التحكيم في عقود الاستثمار

دكتور/ خالد عبدالقادر عيد (*)

مقدمة

تلجأ الدول وخصوصا النامية منها الى تنمية اقتصادها وتطوير منشآتها وبناها التحتية عن طريق الاستثمار الأجنبي ، وبما أن المستثمر الاجنبي يحتاج الى ضمانات لتسهيل عمله وحفظ حقوقه في مواجهة دول ذات سيادة بإمكانها أن تأمم استثماره او تعدل تشريعاتها الداخلية مما قد يضعف مركزه القانوني ، أو بالأحرى لتحقيق نوع من التوازن في عقد محتمل بين مستثمر أجنبي وهو شخص من أشخاص القانون الخاص وبين دولة من الدول وهي شخص من أشخاص القانون العام.

تسعى الدول في ذلك الاطار الى خلق مناخ استثماري مشجع للاستثمار ، عن طريق تحديث تشريعاتها ومواكبتها للتطورات العالمية، وعن طريق عقد الاتفاقيات لتشجيع الاستثمار، ومن الضمانات التي يسعى الى وجودها أي مستثمر عدم احالة النزاعات التي قد تنشأ بصدد استثماره في هذه الدولة الى قضائها الوطني ، كونه بنظر المستثمر قضاء غير حيادي ، من اجل ذلك كله سعت الدول الى ايجاد حل يمكنها من جذب الاستثمارات عن طريق وسيلة بديلة محتملة لحل النزاعات التي قد تنشأ بصدد تلك الاستثمارات والتي تشكل ضمانة وجاذباً للمستثمرين في آن معا ، وتمثل الحل في التحكيم ، واحالة النزاعات التي قد تنشأ بين الاطراف إلى هيئة مستقلة من اختيار الأطراف ،

(*)أستاذ مشارك بكلية الشريعة والانظمة ـ جامعة الطائف ـ المملكة العربية السعودية

تمخضت تطلعات الدول والمستثمرين معا الى وجود مثل تلك الهيئات عن عقد اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .

ولعل الجهد الأعظم الذي بذل في هذا البحث هو استيعاب مفهوم وفكرة التحكيم عموما ، والتحكيم المتصل بمنازعات عقود الاستثمار ، كون الفكرة لم يطلع عليها الباحث من قبل ولم تكن يوما مما درس او قرأ او تمعن بتفصيل ، ولعل هذا يكون عذرا لوجود أي قصور أو سهو أو خطأ او نسيان .

المبحث الأول
ماهية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

إن التعريف بماهية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يقتضي تقسيم التعريف الى شقيه ، اتفاق التحكيم ، وعقد الاستثمار .

المطلب الأول
ماهية اتفاق التحكيم

التحكيم لغة: مشتق من (حَكَمَ) بالأمر حُكماً: أي قضى، يقال: حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم، وحَكَمَ فلاناً: منعه عمّا يريد وردّه، و(حَكَّمَ) فلاناً في الشيء والأمر: جعله حكماً[1]، قال تعالى : ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾[2] و(احتكَمَ) الخصمان إلى الحاكم: رفعا خصومتهما إليه، و(تَحاكَما): احتكما و(تَحَكَّمَ) في الأمر: احتكم، و(الحَكَمُ): من أسماء الله تعالى، و(الحَكَمُ) الحاكم، قال تعالى: ﴿أَفَغَيْرَ اَللهِ أَبْتَغِي حَكَماً﴾[3]، و(الحَكَمُ) من يُختار للفصل بين المتنازعين، قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾[4].

(١) ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، بيروت، دار لسان العرب، دون تاريخ نشر، ص٦٨٨-٦٨٩ . المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى وآخرون، ج١، القاهرة، مطبعة مصر، ١٩٦٠، ص١٨٩.
(٢) سورة النساء، الآية (٦٥).
(٣) سورة الأنعام، الآية (١١٤).
(٤) سورة النساء، الآية (٣٥).

وقد تصدى الفقه القانوني لتفسير وتوضيح مفهوم التحكيم في اطاره القانوني فعرفه البعض بأنه «نظام تعاقدي بموجبه يتفق الخصوم على حل الخلاف الذي ينشأ بينهما على محكمين ليفصلوا فيه بعيداً عن إجراءات القضاء العادي»[١]، كما يعرف بأنه «نظام للقضاء الخاص تقضى فيه الخصومة، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها، أو بعبارة أخرى يقصد بالتحكيم إنشاء عدالة خاصة يتم عن طريقها سحب المنازعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين مخولين بمهمة الحكم»[٢]، كما عرف بأنه «نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء»، كما يعرف بأنه «اتفاق بين طرفين، أو أكثر على إخراج نزاع، أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم»[٣].

هذا ولا يفوتنا في هذا الصدد ان مفهوم اتفاق التحكيم يشمل الصورتين التقليديتين المعروفتين وهما[٤]:

أ- مشارطة التحكيم (**Compromis**): وهو الاتفاق الذي يبرمه الأطراف منفصلاً ومستقلاً عن العقد الأصلي بينهما والذي يقضي الأول باللجوء الى التحكيم في صدد نزاع قائم بينهما .

(١) العبودي ، د.عثمان سليمان غيلان ، التحكيم التجاري الدولي وطموحات الأخذ به في النظام القانوني مجلة التشريع والقضاء الالكترونية .
(٢) المرجع نفسه ، صفحات الكترونية غير مرقمة
(٣) المرجع نفسه ، صفحات الكترونية غير مرقمة
(٤) التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، د.سامية راشد، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص٧٥.

ب- شـرط التحكـيم (Clause Compromissoire): وهـو الاتفـاق الـذي يـرد ضـمن أحـد العقـود والقاضـي بإحالـة نـزاع مسـتقبلي أو أي نزاع قد ينشأ عن هذا العقد إلى هيئة تحكيم أو محكم.

إلا انـه وفي اطـار قـانون التحكـيم رقـم ٣١ لسـنة ٢٠٠١ لا نجـد لهـذه التفرقـة أي صـدى ، ويـأتي توجـه المشـرع المصـري منسـجما ومتناسـقا مـع التوجـه الـدولي في هـذا الخصـوص حيـث لا نجـد لهـذه التفرقـة صـدىً في اتفاقيـة نيويـورك للاعـتراف وتنفيـذ أحكـام التحكـيم الأجنبيـة لعـام ١٩٥٨م، مع التأكيد على الفارق الاساسي بينهما المبين آنفا.

هـذا وتجـدر الإشـارة أيضـا الـى أن المشـرع المصـري في قـانون التحكـيم لـم يحـدد تعريفـا واضـحا للتحكـيم وحسـنا فعـل ، ذلـك أن التعريـف مـن مهمـة الفقـه والقضـاء، لكنـه بـين شـروط صـحة التحكـيم في المادتين التاسعة والعاشرة منه[1].

ونخلـص إلـى أن عقـد التحكـيم يمكـن أن يعـرف بأنـه «اتفـاق مكتـوب بـين شخصـي ن أو أكثـر علـى سـحب اختصـاص القضـاء في نظـر المنازعـات التـي تحـدد صـراحة في اتفـاق التحكـيم ومـنح هـذا الاختصـاص لشخص أو جهة (الهيئة) للفصل في هذا النزاع يسمى هيئة التحكيم».

(١) قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ ، المنشور على الصفحة ٢٨٢١ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ تاريخ ١٦/ ٧/ ٢٠٠٠م.

المطلب الثاني
ماهية عقد الاستثمار

إن دراسة الاستثمار تتطلب بالضرورة فهم فحواه وعناصره وابعاده، ففي عصر أصبح فيه العالم «قرية صغيرة» تسودها العلاقات الدولية المختلطة والمتشابكة ، فلا بد من معرفة ما يحويه عقد الاستثمار من معان ومفاهيم.

إن الاستثمار الدولي غالبا ما يتناول مواضيع ذات علاقة بحركة البضائع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود مما يعني بالضرورة تعدد أشكاله وتنوعها وتطورها المستمر ، مما أدى الى صعوبة وضع تعريف جامع مانع للاستثمار وذلك ما أدى الى تباين التعريفات الفقهية والقانونية وتنوعها[1].

ولذلك فقد حاولت بعض التشريعات والفقهاء التصدي لتعريف مفهوم الاستثمار فعرفه أحد الفقهاء مرتكزا على الأساس الاقتصادي للاستثمار بأنه: «توجيه المدخرات لزيادة القاعدة الاقتصادية ، ومن ثم رفع المستوى الاقتصادي العام»[2]، وقد حاول المشرع المصري أن يعطي وصفا للاستثمار من خلال تعريفه للمشروع محل الاستثمار بأنه «أي نشاط اقتصادي صناعي أو زراعي

(١) د .إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط١٩٩٧م.
(٢) ضيا ، ليندا فضل ، خصوصية التحكيم في حل المنازعات المتصلة بالاستثمار وفقا لمعاهدة واشنطن ١٩٦٥ ، رسالة ماجستير ، جامعة بيروت العربية ٢٠٠٨ .

أو خدمي تنطبق عليه أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه»[1].

إلا ان المحاولات الفقهية والتشريعية الوطنية لتحديد مفهوم الاستثمار قد شابها بعض القصور مما حدا بالاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية بمحاولة تلافي هذا القصور .

فنصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية تعزيز وحماية الاستثمارات المتبادلة على تعريف مصطلح الاستثمار لغايات تلك الاتفاقية فنصت على: «الاصطلاح (استثمار) يعني الأموال والحقوق والمصالح من اي طبيعة»، ثم عددت بعضا من هذه الاموال والحقوق والمصالح في الفقرات من أ-هـ على سبيل المثال وليس الحصر .

ويبدو أن الجهود مهما كانت مضنية للوقوف على تعريف جامع مانع للاستثمار الا انها تقف عاجزة امام اشكال الاستثمار وصوره المتنوعة والمتطورة باستمرار ، الا اننا نجد التعريفات السابقة قد اجمعت على عناصر الاستثمار المتمثلة برأس مال يمكن تقويمه بالنقد يدخل دولة ما غير دولة جنسيته لإنشاء مشروع في تلك الدولة .

وعلى ذلك فإن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يمكن ان يعرف بأنه: «اتفاق مكتوب بين شخصين او أكثر ،على سحب اختصاص القضاء في نظر المنازعات التي تنشأ عن عقد استثمار بينهما

(١) المادة الثانية من قانون الاستثمار ، رقم ٢٠٠٣\٦٨ المنشور على الصفحة ٣٢٣٨ من الجريدة الرسمية رقم ٤٦٠٦ بتاريخ ١٦/ ٦/ ٢٠٠٣م.

ومنح هذا الاختصاص لجهة (الهيئة) للفصل في هذا النزاع والتي تسمى هيئة التحكيم، على أن يكون أحد الأطراف دولة والطرف الآخر مستثمر أجنبي»[1].

(١) د .أحمد أبو الوفاء ، التحكيم في القوانين العربية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.

المبحث الثاني
خصوصية اتفاق التحكيم في ما يتصل بمنازعات الاستثمار

يتم اللجوء الى التحكيم عادةً للهروب من إجراءات القضاء العادي التي تتطلب وقتاً طويلاً نسبياً من جهة وللاستفادة أحياناً من قواعد أخرى غير القواعد التي يقررها القانون الوطني الذي يحكم العقد من جهة أخرى.

وسنتعرض في هذا المبحث الى أهمية التحكيم ومميزاته كوسيلة بديلة لفض المنازعات في مطلب أول، ثم نتناول في مطلبٍ ثان خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار[1].

(١) د .ابو زيد رضوان ، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٨١م.

المطلب الأول
التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات

إن أهم ما يميز التحكيم عن القضاء العادي هو بساطة الاجراءات ، فيلجأ الاطراف تلافيا للإجراءات الطويلة التي يتطلبها القضاء- كاختصاص المحاكم والمدد والمواعيد وما الى ذلك من اجراءات قضائية- الى ابرام اتفاق تحكيم تفاديا منهم لتطبيق هذه القواعد ، كما يتمتع اطراف التحكيم بميزة اختيار المحكمين فيختار كل طرف منهم محكما يرشحه او يختاره للتعيين مما يوفر له راحة نفسية لمساهمته في اختيار من سينظر قضيته وعادة ما تكون هيئة التحكيم مكونة من ثلاثة محكمين يختار الطرفان محكمين ويتم اختيار المحكم الثالث اما من قبل المحكمين الذين تم اختيارهم ووفقا لاتفاق التحكيم على النقيض من ما هو متبع فيما لو احيل النزاع للقضاء للنظر فيه اذ تشكل هيئة المحكمة او القاضي فيها ان كان منفردا دون اختيار من قبل الأطراف .

كما يتميز التحكيم عن القضاء في ناحية السرية ، فجرى العرف دوليا على ان يكون التحكيم سريا الا على اطرافه وهذا ما قد يحبذه الأطراف خصوصا ان كانوا من فئة التجار الذين يرغبون في حماية سمعتهم ضد اي شيء من شأنه المساس بها ، على خلاف الحال في

القضاء العادي إذ ان جلساته وأحكامه علنية من حيث المبدأ العام ، الأمر الذي قد يزعج اطراف النزاع في غالب الاحيان[1].

وعلى هذا فإن الاطراف في عقد ما كثيرا ما يحبذون الالتجاء الى التحكيم ليكون بديلا عن القضاء في حل وتسوية النزاعات التي قد تنشأ بينهم .

(١) محمد نبيل ، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات ، مقال منشور في منتديات قوانين قطر.

المطلب الثاني

خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار والأهمية العملية له

إضافة لما يتميز به التحكيم كوسيلة لفض النزاعات بشكل عام فإنه يتميز بأهمية وخصوصية بالغة في مجال منازعات الاستثمار ، فلا يخفى على أحد أن التحكيم أضحى ضرورة واقعية في عصر العولمة[1] إذ تتعدد الاستثمارات وتختلف انواعها كما اسلفنا ، وبما ان الدول تلجأ لجذب الاستثمارات الاجنبية اليها سعيا منها لتحسين مستواها الاقتصادي وتنمية مواردها فإنه من الممكن ان تنشأ الخلافات او المنازعات التي تتعلق بتلك الاستثمارات نظرا لكون عقود الاستثمار تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الاخر ، فالدولة من جهتها تنتمي للقانون العام والمستثمر الاجنبي بدوره ينتمي للقانون الخاص إضافة الى اختلاف قانون الدولة المضيفة عن قانون دولة المستثمر ، كما قد يختل التوازن العقدي نتيجة لتدخل الدولة كسلطة عامة باتخاذ صورة اصدار تشريعات جديدة او اصدار قرارات ادارية تجعل من المستثمر طرفا ضعيفا ومعرضا لضياع حقوقه من منظوره الشخصي[2].

لهذا تبدو ضرورة ايجاد وسيلة أكثر فاعلية وحيادية لتسوية المنازعات الناتجة عن الاستثمار من وجهة نظر المستثمر حماية له

(١) الجازي ، د.عمر مشهور ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين العددان التاسع والعاشر أيلول وتشرين أول ٢٠٠٢ .

(٢) خصوصية التحكيم في حل المنازعات المتصلة بالاستثمار وفقا لاتفاقية واشنطن ١٩٦٥، مرجع سابق

وضمانة ضرورية في حال نشوء نزاع حول الاستثمار ، مما يؤثر في قرار المستثمر باستثماره في تلك الدولة ، مما حدا بالدول وخصوصا النامية منها الى تهييئ مناخ استثماري جاذب للاستثمارات الاجنبية عن طريق سن التشريعات وابرام الاتفاقيات التي تنظم التحكيم في حال نشوء نزاع متعلق باستثمار[1] ومن هنا نرى الدول تتهافت على سن تشريعات حديثة والانضمام للاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية لتشجيع الاستثمار ومواكبة للتغيرات الاقتصادية العالمية لتشجع المستثمرين الأجانب على الاستثمار في بلادها، وقد أدركت الدول أهمية التحكيم في منازعات الاستثمار فعقدت معاهدة واشنطن لعام ١٩٦٥ وانشأ بموجبها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .

(١) د. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ١٩٨١م.

المطلب الثالث

التفرقة بين اتفاق التحكيم في ما يتعلق بمنازعات الاستثمار وبين التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية

قد يثور لبس او تساؤل عن الفرق بين التحكيم الناشئ عن منازعات عقود الاستثمار وغيره من عقود التجارة الدولية لذلك تقتضي هذه الدراسة تسليط الضوء بإيجاز على اهم الفروقات بينهما[1].

إن من اهم ما يتميز به التحكيم في منازعات عقود الاستثمار هي خصوصية اطراف اتفاق التحكيم في هذه المنازعات ، إذ يشترط أن يكون اطراف الاتفاق من طبيعة خاصة وهي أن يكون احد الاطراف دولة متعاقدة في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من جهة ، وان يكون الطرف الآخر مستثمر من احد رعايا دولة اخرى متعاقدة في تلك الاتفاقية ، وهذا ما ستتم دراسته لاحقا في شروط خضوع التحكيم للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[2].

وعلى ذلك فإن الدولة قد تخضع للتحكيم ضد شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص وهذا ما شكل قفزة نوعية في إطار القانون الدولي العام ومبدأ سيادة الدول، ولذلك أيذا صداه في القانون الدولي العام من حيث أن حق اللجوء – في منازعة مع دولة تتعلق بالاستثمار– أعطي لشخص من اشخاص القانون الخاص واعطي له

(١) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ١٩٨١م.

(2) Mixed International Arbitration ,Page 202

هـذا الحـق بـاللجوء مباشـرة للمركـز دون تـدخل مـن دولتـه طالمـا أن دولتـه طرف في اتفاقية المركز .

مــن ناحيــة أخــرى فــإن التحكــيم المتعلــق بمنازعــات الاســتثمار يخضــع إذا مــا تــوافرت شــروطه لاختصــاص المركــز الــدولي لتســوية منازعات الاستثمار .

امـا عقـود التجـارة الدوليـة فـإن اطرافهـا هـم مـن اشـخاص القـانون الخـاص لـدول مختلفـة كـأن يكـون عقـد التجـارة الدوليـة متعلـق بشـراء بضائع بين شركة اردنية واخرى امريكية على سبيل المثال.

مــن ناحيــة اخــرى فــإن الاختصــاص بفصــل المنازعــات المتعلقــة بالتجـارة الدوليـة لا يمكـن ان يكـون خاضـعا لاختصـاص المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار ذلـك ان التحكـيم المتصـل بهـذه العقـود يكـون الاختصــاص بفصــله لجهــات أخــرى نظمــت أحكامهــا اتفاقيــة منظمــة التجارة الدولية واتفاقية العقود النموذجية .

المبحث الثالث
التحكيم في منازعات الاستثمار في القانون

المطلب الأول
قانون التحكيم

إن الشريعة العامة للتحكيم والتي لم أجد خلال بحثي ما ينظم قواعده في التشريع الوطني سواها هو قانون التحكيم المصري[1]، والذي نظم اتفاق التحكيم وشروط صحته، كما نظم الأحكام المتعلقة بهيئة التحكيم وقبول المحكمين وردهم ، وتناول أيضا تنظيم اجراءات التحكيم و حكم التحكيم وبطلانه وحجية احكام التحكيم وما الى ذلك مما يتصل بالتحكيم ، الا أن القانون آنف الذكر لم يخص التحكيم المتعلق بالمنازعات الناشئة عن الاستثمار بأحكام خاصه ، ذلك أن المشرع قد أعطى للتحكيم في المنازعات الناشئة عن الاستثمار حكما خاصا في قانون الاستثمار وهذا ما سيكون محور بحث المطلب الثاني[2].

(١) قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١، المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم (٤٤٩٦) الصادر في ١٦ تموز ٢٠٠١ صفحة ٢٨٢١ .

(٢) د .بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١، ٢٠٠٦م.

المطلب الثاني
قانون الاستثمار

إن قوانين الاستثمار في أغلب الدول - إن لم تكن جميعها – قوانين ساعية الى جذب الاستثمارات الاجنبية ، طامحة لتسويق بلادها في نظر المستثمرين الأجانب ، محاولة أن تعطي المستثمرين - من خلال تلك القوانين - ضمانات ومحفزات للاستثمار في هذه البلاد ، وهكذا سار المشرع المصري في نفس النهج ، لتوفير مناخ استثماري يؤمن للمستثمر الراحة عند اتخاذه قراره الاستثماري ومطمئنا ضامنا لحقوق هذا المستثمر من ناحية ، ومحققا للمصلحة العامة من ناحية أخرى مما يخلق نوعا من التوازن بين المصالح والتناغم بينها.

فجاء قانون الاستثمار المصري، ونظم كل ما يتعلق بالاستثمار في المملكة ، وأفرد لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذا الاستثمار حكما في المادة ٢٠ منه حيث نص على: «يراعى في تطبيق احكام هذا القانون الاتفاقيات العربية والدولية ذات العلاقة بالاستثمار وحمايته وتسوية النزاعات المتعلقة به والتي تكون المملكة طرفا فيها او منضمة إليها».

وعليه فإن أحكام الاتفاقيات العربية والدولية التي تنظم الاستثمار هي الأولى في التطبيق في حال تعارض حكم من أحكام قانون التحكيم مع حكم من أحكام هذه الاتفاقيات ، و من هذه الاتفاقيات على سبيل المثال :

١- اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (واشنطن) لعام ١٩٦٥م[١].

٢- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية[٢].

٣- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين حكومة المملكة الأردنية الهاشمية وحكومة جمهورية فرنسا[٣].

ونظراً لأهمية المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار تتطلب هذه الدراسة بحثه بإيجاز في مبحث مستقل كونه الجهة الأهم دوليا في التحكيم المتعلق بمنازعات الاستثمار[٤].

(١) دخلت حيز النفاذ بالنسبة للأردن في التاسع والعشرين من نوفمبر عام ١٩٧٢م.

(٢) الموافق عليها بقرار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية رقم (١١٢٥) بتاريخ ٧/ ٦/ ٢٠٠٠م.

(٣) التي جرى تحريرها في ٢٣/ ٢/ ١٩٧٨، والتي نصت في المادة الثامنة منها على «يوافق كل طرف من الطرفين المتعاقدين أن يقدم الى المركز الدولي للفصل في نزاعات الاستثمارات التي تنشأ بين ذلك الطرف المتعاقد ومواطن او شركة من الطرف المتعاقد الآخر».

(٤) د .بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١، ٢٠٠٦م.

المبحث الرابع
التحكيم وفقا لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[1]

نظمت اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأحكام الناظمة للتحكيم الذي يختص به المركز ، ونظرا لاتساع هذه الأحكام و شمولها لمساقات قد لا يتسع البحث لذكرها وشرحها ، فسنتطرق في هذا المبحث الى اهم الاحكام التي تناولتها الاتفاقية في ثلاثة مطالب ، نتناول في المطلب الأول شروط الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **(ICSID)** ، كما نتناول في المطلب الثاني القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم ، وسنتناول في ثالث أخير القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في فرعين ، فرع أول في حالة الاتفاق على القانون واجب التطبيق وفرع ثان في حالة عدم الاتفاق على القانون واجب التطبيق[2].

(١) د .حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧م.
(٢) د .سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – اتفاق التحكيم، الكتاب، الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م.

المطلب الأول

شروط الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(ICSID)

نصت المادة ٢٥ من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على: «يمتد اختصاص المركز الى اي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن احد الاستثمارات ، بين دولة من الدول المتعاقدة (او احد الاقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز او احدى وكالاتها التي تعينها) وبين احد مواطني دولة اخرى متعاقدة ، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز. وعندما يعطي الطرفان موافقتهما لا يجوز لاحدهما ان يسحب موافقته بإرادته المنفردة»[(١)].

فأكدت هذه المادة على وجود شرطين بشأن الاشخاص أطراف المنازعة التي تعرض للتحكيم امام المركز وهما[(٢)]:

١- أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة او أحد الهيئات التابعة لها التي تعينها للمركز.

٢- أن يكون الطرف الآخر مواطنا او مواطنين من دولة أخرى متعاقدة.

(١) د .حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية ، دار .الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠٠١م.

(٢) كوجان ، لما احمد ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت- لبنان ، ٢٠٠٨ . ص ٢٢.

وإن كون الطرف الاخر من احد رعايا دولة اخرى متعاقدة يستوجب أن يكون هذا الطرف متمتعا بجنسية الدولة الاخرى المتعاقدة في تاريخين معاً وهما :

١- تاريخ موافقة الاطراف على طرح النزاع للتحكيم

٢- التاريخ الذي يسجل فيه طلب التحكيم لدى المركز من خلال سكرتيره العام[١].

كما اعتبرت هذه المادة رضى اطراف النزاع شرطا من شروط الخضوع لاختصاص المركز، واشترطت ان يكون الرضى مكتوبا ، وبالتالي يعتبر رضا الاطراف باللجوء للتحكيم امام المركز هو الاساس لاختصاصه ، أي انه لا يمكن للمركز النظر في نزاع لم يتفق طرفاه على اللجوء للمركز ، وانه عندما يقبل الطرفان بهذا اللجوء للمركز لا يمكن لأي منهما الرجوع عنه[٢]، وهذا ما قررته محكمة التحكيم التابعة للمركز تأكيدا على حكم المادة ٢٥/ ١ من الاتفاقية ، فقررت المحكمة في نزاع **Alco V. Jamaic** أن الدولة المتعاقدة لا يجوز لها أن تنسحب او تلغي رضاها بالتحكيم امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إذا تم الاتفاق على هذا التحكيم في عقد الاستثمار نفسه ، كما اشترطت المادة في النزاع أن يكون قانونيا وناشئا مباشرة عن أحد الاستثمارات .

(١) د .سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، .القاهرة ، ٢٠١٠م.
(٢) التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، مرجع سابق ، ص ٥٠ .

المطلب الثاني

القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم

تنص المادة ٤٤ من الاتفاقية على: «تدار جميع إجراءات التحكيم طبقا لأحكام هذا القسم ، ما لم يتفق الاطراف الأطراف على غير ذلك ، طبقا للائحة المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التحكيم ، وإذا ثارت مسألة إجرائية لم ينص القانون عليها في هذا القسم إذ في لائحة التحكيم أو اي لائحة أخرى يتبناها الأطراف ، تتولى المحكمة الفصل فيها على نحو ما تراه ملائما».

يتبين من نص المادة السابقة أن أحكام الاتفاقية بشأن إجراءات التحكيم هي واجبة التطبيق على التحكيم ، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ، مما يعني أن الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقية والناظمة لإجراءات التحكيم مكملة ويجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ولتوضيح الفكرة يطيب في هذا المقام ضرب المثال التالي :

قامت شركة ترانز تيليكوم الفرنسية بالتعاقد مع حكومة المملكة المصري ة الهاشمية لتحسين وتطوير البنية التحتية في قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية ، وكانت فرنسا طرفا في اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات كما انضمت بعض الدول العربية لهذه الاتفاقية قبل التعاقد ، اتفق الطرفان ، حكومة المملكة المصري ة الهاشمية وشركة ترانز تيليكوم الفرنسية ، على خضوع اي نزاع قد ينشأ

بينهما للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، على أن تطبق احكام القانون المصري على اجراءات التحكيم[١].

وعلى هذا فإن القانون الواجب التطبيق على الاجراءات هو قانون ارادة كل من المتعاقدين ، وفي حال غياب الاتفاق **(Non-Liquate)** فإن أحكام الاتفاقية هي واجبة التطبيق على الاجراءات[٢].

(١) د .عصام الدين القيعي ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٩٤م.
(٢) د .فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٢م.

المطلب الثالث

القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

تنص المادة ٤٢ من الاتفاقية على: «تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان ، وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها) ، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي».

يتبين من نص المادة أن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الاتفاقي للأطراف ، فإن لم يتفق الأطراف تطبق المحكمة قانون الدولة المضيفة للاستثمار وما ينطبق من قواعد القانون الدولي ، فأخذت الاتفاقية بشكل عام بمبدأ سلطان الارادة١ إذ أن الخضوع أساسا لتحكيم المركز أساسه ارادي وهو عنصر الرضا الذي تحدثنا عنه ، فمن باب أولى ان تكون القواعد المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق سواء على الاجراء او على الموضوع محل النزاع اختيارية ، ولكن الملاحظ أنه وفي حالة عدم الاتفاق على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تطبق المحكمة التحكيمية قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ، وهذا خلافا لما سبق ذكره في مجال القانون واجب التطبيق على اجراءات التحكيم ، وقد يعود ذلك الى صعوبة وضع قواعد موضوعية لحل كافة النزاعات ضمن الاتفاقية ،

(١) التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، مرجع سابق ، ص ١٣٠ .

بينما يمكن وضع مثل تلك القواعد التي تنظم المسائل الاجرائية والتي يمكن أن تطبق على أي نزاع قد ينشأ بين الأطراف[1].

(١) د .فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٢م.

المبحث الخامس

فعالية التحكيم كضمانة إجرائية للمستثمر

تلجأ الدول الجاذبة للاستثمار إلى التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمارات على أراضيها وهو الأمر الذي دفع كثير من الدول أن تدرج في صلب قوانينها المشجعة للاستثمار نصوصاً صريحة تفيد قبول التحكيم كوسيلة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار.

إضافة إلى ذلك سعي المستثمرين أن يدرجوا في عقود الاستثمار المبرمة مع الدولة الجاذبة للاستثمار شرطاً يفيد اللجوء إلى التحكيم لما يحققه من فعالية مهمة في حسم منازعات الاستثمار باعتباره وسيلة محايدة ومستقلة ومشجعة مع رغبة المستثمرين[1].

ويستلزم لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار تبنى العديد من المبادئ القانونية والتي تتمثل باستقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار وأيضا اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع (مبدأ الاختصاص بالاختصاص) ، فضلاً عن ذلك عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم وهذا ما سنتناوله بالمطالب التالية:

(١) د .فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٢م.

المطلب الاول
استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار

ويقصد بذلك استقلال الاتفاق المبرم على شكل شرط التحكيم والمدرج ضمن بنود عقد الاستثمار عن هذا الأخير ومن المؤثرات التي تؤثر بصحتهِ.

وتبين لنا من ذلك أن بطلان عقد الاستثمار لا يؤثر على شرط التحكيم المدرج ضمن بنود هذا العقد والعكس الصحيح أي أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على عقد الاستثمار وهذا ما يؤدي إلى تحقيق الفعالية المطلوبة للتحكيم كضمانة للمستثمرين في حسم منازعاتهم الاستثمارية ولكن السؤال الذي يطرح هنا ما هو الأساس القانوني لاستقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار؟

للإجابة على هذا السؤال يمكن القول أن أساس المبدأ المتقدم قد أشارت إليه بعض التشريعات والتي أخذت وبشكل صريح بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار[1].

فبالنسبة للقانون لم يشير ضمن نصوص قانون المرافعات النافذ إلى استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد أشار قانون التحكيم المصري النافذ إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في نص المادة (٢٣) منه والتي نصت على أنه ((يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً

(١) د .محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عقود التجارة الدولية في مجال عقد نقل التكنلوجيا ، مجلد ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠٠٨م.

مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو أنهاءه ، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته))[1].

ويتبين لنا من نص المادة أعلاه أن المشرع المصري قد أبرز الفعالية المهمة للتحكيم من خلال استقلال شرط التحكيم مما يلحق العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو أنهاء[2].

أما بالنسبة للقانون السعودي فأن قانون التحكيم السعودي النافذ لم يتضمن ضمن نصوصه على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي.

أما القانون الفرنسي فلم يشير قانون المرافقات الفرنسي النافذ إلى استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ولكن القضاء الفرنسي قد أقر استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وهذا ما نجده في الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في قضية **(Cosset)** الصادر في ٧ مايو ١٩٦٣ حيث جاء في حيثيات الحكم على أنه ((في مجال التحكيم الدولي فأن أتفاق التحكيم سواء كان مبرماً على نحو منفصل أو كان مدرجاً في التصرف القانوني المتعلق به، فأنه يتمتع

(١) المستشار معوض عبد التواب ، المستحدث في القضاء التجاري ، منشأة .المعارف ، الإسكندرية، ١٩٩٧م.
نجم رياض نجم ، ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣م.

(٢) د . مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي .– دراسة مقارنة – دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠١٠م.

باستقلال قانوني كامل بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان إلا في بعض الظروف الاستثنائية)).

وقد أشارت المحكمة نفسها إلى المبدأ المتقدم في حكمها في قضية **(Droga)** الصادرة في ١٤ ديسمبر ١٩٨٣ حيث جاء فيه بأنه ((في مجال التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم باستقلال كامل تجاه العقد)).

أما القانون الإنكليزي فقد أشار قانون التحكيم الإنكليزي لسنة ١٩٩٦ إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد وذلك بموجب نص المادة (٧) منه[١].

وقد اشار أيضا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ إلى استقلال شرط التحكيم في نص المادة (١٦ ف١) والتي أشارت ((....ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد كما لو كان أتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم)).

وكذلك أخذ نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية **(ICC)**(٣٢) الناقد من أول كانون الثاني لسنة ١٩٩٨ إلى استقلال شرط التحكيم عن العقد في نص المادة (٦ ف ٤) من النظام[٢].

(١) د . مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي .– دراسة مقارنة – دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠١٠م.
(٢) د . مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي– دراسة مقارنة – دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠١٠م.

وبرز أيضا مبد استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار في أحكام التحكيم ومنها حكم التحكيم الصادر في قضية (ليامكو) ضد الحكومة الليبية فقد أشار المحكم العربي (صبحي المحمصاني) في الحكم الذي أصدره في ١٢ أبريل لسنة ١٩٧٧ على أنه ((شرط التحكيم يظل باقياً بعد فسخ الدولة للعقد الذي يتضمنه وأن هذا الشرط يظل نافذ المفعول حتى بعد هذا الفسخ)).

وأيضا أشار حكم التحكيم الصادر في قضية (تكساكو) ضد الحكومة الليبية في ٢٧نوفمبر سنة ١٩٧٥ إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

صفوة القول أن استقلال شرط التحكيم قد أصبح من المبادئ المستقرة بشأن التحكيم التجاري الدولي وهذا ما يؤدي إلى تحقيق فعالية التحكيم كضمانة للمستثمرين ويبعث في نفوسهم الثقة والاطمئنان من خلال تحصين شرط التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس عقد الاستثمار وهذا ما يجعل من التحكيم وسيلة فعالة لحسم المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار.

المطلب الثاني
اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع (مبدأ الاختصاص بالاختصاص)[1]

يترتب على أتفاق التحكيم التزام أطراف عقد الاستثمار بعرض النزاع الذي نشأ بينهم على المحكم أو المحكمين الذين يتم اختيارهم للفصل فيه وذلك بدلا من اللجوء إلى المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع وهذا هو الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم أما الأثر السلبي فيتمثل في أمتناع هؤلاء الأطراف عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني ومنع هذا القضاء الفصل فيها.

ويقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو أن يختص المحكم بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة باختصاصه وتحديد نطاق سلطته وتقرير فيما إذا كان النزاع صحيحاً أم لا[2].

ونتيجة لذلك لو أعترض أحد أطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع أو بعدم وجود أتفاق يشير اللجوء إلى التحكيم فأن الذي يفصل في ذلك هم المحكمين أنفسهم وليس للمحكمة القضائية أن تفصل في مسألة اختصاص المحكمين وهذا ما يؤدي إلى إبراز فعالية التحكيم كوسيلة ضامنة لحسم منازعات الاستثمار من خلال السرعة في حسم المنازعات بعيداً عن طريق المماطلة وأضاعت الوقت.

(١) د .أحمد أبو الوفاء ، التحكيم في القوانين العربية ، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة طبع.
(٢) د .أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر .الجامعي ، الإسكندرية، ١٩٨١م.

لكن السؤال الذي يطرح هنا ما هو الأساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه؟ أن الإجابة على هذا السؤال يمكن القول بأن اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه تستمد أساسها من العديد من المصادر سواء كانت هذه المصادر القوانين الوطنية للعديد من الدول أو الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم وكذلك الغالبية العظمى من لوائح التحكيم وأيضا أحكام التحكيم نفسها تقرر هذا الاختصاص.

أن القانون المصري فقد أشار قانون التحكيم المصري النافذ في نص المادة (٢٢ف١) إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

إما القانون المصري لم يشر في قانون المرافعات المصري النافذ إلى (مبدأ الاختصاص بالاختصاص) ، لذلك ندعو المشرع المصري بضرورة النص على مبدأ الاختصاص بالاختصاص لغرض أنهاء الإشكاليات التي يمكن أن تثار حول مدى اختصاص المحكمين في تقرير اختصاصهم وهذا ما ينسجم مع فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار.

أما القانون السعودي فلم يشر قانون التحكيم السعودي النافذ ضمن نصوصه إلى (مبدأ الاختصاص بالاختصاص) ، أما القانون الفرنسي فنجد أن قانون المرافعات الفرنسي النافذ قد اشار إلى المبدأ العام المتقدم في نص المادة (١٤٦٦) منه والتي نصت على أنه ((إذ

نـازع أحـد الأطـراف أمـام المحكـم في أسـاس ونطـاق سـلطته القضـائية فـأن من حق المحكم وحده الفصل في صحة وحدود توليته))[1].

أمـا القـانون الإنكليـزي فنجـد أن قـانون التحكـيم الإنكليـزي لسـنة ١٩٩٦ قـد أشـار إلـى مبـدأ الاختصـاص بالاختصـاص في نـص المـادة (٩ ف٤) من القانون.

إمـا بالنسـبة للاتفاقيـات الدوليـة المختصـة بـالتحكيم فقـد أقـرت بعـض هـذه الاتفاقيـات مبـدأ اختصـاص المحكـم بالفصـل في اختصاصـه. لـذلك نجـد أن الاتفاقيـة الأوربيـة للتحكـيم التجـاري الـدولي لسـنة ١٩٦١ قـد أشـارت إلـى مبـدأ الاختصـاص بالاختصـاص في نـص المـادة (٥/ ف٣) مـن الاتفاقيـة فقـد نصـت علـى أنـه ((مـع الـتحفظ لجهـة المراقبـة القضـائية اللاحقـة المحـددة بموجـب قـانون القاضـي فأنـه يقضـي علـى المحكـم المطعـون بصـلاحيته إلا يتخلـى عـن القضـية ، وهـو لـه سـلطة تقريـر اختصاصـه وتقريـر صـحة أتفـاق التحكـيم أو صـحة العقـد الـذي يكـون شرط التحكيم جزءاً منه)).

يبـدو لنـا مـن نـص الاتفاقيـة أعـلاه قـد أرادت تقريـر مبـدأ الاختصـاص بالاختصـاص وجعلتـه مبـدأ الزاميـاً علـى المحكـم إذ أوجبت عليه عدم التخلي عن الدعوى عند المنازعة في اختصاصه.

(١) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر .الجامعي ، الإسكندرية، ١٩٨١م.

وأيضا اشارت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥ على مبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك في نص المادة (١/ ف١) من الاتفاقية.

إما بالنسبة لقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ قد أشار إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك في نص المادة (١٦/ ف١) حيث أشارت على أنه ((يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم ....)).

وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٥/ ١/ ١٩٩٩ بأنه ((يترتب على مبدأ صحة شرط التحكيم الدولي ...إن المحكم يقضي في شأن مدى اختصاصه وإن قضاء الدولة غير مختص بصفة أساسية في شأن صحة شرط التحكيم))[١].

وأيضا اشار حكم التحكيم التمهيدي الصادر في الدنمارك بواسطة المحكم الوحيد **(B. Gomord)** إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص. وذلك في النزاع الذي ثار بين الشركة الوطنية الإيرانية المسماة (نيوك) والشركة الفرنسية **(ElfAquitaine)** حيث جاء بالحكم الصادر في ١٤ يناير لسنة ١٩٨٢ على أنه ((اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه يعتبر مبدأ رئيسياً في مجال التحكيم الدولي ومعترفا به بواسطة المعاهدات الدولية حول التحكيم والعديد من أحكام التحكيم والفقه المتخصص في قانون التحكيم)).

(١) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٨١م.

صفوة القول أن ((مبدأ الاختصاص بالاختصاص)) ينسجم مع فعالية التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار ويأتي متماشياً مع سرعة الإجراءات التي تعتبر من أسباب اللجوء إلى التحكيم وخصوصاً في عقود الاستثمارات حيث إن اعطاء فرصة الطعن في اختصاص المحكمين أمام القضاء سوف يتعارض مع الميزة التي يتمتع بها التحكيم في السرعة في حسم المنازعات. وكذلك أن تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص يقطع الطريق بوجه الطرف الذي يحمل سوء النية والذي يهدف إلى تعطيل إجراءات التحكيم فيما لو أجاز له الطعن في اختصاص المحكمين امام القضاء.

المطلب الثالث

عدم قبول دفع الدولة وهيئاتها العامة بعدم أهليتها للتحكيم

يقصد بذلك أن الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها لا يمكن ان تدفع بعدم أهليتها لإبرام أتفاق التحكيم حتى تمانع أو تتخلص من أتفاق التحكيم مع المستثمر الذي سبقت وأن وافقت عليه بإرادتها[1].

ويذهب رأي في الفقه أن مبدأ عدم قبول دفع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم اهليتها للتحكيم بعد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم يعتبر من المبادئ المستقرة في التحكيم الدولي.

وقد أجازت أغلب التشريعات للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بأن تكون طرفا في أتفاق التحكيم.

فبالنسبة للقانون نجد أن قانون المرافعات النافذ لم يتضمن أي نص بشأن أهلية الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها فيما إذا كان لها الحق بأن تكون طرفاً في أتفاق التحكيم، لكننا نجد أن قانون الاستثمار النافذ قد أشار في نص المادة (٢٧/ ف٥) على أنه ((المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أي جهة حكومية وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة أحكام هذا القانون تخضع للقانون والمحاكم في المسائل المدنية ، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على أن ينص على ذلك في العقد

(١) د .إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٢، ١٩٩٧م.

المنظم للعلاقة بين الاطراف)) . يتبين لنا من نص المادة أعلاه من قانون الاستثمار النافذ قد أجاز للدولة والأشخاص المعنوية العامة إبرام اتفاقات التحكيم وهذا ما يستدل عليه من نص المادة المتقدمة[1].

أما القانون المصري فنجد أن قانون التحكيم المصري النافذ قد أشار إلى أهلية الدولة والاشخاص المعنوية العامة التابعة لها في إبرام اتفاقات التحكيم وذلك في نص المادة الاولى من هذا القانون.

أما القانون السعودي فأن نظام التحكيم السعودي النافذ قد أشار في نص المادة (٣) منه على أنه ((لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الأخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم)).

يتبين لنا من نص المادة أعلاه أن المشرع السعودي لم يجيز في الأصل للدولة أو هيئاتها الحكومية العامة اللجوء إلى التحكيم ولكنها استثنت من ذلك في حالة الموافقة من رئيس مجلس الوزراء وأيضا في حالة تعديل الحكم المتقدم بقرار مجلس الوزراء.

إما القانون الفرنسي فلم يشر قانون المرافعات الفرنسي النافذ إلى نص بشأن أهلية الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم . وبالرغم من أن المادتين (١٠٠٤ و ٨٣) من قانون المرافعات الفرنسي القديم لم يجيز للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم.

(١) د .إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٢، ١٩٩٧م.

إلا أننا نجد أن القضاء الفرنسي قد قرر من دون نص يستند إليه بحصر منع الدولة أو هيئاتها العامة في الاتفاقات التحكيمية الداخلية بحيث لا يمتد المنع للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها إلى الاتفاقات التحكيمية الدولية.

لذلك نجد أن محكمة استئناف باريس قد قررت في حكمها الصادر في ١٣يونيو سنة ١٩٩٦ في النزاع الذي نشأ بين الشركة الإيطالية **(ICRITERO)** والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار **(KFTCIC)** حيث جاء في حيثيات الحكم ((إن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأي ما كان السبب الذي يستند إليه يعمل به في أطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الخطر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي ...))[1].

يتبين لنا من الحكم أعلاه أن المحكمة أجازت للدولة وللأشخاص المعنوية التابعة لها اللجوء إلى التحكيم في أطار العقود الدولية لذلك أن المنع المتقدم لا يمتد إلى عقود الاستثمار على اعتبار أن هذه العقود من العقود الدولية وهذا ما معمول به في الوقت الحاضر

وأشارت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ على أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم وهذا ما أشارت إليه نص المادة (٢/ ف١) من الاتفاقية.

وأخذت نفس الاتجاه اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة

(١) د .إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط٢، ١٩٩٧م.

عن الاستثمار لسنة ١٩٦٥ وذلك في نص المادة (٢٥) من الاتفاقية فقد أشارت إلى أهلية الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم.

يمكن القول أن عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم سوف يجعل من التحكيم ذو فعالية كبيرة لحسم منازعات الاستثمار والوقوف بوجه مماطلة الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها من التمسك ببطلان أتفاق التحكيم للتهرب من اللجوء إليه بحجة أن قانونها الوطني لا يجيز لها التحكيم في عقود الاستثمار وهذا يعد ضمانة مهمة للمستثمرين الذين يتعاقدون مع الدولة الجاذبة للاستثمار أو الأشخاص المعنوية التابعة لها[1].

وبعد تسليط الضوء على التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار يمكن أن نطرح التساؤل عن مدى فعالية التحكيم كضمانة قضائية للمستثمرين في التشريع المصري؟

للإجابة على هذا السؤال يمكن القول أن قانون المرافعات المصري لتنظيم أمور التحكيم منذ الاتفاق عليه لحين صدور الحكم وتنفيذه ولكن هذه المواد المتقدمة تعالج التحكيم الداخلي فقط ولم تنظم أمور التحكيم الدولي وبالرغم أن قانون الاستثمار النافذ قد أجاز اللجوء إلى التحكيم الداخلي وفقاً للقانون أو التحكيم الدولي من خلال اللجوء إلى أي جهة تحكيم معترف بها دوليا وهذا ما أشارت إليه

(١) د.إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، .القاهرة ، ط٢، ١٩٩٧م.

نص المادة من القانون على أنه ((إذا كان أطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على إليه حل بما فيها الالتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون أو أي جهة أخرى معترف بها دوليا)).

وبالتالي يتبين لنا بعدم وجود نصوص قانونية في قانون المرافعات المصري النافذ تنظيم التحكيم التجاري الدولي بالإضافة إلى ذلك أن نص المادة من قانون الاستثمار النافذ تصطدم بعائق أخر يتمثل بقانون تنفيذ الأحكام الاجنبية في مصر رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ حيث لا يوجد فيه أي نص يشير بتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية في ، حيث أنه يشترط في المادة الأولى منه أن يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذ في مصر صادراً من محكمة أجنبية مختصة بالإضافة إلى الشروط الأخرى التي أشار إليها القانون أعلاه.

وأيضا اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة١٩٨٣(٤٦) ، والاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧(٤٧) . ويبدو لنا أن انضمام الدول إلى اتفاقيات التحكيم العربية وعزوفه من الانضمام إلى الاتفاقيات التحكيم الدولية ومنها اتفاقية نيويورك الخاصة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٥٨، وأيضا الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ وكذلك اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥، سوف يشكل ذلك عائقاً أمام تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وهذا ما يجعل نص المادة (٢٧/ ٤) من قانون الاستثمار المصري المعدل عديمة الجدوى طالما لا يوجد قانون يسمح بتنفيذ

أحكام التحكيم الأجنبية بالإضافة إلى ذلك عدم انضمام بعض الدول العربية إلى الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم وبناءً على ما تقدم نجد أن فاعلية التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار ليس في المستوى المطلوب في التشريع المصري ، لذلك نقترح على المشرع المصري تعديل قانون تنفيذ الأحكام الاجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ ليشمل تنفيذ أحكام التحكيم أيضاً ووفقا للشروط التي يتطلبها.

فضلاً عن ذلك نقترح على المشرع إعداد مشروع قانون يسمى (قانون التحكيم) يأخذ بأحدث النصوص الواردة في قوانين الدول السباقة في إصدار قوانين للتحكيم مع ضرورة الاسترشاد بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٥ والمعدل في سنة ٢٠٠٦ فنأخذ منه الأحكام الملائمة لنظامنا القانوني مع اجراء بعض التعديلات والاضافات التي تلائم واقع السياسة الاقتصادية في بعض الدول العربية وأخيراً نقترح على المشرع المصري الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم وعلى وجه الخصوص اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية وأيضا اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥م[1].

(١) د .إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، .القاهرة ، ط٢، ١٩٩٧م.

الخاتمـــــــة

توصل الباحث من خلال هذا البحث الى التعريف بماهية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار وخصوصيته ، وعالج أيضا الأحكام الناظمة للتحكيم في منازعات الاستثمار في القانون المصري من خلال تسليط الضوء على قانون التحكيم المصري وقانون الاستثمار وبعض الاتفاقيات التي تنظم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار وأهمها اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .

ولاحظ الباحث النص على ان تراعى الاتفاقيات التي تنظم تسوية منازعات الاستثمار طرفا فيها في المادة ٢٠ من قانون الاستثمار وهذا المبدأ أصبح من المسلمات في المجال الدولي إذ كان المشرع في غنى عن ذكر هذا النص الذي قد يوحي أن للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار خصوصية ان تراعى الاتفاقيات التي كان الأردن طرفا فيها دون غيره من الموضوعات.

كما أشارت الدراسة الى ان التحكيم المتعلق بمنازعات عقود الاستثمار يكون خادعاً للتحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إذا ما توافرت شروطه، وأن القانون المصري متمثلاً بقانون التحكيم وقانون الاستثمار يأتي مواكبا للاتفاقيات الدولية في هذا الشأن وأهمها اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ومن جانب آخر توصلت الدراسة الى ان تعريف عقد الاستثمار بتعريف جامع مانع يكاد يكون مستحيلا ، لذلك وكنتيجة منطقية لعدم النص على تعريف شامل للاستثمار فعلى الدولة حين ابرام أي عقد من هذه العقود أن تعرف الاستثمار الوارد بشأنه ، تلافيا لإشكالية تفسير النصوص.

قائمة المراجع والمصادر

١. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط٢، ١٩٩٧م.

٢. د. أحمد أبو الوفاء ، التحكيم في القوانين العربية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.

٣. د .ابو زيد رضوان ، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ١٩٨١م.

٤. د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١، ٢٠٠٦م.

٥. د .حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٧م.

٦. د .حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ٢٠٠١م.

٧. -د .سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – اتفاق التحكيم ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٨٤م.

٨. د .سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠١٠م.

٩. د .عصام الدين القيعي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٩٤م.

١٠. د .فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٢م.

١١. د .محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عقود التجارة الدولية في مجال عقد نقل التكنلوجيا ، مجلد ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م.

١٢. د . مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي - دراسة مقارنة - دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠١٠م.

١٣. المستشار معوض عبد التواب ، المستحدث في القضاء التجاري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٩٧م.

١٤. نجم رياض نجم ، ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣م.

١٥. ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، بيروت، دار لسان العرب، دون تاريخ نشر، ص٦٨٨-٦٨٩ . المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى وآخرون، ج١، القاهرة، مطبعة مصر، ١٩٦٠، ص١٨٩.

١٦. العبودي ، د.عثمان سليمان غيلان، التحكيم التجاري الدولي وطموحات الأخذ به في النظام القانوني مجلة التشريع والقضاء الالكترونية.

١٧. د. سامية راشد التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشأة المعارف بالإسكندرية.

١٨. ضيا، ليندا فضل، خصوصية التحكيم في حل المنازعات المتصلة بالاستثمار وفقا لمعاهدة واشنطن ١٩٦٥، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية ٢٠٠٨م.

١٩. كوجان، لما أحمد، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنبي وفقاً لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٨م.