنبي، عقد الاستثمار، الدولة المضيفة، نزاع استثماري.

Abstract:

The last decade has witnessed an unprecedented increase in the use of investor-state arbitration, in light of the increasing number of disputes investor-state submitted to arbitration, some negative effects appeared as a result of the state's abandonment of her national judiciary and resort to arbitration.

This thesis is an attempt to consider some of the legal challenges facing the state's caused by the elimination of the national judiciary and resort to arbitration as a new way of investor-state dispute settlement, noting that the severity of these effects differs from one country to another, according to the state's need for capital and foreign investment and its economic situation, also according to the efficiency of its legal system.

The key words: Arbitration, Foreign Investor, The investment contract, Host State, Investment Dispute,